



**University of Macerata (Italy)**  
**Diritto internazionale e dell'Unione  
europea**

**Universität zu Köln (Germany)**

**Thesis' title**

**Il ruolo dell'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato delle successioni**

**PhD Student**

**Cristina Grieco**

**UNIVERSITY OF MACERATA**

**UNIVERSITÄT ZU KÖLN**

**PhD Advisor**

**Prof. Fabrizio Marongiu Buonaiuti**

**PhD Advisor**

**Prof. Heinz Peter Mansel**

**Coordinator PhD Programme**

**Prof. Paolo Palchetti**

**Coordinator PhD Programme**

**Prof. \_\_\_\_\_**

**Year 2017**



## INDICE

### *Abstract*

#### **Capitolo I – Teorizzazione del ruolo della scelta di legge nel diritto internazionale privato**

1. La definizione dell'autonomia della volontà 2. La dottrina dell'autonomia della volontà prima e dopo Mancini, una visione d'insieme 3. L'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato analisi delle principali teorie: la scelta di legge come norma materiale, la “teoria dell'incorporazione” o del “contratto senza legge” e la “teoria oggettiva” 4. (*segue*) La scelta di legge come norma di conflitto localizzatrice 4.1 (*segue*) La teoria del fattore di localizzazione 5. La scelta di legge e la dematerializzazione del criterio di collegamento 6. (*segue*) La scelta di legge come espressione del principio di prossimità 7. (*segue*) La teoria della norma materiale con funzione conflittuale 8. (*segue*) Il superamento dell'identificazione tra scelta di legge e norma di conflitto localizzatrice. La scelta di legge come norma di conflitto a carattere materiale 9. (*segue*) La teoria della scelta di legge come tecnica diversificata in relazione ai differenti metodi di coordinamento tra ordinamenti

#### **Capitolo II – L'autonomia della volontà in materia successoria negli ordinamenti nazionali e nelle convenzioni internazionali.**

1. L'autonomia della volontà in materia di successioni. Cenni sul ruolo che la *professio iuris* riveste nei principali sistemi nazionali di diritto internazionale privato. Un quadro d'insieme. 2. L'accoglimento della *professio iuris* nella normativa convenzionale in materia di successioni. Le convenzioni di Washington e dell'Aja sull'amministrazione internazionale delle successioni. 3. (*segue*) La scelta di legge nella convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 relativa alla legge applicabile al *trust* ed al suo riconoscimento. 4. (*segue*) Il ruolo della volontà del *de cuius* nella Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile alle successioni. 5. Analisi del contesto normativo in cui si inserisce la disciplina internazionalprivatistica europea. Opportunità di un'indagine comparatistica diretta ad individuare gli elementi di diritto materiale rilevanti ai fini dello studio dei profili internazionalprivatistici pertinenti. 6. Le problematiche connesse alla pianificazione ereditaria in caso di successioni transnazionali causate dalle divergenze esistenti tra i vari sistemi nazionali di conflitto. Analisi del contrasto esistente tra le soluzioni accolte nei paesi di tradizione giuridica continentale e quelle accolte nei paesi di *common law*. (*Segue*). Ordinamenti monisti e dualisti.

#### **Capitolo III – Il ruolo dell'autonomia della volontà nel del regolamento n. 650/2012**

1. Caratteri generali della disciplina contenuta nel regolamento 650/2012 2. L'autonomia della volontà nel regolamento 650/2012. Considerazioni di ordine generale 3. L'articolo 22 del regolamento e la possibilità di scegliere la legge dello Stato di una qualsiasi delle cittadinanze possedute 4. La tassatività delle possibilità di scelta e l'impossibilità di effettuare una *professio iuris* in favore della legge della residenza abituale 5. La forma della

scelta di legge: espressa e tacita 6. La legge applicabile alla validità sostanziale e all'interpretazione della scelta di legge 7. La legge applicabile alla modifica e alla revoca della *professio iuris* 8. La revoca del testamento e la revoca implicita dell'atto di scelta 9. Revoca *ex lege* del testamento e *professio iuris* 10. La revoca di una *professio iuris* contenuta in patto successorio o in un altro atto di disposizione *mortis causa* irrevocabile 11. La scelta di legge limitata all'ammissibilità e alla validità sostanziale 11.1 (*segue*) di una disposizione a causa di morte diversa da un patto successorio 11.2 (*segue*) la scelta della legge applicabile al patto successorio 12. I possibili ostacoli all'esercizio della *professio iuris* 12.1 (*Segue*) Ordine pubblico 12.2 (*Segue*) Frode alla legge e abuso di diritto

#### **Capitolo IV – Questioni di giurisdizione nel nuovo testo regolamentare e l'incidenza della scelta di legge sulla sistematica della disciplina**

1. La competenza giurisdizionale nel regolamento (UE) 650/2012. Considerazioni introduttive. 2. La nozione estesa di «organo giurisdizionale» nel regolamento (UE) 650/2012 3. I titoli di giurisdizione previsti dal regolamento (UE) 650/2012. 4. (*Segue*) L'ultima residenza abituale come titolo generale di giurisdizione. Il perseguimento di una tendenziale coincidenza tra *forum* e *ius* (*Gleichlauf*) 5. I criteri di competenza sussidiaria e il *forum necessitatis*: gli articoli 10 e 11 del regolamento (UE) 650/2012 6. Il Ruolo della volontà delle parti. La perdita della coincidenza tra *forum* e *ius* nel caso di esercizio della *professio iuris* in favore della legge nazionale del defunto e il rimedio contenuto nell'articolo 6 del regolamento 7. (*Segue*) Accordi di scelta del foro. Il recupero della coincidenza tra *forum* e *ius* attraverso la *professio fori* 8. La competenza in caso di scelta di legge, la chiusura d'ufficio del procedimento in caso di scelta di legge e l'accettazione tacita della giurisdizione in caso di mancata contestazione, gli articoli 7, 8 e 9 del regolamento (UE) 650/2012

#### **Conclusioni**

Abstract: L'entrata in vigore del regolamento (UE) n 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2012 relativo alla "competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo" (di seguito anche regolamento successioni) ha segnato un punto fondamentale nella costruzione di un sistema uniforme di diritto internazionale privato europeo. Le nuove regole, entrate in vigore il 16 agosto 2012, sono divenute applicabili negli Stati membri dell'Unione europea a tutte le successioni che si sono aperte a partire dal 17 agosto 2015. Il regolamento, però, non si applica alla Danimarca, che non partecipa all'adozione di atti adottati dall'Unione europea in materia di libertà, sicurezza e giustizia, in virtù del protocollo n 22 allegato ai trattati istitutivi dell'Unione europea. Esso non si applica nemmeno a Regno Unito e Irlanda, dal momento che entrambi i Paesi hanno deciso di non avvalersi del loro diritto di effettuare l'*opt-in* previsto dal Protocollo n° 21 allegato ai trattati. Quindi, in questa prospettiva appare necessario sottolineare che quando il regolamento successioni fa riferimento agli Stati membri, si riferisce unicamente agli Stati membri vincolati dal regolamento.

Il nuovo testo è uno strumento legislativo coerente e completo. Uno dei suoi aspetti più rilevanti, che può aumentare in maniera considerevole la possibilità di effettuare una pianificazione successoria, riguarda, in particolare, la possibilità di poter scegliere la legge applicabile alla successione. Nondimeno, alcune problemi pratici di coordinamento potrebbero derivare dal non aver armonizzato, almeno non fino ad oggi, settori contigui del diritto. A ben vedere tuttavia, questa è una mancanza inevitabile vista l'incompletezza della codificazione di diritto internazionale privato intrapresa dall'Unione europea, a cui il regolamento, tuttavia, dà certamente un importante contributo.

Le nuove norme sembrano particolarmente importanti per diverse ragioni. Senza alcun dubbio, uno di questi è il ruolo che il nuovo testo europeo riserva all'autonomia delle parti in un campo, quello successorio, tradizionalmente estraneo a riconoscere ampio spazio all'autonomia delle parti, soprattutto in alcuni Paesi di *civil law*.

Il ruolo specifico che il nuovo regolamento riserva all'autonomia delle parti offre l'opportunità di soffermarsi sul potenziamento del ruolo dei soggetti privati nel diritto internazionale privato europeo che consente loro di scegliere non solo la legge applicabile, ma in alcuni casi specifici, anche il foro competente. In questo senso, il presente lavoro si propone di chiarire come il ruolo della scelta di legge nell'ambito delle successioni transfrontaliere si sia notevolmente accresciuto.

Il primo capitolo si concentra su una panoramica generale di come l'autonomia delle parti si sia sviluppata come criterio di collegamento nel diritto internazionale privato e quale sia stato il dibattito dottrinale sviluppatosi intorno a tale concetto. Il punto di riferimento è la teoria Mancini sulla base della quale si è avuto cura di esaminare le posizioni dottrinali e la giurisprudenza di riferimento precedente e successiva (ci si riferisce, in particolare, alla teoria dell'incorporazione, alla teoria legale, al coordinamento tra i sistemi giuridici e alla teoria del foro competente).

Il secondo capitolo si concentra su una prospettiva comparatistica concentrandosi sul ruolo che l'autonomia della volontà riveste nelle esperienze nazionali più rilevanti (ad esempio in Italia, Germania, Francia, Spagna) e sui più significativi risultati ottenuti a livello internazionale, per lo più dalla Convenzione dell'Aja di diritto internazionale privato. Il lavoro pone particolare attenzione al ruolo che l'autonomia delle parti riveste nelle convenzioni di Washington e dell'Aia, entrambe del 1973, che si occupano, rispettivamente, di dettare una disciplina uniforme sulla forma dei testamenti e di disciplinare l'amministrazione internazionale delle successioni transfrontaliere; nonché nella Convenzione dell'Aja del 1985 sulla legge applicabile al *trust* e al suo riconoscimento e nella Convenzione dell'Aja del 1989 sulla legge applicabile alle successioni a causa di morte.

Il terzo capitolo analizza direttamente le regole contenute nel nuovo regolamento successioni. Le norme sulla legge applicabile dettate dal regolamento hanno carattere *erga omnes* (non altrettanto può dirsi per le regole dettate per la giurisdizione). La residenza abituale (articolo 21) è il criterio di collegamento principale e generale previsto dal regolamento per ciò che riguarda la legge applicabile (e anche, come si vedrà nell'ambito del capitolo IV, per ciò che concerne la giurisdizione). Il regolamento adotta un approccio unitario alla successione che è regolata da un'unica legge, senza che vi sia alcuna differenza tra beni mobili ed immobili. Al fine di garantire un ruolo significativo all'autonomia delle parti in materia di successioni il regolamento consente espressamente, all'articolo 22, la possibilità di effettuare una scelta di legge (*professio iuris*). Proprio in questa prospettiva, il terzo capitolo affronta il ruolo che l'autonomia delle parti riveste nell'ambito del nuovo regolamento europeo. Nella specie lo studio, dopo aver specificato il campo di applicazione del regolamento e aver provveduto ad un breve disamina delle nuove regole, fornisce chiarimenti sui requisiti necessari affinché una *professio iuris* possa essere ritenuta valida ai sensi del regolamento. Inoltre, la tesi analizza quale legge può essere designata come applicabile alla successione mediante una scelta di legge, quale forma risulta necessaria affinché una scelta di legge possa essere ritenuta valida ai sensi del regolamento ed, in

particolare, se è prevista la possibilità di effettuare una scelta in forma tacita, quale legge si applica alla validità materiale della *professio iuris*, se è possibile modificare o revocare una scelta validamente effettuata e a quali condizioni. Inoltre, lo studio si concentra sulla possibilità di stipulare patti successori, sulla questione della legge applicabile alla validità formale delle disposizioni a causa di morte e i limiti all'applicazione della *lex successiois*. Alla fine del terzo capitolo, ci si sofferma sui limiti a cui può andare incontro una valida *professio iuris*, in particolare ordine pubblico e abuso di diritto.

Il quarto capitolo prende in esame le regole sulla giurisdizione. L'armonizzazione delle regole di giurisdizione nel settore successorio sostituirà le norme interne vigenti nei singoli Stati membri vincolati dal regolamento. L'unificazione di tali regole consente di superare le divergenze normative esistenti tra gli Stati membri, obiettivo che sembra essere stato effettivamente raggiunto, sebbene solo in parte. Le norme sulla giurisdizione sono preposte a regolamentare tutte le questioni legate ad una successione, comprese quelle più strettamente collegate ad un paese terzo, attraverso la previsione di norme di competenza sussidiaria e di un *forum necessitatis*. Ai sensi del regolamento successioni, la ripartizione del potere di *ius dicere* dipenderà, in generale, dall'ultima residenza abituale del defunto (articolo 4) esattamente lo stesso criterio oggettivo di collegamento previsto per la legge applicabile. In effetti, uno dei più importanti scopi del regolamento è di garantire la coincidenza tra *forum* e *ius*, di modo che i giudici possano applicare la *lex fori*, invece di una legge straniera. A questo proposito, infatti, occorre segnalare che una volta che il defunto abbia effettuato una scelta di legge in favore della legge di una delle cittadinanze possedute, questa coincidenza viene inevitabilmente meno. A motivo di ciò, il legislatore europeo ha fornito alcuni criteri necessari a ristabilire tale coincidenza (*Gleichlauf*) nel caso in cui il *de cuius* abbia effettuato una *professio iuris*. Una di queste è proprio la possibilità di effettuare una *professio fori* in favore dei giudici del Paese la cui legge è stata precedentemente designata attraverso una scelta di legge. Il regolamento, infatti, consente, sulla base di quanto dispone l'articolo 5, di effettuare una *professio fori*. A questo proposito, il lavoro si propone di affrontare gli effetti che l'autonomia delle parti ha sulla disciplina generale della giurisdizione. Alcune perplessità potrebbero derivare dalla facoltà di trasferire la competenza giurisdizionale in favore del giudice più adatto a trattare il caso previsto dall'articolo 6, in quanto, in assenza di una *professio fori*, si tratta di una valutazione discrezionale affidata unicamente al giudice che potrebbe quindi ingenerare incertezza.

Le conclusioni del lavoro sottolineano il modo in cui il diritto moderno ha accreditato la libertà di scelta come uno dei principi basilari del diritto internazionale europeo. Sembra

infatti che il legislatore sovranazionale abbia operato una precisa scelta di politica legislativa che rispecchia la tendenza inesorabile verso la contrattualizzazione del diritto internazionale privato, che porta l'attività dei privati al di là dei confini statali.

Abstract: The coming into force of Regulation (EU) No. 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 regarding “Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of Decisions and Acceptance and Enforcement of Authentic Instruments in Matters of Succession and on the Creation of a European Certificate of Succession” (hereafter also Succession Regulation) marked a fundamental point in the building of a system of European international private law. The new rules, coming into force on 16 August 2012, became applicable in the Member States of the European Union to all successions opening from 17 August 2015. It does not apply in Denmark, which does not participate in EU legislative activity in the area of freedom, security and justice due to Protocol No. 22 annexed to the Treaties on the EU and on the Functioning of the EU. It does not apply in the UK and Ireland as well, since both countries decided not to avail themselves of their right to opt in to the Regulation, pursuant to Protocol No. 21 annexed to the Treaties. So, in this perspective it seems necessary to point out that when the Succession Regulation refers to Member States, it means only the Member States bound by the Regulation.

The new text is a coherent and complete legislative instrument. Its least satisfactory aspects, which may considerably increase in inheritance planning, relate in particular to the possibility of a choice of law applicable to succession. However, practical problems could arise from not having rendered contiguous sectors uniform, at least not until now. This is, by the way, unavoidable, in view of the incompleteness of the codification of private international law undertaken by the European Union, to which the Regulation nevertheless does make an important contribution.

The new rules seem particularly important for several reasons. Without any doubt one of those is the role which is reserved to party autonomy in a certain field, that of succession law, which is traditionally averse to recognising ample room for party autonomy, especially in some civil law countries.

The specific role that new regulation reserved to party autonomy provides the opportunity for reflecting on the empowerment of private actors in European Private International Law choosing the governing law and in some specific cases indeed the competent *forum* for dispute resolution in the new European private and procedural law

system. In this respect, the thesis aims to address how the role of party autonomy increases in cross border succession law.

The first chapter is focused on a general overview of how party autonomy developed as connecting factor in private international law and the doctrinal debate referring to this new concept. The starting reference point is the Mancini theory and the analysis points to the previous and successive doctrinal orientations and case law as well (e.g. incorporation theory, legal theory, coordination between legal system and reference to the competent “foreign” legal system).

The second chapter addresses a comparative perspective concentrating on the role of party autonomy in the most relevant national experiences (e.g. Italy, Germany, France, Spain) and the best results gained at an international level as well, mostly from the Hague Convention of Private International Law. The work pays specific attention to the role of party autonomy in Washington and the Hague Convention of 1973 which providing, respectively, a Uniform Law on the Form of an International Will and rules concerning the International Administration of the Estates of Deceased Persons; in the Hague Convention of 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their recognition and in the Hague Convention of 1989 on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons.

The third chapter analyses directly the new Succession Regulation which unified international succession law across the European Union and contains rules in the applicable law field which are of a universal nature (not the same for jurisdictional rules). The habitual residence is the general objective: connecting factor for applicable law (article 21) provided by the Regulation which adopts a unitary approach to succession which is regulated under the same law, without any difference between movable and immovable property. In view of guarantee, a significant role to party autonomy in the field of succession the Regulation allows expressly, at article 22, the possibility of a choice of law (*professio iuris*). In that perspective, the third chapter addresses the role of party autonomy within EU Succession Regulation. The study, after specifying the scope of the Regulation and a brief examination of the main features of the new rules, provides clarification about which requirements need a valid choice of law under the regulation. Furthermore, the thesis analyses which laws may be designated as applicable with a *professio iuris*, what form is required for a valid choice of law, and particularly if it allows a tacit one, which law applies to the material validity of the *professio iuris*, if it is possible to modify or revoke a valid choice of law and under which conditions. Moreover, the study is focused on the possibility

established for agreements concerning successions, the question of the law is applicable to the formal validity of dispositions of property upon death and the limits to the application of the *lex successionis*. At the end of the third chapter, the thesis is focused on possible limits of a *professio iuris*, particularly public policy and abuse of rights.

The fourth chapter is focused on jurisdiction rules. The harmonisation of jurisdictional rules in this area will replace the existing legislations of the Member States bound by the Regulation. Although the unification of jurisdiction rules operated by Regulation (EU) No. 650/2012 aims, in general, at overcoming the drawbacks of the regulatory divergences between Member States, this objective seems to be actually achieved but only partially so. By the way, regarding the rules on jurisdiction, these tend to regulate comprehensively all succession disputes, including those more closely connected to a third country by providing for subsidiary jurisdiction rules and for a rule on *forum necessitatis*. Under Regulation (EU) No. 650/2012, allocation of the power of *ius dicere* will depend, in general, on the last habitual residence of the deceased (Article 4) exactly the same objective connecting factor provided for applicable law. In fact, one of the most important scopes of the regulation is to guarantee the coincidence between *forum* and *ius*, so that the courts could apply the *lex fori*, instead of a foreign law. In this respect, we should point out that once the deceased made a choice of law in favour of the law of his/her citizenship country's law, this coincidence is inevitably broken. So, the European legislator provides some criteria re-establishing that (*Gleichlauf*) where the deceased made a *professio iuris*. One of them is the possibility of making a *professio fori* in favour of the courts of the country which the law was previously designated through a choice of law by the deceased. In fact the Regulation, accordingly with the provision enshrined in article 5, allows parties to make a *professio fori*. In this respect, the thesis aims to address the effects of party autonomy and *professio fori* on the general discipline of jurisdiction. Some difficulties may arise from the faculty of transferring jurisdictional competence in favour of the court better placed to hear the case (Article 6) because, without a *professio fori*, it is a discretionary rule entrusted just to the court.

The conclusions of the work underline the way in which the law has accredited freedom of choice as a foundation principle of European International Private Law. It really seems that the European legislator made a specific choice of legislative policy which mirrors the inexorable trend towards the contractualisation of Private International Law, governing private economic activity beyond state borders.

## **Capitolo I – La teorizzazione del concetto dell'autonomia della volontà e il ruolo della scelta di legge nel diritto internazionale privato**

SOMMARIO - 1. La definizione dell'autonomia della volontà 2. La dottrina dell'autonomia della volontà prima e dopo Mancini, una visione d'insieme 3. L'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato analisi delle principali teorie: la scelta di legge come norma materiale, la “teoria dell'incorporazione” o del “contratto senza legge” e la “teoria oggettiva” 4. (*segue*) La scelta di legge come norma di conflitto localizzatrice 4.1 (*Segue*) La teoria del fattore di localizzazione 5. La scelta di legge e la dematerializzazione del criterio di collegamento 6. (*segue*) La scelta di legge come espressione del principio di prossimità 7. (*segue*) La teoria della norma materiale con funzione conflittuale 8. (*segue*) Il superamento dell'identificazione tra scelta di legge e norma di conflitto localizzatrice. La scelta di legge come norma di conflitto a carattere materiale 9. (*segue*) La teoria della scelta di legge come tecnica diversificata in relazione ai differenti metodi di coordinamento tra ordinamenti

### *1. La definizione dell'autonomia della volontà*

Un'analisi storica del ruolo che il diritto internazionale privato ha rivestito nel corso del tempo appare fondamentale al fine di comprendere le basi nonché l'evoluzione giuridica della materia<sup>1</sup>. Lungi dal potersi soffermare, in questa sede, su tutte le questioni generalmente affrontate in dottrina come essenziali per la comprensione della struttura e della funzione del diritto internazionale privato (che evidentemente richiederebbero un maggior spazio di analisi) nell'ambito della presente ricerca si è scelto di affrontare, tra le questioni a cui è stato dedicato uno studio assiduo e sistematico, il problema della caratterizzazione e del ruolo da attribuire alla norma sulla scelta di legge.

Nel diritto internazionale privato moderno, infatti, è ormai particolarmente invalsa la tendenza che vede attribuire uno spazio sempre maggiore all'autonomia della volontà che, in ultima analisi, consente alle parti di scegliere la legge applicabile al rapporto giuridico posto in essere. L'importanza data alla questione, testimoniata dalla mole di studi sviluppatasi nella dottrina tanto civilistica quanto internazionalprivatistica, è legata anche al fatto che il principio dell'autonomia della volontà, originariamente confinato nell'ambito “ristretto” delle obbligazioni contrattuali, ha conosciuto, nel tempo, uno sviluppo così notevole da diffondersi anche in campi del diritto, quali a titolo esemplificativo quello della famiglia e delle successioni, tradizionalmente sottratti alla libera iniziativa delle parti in quanto considerati espressione di interessi pubblicistici tutelabili unicamente attraverso un intervento di tipo statale<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Si veda MEILI, *Die Doctrin des internationalen Privatrechts*, in *NiemZ*, 1891, p. 135 *et seq.*; GUTZWILLER, *Le développement historique de droit international privé*, in *Recueil des cours*, 1929-IV, (vol. 29), p. 292 *et seq.*, secondo il quale: «En Droit international privé, l'histoire est tout» e «l'histoire du Droit international privé constitue, pour ceux qui la connaissent (d'après l'expression heureuse de M.J.Kohler), “la boussole” qui indique l'orientation des idées et leur degré d'importance. Son aiguille montre en même temps les tendances du développement futur».

<sup>2</sup> Emblematico, per capire il ruolo crescente in diversi settori del diritto internazionale privato (inizialmente sottratti alla libera disponibilità delle parti) in proposito è il titolo dell'opera di VON OVERBECK,

Stando a quanto insegna la tradizione filosofica, il concetto di autonomia si contrappone a quello di eteronomia ed esprime, secondo la scuola kantiana nell'ambito dell'ordinamento interno, la condizione della volontà attraverso cui l'uomo diventa per sé la norma di comportamento senza più alcun riguardo agli obblighi esterni<sup>3</sup>. Questo concetto di autonomia, recepito dalla giurisprudenza tedesca del settecento, è stato inizialmente concepito come potere di fondare le norme deviando dal diritto comune e, in seguito, come espressione legislativa delle collettività particolari (aristocrazia, comune, chiesa etc.)<sup>4</sup>. Fu solo a partire dalla metà dell'ottocento che la prospettiva dottrinale al riguardo mutò sostanzialmente e iniziò a diffondersi l'idea che l'autonomia privata si identificasse con la libertà delle parti di fondare un rapporto giuridico all'interno della comunità civile al di fuori del condizionamento della sovranità statale<sup>5</sup>. Da questo sostanziale mutamento prospettico nacque il concetto di autonomia privata (*Parteiautonomie*), giunto immutato, almeno nella propria essenza giuridica, fino ai tempi moderni. Tale nozione, intesa come indirizzata non più alla collettività ma al singolo individuo, è stata concepita come libertà delle parti di costituire tra loro un rapporto giuridico. Tale definizione sorta, come evidenziato, nella giurisprudenza tedesca, si diffuse ben presto anche in quella italiana e francese<sup>6</sup>.

Da una prospettiva internazionalprivatistica, ovvero quella che connota l'ambito della presente ricerca, come è stato osservato, l'*autonomia della volontà* (*Parteiautonomie*), può definirsi come libertà delle parti di designare la legge da applicare al proprio rapporto giuridico connotato da elementi di transnazionalità. Da un punto di vista più strettamente processualistico, ciò si traduce per il giudice nell'onere di individuare la legge applicabile in base ad un elemento soggettivo, ovvero la volontà delle parti. Occorre altresì tenere a mente che mentre nell'ambito dell'ordinamento nazionale l'esercizio dell'autonomia privata incontra il limite delle norme imperative, nel diritto internazionale privato, al contrario, il riferimento viene fatto ad un intero ordinamento giuridico comprensivo delle sue norme imperative. Tale importante differenza è ciò che particolarmente dovrebbe portare a tenere

---

*L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé*, in *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage a François Rigaux*, Bruxelles, 1993, *passim*.

<sup>3</sup> KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, 1. Teil, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Königsberg, 1797 (riedito Hamburg, 1986 p. 17); ID., *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 7<sup>a</sup> ed., Hamburg, 1994, (1<sup>a</sup> ed. 1870), pp. 58, 64. La questione giuridica è affrontata partendo da questa prospettiva da NISHITANI, *Mancini e l'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2001, p. 25 *et seq.*

<sup>4</sup> Così NISHITANI, *Mancini e l'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato*, *ibidem*, e particolarmente le note 9 e 10 dove vengono indicati per un'analisi di tale giurisprudenza le opere di EICHHORN, *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*, 1<sup>a</sup> parte, 5<sup>a</sup> ed., Göttingen, 1843, p. 190 *et seq.*; POUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, Darmstadt, 1965 (in base all'edizione originaria rispettivamente del 1828 e 1837), p. 155 *et seq.* e MURAKAMI, *Zur Geschichte des Begriffs «Privatautonomie»*, in *Festschrift Müller-Freienfels*, Baden-Baden, 1986, p. 468 *et seq.* L'A. sottolinea altresì (sempre in nota 10) che «appunto per questo motivo il Savigny rifiutò di utilizzare la terminologia «autonomia» per la determinazione del domicilio delle parti e preferì l'espressione «sottomissione volontaria», indicando come riferimento la nota opera del SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, vol. 1, Berlin, 1849, p. 112 *et seq.*

<sup>5</sup> JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 2<sup>a</sup> parte, 1<sup>a</sup> sottoparte, Leipzig, 1854, p. 151 *et seq.* e VON WÄCHTER, *Ueber die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten*, in *AcP* 25, 1842, p. 35.

<sup>6</sup> Per un *excursus* storico si veda RANOUIL, *L'autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept*, Paris, 1980; VITTA, *Diritto internazionale privato*, vol. 3, Torino 1975, p. 229, nota 44 e NISHITANI, *Mancini und die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht. Eine Untersuchung auf der Grundlage der neu zutage gekommenen kollisionsrechtlichen Vorlesungen Mancinis*, Heibelberg, 2000, pp. 23, 25, note 102, 104.

separati i due concetti, nella specie di autonomia della volontà e di autonomia privata, pur consapevoli della loro comune origine<sup>7</sup>.

Cionondimeno, appare opportuno chiarire, che la caratterizzazione della norma sulla scelta di legge non ha avuto uno sviluppo univoco nell'ambito della dottrina internazionalprivatistica.

## *2. La dottrina dell'autonomia della volontà prima e dopo Mancini, una visione d'insieme*

Non è ancora emersa una soluzione unitaria condivisa da tutti gli autori in dottrina volta ad attribuire la paternità, dell'individuazione della norma che facoltizza la scelta della legge applicabile come norma di conflitto, agli statutisti del Medioevo oppure ai giuristi della metà dell'ottocento. Cionondimeno la tradizione giuridica sovente attribuisce la nascita del concetto di autonomia della volontà a Dumoulin<sup>8</sup>, giurista francese del cinquecento e ciò sebbene, come è stato rilevato in dottrina<sup>9</sup>, Dumoulin utilizzasse la volontà presuntiva delle parti unicamente per legittimare una deroga alla *lex loci contractus* già posta in essere. Alla teoria del Dumoulin è stato, infatti, obiettato che questo tipo di ricorso alla volontà delle parti, rilevata come criterio oggettivo, non può considerarsi assimilabile all'autonomia della volontà intesa come norma di conflitto, ovvero come potere delle parti di designare liberamente la legge applicabile al rapporto dedotto in causa<sup>10</sup>. A motivo di ciò più correttamente la nascita del concetto di autonomia della volontà in senso proprio si fa risalire al Wächter, il cui pensiero prendeva le mosse dalla confutazione della teoria

---

<sup>7</sup> NISHITANI, *Mancini e l'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato*, p. 26.

<sup>8</sup> Si vedano a titolo esemplificativo GUTZWILLER, *Geschichte des Internationalprivatrechts*, Basel-Stuttgart, 1977, p. 79; BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, 1956, p. 63 et seq.; VITTA, *Diritto internazionale privato*, p. 221. Ad onore del vero è dato rinvenire alcuni riferimenti all'autonomia della volontà anche in autori precedenti quali Bartolomeo da Siliceto e Rocco Curzio, agli inizi del XV secolo. Alla stessa veniva riconosciuto un ambito di applicazione generale che andava al di là del settore dei contratti presentando un fondamento del tutto peculiare: «lo straniero addivenendo alla conclusione o disponendo la esecuzione del contratto in uno Stato diverso dal proprio, implicitamente manifestava la sua volontà di assoggettarsi alla potestà di quell'altro Stato, e così autorizzava che a lui, come volontario *subditus temporarius* si applicassero tali altre leggi». Cfr. BALLADORE PALLIERI, *L'autonomia dei contraenti nel diritto internazionale privato*, in *Studi in onore di B. Biondi*, IV, Milano, 1965, p. 66 e in *Dir. int.*, 1963, p. 172; il quale riferisce della giustificazione al principio di autonomia della volontà nel diritto internazionale privato secondo la visione di Grozio. L'A. rileva che nelle originarie configurazioni dell'autonomia di diritto internazionale privato non si riconosceva alle parti direttamente «un potere di fissare il momento di collegamento da esse ritenuto più idoneo al contratto. Tale momento di collegamento (legge del luogo di conclusione o legge del luogo di esecuzione) era al contrario fissato integralmente dalla legge e solo si rilevava l'influenza che al riguardo aveva la volontà delle parti, le quali, concludendo e disponendo l'esecuzione del contratto in uno o altro luogo, finivano, spostando in uno o in altro luogo il momento di collegamento previsto dalla legge, per determinare in ultima analisi la legge applicabile. Ma l'insistere, per le ragioni anzidette, su questa rilevanza che la volontà delle parti poteva finire per avere sulla legge applicabile al contratto, portò a prendere quella volontà in più diretta considerazione, e ad elevarla in primo piano, e a ritenerla non solo più indirettamente, ma anche direttamente capace di provvedere alla determinazione della scelta competente. La volontà privata, cioè, non si esplica solo più ponendo in essere il fatto obiettivo dal quale obbligatoriamente dipende l'applicazione al contratto di una data legge, ma si esplica direttamente dichiarando una legge applicabile al contratto, qualunque sia il collegamento di questo con quella legge o con altra: i contraenti cioè, possono ad esempio concludere il contratto in un certo luogo e sottoporlo ad una legge diversa». Si veda al riguardo anche *infra* (nota 19) dove il procedimento sopra descritto viene definito rinvio indiretto o falso e viene nettamente distinto dal rinvio diretto (vero) posto in essere dall'esercizio della scelta di legge.

<sup>9</sup> GAMILLSCHEG, *Der Einfluß Dumoullins auf die Entwicklung des Kollisionsrechts*, Berlin-Tübingen, 1955, p. 112 et seq.

<sup>10</sup> NISHITANI, *Mancini und die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht.*, p. 176 et seq.

statutaria<sup>11</sup>. In particolare egli sosteneva l'importanza dell'autonomia, intesa come libertà di dare vita ad un rapporto giuridico tra soggetti privati (dunque nel campo del diritto delle obbligazioni) che fungeva come completamento del contenuto del contratto e che imponeva al giudice l'obbligo di rispettare la volontà espressa dalle parti nell'ambito delle norme dispositive<sup>12</sup>. Come è stato tuttavia sottolineato, la sua impostazione può essere coerentemente spiegata solo laddove si intendano le norme imperative della *lex fori* come limite di ordine pubblico nel senso proprio del diritto internazionale privato, a cui si ricorre in caso di necessità per escludere l'applicazione di leggi straniere. Nel pensiero del Wächter, infatti, l'esercizio dell'autonomia travalica le norme imperative di diritto interno e ottiene il valore di norma di conflitto<sup>13</sup> e ciò sebbene non sia rinvenibile, nell'opera dello stesso, un'adeguata base scientifica a dimostrazione di tale lungimirante conclusione.

Un altro autore, il cui pensiero ha avuto un peso fondamentale nell'orientare le posizioni dottrinali successive sulla questione, è stato certamente Savigny. Nella sua prospettiva il metodo corretto si fondava sull'individuazione dell'esatta collocazione spaziale del rapporto giuridico (ovvero la sede - *Sitz*). Nella specie egli affermava che per le obbligazioni la sede corrispondeva al *forum* e che, conseguentemente, questa dovesse essere decisa secondo le regole sulla giurisdizione. In questo caso il criterio che viene in considerazione è la «sottomissione volontaria (*freiwillige Unterwerfung*)» delle parti che si concreta, salvo diversa loro volontà, nel luogo dell'adempimento. Savigny dunque mostra di tenere in considerazione l'espressione della volontà per decidere la legge applicabile<sup>14</sup> ma, come è stato osservato dagli studiosi, egli in realtà ricorreva alla volontà delle parti unicamente per fissare la sede delle obbligazioni in modo oggettivo e non ammetteva la libertà di scegliere la legge applicabile *tout court*<sup>15</sup>.

Ugualmente fondamentale, per spiegare l'evoluzione storica della norma sulla scelta di legge, appare la posizione espressa dal Mancini. La dottrina tende ad assimilare la posizione dell'autore alla teoria statutaria che, partendo dalla legge, fissa il campo di applicazione delle norme, ponendosi con ciò in netto contrasto con il metodo savigniano che, al contrario, partendo dal rapporto giuridico o, più precisamente partendo dalla sede (*Sitz*) del rapporto giuridico, stabilisce, su questo presupposto, quale sia la legge da doversi applicare<sup>16</sup>.

---

<sup>11</sup> A titolo esemplificativo si veda la dottrina dello Ziegler, statutista del seicento, riportata in VON BAR, *Dopffel, Deutsches Internationales Privatrecht im 16. und 17. Jahrhundert*, vol. 1, Tübingen, 1995, p. 575 *et seq.*; NISHITANI, *Mancini und die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht.*, p. 180 *et seq.*

<sup>12</sup> VON WÄCHTER, *Über die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten*, p. 35 *et seq.*; SANDMANN, *Grundlagen und Einfluß der internationalprivatrechtlichen Lehre Carl Georg von Wächters (1797-1880)*, Münster, 1979, p. 156 *et seq.*; e, nella letteratura italiana, CASTELLANI, *Il diritto internazionale privato ed i suoi recenti progressi*, vol. 2, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1902, p. 64.

<sup>13</sup> NISHITANI, *Mancini und die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht.*, p. 186 *et seq.*; sul punto anche PÜLS, *Parteiautonomie. Die Bedeutung des Parteivillens und die Entwicklung seiner Schranken bei Schuldverträgen im deutschen Rechtsanwendungsrecht des 19. und 20. Jahrhunderts*, Berlin, 1995, pp. 53 (nota 190), 68 *et seq.*

<sup>14</sup> VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, p. 3 *et seq.*

<sup>15</sup> MANSEL, *Mancini v. Savigny und die Kodifikation des deutschen internationalen Privatrechts von 1896*, in *Deutsche Rechtswissenschaft und Staatslehre im Spiegel der italienischen Rechtskultur während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, (a cura di) R. Schulze, Berlin, 1990, p. 258; NISHITANI, *Mancini und die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht.*, p. 190 *et seq.*

<sup>16</sup> Sebbene Mancini dimostri di criticare e respingere la dottrina savigniana come una *petito principii*, il pensiero dei due autori, come ha osservato la dottrina, presenta certe comunanze che riflettono l'ideologia giuridica del loro tempo. Per entrambi, infatti, il diritto privato viene contrapposto nettamente al diritto pubblico, la comunità internazionale tra gli Stati vale come base del diritto internazionale privato e l'ideologia dell'uniformità delle decisioni (*Entscheidungsharmonie*) viene considerata come oggetto principale del diritto

Mancini, in particolare, classifica l'intero ordinamento giuridico in diritto privato e pubblico e ne circoscrive il campo di applicazione, chiarendo che il diritto privato segue la persona ovunque essa si sposti, dunque anche al di fuori dei propri confini nazionali, mentre il diritto pubblico è destinato ad operare unicamente all'interno del territorio dello Stato. Inoltre Mancini fissa il suo sistema di diritto internazionale privato su tre principi: nazionalità, libertà e sovranità intesa come indipendenza politica. Soffermandoci solo su quello che principalmente interessa la presente ricerca, ovvero il principio di libertà, l'autore intende con ciò che è necessario rispettare la libertà degli individui nella parte volontaria del diritto privato, cioè quella in cui si tratta del patrimonio e della proprietà, del contratto e delle obbligazioni<sup>17</sup>. Egli sostiene che in questi campi le parti hanno facoltà di sottomettersi alla legge nazionale, così come ad altre leggi, finché queste non contravvengano all'ordine pubblico. Secondo il Mancini, il principio di libertà nell'ordinamento italiano si concretava specificamente negli artt. 7 e 9 delle disp. prel. cod. civ. del 1865. In realtà, come ha rilevato la dottrina successiva, «la deroga alla legge applicabile oggettiva è prevista solo nell'art. 9 rispetto alle obbligazioni, ma non nell'art. 7 secondo cui i beni mobili sono sempre assoggettati alla legge nazionale del proprietario – con riserva della *lex rei sitae* – e i beni immobili alla *lex rei sitae*»<sup>18</sup>. Per ciò che attiene specificatamente alla materia successoria, Mancini escludeva che potesse esservi spazio per l'autonomia della volontà nella determinazione della legge applicabile e non ammetteva di annoverare le successioni tra le materie in cui le parti potessero esercitare una *professio iuris*<sup>19</sup>. Allo stesso autore si deve

---

internazionale privato. Si vedano NISHITANI, *Mancini e l'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato*, p. 36; MANSEL, *Mancini v. Savigny*, p. 269 *et seq.*; FUSINATO, *Il principio della scuola Italiana nel diritto privato internazionale*, in *Archivio giuridico*, 1884, p. 541.

<sup>17</sup> MANCINI, *De l'Utilité de rendre obligatoires pour tout les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civile set criminelles*, in *Clunet* (1874), pp. 221-239, 285-304, (anche in JAYME, MIELE, *Il diritto della civiltà internazionale. Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti di Pasquale Stanislao Mancini*, Torino, 1994, pp. 123-168). La versione originale in italiano in *Il Filangieri*, I, 1876, p. 635, e ora in *Antologia di diritto internazionale privato*, III, Milano, 1990, p. 50. L'A. osserva (p. 60 dell'indicata ultima versione) che «l'estensione dell'autorità sociale e della sua azione viene limitata e si arresta dove s'incontra con la libertà innocua e quindi legittima dei privati e conseguentemente quella non può senza ingiustizia ed eccesso invadere di una sola linea la sfera inaccessibile ed inviolabile in cui codesta volontà spazia e si esercita».

<sup>18</sup> NISHITANI, *Mancini e l'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato*, p. 33.

<sup>19</sup> Nel suo parere sul caso Samama per giustificare l'applicabilità del diritto italiano, egli si basò sulla volontà espressa dal Conte Samama di rinunciare alla cittadinanza tunisina e di fissare il suo domicilio in Italia. Alcuni autori hanno individuato in questa soluzione un esercizio della volontà. In realtà qui il soggetto non ha designato la legge da applicare alla propria successione ma è intervenuto a monte su uno dei previsti criteri di collegamento oggettivi previsti dal legislatore modificandolo ed ottenendo, solo come risultato finale, l'applicazione del preferito diritto italiano. A tale proposito è stato altresì osservato che l'autonomia della volontà costituisce un esercizio attivo e diretto di scegliere la legge applicabile, se le parti agiscono invece per influenzare la determinazione della legge applicabile agendo sul criterio di collegamento oggettivo previsto, l'influenza delle parti agisce solo in via indiretta posto che il criterio di collegamento è prestabilito in modo obiettivo e non è la volontà delle parti a deciderlo. Si parla in questo caso di rinvio indiretto o falso che deve essere distinto dal rinvio diretto, cioè dall'esercizio dell'autonomia della volontà come norma di conflitto. Si veda a quest'ultimo riguardo TREUMANN, *Die Parteiautonomie im Deutschen Internationalen Privatrecht*, Quakenbrück, 1933, p. 2; KÜHNE, *Die Parteiautonomie im International Erbrecht*, Bielefeld, 1973, p. 20. Circa il caso Samama si veda, MANCINI, *Per gli eredi testamentari del fu Conte Caid Nissim Samama contro i pretendenti alla sua eredità ab intestato. Ricerca della legge regolatrice della successione del testatore*, in *Questioni di diritto*, vol. 2, Napoli, 1880, p. 320 *et seq.*; e anche App. Lucca, 9 giugno 1880, in *Giur. it.*, 1880, I, 2, p. 776 *et seq.*; Cass. Firenze, 25 aprile 1881, in *Giur. it.*, 1881, I, 1, p. 420 *et seq.*; App. Firenze, 31 luglio 1883, in *Giur. it.*, 1884, II, p. 73 *et seq.*. In dottrina si vedano JAYME, *Mancini heute. Einige Betrachtungen*, in *Festschrift Zweigert*, Tübingen, 1981, p. 151 *et seq.*

tuttavia il merito di aver consolidato l'innovativa applicazione uniforme dello statuto personale, senza distinzione tra beni mobili ed immobili<sup>20</sup>.

Ciò posto, sebbene la norma sulla scelta di legge, come facilmente immaginabile, ha assunto un'importanza notevole anche da un punto di vista strettamente civilistico, l'introduzione nell'ambito del diritto internazionale privato, a partire dalle basi testé illustrate, è stata oggetto di vivaci dibattiti in dottrina e ha dato origine a posizioni divergenti<sup>21</sup>, a volte anche diametralmente opposte, sulle quali si ritiene fondamentale soffermarsi al fine di meglio comprendere il ruolo che riveste, ad oggi, in questo specifico settore del diritto, l'autonomia della volontà e come la stessa, mutuando un'espressione di von Overbeck, si sia irrimediabilmente estesa anche a settori del diritto inizialmente esclusi<sup>22</sup>.

### 3. La scelta di legge come norma materiale: la "teoria dell'incorporazione" o del "contratto senza legge" e la "teoria oggettiva"

Come evidenziato, il problema ha iniziato a porsi, nelle codificazioni nazionali e nella giurisprudenza, tra la fine del XIX secolo e l'inizio del XX secolo<sup>23</sup>, in concomitanza con l'intensificarsi dei traffici commerciali e con il mutare della fisionomia degli stessi e, in definitiva, con l'avvento dell'era *post* industriale. I nuovi tratti assunti dal commercio internazionale avevano, infatti, ormai reso del tutto anacronistico ed inadeguato il ricorso al tradizionale criterio della *lex loci contractus* per regolare i negozi giuridici tra le parti<sup>24</sup>. Fu

---

MANSEL, Mancini, Mittermaier und die nationalsozialistische Rechtslehre. Zwei Skizzen, in Pasquale Stanislao Mancini – L'uomo lo studioso il politico, Napoli, 1991, p. 451.

<sup>20</sup> Si parla di quello che oggi è noto come sistema unitario e che è stato considerato talmente opportuno da essere stato prescelto dal legislatore europeo come sistema basilare per la disciplina delle successioni transnazionali nel nuovo regolamento 650/2012 (si confrontino gli artt. 4 e 21). Si erano già schierati in favore dell'uniformità dello statuto successorio Mittermaier, Wächter e Savigny; MITTERMAIER, *Die Lehre von der Collision der Gesetze, mit einer Darstellung der Ergebnisse der neuesten wissenschaftlichen Forschungen darüber*, in *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*, 11, 1839, p. 270 *et seq.*; VON WÄCHTER, *Über die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten*, pp. 198 *et seq.*, 363 *et seq.*; VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, p. 295 *et seq.*; NISHITANI, *Mancini und die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht*, p. 74, (nota 203).

<sup>21</sup> Scorrendo le numerose pagine che la dottrina internazionalprivatistica ha dedicato a questo tema è possibile evidenziare che ogni valutazione circa l'estensione dell'autonomia della volontà delle parti in diritto internazionale privato oscilla tra visioni universalistico-volontaristiche e visioni statocentrico-positiviste nonché tra soggettivismo e oggettivismo nell'analisi conflittualistica, si vedano su quest'ultimo punto BATIFFOL, *Subjectivisme et objectivisme dans le droit International privé des contrats*, in *Mélanges Maury*, I, Paris, 1960, p. 52 ss. Circa lo sviluppo delle teorie richiamate si vedano MANCINI, *De l'utilité de rendre obligatoires un certain nombre de règles de droit International privé*, in *Clunet*, 1874, p. 285 *et seq.*; FIORE, *Diritto internazionale privato*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 1988, I, pp. 147-148, secondo i quali era possibile configurare la volontà delle parti come fondamento autonomo dell'applicazione del diritto internazionale privato, in particolare nei rapporti commerciali internazionali. Successivamente con l'affermarsi della teoria positivista prevalse un differente approccio secondo il quale «la volontà di per sé non è capace di effetti giuridici; questi derivano sempre da una legge che all'efficacia morale o etica della volontà aggiunga il carattere e il valore del diritto» così ANZILOTTI, *Il principio dell'autonomia dei contraenti*, in *Opere*, vol. III, Padova, 1960, p. 637. Sul punto anche AUBRY, *Le domaine de la loi d'autonomie en droit International privé*, in *Clunet*, 1986, p. 465 *et seq.* Si rimanda altresì, per un'analisi della questione da un punto di vista prettamente legato alla contrattualistica internazionale all'analisi di GALGANO, MARRELLA, *Diritto e prassi nel commercio internazionale*, Padova, 2010, p. 313 *et seq.*, a cui si rinvia per ulteriori riferimenti (specialmente nota 40).

<sup>22</sup> *Supra* nota 2.

<sup>23</sup> Per un *excursus* storico si veda RANOUIL, *L'autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept*, *passim*.

<sup>24</sup> Si è opportunamente rilevato che in epoca preindustriale ovvero quando le contrattazioni avvenivano *inter praesentes* e gli affari si concludevano nel luogo e nel tempo in cui avvenivano, la *lex loci contractus* risultava

proprio su questi presupposti storici e politici che iniziò a prendere forma l'idea di autonomia intesa specificamente come possibilità concessa alle parti di scegliere la legge a cui sottoporre il contratto che risultasse più funzionale al perseguimento dei propri interessi<sup>25</sup>.

Una delle prime teorie sviluppate ha ipotizzato di poter considerare la norma sulla scelta di legge come attributiva nei confronti delle parti del potere di dare vita ad obblighi esclusivamente mediante l'incontro delle loro rispettive volontà<sup>26</sup>. In questo modo i soggetti coinvolti nella negoziazione, regolando liberamente i propri interessi, potevano formulare autonomamente le clausole del contratto che si accingevano a concludere, ovvero ricondurre il contratto ad un'unica legge. In questo modo, secondo quanto sostiene tale parte della dottrina, le disposizioni della legge prescelta non assumevano vigore proprio, ma possedevano efficacia vincolante unicamente come disposizioni contrattuali, essendo incorporate nel contratto. Proprio per tale ragione a questa dottrina fu attribuito il nome di "teoria dell'incorporazione" (*materiellrechtliche Verweisung*<sup>27</sup>). Invero il potere di scelta si esplicherebbe dunque nell'apposizione di una clausola in grado di richiamare la legge indicata dalle parti all'interno del contratto; si da costituire una sorta di determinazione del contenuto contrattuale *per relationem*, attraverso un rinvio di tipo recettizio<sup>28</sup>. Dalla circostanza che la legge o le singole disposizioni di legge siano applicate *vi conventionis* consegue che non sarebbe possibile distinguere le norme coercitive da quelle dispositive. Il risultato a cui conduce tale teoria è che le parti risulterebbero libere di eliminare dalla convenzione negoziale qualsiasi norma che reputino non conforme ai propri interessi<sup>29</sup>. Ne consegue che, secondo tale impostazione, la volontà, autorizzata dalla norma che facoltizza l'esercizio della scelta di legge in capo alle parti, finirebbe con il produrre effetti più ampi di quelli che produrrebbe se venisse esercitata all'interno dei confini nazionali in quanto non incontra il limite delle norme imperative<sup>30</sup>. Ciò evidentemente non significa che le parti

---

essere il modo più congeniale di regolamentazione dei traffici commerciali. Non altrettanto può dirsi dei traffici commerciali svoltisi nell'era post industriale. La nuova fisionomia del commercio internazionale, infatti, così come delineata dall'avvento delle banche, dall'incremento dei traffici internazionali e dall'introduzione dei servizi postali e telegrafici, comportarono un'interruzione della *liaison* nella regola che vedeva l'unità dello spazio e del tempo nella conclusione e nell'esecuzione dei contratti. L'utilizzo della *lex loci contractus* per regolamentare i traffici iniziò dunque a rivelarsi inadeguata in quanto conduceva all'applicazione di tante leggi quanti erano i luoghi di esecuzione delle differenti obbligazioni nascenti dal contratto, con conseguente rottura dell'unità della disciplina giuridica venir meno della prevedibilità e continuità delle soluzioni giuridiche e, in definitiva, della necessaria certezza del diritto, CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, Bari, 1999, p. 20.

<sup>25</sup> MEMMO, *Le categorie ordinanti del sistema delle obbligazioni e dei contratti nel nuovo diritto internazionale privato italiano*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 56.

<sup>26</sup> FOELIX, *Traité de droit International privé ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*, t. 1, Paris, 1856, p. 202 *et seq.*; LAURENT, *Le droit civil International*, vol. 8, Bruxelles-Paris, 1880-1882, t. VIII, p. 391; DE BROCHER, *Cours de droit International privé*, t. II, Paris-Genève, 1883, p. 67; ROLIN, *Principes généraux de droit International privé*, Paris, 1897, p. 438; KAYSER, *L'autonomie de la volonté en droit International privé dans la jurisprudence française*, in *Clunet*, 1931, p. 322 *et seq.*

<sup>27</sup> La distinzione tra «*materiellrechtliche Verweisung*» e «*kollisionsrechtliche Verweisung*» risale a ZITELMANN, *Internationals Privatrecht*, I, Leipzig, 1897, p. 270 *et seq.* ed è stata poi ripresa da FRANKESTEIN, *Internationals Privatrecht*, I, Berlin, 1929, p. 164 *et seq.*

<sup>28</sup> SBORDONE, *La scelta della legge applicabile*, Napoli, 2003, pp. 50-51.

<sup>29</sup> CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, p. 21.

<sup>30</sup> È quanto risulta, in giurisprudenza, dalla nota sentenza, considerata il *Leading case*, della Cassazione francese del 1910 resa nel caso *American Trading Company*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1911, p. 935 *et seq.* Ove la Corte ha escluso l'applicabilità del divieto di clausole di corresponsabilità imposto dalla legge americana che

abbiano un potere illimitato nell'esercizio della loro facoltà visto e considerato che, come noto, dal punto di vista internazionalprivatistico, incorrerebbero comunque nel baluardo dell'ordine pubblico e nel dovuto rispetto delle norme di applicazione necessaria. Dall'attribuzione alla scelta di legge del carattere di norma materiale che pone un principio di libertà contrattuale in campo internazionale derivano, come evidente, diverse conseguenze circa i limiti, gli effetti e le modalità della scelta<sup>31</sup>. In primo luogo, si consente alle parti di scegliere qualsiasi legge, seguendo solo il criterio del miglior soddisfacimento dei propri interessi personali. In secondo luogo, è possibile che le parti individuino disposizioni di legge differenti per la disciplina di aspetti diversi del contratto, concretizzandosi così un'ipotesi di *depeçage*. Infine, le parti potrebbero scegliere di regolare il proprio contratto non riferendosi a disposizioni di una legge di un determinato ordinamento positivo, ma potrebbero utilizzare regole, anche non scritte, diffuse nella prassi commerciale e, in particolare le regole della *lex mercatoria*<sup>32</sup>. Un'altra diretta conseguenza, che deriva dalla configurazione della scelta di legge come norma materiale, è che le successive variazioni che dovessero intervenire a modificare la legge prescelta non avrebbero alcun effetto sulla regolamentazione del rapporto contrattuale interessato. Ne consegue che da un lato devono considerarsi incorporate nel contratto le norme richiamate così come le stesse esistevano al momento della conclusione e, dall'altro, tali disposizioni, come d'altronde tutte le pattuizioni convenzionali, non potranno subire alcuna modifica successiva se non per volontà delle stesse parti coinvolte.

---

era stata richiamata nel contratto dagli stipulanti in quanto, con il suddetto richiamo, le parti "*n'entendent se soumettre à la loi américaine que pour tout ce qui n'aurait pas été expressément prévu par la charte partie*". Si veda in dottrina anche CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, *ibidem*; e anche BATIFFOL, *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, Parigi, 1976, p. 249 *et seq.*

<sup>31</sup> BATIFFOL, *Subjectivisme et objectivisme dans le droit International privé des contrats*, p. 52 *et seq.*

<sup>32</sup> Ad oggi esistono diversi sistemi e regole di natura non statale con diversa provenienza, natura e contenuti. Queste regole, fortemente eterogenee (il richiamo è alla *lex mercatoria*, agli usi commerciali internazionali in genere, ai Principi UNIDROIT, ai Principi di Diritto Europeo dei Contratti - c.dd. P.E.C.L. -, agli INCOTERMS ed alle regole uniformi sui crediti documentari della Camera di Commercio Internazionale, alle leggi modello UNCITRAL, etc.), assicurano al rapporto contrattuale internazionale quella stabilità connessa sia alla quasi totale «delocalizzazione» dello stesso rispetto a singoli ordinamenti nazionali che, in alcuni casi, alla sua presunta «autosufficienza» regolamentare (una sorta di «contratto senza legge»). Sotto il profilo funzionale, le regole citate perseguono una reale uniformazione del «diritto» del commercio internazionale, soprattutto quando ad applicarle siano arbitri e non giudici statali; spesso costituiscono un valido modello per il legislatore sia nazionale sia comunitario (ai fini dell'armonizzazione del diritto dei contratti a livello europeo quale presupposto per la creazione di un mercato unico europeo, cfr. la comunicazione della commissione europea COM(2001)398 def. dell'11 luglio 2001 pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale L. 255 del 13 settembre 2001). Più complessa è la ricostruzione della loro natura: in sintesi, si afferma che gli usi del commercio internazionali rilevano in termini giuridici in quanto: a) norme consuetudinarie fondate sul convincimento della loro giuridicità (*opinio iuris ac necessitatis*) e sulla ripetuta, generalizzata ed effettiva applicazione, e quindi come usi normativi veri e propri, in posizione subordinata rispetto alle fonti primarie del diritto ed efficaci alle condizioni ed entro i limiti posti dalle norme sovraordinate; b) usi negoziali; c) richiamate dalle parti all'interno del regolamento contrattuale (*materiellrechtliche Verweisung*); d) scelte dalle parti, con un meccanismo internazionalprivatistico, di rinvio ad un ordinamento diverso da quello nazionale (c.d. *kollisionrechtliche Verweisung*); e) principi di diritto internazionale condivisi dalla comunità. Cfr. sul punto SBORDONE, *Legal drafting e contrattazione internazionale*, testo disponibile al seguente indirizzo [http://www.academia.edu/1834761/Legal\\_drafting\\_e\\_contrattazione\\_internazionale](http://www.academia.edu/1834761/Legal_drafting_e_contrattazione_internazionale). Inoltre con particolare riguardo alla *lex mercatoria* è stato evidenziato che la stessa difficilmente assume i caratteri di un sistema autonomo e completo che possa sia legittimare che, ove necessario, integrare la disciplina contrattuale, pertanto i principi e gli usi del commercio internazionale assumono rilevanza, ove richiamati dalle parti, solo nei limiti in cui ciò sia previsto nell'ordinamento che disciplina il contratto (*lex causae*), PEGNA, *Criteri di collegamento (voce)*, in *Dizionario di diritto internazionale privato* (a cura di) R. Baratta, Milano, 2010, p. 91 *et seq.*

La teoria appena esaminata è stata oggetto di serrate critiche in dottrina, tant'è che oggi tale interpretazione della norma sulla scelta di legge viene considerata per lo più insostenibile. Ciò eminentemente in quanto, come è stato osservato, la posizione tratteggiata inverte in modo sostanziale il rapporto che ordinariamente deve sussistere tra la volontà dei soggetti e la norma, ponendo la prima in posizione preminente rispetto alla seconda e riconoscendo così ai privati una sorta di potere legislativo, che si concretizza nel momento in cui si attribuisce alle parti la possibilità di derogare, esercitando la propria volontà, alle norme imperative di qualsiasi ordinamento e persino prescindere dal richiamo di una legge. Ragionando in questi termini il contratto viene concepito e costruito come un ordinamento giuridico autosufficiente, motivo per cui a tale impostazione è stata attribuita, dalla dottrina successiva, la denominazione di "teoria del contratto senza legge". La visione universalistico-volontaristica e il soggettivismo esasperato che caratterizzano tale teoria, in una visione più matura, incontrano e, inevitabilmente, si scontrano con il limite del rispetto degli interessi collettivi garantiti dallo Stato risultando così, anche politicamente inammissibile. D'altronde, sebbene la teoria che attribuisce alla scelta di legge valore di norma materiale conduce all'ammissione del "contratto senza legge", il regolamento consensuale degli interessi patrimoniali sottesi al contratto che l'ordinamento giuridico dello Stato sembrerebbe affidare unicamente alla volontà delle parti, in realtà rimarrebbe pur sempre confinato all'interno di quell'ordinamento giuridico statale da cui trae, in definitiva, la propria legittimazione ed efficacia obbligatoria. In pratica il legislatore rinuncia unicamente ad individuare a priori la disciplina da applicare all'accordo concluso tra le parti conferendo, al contrario, rilevanza giuridica alla scelta che queste decideranno di porre in essere<sup>33</sup>. Alla luce di quanto evidenziato è possibile concludere che il problema fondamentale insito nel rinvenire nella scelta di legge una norma materiale non consiste nel chiedersi se, in ultima analisi, sia o meno ammissibile un "contratto senza legge", bensì nell'interrogarsi circa l'effettivo contenuto della categoria delle norme di diritto internazionale privato, intesa come complesso di norme che disciplinano fattispecie con elementi di estraneità. Nella specie occorre chiarire se in tale porzione giuridica debbano essere ricomprese esclusivamente le norme di conflitto, ovvero le norme che provvedono alla disciplina della fattispecie in modo indiretto mediante il richiamo, attraverso i criteri di collegamento di volta in volta previsti, di una legge o di un ordinamento straniero, ovvero vi si debbano ricomprendere altresì anche norme materiali che pongano direttamente una disciplina specifica per le fattispecie con elementi di estraneità, diversa da quella prevista per le corrispondenti fattispecie interne. Al riguardo, occorre evidenziare che la dottrina testé esaminata soffre, inevitabilmente, della limitatezza che caratterizzava lo stato, ancora incompiuto, dell'incompleto sviluppo scientifico della visione moderna del diritto internazionale privato propria dei giorni nostri. All'epoca in cui questa dottrina fu elaborata, infatti, come è stato ancora osservato, non era ancora stato portato a compimento il processo savignano di elaborazione delle norme di conflitto che avrebbe poi in seguito portato ad escludere, dall'ambito di applicazione del diritto internazionale privato le norme materiali, finendo per identificarlo esclusivamente con il metodo delle norme di conflitto. Questo ha comportato che fosse ancora ammesso, nel periodo in questione, che la determinazione della disciplina di una situazione internazionale avvenisse o secondo il

---

<sup>33</sup> CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, p. 23.

metodo degli Statuti, che prevedeva la delimitazione delle regole materiali per stabilire quali rapporti vi fossero sottoposti, ovvero mediante l'individuazione di un ordinamento da applicare ad una categoria di rapporti giuridici. Appare evidente, dunque, che l'obiettivo della dottrina in esame, in un momento in cui la natura strutturale del diritto internazionale privato non era ancora ben definita, nel ravvisare nella norma sulla scelta di legge una disposizione materiale volta ad approntare una disciplina specifica per la categoria dei contratti internazionali, fosse unicamente quello di dare un fondamento giuridico di diritto internazionale privato ai contratti stessi e non di creare ipotesi di anarchia giuridica<sup>34</sup>. In seguito e, nella specie, quando si affermò definitivamente l'idea secondo la quale le questioni di diritto internazionale privato dovessero risolversi unicamente guardando all'ordinamento giuridico a cui il rapporto dedotto in contratto risultasse prevalentemente collegato (per definizione infatti un rapporto giuridico di carattere internazionale – o, come si sul dire, transnazionale – presenta collegamenti con più di un ordinamento giuridico statale), si affermò altresì un generale riconoscimento dell'esistenza, accanto alle norme di conflitto, anche di norme materiali in grado di approntare direttamente la disciplina sostanziale specifica per le fattispecie internazionali<sup>35</sup>. Fu così che intorno ai primi decenni del XX secolo iniziò a diffondersi una diversa interpretazione della scelta di legge come norma materiale. Taluni autori, infatti, pur continuando ad attribuire alla norma sulla scelta di legge la natura giuridica di disposizione materiale, hanno iniziato ad escludere che la stessa norma avesse ad oggetto specifico i contratti internazionali e che ponesse un principio di autonomia negoziale più ampio di quello posto per i contratti interni<sup>36</sup>. La dottrina in esame sosteneva dunque che non vi fossero valide ragioni per differenziare la disciplina dei contratti interni rispetto a quella dei contratti internazionali e, pertanto, la norma sulla scelta di legge doveva identificarsi con la norma sull'autonomia negoziale interna, incontrando, necessariamente, il limite del rispetto delle norme imperative. In una prospettiva diversa, dunque, la norma sulla scelta di legge veniva collocata ad un livello differente, non più nell'ambito del diritto internazionale privato bensì tra le disposizioni di diritto privato sull'autonomia negoziale. In pratica, con riferimento ai contratti dotati di elementi di estraneità in grado di attivare un conflitto di leggi, trovavano applicazione soltanto le norme contenenti criteri di collegamento oggettivi (quali la *lex loci contractus* e la legge di esecuzione del contratto) che svolgono una mera funzione di conflitto, e non, appunto, la *lex voluntatis* con funzione sostanziale<sup>37</sup>. Proprio a motivo di ciò tale posizione prende il nome di “teoria oggettiva”<sup>38</sup>. Secondo tale dottrina, il potere di scelta viene

---

<sup>34</sup> CARELLA, *ibidem*.

<sup>35</sup> Uno dei più recenti esempi lo si ritrova proprio nel diritto internazionale privato delle successioni di cui ci occuperemo nel prosieguo. Nel regolamento europeo 650/2012, infatti, il legislatore europeo ha affiancato alle regole sulla legge applicabile e la giurisdizione, anche la disciplina materiale del nuovo certificato successorio europeo v. Capo VI del regolamento 650/2012, artt. 62-73.

<sup>36</sup> Per un generale esame dell'autonomia privata nel diritto civile italiano con particolare riferimento all'interpretazione del contratto si vedano per tutti: ALPA, *L'interpretazione del contratto*, Milano, 2001; RESCIGNO, *Autonomia privata*, in *Iustitia*, 1967, p. 3 *et seq.*; SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv.*, I, Torino, 1987, p. 517 *et seq.*; SCHLESINGER, *L'autonomia privata ed i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, IV, p. 229 *et seq.*

<sup>37</sup> Cfr. SBORDONE, *La scelta della legge applicabile*, p. 56 e particolarmente i riferimenti bibliografici *ivi* indicati in nota 82.

<sup>38</sup> Tra i maggiori sostenitori di questa teoria: AUBRY, *Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé*, in *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée*, 1896, pp. 467 *et seq.* e 721; NIBOYET, *La*

ricondotto dall'originario alveo delle norme di diritto internazionale privato al piano del diritto interno sostanziale e, pertanto, dalla legge richiamata attraverso l'operare di criteri di collegamento oggettivi viene fatto dipendere l'ambito di estensione dell'autonomia negoziale e anche di quella particolare forma di espressione di questa, che è costituita dalla scelta di legge. Invero, l'incorporazione della legge straniera può avvenire solo nei limiti delle disposizioni derogabili della legge richiamata e le conseguenze dell'incorporazione non intaccano in alcun modo il principio della superiorità della legge le cui disposizioni si applicano con l'efficacia loro propria e le cui norme imperative costituiscono comunque un limite alla designazione della legge straniera. Ne consegue che il necessario inserimento del rapporto contrattuale in un ordinamento giuridico individuato attraverso l'applicazione di criteri oggettivi comporta che in caso di lacune nella scelta operata dalle parti venga comunque considerata applicabile la *lex contractus*, senza dover procedere ad effettuare una ricostruzione di un'ipotetica volontà implicita o presunta delle parti<sup>39</sup>.

Evidentemente tale teoria ha subito l'influenza del metodo di conflitto savignano, secondo il quale, in un tentativo di semplificazione del sistema, le norme di diritto internazionale privato possono realizzare unicamente una funzione di conflitto tesa a localizzare in senso oggettivo la fattispecie, con preclusione dell'operatività di criteri soggettivi in grado di determinare la disciplina sostanziale della fattispecie. Il limite di tale teoria, come evidenziato, è che la stessa, identificandosi nella coincidenza tra la norma sulla scelta di legge e la norma di diritto privato sull'autonomia negoziale, non è idonea a spiegare il funzionamento e la natura giuridica generale della scelta di legge, posto che la stessa non può essere applicata al di fuori di quei casi in cui manchi un corrispondente riconoscimento di autonomia negoziale all'interno dell'ordinamento nazionale di riferimento. L'attendibilità e la fondatezza di tale dottrina devono dunque essere vagliati con esclusivo riguardo all'ambito contrattuale. Le spiegazioni a tale teoria, fornite dagli autori che l'hanno sostenuta, soffrono di forti influenze politiche non esauendosi in dimostrazioni prettamente giuridiche, posto che alla base viene utilizzato come giustificazione la mutata fisionomia del contratto e dell'autonomia negoziale negli ordinamenti dei Paesi europei, a partire dal primo dopoguerra. Secondo tale nuova impostazione, il negozio giuridico assume sì rilievo tra le parti ma solo nel rispetto di canoni imprescindibili stabiliti in base a considerazioni di interesse generale, posto che, nell'era del capitalismo, il diritto viene considerato come uno strumento di organizzazione sociale che si esplica anche, ma non solo, attraverso l'esercizio dell'autonomia negoziale da parte di soggetti privati di guisa che quando l'esercizio di tale autonomia travalica i confini stabiliti, generando squilibrio sociale, il legislatore è costretto ad intervenire ponendo dei limiti. Ciò comporta, come diretta conseguenza, che il dirigismo statale finisce per ridurre

---

*théorie de l'autonomie de la volonté*, in *Recueil des cours*, 1927, I, p. 7; SAUSER-HALL, *Le droit applicable aux obligations en droit International privé*, in *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 1925, p. 271 *et seq.*

<sup>39</sup> È stato osservato che nell'ottica fortemente statalista su cui si fonda la dottrina in esame, la negazione dell'esistenza di una volontà implicita o presunta o la considerazione della superfluità di un'indagine volta ad accertarne la sussistenza, è collegata ad un'analisi delle norme derogabili che le assimila a norme imperative. CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, p. 27. Secondo NIBOYET, *La théorie de l'autonomie de la volonté*, p. 62 *et seq.*, le norme facoltative quando non vengono derogate, valgono come norme imperative qualificabili di secondo grado; pertanto se la volontà espressa deve cedere dinanzi alle norme imperative di primo grado, secondo l'A., la volontà presunta deve cedere dinanzi alle norme imperative di secondo grado.

significativamente l'esercizio dell'autonomia negoziale attraverso l'imposizione di una serie di norme imperative che o mirano a riequilibrare la disparità tra le parti del contratto oppure tendono a regolare gli effetti che il contratto può produrre all'interno della società<sup>40</sup>. Con riguardo alla teoria sopra esposta e al ruolo sociale del diritto è stato tuttavia osservato in dottrina che non esistono a monte ragioni per negare radicalmente la possibilità di prevedere differenti discipline per i contratti internazionali e, in particolare, un'autonomia contrattuale che risulti più ampia ed affrancata da limiti interni. Al riguardo, infatti, è stato evidenziato che nel caso dei contratti internazionali la differenza di *status* tra le parti coinvolte è molto meno marcata perché generalmente si tratta di grandi operatori economici (deve però osservarsi che sempre più spesso nell'era della globalizzazione e della diffusione delle tecnologie digitali, sempre più spesso i contratti internazionali possono intercorrere anche tra individui, piccoli imprenditori o tra un imprenditore, grande o piccolo, e un consumatore. In quest'ultimo caso, l'evoluzione più recente ha portato alla formazione di regole specifiche, sia di carattere materiale che di carattere internazionalprivatistico, a protezione della parte debole, in una direzione riequilibratrice del rapporto). Cionondimeno, nella prospettiva sopra evidenziata in cui coinvolti risultino grandi operatori economici, l'utilizzo di clausole a protezione di un ipotetico contraente debole scoprirebbero il fianco a cavillose nullità. D'altronde, un interesse che il legislatore nazionale ritiene di dover tutelare a livello interno, ben potrebbe risultare non meritevole di protezione una volta che, al contrario, ci si sposti sul piano internazionale. Alla luce di tali considerazioni è stato evidenziato che la dottrina esaminata pur non potendo costituire un'ipotesi di spiegazione esclusiva ed assoluta della norma sulla scelta di legge, rimarrebbe un'ipotesi parzialmente accettabile almeno in tutti quei casi in cui la tutela di un determinato interesse pubblico venga fatta prevalere rispetto all'autonomia privata<sup>41</sup>. Da ultimo è stato altresì evidenziato che la dottrina sull'incorporazione e quella oggettiva si pongono tra loro in rapporto di complementarietà, poiché identificano rispettivamente la libertà individuale e la funzione sociale del diritto che si pongono, a loro volta, all'interno di ciascun ordinamento, anch'esse in rapporto di complementarietà<sup>42</sup>.

#### 4. *La scelta di legge come norma di conflitto localizzatrice*

In seguito all'affermarsi del metodo savignano delle norme di conflitto, anche il modo di concepire la norma sulla scelta di legge ha subito degli inevitabili cambiamenti. In un tentativo di semplificazione del sistema, infatti, si è osservato che le norme di diritto internazionale privato possono realizzare unicamente una funzione di conflitto tesa a localizzare in senso oggettivo la fattispecie, con preclusione dell'operatività di criteri

---

<sup>40</sup> Anche nella giurisprudenza del periodo si rinvencono le idee della funzione sociale del diritto e della necessità di protezione del contraente debole, nonché di tutela di interessi generali. Si legge ad esempio nella sentenza del *Reichsgericht* del 28 maggio 1936 (in *Clunet*, 1936, p. 951 *et seq.*) che “solo la sottomissione senza restrizioni ad una legislazione determinata dà la garanzia indispensabile alla vita giuridica internazionale che il rapporto contrattuale sarà regolato anche contro la volontà egoista della parte economicamente più forte, ovvero delle due parti, in considerazione degli interessi generali in gioco in ciascun caso” la traduzione riportata è rinvenibile in CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, p. 30 nota 17.

<sup>41</sup> CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, pp. 30, 31.

<sup>42</sup> CARELLA, *ibidem*.

soggettivi in grado di determinare la disciplina sostanziale della fattispecie<sup>43</sup>. Tale impostazione aveva ricondotto il sistema all'idea secondo cui ogni rapporto di diritto ha una propria sede naturale che deve essere ricavata guardando alla natura del rapporto stesso. Esisterebbe, su questo presupposto, una sede unitaria e naturale dei rapporti giuridici, intesa in senso spaziale, che può essere determinata guardando alle caratteristiche degli stessi senza che sia necessario valutare la configurazione di questi ultimi nel diritto materiale. Tale impostazione, secondo quanto ha evidenziato la dottrina, ha provocato una dissociazione radicale tra diritto materiale e diritto internazionale privato realizzatasi su due livelli differenti<sup>44</sup>. Ad un primo livello, l'idea che nella determinazione della legge applicabile, il punto di partenza sia sempre il rapporto giuridico, ha consentito di abbandonare il metodo consistente nel delimitare il campo di applicazione delle norme materiali<sup>45</sup>; ad un secondo livello, la delimitazione della legge applicabile, realizzandosi sulla base di criteri spaziali, prescinde da qualsivoglia considerazione del contenuto delle leggi in presenza. Tale distinzione appare particolarmente significativa in quanto dalla separazione tra diritto materiale e diritto internazionale privato e dalla totale identificazione di quest'ultimo con le norme di conflitto, infatti, diviene possibile stabilire, a priori, le funzioni e la natura di questo particolare ramo del diritto. La specificità è da attribuire prevalentemente al metodo. Esso infatti diverge da quello proprio di pressoché tutti gli altri settori del diritto ciò in quanto, anziché porre la disciplina diretta del rapporto da regolare, individua il collegamento rilevante di quest'ultimo con un determinato ordinamento e

---

<sup>43</sup> SBORDONE, *La scelta della legge applicabile*, p. 57.

<sup>44</sup> Tale dissociazione è stata oggetto di attento approfondimento da parte della dottrina positivista che, partendo dall'idea di esclusività e autonomia dell'ordinamento statale, ha escluso che le norme di diritto internazionale privato potessero avere la funzione di delimitare la norma interna. Le norme di diritto internazionale privato, infatti, venivano considerate da tale parte della dottrina come norme autonome aventi la funzione di rinviare all'ordinamento straniero competente, cfr. AGO, *Teoria del diritto internazionale privato*, Padova, 1934, p. 98 *et seq.*; MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato*, 12<sup>a</sup> ed., Napoli, 1986, p. 19 *et seq.* A tale concezione si è contrapposta l'altra per la quale le norme di diritto internazionale privato svolgono una duplice funzione, di delimitazione della normativa interna e di richiamo del diritto straniero cfr. CAPOTORTI, *Premesse e funzioni del diritto internazionale privato*, Napoli, 1961, p. 28 *et seq.*; CONFORTI, *L'esecuzione delle obbligazioni nel diritto internazionale privato*, Napoli, 1962, p. 130 *et seq.*; QUADRI, *Funzione del diritto internazionale privato*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1988, p. 30 *et seq.* Secondo il Quadri in particolare viene a cadere ogni possibilità logica che si possa stabilire una qualsiasi forma di contatto (che logicamente non può che essere diretto) fra norme di diritto internazionale privato e fatti sociali. L'errore consisterebbe, dunque, nel concepire la possibilità che una norma renda applicabile un'altra norma ad un fatto. Vero è piuttosto per l'Autore che rendere applicabile una norma straniera significa "creare" una norma nuova che abbia efficacia nell'ordinamento del foro dunque creare una norma "è altra cosa che regolare i fatti", cade così l'ipotesi del regolamento indiretto dei fatti sociali da parte della norma di diritto internazionale privato, l'applicazione del diritto straniero, nella sfera nella quale è inapplicabile il diritto interno, è il frutto di un principio generale tacito di adattamento dell'ordinamento nazionale agli ordinamenti stranieri. In senso contrario DAVÌ, *L'adozione nel diritto internazionale privato*, Milano, 1981, p. 335, secondo il quale le norme straniere non costituiscono soltanto un elemento dell'interpretazione delle norme che regolano la questione principale, ma concorrono anch'esse alla complessiva disciplina della fattispecie. Sempre sulla medesima questione anche BARILE, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Padova, 1980, p. 58 *et seq.* Alla luce di ciò ebbe molto seguito anche la concezione volta a sottolineare la non omogeneità di funzioni assolte dal diritto internazionale privato, nella specie la prima svolta dalle norme di conflitto e finalizzata ad integrare il diritto materiale interno e a precisarne la sfera di applicazione spaziale e personale, la seconda invece si identifica con il richiamo nel foro di leggi straniere. Si veda al riguardo KEGEL, SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, München, 2004, p. 26 *et seq.*; PICONE, *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padova, 1986, p. 12.

<sup>45</sup> Il metodo consistente nel delimitare il campo di applicazione delle norme materiali è ampiamente presente in SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, *passim.*, tradotto in italiano come *Sistema del diritto romano attuale*, VIII, (trad. Scialoja), Torino, 1896.

attraverso questo richiamo conduce, solo indirettamente, alla disciplina del rapporto giuridico. Quanto agli obiettivi è stato osservato in dottrina che il diritto internazionale privato è caratterizzato da una giustizia propria costituita da un insieme di criteri che rendono applicabile non la legge migliore per il contenuto, bensì quella che appare migliore secondo criteri territoriali<sup>46</sup>. Conseguenza immediata di tale teoria è che laddove si identifichino le norme diritto internazionale privato necessariamente con le norme di conflitto localizzatrici, dinanzi ad una norma identificata come materiale non potrà che escludersene la natura di norma di diritto internazionale privato e, allo stesso modo, se si ritiene di trovarsi dinanzi ad una norma di diritto internazionale privato non potrà che concludersi che essa sia certamente una norma di conflitto. Non può tuttavia sottacersi che tra gli autori che sostengono che l'ascrivibilità della scelta di legge tra le norme di conflitto, ve ne sono alcuni che continuano a ricondurla all'interno della libera volontà delle parti.

Una parte della dottrina, infatti, pur continuando ad identificare la norma sulla scelta di legge tra le norme di conflitto, ha sostenuto tuttavia che essa evidenzia un potere di autonomia delle parti strettamente connesso alla libera possibilità di esercitare una scelta. Essendo tuttavia tale teoria annoverabile tra quelle che individuano nella norma sulla scelta di legge una matrice internazionalprivatistica, è evidente che l'autonomia a cui fanno riferimento tali autori non è di tipo negoziale, così come prevista e disciplinata dal diritto materiale, bensì di tipo conflittuale ascrivibile dunque all'ambito oggettivo del diritto internazionale privato. Tale autonomia permette alle parti coinvolte di scegliere liberamente la legge che deve disciplinare il contratto e il suo contenuto. Tale dottrina si è in seguito ulteriormente divisa tra coloro che ritengono che la volontà andrebbe presa in considerazione come mero fatto e quanti invece pongono l'accento sulla volontà quale criterio di collegamento di tipo negoziale<sup>47</sup> «espressione di un vero e proprio potere di autonomia che si concreta in un'apposita stipulazione, il così detto “pactum de lege utenda”<sup>48</sup>»,<sup>49</sup> ritenendo dunque che anche la scelta di legge possa configurare un vero e

---

<sup>46</sup> Da queste considerazioni nasce anche la teoria della neutralità del diritto internazionale privato, cfr. KEGEL, *The crisis of Conflict of Laws*, in *Recueil des cours*, 1964, II, p. 94 *et seq.*; VAN HECKE, *Principe et méthodes de solution des conflits de lois*, in *Recueil des cours*, 1969, I, p. 445 *et seq.*

<sup>47</sup> Tra i sostenitori della volontà delle parti come espressione di autonomia negoziale si vedano: PERASSI, *Sull'autonomia dei contraenti*, in *Riv. dir. int.*, 1928, p. 516 *et seq.* e in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1958, p. 173 *et seq.* L'A. in particolare evidenzia che «l'autonomia dei contraenti, come può concretamente esplicarsi mediante la determinazione di regole contrattuali formulate direttamente dalle parti secondo criteri suggeriti dallo scopo pratico del negozio giuridico che essi costituiscono, così può manifestarsi nell'adozione di regole contrattuali di contenuto uguale a quello delle norme che in un determinato ordinamento giuridico straniero regolano il tipo di negozio a cui appartiene quello che esse costituiscono od anche con la determinazione indiretta di regole contrattuali mediante il richiamo ad un determinato ordinamento giuridico». Sostengono la natura fattuale della scelta operata dalle parti anche AGO, *Teoria del diritto internazionale privato*, p. 192 *et seq.*; BOSCO, *Corso di diritto internazionale privato*, 3ª ed., Roma, 1939, p. 386 (dove si parla di fatto giuridico in senso stretto). Identificano nella scelta di legge un criterio di collegamento di tipo negoziale: BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato italiano*, Milano, 1974, p. 305 *et seq.*; VITTA, *Diritto internazionale privato*, Torino, III, 1975, p. 248 *et seq.*; CURTI GIALDINO, *L'autonomie de la volonté des parties en droit International privé*, in *Recueil des cours*, III, 1972, p. 863; GIULIANO, *La loi applicable aux contrats: Problèmes choisis*, in *Recueil des cours*, t. 158, 1977, p. 213 *et seq.*

<sup>48</sup> Per un approfondimento del ruolo del *pactum de lege utenda* nel diritto internazionale privato si veda: MIGLIAZZA, *La rilevanza dell'accordo privato sul richiamo a norme e a procedimenti estranei*, Milano, 1950, p. 3 *et seq.*; UDINA, *Obbligazione (diritto internazionale privato)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 616 *et seq.*; FORLATI PICCHIO, *Contratto nel diritto internazionale privato*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., IV, Torino, 1989, p. 214 *et seq.*; DE DONATIS, *L'autonomia delle parti e la scelta della legge applicabile al contratto internazionale*, Padova,

proprio negozio giuridico. Così i confini della *materiellrechtliche* e della *kollisionrechtliche Verweisung* si trovano automaticamente tracciati non appena si consideri che «in entrambi i casi si tratta semplicemente di effetti ricollegati dal sistema giuridico di uno stato alla volontà dei privati interessati e dunque una questione da risolversi sulla base del diritto positivo»<sup>50</sup>. Ciò comporta che sebbene il risultato fattuale tra operare una scelta di legge e determinare materialmente i diritti ed obblighi reciproci<sup>51</sup> insiti nel contratto sia astrattamente il medesimo, posto che in entrambi i casi è garantito alle parti il soddisfacimento dei propri interessi attraverso la migliore regolamentazione possibile delle loro operazioni economiche e si tratta comunque di effetti e funzioni che il sistema statale riconduce alla volontà dei privati dettandone l'ambito di esercizio ed i relativi limiti<sup>52</sup>, cionondimeno la natura giuridica delle due opzioni è nettamente diversa. L'autonomia internazionalprivatistica, come evidenziato, non fornisce alcuna soluzione materiale diretta ma si limita a porre in essere la condizione di applicabilità dell'ordinamento richiamato, con ciò non intaccando in alcun modo il principio della superiorità della legge rispetto alle manifestazioni di volontà delle parti, in quanto il negozio di scelta esplica pur sempre la funzione di collegamento di una norma di conflitto<sup>53</sup>. In quanto tale, esso non ha alcuna funzione di disciplina diretta del rapporto. L'*electio iuris* resta dunque un accordo autonomo ed indipendente rispetto al contenuto del contratto e la legge straniera richiamata non entra

---

1991, p. 9 *et seq.*, BARILE, Collegamento (diritto intern. privato), in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1960, p. 368 *et seq.*; SARAVALLE, *Clausole con scelta di legge variabile e Convenzione di Roma del 1980*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1995, p. 17 *et seq.*; CARBONE, *Patti parasociali, autonomia privata e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, p. 885 *et seq.*; ID., *L'autonomia privata nel diritto internazionale privato delle obbligazioni*, in *Dir. comm. e scambi int.*, 1982, p. 15 *et seq.*; GIARDINA, *L'autonomia delle parti nel commercio internazionale*, in *Gli usi del commercio internazionale nella negoziazione ed esecuzione dei contratti internazionali*, (a cura di) Draetta, Kleckner e Rinoldi, Milano, 1986, p. 15 *et seq.*; NISHITANI, Mancini e l'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, p. 23 *et seq.*

<sup>49</sup> Sul punto si veda VITTA, *Diritto internazionale privato*, pp. 238 e 250 *et seq.*

<sup>50</sup> CARBONE, LUZZATTO, *Il contratto internazionale*, Torino, 1994, p. 1, per i quali «l'ottica puramente "nazionale" – quale, in definitiva, è anche quella propria del meccanismo del diritto internazionale privato, che si risolve in una mera "localizzazione" di situazioni e rapporti nell'ambito dell'uno o dell'altro sistema – oltre a non essere in grado di soddisfare tutta una serie di esigenze [...], non consente di offrire una spiegazione adeguata ad un insieme di fenomeni verificabili sulla base dell'esperienza». CARBONE, LUZZATTO, *Autonomia in diritto internazionale privato*, in Alpa e Bessone (a cura di), *I contratti in generale*, Aggiornamento 1991 – 1998, I, in *Giur. Sist. dir. civ. e comm.* W. Bigiavi, Torino, 1999, p. 59. Anche a proposito del '*contrat sans loi*', v. RAMBERG, *International Commercial Transactions*, 3<sup>rd</sup>, Stockholm-Paris, 2004, p. 18: «it is in practise impossible to foresee everything with might occur and even the most skillful and imaginative lawyer would therefore sometimes fail to fully provide for unexepeted events. As has been said "contracting parties do not posses the foresight of a propher or the draftmanship of a CHALMERS (LORD DENNING in British Movietonews v. London&District Cinemas [1952] A.C. 166)».

<sup>51</sup> VIARENGO, *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi*, p. 113; CARBONE, *L'autonomia privata nei rapporti economici internazionali e i suoi limiti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 889; ID., *Obiettivi di diritto materiale e tendenze del diritto internazionale privato e processuale comunitario*, in *Studi int. eur.*, 2007, p. 285. Sul valore utilitaristico della scelta di legge si veda CURTI GIALDINO, *Il valore della volontà delle parti nel diritto internazionale privato*, Milano, 1962, p. 142 *et seq.*

<sup>52</sup> Una volta chiarito che il principio di autonomia in funzione internazionalprivatistica trova il proprio fondamento in una norma di conflitto della *lex fori* ha perso di rilievo uno degli argomenti principali che erano stati opposti da parte della dottrina tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo. Infatti finché si era inteso attribuire al principio di autonomia contrattuale valore assoluto, trovava ragione di essere l'obiezione per cui esso portasse all'inammissibile riconoscimento di un potere legislativo ai privati. Per un'analisi critica sul punto si veda CURTI GIALDINO, *La volonté des parties en droit international privé*, in *Recueil des cours*, t. 137, 1972, p. 768 *et seq.*; e GIULIANO, *La loi d'autonomie: le principe e sa justification théorique*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, p. 232 *et seq.* e ID., *La loi applicable aux Contrats: Problèmes Choisis*, in *Recueil des Course*, t. 158, 1977, p. 195 *et seq.*

<sup>53</sup> CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, p. 37.

a far parte dello stesso. Il richiamo effettuato nei confronti di un ordinamento giuridico può essere descritto negli stessi termini che potrebbero utilizzarsi per qualsiasi altro criterio di collegamento preconstituito dal legislatore<sup>54</sup>. Al contrario, è stato osservato che la recezione negoziale ha lo stesso valore «di quello conseguente ad un regolamento di interessi direttamente formulato dalle parti» e dunque presuppone come già risolto il problema della legge applicabile al contratto<sup>55</sup>. Inoltre la norma di conflitto comporta anche il richiamo alle disposizioni di diritto intertemporale dell'ordinamento designato, al contrario, la recezione negoziale ne cristallizza il contenuto al momento in cui la scelta viene posta in essere<sup>56</sup>. Diretta conseguenza di tale impostazione è che i limiti operanti nei due casi sono diversi, l'autonomia negoziale è soggetta ai limiti imposti attraverso le norme imperative di diritto interno, per definizione inderogabili dalla volontà delle parti. La stessa cosa non può dirsi nel caso di *optio iuris*: la scelta di legge diviene la *lex causae* e le disposizioni imperative della legge obiettivamente applicabile non hanno titolo ad essere applicate. Nel diritto internazionale privato, infatti, non ha alcuna rilevanza la distinzione tra norme imperative e norme suppletive di diritto interno<sup>57</sup>, entrambe ugualmente derogabili a seguito di *professio iuris*. Sono ontologicamente diversi i limiti posti all'autonomia internazionalprivatistica, cioè le norme di applicazione necessaria e l'ordine pubblico<sup>58</sup>, che rilevano anche qualora il criterio di collegamento risulti oggettivo e predeterminato dal legislatore. Tale conclusione, secondo quanto osservato da parte della dottrina, condurrebbe a ritenere che la scelta delle parti configurerebbe un vero e proprio criterio di collegamento<sup>59</sup>. Proprio grazie a questa impostazione che configura nella scelta di legge un criterio di collegamento, si sono potuti superare i principali inconvenienti dell'esaminata teoria dell'incorporazione della legge al contratto<sup>60</sup>.

È stato tuttavia criticamente evidenziato che la dottrina in esame, pur sostenendo un costrutto ideologico idoneo ad inquadrare nel giusto rapporto gerarchico legge e volontà delle parti, non ha tuttavia mostrato una particolare coerenza nel desumere la disciplina della scelta di legge dalla funzione di criterio di collegamento che le è propria<sup>61</sup>. In particolare è stato osservato che secondo tali autori il criterio di collegamento costituito dalla scelta – il quale presenta dei connotati tali da distinguerlo da tutti gli altri criteri – ha

---

<sup>54</sup> VIARENGO, *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi*, p. 114.

<sup>55</sup> CURTI GIALDINO, *Il valore della volontà delle parti nel diritto internazionale privato*, p. 10.

<sup>56</sup> MARINO, *Metodi di diritto internazionale privato e tutela del contraente debole nel diritto internazionale privato*, Milano, 2010, p. 201 et seq.

<sup>57</sup> Cfr. TREVES, *Norme imperative e di applicazione necessaria nella convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1983, p. 27; CARBONE, LUZZATTO, *Il contratto internazionale*, p. 14; LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, Bruxelles, 1995, n. 2, p. 132; VIARENGO, *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi*, p. 212.

<sup>58</sup> Cfr. CARBONE, LUZZATTO, *Il contratto internazionale*, p. 13; CONETTI, *Sur les méthodes de règlement du contract international*, in *scritti in onore di Giorgio Badiali*, (a cura di) Pillitu, Tomo I, Roma, 2007, p. 87; ID., *Contratto nel diritto internazionale privato*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Aggiornamento*, Torino, 2003, p. 450 et seq.; MAYER, *Heuzè, Droit International privé*, Broché, 2014, p. 523; Per un'analisi della funzione dell'ordine pubblico nel diritto internazionale privato si veda CONTALDI, *Ordine pubblico* (voce), in *Diritto internazionale privato* (a cura di) R. Baratta, pp. 273-288.

<sup>59</sup> MARINO, *Metodi di diritto internazionale privato e tutela del contraente debole nel diritto internazionale privato*, p. 204. Contra JACQUET, *Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution*, in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet Tallon*, Paris, 2008, p. 726 et seq., che osserva (a pag. 729) che la «*règle de conflit qui permet aux parties de désigner la loi de leur contrat n'a jamais été une règle de conflit comme les autres*».

<sup>60</sup> V. *supra* p. 3.

<sup>61</sup> CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, pp. 38, 39.

una sua ragion d'essere proprio in relazione alla fattispecie cui inerisce: il contratto internazionale rappresenta, infatti, una sorta di entità immateriale, potenzialmente localizzabile in un numero indefinito di ordinamenti, così che solo le parti, scegliendo la soluzione più vantaggiosa e soddisfacente per il perseguimento dei loro interessi, e non anche il legislatore nella sua valutazione tipica o presuntiva, potrebbero indicare con esattezza quale sia, tra i potenziali ordinamenti, quello con cui il contratto è più significativamente collegato<sup>62</sup>. Generalmente però tale parte della dottrina, come osservato, si caratterizza per la rinuncia a desumere principi generali e si limita a rinviare a quanto stabilito nelle singole normative nazionali posto che la determinazione della finalità da far prevalere di volta in volta nella disciplina della scelta di legge è comunque rimessa al legislatore<sup>63</sup>. Le successive questioni evidenziabili nella dottrina in esame sono: in primo luogo se la scelta di legge incontri dei limiti nella necessità che vi sia un qualche collegamento tra il contratto e la legge designata, ovvero se possa essere richiamato anche una legge che non presenta alcun collegamento con il rapporto; in secondo luogo in quale momento la scelta di legge debba concretamente avvenire; in terzo luogo, se sia o meno possibile assoggettare il contratto a leggi diverse dando così vita al fenomeno del *dépeçage* e, da ultimo, se la scelta debba riguardare necessariamente un ordinamento positivo o possa ricadere anche su sistemi e regole di natura non statale, quali a titolo esemplificativo la *lex mercatoria*.

Per ciò che attiene alla prima questione, gli autori che sostengono che la scelta di legge abbia una funzione localizzatrice ritengono anche che le parti debbano limitarsi a scegliere, tra le varie leggi, quelle che presentino un qualche tipo di collegamento con il rapporto giuridico<sup>64</sup>; al contrario coloro che pongono particolare enfasi sulla natura negoziale della scelta di legge non escludono che il legislatore possa ammettere una facoltà illimitata di scelta in capo alle parti che risulterebbero dunque libere di designare la legge ritenuta più idonea a regolare il contratto<sup>65</sup>. Quanto al problema del momento in cui la scelta di legge debba concretamente essere effettuata la dottrina non è unanime. In particolare coloro che valorizzano il principio di autonomia ammettono una scelta tanto anteriore quanto successiva alla conclusione del contratto, nonché la modificabilità di una scelta già compiuta; al contrario altri autori, partendo dalla funzione di criterio di collegamento della scelta di legge, ritengono che la norma regolatrice possa essere indicata dalle parti solo al momento della conclusione del contratto e non possa essere assoggetta a modificazioni successive<sup>66</sup>. Con riferimento alla questione del *dépeçage*, alcuni autori lo ammettono in base

---

<sup>62</sup> SBORDONE, *La scelta della legge applicabile*, p. 65. Si vedano anche CURTI GIALDINO, *L'autonomie de la volonté des parties en droit International privé*, p. 831; GIULIANO, *La Loi Applicable aux Contrats*, p. 213.

<sup>63</sup> Si legge al riguardo in MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato*, p. 60: «L'idoneità della volontà delle parti a determinare, in quanto criterio di collegamento, l'ordinamento competente a regolare il negozio dipende esclusivamente dalla norma di diritto internazionale privato che adotta questo speciale criterio». V. anche CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, *ibidem*.

<sup>64</sup> Si cfr. in tal senso, BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato italiano*, p. 317 *et seq.*; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, 2ª ed., Padova, 1996, p. 186 *et seq.*

<sup>65</sup> In tal senso MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato*, p.60 . Si cfr. altresì VITTA, *Diritto internazionale privato*, p. 265, il quale per la soluzione del problema fa espressamente riferimento al modo in cui la volontà delle parti viene concepita. Sul punto anche CURTI GIALDINO, *L'autonomie de la volonté des parties en droit International privé*, pp. 855 e 877.

<sup>66</sup> Così VITTA, *Diritto internazionale privato*, p. 266. Ritengono invece che la scelta posteriore o la modifica successiva di una scelta di legge già operata siano ammissibili solo se è la *lex contractus* a consentirlo: MANN,

al principio di libertà e di convenienza delle parti<sup>67</sup>, altri lo negano rifacendosi all'esigenza, derivante dalla funzione di collegamento, che il rapporto sia sottoposto ad un unico sistema normativo, ovvero un sistema unitario di precetti<sup>68</sup>. Da ultimo, per ciò che concerne il problema dell'eleggibilità di sistemi e regole di natura non statale per regolare il contratto la dottrina in esame si è espressa in senso tendenzialmente negativo, manifestando la convinzione che il richiamo debba comunque essere rivolto alle norme di un ordinamento positivo. Cionondimeno tale posizione non si è poi concretizzata in un'effettiva totale chiusura nei confronti di questo insieme di regole, infatti, taluni autori, che identificano la scelta di legge come norma di conflitto, hanno sostenuto la possibilità che le parti possano assoggettare il loro rapporto giuridico a sistemi e regole di natura non statale, quale ad esempio la *lex mercatoria*, ravvisando in tale insieme normativo un ordinamento autonomo, la cui efficacia e il cui contenuto sarebbero indipendenti rispetto ad altri ordinamenti, anche statali<sup>69</sup>.

Nonostante l'evidente passo in avanti rinvenibile nella posizione testé esaminata nel difficile compito di connotare la natura giuridica della norma sulla scelta di legge, anch'essa è stata oggetto di critiche da parte della dottrina successiva. È stato infatti rilevato che tale teoria, che identifica la norma sulla scelta di legge come criterio di collegamento *tout court*, parte da un assioma che gli autori hanno ritenuto non bisognevole di dimostrazione, ovvero un argomento logico-sillogistico per il quale, figurando la scelta di legge come elemento di una norma di conflitto, non può che essere un criterio di collegamento, sostenuto altresì dall'onnipotenza della volontà del legislatore che sarebbe in grado di giustificare ogni cosa. Cionondimeno, una visione più moderna, che ha portato la dottrina successiva a superarne le premesse teoriche e particolarmente l'idea che la norma di conflitto localizzatrice esaurisca il sistema di diritto internazionale privato, ha portato a

---

*The Time – Element in the Conflict of Laws*, in BYBIL, 1954, p. 222, nota 2; WOLFF, *Private International law*, Oxford, 1950, p. 426; HAUDEK, *Die Bedeutung des Parte willens im internationalen Privatrecht*, Berlin, 1931, p. 35.

<sup>67</sup> Si esprime in tal senso MEZGER, *Du consentement en matiere "d'electio juris" et de la clause compromissorie*, in *Rev. critique*, 1971, p. 282.

<sup>68</sup> Così CURTI GIALDINO, *L'autonomie de la volonté des parties en droit international privé*, p. 884. Per una sintesi del problema si veda anche SARAVALLE, Sub. art. 3, in C.M. Bianca e A. Giardina (a cura di), *Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma 19 giugno 1980) - Commentario*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 1995, p. 948 *et seq.*

<sup>69</sup> È stato osservato da BASEDOW, *Nuovi strumenti di diritto internazionale privato*, in *Liber Fausto Pocar*, in G. Venturini e S. Bariatti (a cura di), Milano, 2009, p. 64 *et seq.*, che il concetto di *lex mercatoria* o *law merchant* è abbastanza vago ed indeterminato. La nozione viene fatta risalire a all'insieme di strumenti di natura contrattuale esistenti nell'Europa medievale, implementati dai tribunali arbitrali istituiti dai mercanti nei principali centri di commercio. Non si tratta dunque di un sistema giuridico coerente bensì di una denominazione cumulativa di regole private e autonome degli scambi commerciali, che coesistono disgiuntamente dalla disciplina, posta dall'alto, ovvero le norme statali. A favore dell'identificazione della *lex mercatoria* come sistema giuridico a se stante, differente tanto da quello internazionale quanto da quelli statali, si vedano: GOLDMAN, *Frontières du droit et lex mercatoria*, in *Arch. Phil. Dr.*, 1964, p. 161 *et seq.*; ID., *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives*, in *Clunet*, 1979, p. 475 *et seq.*; FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Paris, 1965, p. 401 *et seq.*; KAHN, "Lex mercatoria" *et pratique des contrats internationaux: l'expérience française*, in *Le contrat économique international. Stabilité et évolution*, Bruxelles-Paris, 1975, p. 171 *et seq.*; LALIVE, *Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents*, in *Recueil des cours*, 1983, III, p. 47 *et seq.* Contra cfr. GIARDINA, *State contracts: national versus International law?*, in *IYIL*, 1980-81, p. 153 *et seq.*; ID., *La lex mercatoria e la certezza del diritto nei commerci e negli investimenti internazionali*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992, p. 461 *et seq.*; JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, 1983, p. 126; LAGARDE, *Approche critique de la lex mercatoria*, in *Le droit des relations économiques internationales: Etudes offertes à Berthold Goldman*, 1987, p. 125 *et seq.*; MANN, *England Rejects "Delocalized" Contracts and Arbitration*, in *ICLQ*, 1984, p. 193 *et seq.*

sostenere che la possibilità di qualificare la scelta di legge come criterio di collegamento non può che scaturire dalla dimostrazione che essa svolge una funzione sostanzialmente analoga a quella degli altri criteri di collegamento<sup>70</sup>. A tale riguardo è stata osservato che sussiste una incompatibilità di fondo tra la funzione di conflitto localizzatrice e la natura negoziale della scelta di legge. Ciò in quanto, come noto, la funzione propria del criterio di collegamento localizzatore è di individuare la legge competente a regolare un rapporto tra le tante che astrattamente potrebbero essere applicate seguendo i diversi collegamenti sussistenti. Pertanto, funzionando come un criterio di collegamento ed esercitando un'autonomia conflittuale, la scelta di legge può solo individuare, tra i possibili contatti, quello più appropriato al rapporto. Ciò implica tuttavia che deve essere escluso che alle parti possa essere riconosciuto il potere di produrre effetti corrispondenti alla volontà manifestata perché, alla stregua della funzione localizzatrice, se la scelta cade su di una legge non collegata al contratto, essa dovrà essere corretta. Inoltre, è stato criticamente osservato che l'analogia con la funzione di collegamento localizzatrice comporta la necessaria contemporaneità tra la formulazione della scelta e la costituzione del rapporto; quindi da un lato non sarebbe ipotizzabile un criterio di collegamento destinato ad operare *pro futuro* rispetto a fattispecie non ancora esistenti, dall'altro sarebbe inammissibile un cambiamento di scelta, se non a seguito di un mutamento di contatti che il rapporto presenta con gli ordinamenti giuridici. Di qui la conseguenza che una modifica della legge regolatrice non accompagnata da un mutamento dei contatti con gli ordinamenti giuridici sarebbe da escludersi salvo un'espressa previsione facoltizzante in tal senso contenuta nella *lex contractus*. Altri profili di incompatibilità sono stati rilevati circa il problema del *dépeçage*, poiché l'analogia con la funzione localizzatrice porta ad escludere che la scelta delle parti possa assoggettare diverse porzioni del contratto a leggi differenti. Anche l'individuazione del campo di applicazione della scelta di legge ha dato adito ad alcune critiche. Nella specie, è stato osservato che mentre la funzione di collegamento localizzatrice può esercitarsi sia rispetto a fattispecie interne, per le quali verrà in considerazione la *lex fori*, che a fattispecie internazionali, per le quali verrà richiamata una legge straniera, un potere di scelta non può che essere riconosciuto per i soli contratti internazionali, poiché diversamente si creerebbe una disparità tra i rapporti interni per i quali è ammessa la scelta di legge e quelli per i quali non è ammessa, inoltre si configurerebbe un'ulteriore contraddittorietà in capo al legislatore che da un lato, in certi casi, dispone l'imperatività di alcune norme rispetto a fattispecie interne e, dall'altro, ammette che, con riguardo alle stesse fattispecie, le norme imperative possano essere derogate dalle parti, attraverso il richiamo di una legge straniera<sup>71</sup>. Tale parte della dottrina conclude dunque per la radicale incompatibilità tra lo svolgimento di una

---

<sup>70</sup> CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, p. 42.

<sup>71</sup> La critica tratteggiata è di CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, pp. 44, 45 e anche in nota 20, a cui si rinvia per ulteriori approfondimenti. In particolare l'A. critica la circostanza che la dottrina esaminata maschera le incongruenze riportate sulla base di assunti formalistici. Viene affermato, infatti, che è la stessa scelta della legge straniera a conferire carattere internazionale al contratto; pertanto anteriormente all'applicazione della norma di conflitto, la distinzione tra contratti interni ed internazionali avrebbe un rilievo di mero fatto e non potrebbe incidere sull'ambito di applicazione della norma, mentre la natura internazionale del contratto cui è applicata la scelta di legge deriverebbe a posteriori dall'applicazione della norma di conflitto. V. al riguardo anche CURTI GIALDINO, *L'autonomie de la volonté des parties en droit International privé*, p. 855 *et seq.* L'A. critica il carattere artificioso dell'argomentazione che non consentirebbe di superare le obiezioni sostanziali evidenziate.

funzione localizzatrice e l'esercizio di un potere di autonomia, escludendo che la scelta di legge possa essere considerata un criterio di collegamento di tipo negoziale<sup>72</sup>.

#### 4.1 (segue) *La teoria del fattore di localizzazione*

Una passo ulteriore nel solco tracciato dalla dottrina appena esaminata è stato compiuto da quella che è nota come “teoria del fattore di localizzazione”. Anch'essa prende le mosse dalla dicotomia tra autonomia negoziale e autonomia internazionalprivatistica. Taluni autori hanno sostenuto una concezione oggettiva dell'autonomia che la assimila in tutto e per tutto agli altri criteri di collegamento. In particolare, rientrano in quest'ultimo gruppo coloro che affermano la natura di mero fatto giuridico della scelta. L'elaborazione più completa e coerente di una concezione oggettiva dell'*optio iuris* è costituita dalla teoria della localizzazione elaborata da Batiffol<sup>73</sup>, che si basa ancora una volta sull'idea di derivazione savigniana, secondo cui il diritto internazionale privato deve procedere ad una ripartizione obiettiva di competenze tra i vari ordinamenti e che a tal fine è necessario che «chaque loi régisse les relations qui tombent naturellement sous son empire étant donné leur localisation»<sup>74</sup>.

Nella specie, tale teoria muove dalla considerazione che nella ricerca della “sede” (*Sitz*) a cui riferire il contratto che possa condurre all'applicazione della legge dello Stato in cui i contratti stessi sono localizzati si pone un problema a monte, già rilevato da Savigny, derivante dal fatto che il contratto resta comunque un'entità immateriale che, come tale, non occupa alcun posto fisico nello spazio e, a motivo di ciò, fra i molti collegamenti che può presentare con diversi ordinamenti, non necessariamente ve n'è uno che rivesta un ruolo determinante o preponderante<sup>75</sup>.

Partendo da tale considerazione, Batiffol ne trae due conseguenze rilevanti, in primo luogo, egli deduce che, nell'ambito dei contratti, non è auspicabile un sistema rigido di criteri obiettivi ben definiti ma è preferibile l'adozione di un approccio concreto e casistico che attribuisca al giudice il ruolo determinante di stabilire quale, tra i differenti elementi della situazione, tenuto conto delle caratteristiche concrete del caso di specie, esprime meglio la localizzazione del contratto<sup>76</sup>. Inoltre, egli ritiene che un intervento ad opera delle parti coinvolte, volto ad indicare la legge da applicare, possa essere decisivo per risolvere

---

<sup>72</sup> CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, pp. 46, 47. L'A., pur criticando la teoria della scelta di legge come criterio di collegamento localizzatore soggettivo, ne ha sottolineato tuttavia anche l'importanza storica perché la stessa ha permesso all'istituto della scelta di legge di sopravvivere ad un momento politico-economico in cui si guardava con grande sfavore all'autonomia negoziale. La distinzione introdotta tra autonomia internazionalprivatistica e autonomia negoziale ha permesso di escludere, infatti, che le critiche rivolte a quest'ultima potessero riguardare anche la scelta di legge. Il pregio di tale dottrina pertanto è stato non solo di mantenere la scelta di legge, ma di aprirle nuove prospettive di sviluppo in settori diversi da quello delle obbligazioni contrattuali. La dottrina in esame, infatti, per la prima volta, ha identificato la scelta di legge come istituto di carattere generale che, in quanto espressione di una autonomia diversa da quella contrattuale, poteva essere applicata anche a rapporti per i quali il diritto sostanziale non riconosceva l'autonomia relativa alla determinazione del contenuto del rapporto.

<sup>73</sup> Si veda sul punto BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, Paris, 1938, *passim*, ID., *Sur la signification de la loi choisie par les contractants*, in *Studi Perassi*, Milano, 1957, *passim*. E altresì BATIFFOL, LAGARDE, *Droit International privé*, t. II, 7<sup>a</sup> ed., Paris, 1983, p. 265 *et seq.*

<sup>74</sup> BATIFFOL, LAGARDE, *Droit International privé*, p. 314.

<sup>75</sup> *Supra*, p. 4.

<sup>76</sup> BATIFFOL, *Les conflits dei lois*, p. 41 *et. seq.*

una localizzazione di per sé complessa, attribuendo rilievo determinante ad uno dei vari indici di localizzazione che il rapporto può presentare<sup>77</sup>.

Su tali premesse Batiffol costruisce la convinzione di poter inglobare la scelta di legge nella localizzazione concreta, trasformandola in uno dei criteri direttivi di quest'ultima. Punto di partenza è la convinzione che, nei casi in cui i giudici hanno fatto riferimento alla volontà ipotetica, il ruolo riconosciuto alla volontà delle parti è semplicemente quello di localizzare il contratto secondo la loro convenienza, assecondando quelli che risultano gli interessi più rilevanti nell'economia del rapporto giuridico in causa. La determinazione della legge applicabile, invece, risulta operata dal giudice sulla base del carattere nazionale che le parti avevo inteso attribuire al contratto. Batiffol conclude al riguardo che "on conçoit mal que la volonté exprimée entraîne un régime radicalement différent"<sup>78</sup>. L'autore desume quindi il reale significato che deve essere attribuito alla clausola espressa di scelta di legge ed evidenzia che quest'ultima non conferisce alle parti il potere di scegliere la legge da applicare, bensì solo quella di collocare il loro contratto in un ordinamento anziché in un altro e di attribuire, eventualmente, mediante una dichiarazione espressa, carattere decisivo ad uno dei contatti della fattispecie. Non è dunque dalla scelta ma dalla localizzazione che essa rivela che il giudice dedurrà la legge applicabile. Ne consegue che la scelta di legge, pur essendo determinante, non risulta direttamente orientata alla risoluzione del problema di diritto internazionale privato "la loi applicable au contrat est déterminée par le juge, mais en raison de la volonté des parties quant à la localisation du contrat"<sup>79</sup>.

La dottrina ora esaminata, pur partendo dalle stesse convinzioni di base, giunge a risultati diametralmente opposti rispetto a quelli tratteggiati nei paragrafi precedenti. La clausola di scelta non è più espressione di un potere conferito alle parti di stabilire la legge da applicare, non è configurabile come un negozio, bensì come un atto o un fatto materiale. In tal modo non si pongono le questioni di quale sia la legge che dovrebbe stabilire le condizioni di validità e di esistenza della volontà di scelta e viene superata la necessità di configurare un negozio di scelta distinto rispetto al contratto da regolare. Non avendo le parti il potere di scegliere non è ipotizzabile neppure un'ipotesi di modifica della scelta e

---

<sup>77</sup> Tali considerazioni sono il risultato dell'osservazione del ruolo che il ricorso alla nozione di volontà ipotetica svolgeva nella giurisprudenza inglese, svizzera, francese e tedesca. In particolare le esigenze di flessibilità della disciplina dei contratti internazionali e il carattere insoddisfacente perché aprioristico ed astratto, dei criteri oggettivi da applicarsi in assenza di scelta, avevano indotto la giurisprudenza ad espandere in via interpretativa l'utilizzabilità del principio di scelta di legge attraverso il ricorso alla volontà ipotetica, inserita tra la scelta di legge espressa ed i criteri di collegamento oggettivi. In assenza di scelta di legge espressa, pertanto, i giudici attribuivano rilievo alle circostanze oggettive del caso di specie, configurandole come indici della volontà presunta da cui ricavare la legge da applicare al contratto preso in considerazione. La ricostruzione della volontà presunta si oggettivava nella ponderazione complessiva di tutti gli interessi e nella valutazione di quello che una persona ragionevole avrebbe potuto volere. Questa è ritenuta la "fucina nella quale fu forgiato il principio del collegamento più stretto, oggi largamente applicato nella materia contrattuale, il quale acquistò un rilievo autonomo solo a partire dagli anni '50", Carella, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, p. 49; Per un esame dell'oggettivazione della volontà ipotetica, si cfr. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, p. 32 et seq.; nell'ordinamento inglese, BARATTA, Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti, Milano, 1991, p. 102 et seq.; per l'ordinamento svizzero, PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, (de quelques aspects récents de la méthode conflictuelle en Europe), Genève, 1985, p. 56 et seq.; per la *hypothetische Parteiville* dall'accertamento della quale dipendeva, nel diritto internazionale privato tedesco anteriore alla riforma del 1986, lo statuto contrattuale, v. KEGEL, *Internationales Privatrecht*, p. 425 et seq.

<sup>78</sup> BATIFFOL, LAGARDE, *Droit international privé*, p. 271.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 265.

quindi in linea di principio questo problema non si porrebbe neppure. Quanto al problema del momento in cui la scelta deve essere effettuata non appare necessario che essa nasca con il contratto posto che il giudice potrà comunque ricavare la sede del rapporto dai contatti oggettivi. Nel caso in cui la scelta di legge intervenga successivamente alla conclusione del contratto potranno configurarsi due ipotesi: se l'*electio iuris* interviene posteriormente ed è intercorso un mutamento dei contatti, si configurerà l'ipotesi di modifica di legge ed essa sarà ammessa; se, al contrario, non è intervenuto un mutamento dei contatti, la scelta sopravvenuta assumerà il valore di un cambiamento della disciplina sostanziale e sarà quindi ammissibile solo se prevista dalla *lex contractus*. Ad ogni buon conto è stato osservato che una prassi favorevole potrebbe portare comunque ad ammettere una scelta di legge esercitata posteriormente alla conclusione del contratto, anche in assenza di mutamenti della disciplina negoziale mediante la formazione di una norma di diritto materiale facoltizzante, a patto che vengano rispettati i diritti *medio tempore* acquisiti da parte di terzi<sup>80</sup>. Quanto al problema del *dépeçage* la dottrina in esame lo considera con sfavore perché la sua ammissione consente indirettamente alle parti di sottrarre il contratto all'applicazione di una legge determinata. Cionondimeno, coerentemente con quanto è stato finora osservato, lo stesso dovrebbe essere ammesso qualora il contratto risulti complesso e le varie parti in cui può essere ipoteticamente scisso siano diversamente localizzate l'una rispetto all'altra<sup>81</sup>.

5. (segue) *La scelta di legge e la dematerializzazione del criterio di collegamento*

Le posizioni dottrinali sin qui esaminate, che ponevano al centro essenzialmente l'identificazione della scelta come norma di conflitto localizzatrice, hanno iniziato a mutare la loro fisionomia a partire dagli anni '50 tanto a causa di nuove esigenze economico sociali quanto a motivo degli influssi esercitati sulla dottrina europea dalla *Conflicts Revolution* americana<sup>82</sup>. Coincidendo tale ventata riformatrice negli Stati Uniti con il processo di

---

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 271.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 274. È stato osservato in dottrina che sebbene questa teoria superi alcune delle incongruenze presenti nella teoria del fattore di localizzazione, cionondimeno anch'essa non riesce a dare una spiegazione accettabile al potere di scelta senza limiti, ancorché con riguardo alla materia contrattuale, vista l'irrisolta dicotomia tra autonomia e localizzazione. Se tale teoria risultava ammissibile nel sistema francese non codificato come possibile chiave di lettura della giurisprudenza, essa si scontra nei sistemi codificati, con la presenza di norme espresse che riconoscono alle parti il potere di scegliere qualsiasi legge e non ammettono alcun intervento correttivo da parte del giudice, onde vengono interpretate, anche nell'applicazione pratica, come attribuzione di un potere di autonomia, ancorché conflittuale. Pertanto tale dottrina, accolta nel sistema francese, è stata al contrario rifiutata al di fuori del sistema francese, in base alla considerazione della sua mancanza di corrispondenza ai contenuti del diritto positivo. Ad ogni buon conto, vista la coerenza della teoria stessa, è stato evidenziato che la stessa va comunque presa in considerazione non come spiegazione globale del potere di scelta di legge, bensì quale ipotesi, relativa ad una specifica funzione, che si presta in astratto a costituire la chiave di lettura di peculiari categorie di norme e, nella specie, quelle che ammettono una scelta limitata, cfr. CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, p. 53.

<sup>82</sup> Un diverso approccio al problema dei conflitti di leggi si è sviluppato soprattutto negli Stati Uniti. Tale nuova posizione può essere sintetizzata nella tendenza a non far cadere i casi con elementi di estraneità sotto la legge prefissata in astratto dalle norme di conflitto, preferendo di volta in volta la legge applicabile sulla base delle caratteristiche proprie dei singoli casi concreti. Si tratta di una prospettiva tipica degli ordinamenti di *common law*, che tendono a prediligere un approccio eminentemente giurisprudenziale deputato a risolvere casi specifici piuttosto che la predeterminazione di soluzioni da parte di norme (come appunto le norme di conflitto) le quali sono finalizzate alla risoluzione di una serie di casi predeterminati che però devono ancora prodursi. In linea generale inoltre, le teorie americane si pongono più dal punto di vista di

codificazione in ambito principalmente europeo<sup>83</sup> del diritto internazionale privato le nuove metodologie introdotte hanno trovato posto anche nell'ambito delle codificazioni elaborate dai Paesi europei nello stesso periodo. Inizialmente il riesame del modo di concepire la norma di conflitto ha riguardato per lo più questioni di natura applicativa e, solo successivamente, si è passati alla totale sostituzione ovvero all'affiancamento con nuove categorie di norme.

Tra le dottrine che più hanno influito sul modo di concepire la norma sulla scelta di legge è opportuno ricordare quella che ha sostenuto la materializzazione delle norme di conflitto. La tendenza ad utilizzare in sede di interpretazione delle norme di conflitto, i valori sociali e le finalità a carattere materiale cui è ispirato il diritto applicabile alla *lex fori* ha determinato una concezione funzionale o dematerializzata del metodo della localizzazione e dei criteri di collegamento<sup>84</sup>. Questi ultimi sarebbero scelti non tanto in base alle caratteristiche materiali del rapporto, al fine di individuare un collegamento meramente spaziale con la legge applicabile (altra confusione da evitare: tra *competente* (detto

---

scegliere tra specifiche norme sostanziali, anziché tra sistemi giuridici, e tendono a conseguire le soluzioni materiali ritenute più giuste rispetto a quelle cui si perverrebbe con il metodo tradizionale. Tra le teorie più conosciute si possono ricordare: la c.d. teoria dei contatti più significativi di Reese, in base alla quale il giudice, di fronte ad un caso con elementi di estraneità, deve procedere ad una valutazione dei collegamenti che esso presenta con le varie legislazioni, al fine di apprezzare con quale Stato sia più strettamente connesso e applicando di conseguenza la legge di tale Stato; quella della legge più confacente di Cavers, secondo la quale il giudice effettua una sorta di pre-esame delle soluzioni cui perverrebbe in base a ciascuna delle varie leggi in presenza, procedendo quindi a prescegliere quella che appaia più indicata per fare giustizia alle parti in causa; quella della legge la cui applicazione risponda ad un legittimo interesse statale di Currie, per il quale per risolvere i conflitti di leggi, bisognerebbe trovare il criterio di preferenza nelle stesse caratteristiche intrinseche delle norme materiali in presenza tra loro raffrontate, per questo autore, infatti, lo Stato, nell'emanare qualsiasi norma (materiale), perseguirebbe una determinata politica che avrebbe interesse a realizzare, il giudice dovrebbe dunque valutare quale Stato abbia maggiore interesse in proposito, facendo prevalere la sua legge; quella che segue la *lex fori* o la legge straniera che risulterebbe applicabile di Ehrenzweig, il quale rivendica il carattere di base della *lex fori* nei conflitti di leggi, nei quali il ricorso a tale legge dovrebbe costituire la regola e non l'eccezione, tuttavia l'autore ammette che quando sussistano appropriate norme di conflitto (scritte o giurisprudenziali), il diritto straniero sia comunque richiamato da queste ultime come pure ammette che la norma straniera, in principio richiamata, non venga in pratica applicata perché considerata «inappropriate or unavailable» nel qual caso si dovrebbe ricorrere alla *lex fori*, come norma sussidiaria o residua. Si veda al riguardo VITTA, *Corso di diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 1976, pp. 59-61; DE NOVA, *Le concezioni statunitensi dei conflitti di leggi viste da un continentale*, Valladolid, 1964, *passim.*; e, specificamente sull'ultima posizione illustrata, si veda: EHRENZWEIG, *Private International Law*, vol. 2 (in collaborazione con Jayme), Leida, 1971-1973, *passim.*

<sup>83</sup> Per un esame esteso del processo di codificazione si vedano tra i primi contributi: OFFERHAUS, *La Conférence de La Haye de d.i.pr. (experiences et perspectives)*, in *Annuaire suisse dr. Internat.*, 1969, pp. 25-72; VON OVERBECK, *L'application par la juge interne des conventions de d. i. pr.*, in *Recueil des Cours*, 1971, pp. 1-106; SCHWIND, *Problems of Codification of Private International Law*, in *International and Comparative Law quarterly*, 1968, pp. 428-442; VITTA, *Parallelo sviluppo della codificazione, interna ed internazionale del d. i. pr.*, in *Dir. int.*, 1969, p. 3-32; ID., *International Conventions and National Conflict Systems*, in *Recueil des cours*, 1969, pp. 113-232; RUINI, *Considerazioni su di una recente proposta di riforma legislativa del d. i. pr. Italiano*, in *Annali Camerino*, 1969, pp. 417-667. Si veda inoltre, più recentemente, BALLARINO, *Le codificazioni recenti nel diritto internazionale privato in Europa*, in *Il nuovo diritto internazionale privato in Svizzera* (a cura di) Broggin, Milano, 1990, p. 361 *et seq.* Per un esame dei profili innovatori emersi in seno agli ordinamenti europei si v. VON OVERBECK, *Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents*, p. 9 *ss.*; e JAYME, *Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé*, in *Recueil des cours*, 1982, (vol. 177), p. 10 *et seq.*

<sup>84</sup> Per tale concezione si veda particolarmente AUDIT, *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit. Sur la crise des conflits de lois*, in *Recueil des cours*, 1984, (vol. 186), pp. 272, 290 e 365; LALIVE, *Tendances et méthodes en droit international privé, (cours général de droit international privé)*, 1977, (vol. 155), p. 345 *et seq.*

dell'ordinamento, di corti od autorità) ed *applicabile* (detto propriamente della legge), bensì in relazione alle finalità perseguite dall'ordinamento al momento della scelta. Pertanto, sia il criterio di collegamento che la localizzazione realizzano non semplicemente o esclusivamente la ricerca della sede spaziale di un rapporto bensì l'accertamento di un contatto giuridicamente rilevante con un ordinamento fondato sulla soddisfazione di una *policy* o di un interesse materiale<sup>85</sup>.

Come è stato evidenziato in dottrina, le implicazioni discendenti da tale nuova diversa impostazione non appaiono di certo trascurabili. Innanzitutto, risultando risolto l'ostacolo dell'assimilazione della scelta di legge con i criteri di collegamento oggettivi consistenti appunto nella natura immateriale della prima e materiale dei secondi, ne risulta rafforzata la concezione della scelta di legge quale elemento di una norma di conflitto localizzatrice. In secondo luogo, valorizzando il concetto di collegamento giuridico, la teoria in esame sembra rendere possibile l'esercizio di una funzione di localizzazione da parte della scelta di legge ancorché la norma designata non abbia alcun contatto materiale con la fattispecie. Sembrerebbero così superati gli ostacoli all'esercizio di una funzione localizzatrice da parte della scelta senza limiti ammessa in materia contrattuale: l'autonomia della volontà, pertanto, potrebbe essere inquadrata a pieno titolo nella norma di conflitto localizzatrice<sup>86</sup>. Inoltre, come è stato ancora puntualmente osservato dalla stessa dottrina, la concezione appena evidenziata, oltre ad apportare delle opportune e necessarie correzioni all'eccesso di astrattezza e neutralità delle precedenti posizioni dottrinali riferite alla norma di conflitto savigniana, ha avuto altresì il merito di aver pervaso di uno slancio costruttivo il metodo conflittualista, sostituendo al diritto dei concetti il diritto delle soluzioni e degli interessi. Tale interpretazione maggiormente puntuale ha inevitabilmente inciso anche sul modo di interpretare la norma sulla scelta di legge. Si è tornati ad operare un collegamento dell'autonomia conflittuale con l'autonomia di diritto materiale interno e con gli interessi delle parti e si è ristabilita un'interpretazione dei fenomeni giuridici molto più ragionevole ed aderente alla realtà rispetto agli eccessi del formalismo localizzatore, secondo cui le parti del contratto avrebbero avuto essenzialmente in vista non un adeguato assetto di interessi, bensì la ricerca della migliore sede giuridica<sup>87</sup>. Per ciò che attiene specificamente al contratto internazionale posto che lo stesso, per la sua struttura e allocazione, risulta difficilmente localizzabile con certezza visto che, in ultima analisi, nessun ordinamento statale lo rivendica in esclusiva, essendo sotto il dominio dell'autonomia, il carrettiere internazionale si configura allora più come elemento negativo che positivo, ovvero come mancanza di collegamento con qualsiasi ordinamento<sup>88</sup> piuttosto che come collegamento

---

<sup>85</sup> L'osservazione è di CARELLA, *Scelta di legge e autonomia della volontà nel diritto internazionale privato*, p. 58. Al fenomeno della materializzazione del diritto internazionale privato è da collegare anche il processo di specializzazione delle norme di conflitto che si rileva nelle moderne legislazioni inclusa quella italiana. Inoltre è stato altresì osservato che l'abbandono dell'idea di neutralità delle norme di conflitto sia stato causato, oltre che dall'influenza delle teorie americane, il dibattito sull'incostituzionalità del criterio della prevalenza della legge del marito nei rapporti tra coniugi, v. sul punto ampiamente DAVI, *Le questioni generali del diritto internazionale privato nel progetto di riforma*, in *Riv. dir. int.*, 1990, p. 556 *et seq.*

<sup>86</sup> CARELLA, *Scelta di legge e autonomia della volontà nel diritto internazionale privato*, p. 59.

<sup>87</sup> CARELLA, *ibidem*.

<sup>88</sup> Questa ipotesi appare irrealistica al pari di quella del "*contrat sans loi*", è per lo più portata avanti da alcuni autori che sostengono la possibilità di richiamare attraverso l'esercizio della volontà anche le regole proprie del sistema della *lex mercatoria* v. GOLDMAN, *Frontières du droit et lex mercatoria*, p. 161 *et seq.*

con più ordinamenti<sup>89</sup>. Da ultimo occorre precisare che la dottrina nell'assenza di una disciplina rigida per ciò che attiene ai contratti internazionali ha ravvisato una precisa scelta di politica legislativa, seguendo la quale ogni legislatore, pur non imponendo la propria disciplina al contratto internazionale, sceglie di metterla a disposizione delle parti che vogliono eventualmente servirsene<sup>90</sup>. Pertanto, la summenzionata politica legislativa non si concretizza in un interesse autonomo del legislatore ad applicare la propria normativa, bensì nel riconoscimento e nella soddisfazione dell'interesse delle parti. Invero, se ne deve dunque concludere che non esisterà mai un legame giuridico di un contratto internazionale dal punto di vista dell'ordinamento la cui legge viene ad essere applicata; il collegamento giuridico potrà sempre e solo essere ravvisato dal punto di vista dei soggetti del rapporto, dato l'interesse che essi hanno ad applicare la legge, ma ciò equivale a riconoscere che non ci si trova di fronte ad una localizzazione, bensì ad un puro e semplice esercizio di autonomia<sup>91</sup>.

6. (segue) *La scelta di legge come espressione del principio di prossimità*

In una visione più moderna della concezione della norma sulla scelta di legge si annovera la dottrina che la riconduce al principio di prossimità<sup>92</sup>. La norma potrebbe quindi limitarsi a stabilire un criterio induttivo a partire dal quale il giudice verificherà la validità della scelta di legge<sup>93</sup>. Detta impostazione ha risposto eminentemente ad un'esigenza di flessibilità, ovvero è scaturita dalla necessità di assicurare alla norma di conflitto localizzatrice quella necessaria duttilità che potesse renderla più adeguata alla crescente globalizzazione delle relazioni internazionali. Sostanzialmente, tale impostazione porta a porre enfasi sull'aspetto spaziale della localizzazione, combinando un approccio che prende come punto di partenza il rapporto giuridico e produce come conseguenza il fatto che la localizzazione conduce all'applicazione di una sola legge. Inizialmente, si pensava che la localizzazione dovesse essere operata preliminarmente, indipendentemente dalle circostanze che caratterizzano precipuamente il caso. Cionondimeno a seguito dell'internazionalizzazione dei traffici commerciali e al moltiplicarsi inevitabile dei punti di contatto astrattamente contenuti in un contratto, accadeva che frequentemente la localizzazione a priori non conduceva alla localizzazione del rapporto nell'ordinamento con il quale presentava un legame reale e significativo. L'ottica astratta è stata dunque corretta attraverso un approccio concreto fondato sull'esame dei differenti elementi della situazione

---

<sup>89</sup> CARELLA, *ibidem*.

<sup>90</sup> L'affermazione è di GOTHOT, *La méthode unilatéraliste face au droit international privé des contrats*, in *TFC*, 1975-1977, p. 203 *et seq.* Il quale se ne serve per inquadrare l'autonomia della volontà dell'ambito contrattuale in una norma di conflitto unilaterale.

<sup>91</sup> CARELLA, *Scelta di legge e autonomia della volontà nel diritto internazionale privato*, p. 60.

<sup>92</sup> Per una totale riconduzione della scelta di legge al principio di prossimità si veda CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel. Etude prospective de droit international privé*, Bruylant, 1992, *passim*. Sul principio di prossimità anche LAGARDE, *Le principe de proximité*, p. 32 *et seq.* che avvicina il principio di prossimità e la scelta di legge in un'ottica di complementarietà.

<sup>93</sup> POSENATO, *Autonomia della volontà e scelta di legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, Padova, 2010, p. 117 *et seq.* e anche CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, p. 61.

nel suo insieme e, a tal fine, si sono adottate norme che attribuiscono al giudice la ricerca del collegamento più stretto<sup>94</sup>.

Parte della dottrina ha ritenuto che la sua generalizzata previsione in strumenti convenzionali o regolamentali abbia conferito a quest'ultimo il valore di principio ispiratore dei moderni sistemi di diritto internazionale privato, che andrebbe ad affiancarsi o a contrapporsi al tradizionale principio della localizzazione<sup>95</sup>. In effetti però, come è stato osservato, il principio del collegamento più stretto o di prossimità persegue pur sempre una finalità di localizzazione perché mira ad individuare l'ordinamento a cui la fattispecie è più strettamente collegata in senso spaziale<sup>96</sup>; cionondimeno esso differisce dalla localizzazione classica, da un lato, per i mezzi impiegati, perché sostituisce ai criteri di collegamento rigidi, astratti e predefiniti una direttrice elastica di ricerca che fa capo al potere di apprezzamento del giudice, dall'altro, per l'oggetto, che non è più una categoria astratta, bensì la singola fattispecie<sup>97</sup>.

L'introduzione delle tecniche ispirate al principio di prossimità ha di fatto mutato il modo in cui il collegamento viene determinato. La scelta di legge, a differenza degli altri criteri di collegamento che operano con un procedimento deduttivo individuando un'unica legge per una determinata categoria di rapporti, agisce mediante un procedimento induttivo in quanto ricava, dalle caratteristiche proprie della fattispecie, la norma destinata a regolarla, rinviando di volta in volta ad una legge diversa. Quindi, sostanzialmente, con l'introduzione delle tecniche ispirate al principio di prossimità, la scelta di legge finisce per realizzare lo stesso tipo di riconduzione della fattispecie concreta alla legge destinata a regolarla richiesto dal collegamento più stretto, ancorché mediato non dal giudice, ma dalle parti. La configurazione della scelta di legge come espressione del principio di prossimità fornisce dunque una spiegazione più plausibile della funzione localizzatrice. Tuttavia, come è stato evidenziato in dottrina, essa non è in grado di fornire una spiegazione generale ad ogni tipologia di scelta di legge poiché mentre può costituire una chiave di lettura ed interpretazione delle norme che attribuiscono alle parti un potere di scelta limitato ad

---

<sup>94</sup> Il criterio del collegamento più stretto ha avuto ampia diffusione tanto nelle convenzioni internazionali quanto nelle legislazioni interne. A parte l'art. 4 della Convenzione di Roma sulle obbligazioni contrattuali che appare ispirato unicamente a detto principio, esso è accolto anche nelle c.d. clausole di eccezione nonché nelle norme di conflitto che, in ultima analisi, attribuiscono al giudice, come *extrema ratio*, il potere di applicare la legge del collegamento più stretto. Si veda in generale con riguardo alle menzionate questioni BARATTA, *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, *passim*; DUBLER, *Les clauses d'exception en droit international privé*, Genève, 1983, *passim*; MOSCONI, *Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules*, in *Recueil des cours*, 1989, V, p. 9 ss.; PICONE, *Caratteri ed evoluzione del metodo tradizionale dei conflitti di leggi*, in *Riv. dir. int.*, 1997, p. 298. Inoltre questa teoria è molto vicina all'approccio adottato oltreoceano nelle posizioni sviluppatesi sull'argomento negli Stati Uniti in proposito si veda *infra* nota 82.

<sup>95</sup> È la posizione adottata da LAGARDE, *Le principe de proximité*, p. 34 *et seq.* e seguita anche da CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, il pdf dell'articolo è disponibile all'indirizzo <https://www.uclouvain.be/cps/ucf/doc/ssh-cdie/documents/AUTONOMIE-CDM.pdf>.

<sup>96</sup> Questa è la posizione della prevalente dottrina cfr. DUBLER, *Les clauses d'exception en droit international privé*, p. 59 *et seq.*; BARATTA, *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale dei contratti*, p. 81 *et seq.*; PICONE, *Caratteri ed evoluzione del metodo tradizionale*, p. 299 *et seq.*, la quale esclude che, nell'individuazione della legge applicabile, il giudice possa attribuire rilievo anche al contenuto delle leggi in presenza. Pertanto, il principio di prossimità viene differenziato sotto questo aspetto dalla teoria americana della "most significant relationship", adottata nel secondo *Restatement*, v. REESE, *Discussion of Mayor Areas of Choice of Law*, in *Recueil des cours*, 1964, I, p. 315 *et seq.* Un confronto tra l'impostazione europea e quella americana in MOSCONI, *La Convenzione di Roma e le recenti teorie americane sui conflitti di leggi*, in Treves (a cura di), *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padova, 1983, p. 47 *et seq.*

<sup>97</sup> La riflessione è di CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, p. 63.

alcune leggi predeterminate, al contrario non riesce a realizzare un inquadramento teorico delle disposizioni che, in ambito contrattuale, riconoscono una scelta senza limiti. In detti casi, infatti, la funzione di collegamento della volontà sarebbe indipendente dalla localizzazione obiettiva e le parti sceglierebbero esclusivamente in base ai loro interessi. D'altronde, il criterio del collegamento più stretto non può essere interpretato come un criterio generico che consente al giudice di applicare qualsivoglia legge, né è prova il fatto che il giudice non può arbitrariamente applicare qualsiasi legge poiché se la stessa dovesse risultare del tutto scollegata dal rapporto dedotto l'eventuale provvedimento emesso potrà essere impugnato e corretto. Ciò accade in quanto il criterio del collegamento più stretto è un criterio generale ma anche specifico, che, se da un lato consente di utilizzare tutti i possibili criteri di localizzazione inerenti ad un rapporto, dall'altro ne limita la scelta con riferimento ad un rapporto determinato unicamente ad essi. In pratica, tra una rosa di più criteri stabiliti dal legislatore viene rimessa al giudice l'individuazione in concreto di quello più adatto al caso di specie<sup>98</sup>.

7. (segue) *La teoria della norma materiale con funzione conflittuale*

Taluni autori, al fine di superare alcune delle criticità conseguenti dall'impossibilità di spiegare alcuni dogmi apoditticamente accettati che conducevano ad inevitabili incongruenze nell'elaborazione teorica precedente, sono ricorsi a soluzioni di compromesso consistenti nel fondere il procedimento della norma di conflitto con quello delle norme materiali di diritto internazionale privato. In particolare, secondo questa parte della dottrina, la norma sulla scelta di legge in materia contrattuale sarebbe una norma materiale di diritto internazionale privato avente come contenuto l'autorizzazione alle parti a scegliere la legge a cui assoggettare il loro rapporto<sup>99</sup>. Tale posizione dottrinale parte dal presupposto per cui se c'è libertà di scelta non può esserci localizzazione. La scelta delle parti non realizza una localizzazione perché è libera e svincolata dalla necessità di richiamare solo le leggi a cui il contratto sia collegato. La giurisprudenza, le leggi e le convenzioni che ammettono un esercizio dell'autonomia illimitato dimostrano che la scelta non ha una funzione di localizzazione e non opera come criterio di collegamento di una norma di conflitto. Se ne argomenta che, poiché il criterio di collegamento è elemento essenziale della norma di conflitto localizzatrice, la disposizione sulla scelta di legge non può essere una norma di conflitto perché manca di un criterio di collegamento<sup>100</sup>. Tale conclusione è rafforzata dall'ulteriore considerazione che, essendo libera la scelta, essa consiste in una vera e propria manifestazione di volontà contrattuale che come tale, non può che fondarsi su una norma materiale. Si afferma, infatti, che ogni contratto, a prescindere dal contenuto, deve fondarsi su una norma materiale che ne sancisca l'obbligatorietà e proprio perché la norma sulla scelta di legge autorizza le parti alla conclusione del contratto, in questa andrebbe ravvisata la norma facoltizzante<sup>101</sup>. Questa impostazione, secondo tale parte della dottrina, consentirebbe di superare la difficoltà

---

<sup>98</sup> CARELLA, *ibidem*.

<sup>99</sup> Si veda per tale posizione dottrinale DEBY-GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Paris, 1973, p. 227 *et seq.*

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 255.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 256 *et seq.*

derivante dal fatto che la norma di conflitto, in quanto strumentale, non sarebbe idonea a fondare né l'obbligatorietà né la validità del contratto di scelta e del richiamo della *lex causae* da esso operato. Al contrario, l'impostazione proposta consentirebbe di superare tale *impasse* in quanto rinverrebbe l'obbligatorietà del negozio di scelta e il conseguente richiamo della *lex causae* proprio sulla norma che contempla la scelta, intesa come disposizione materiale, mentre la validità del rapporto principale, una volta rotto il circolo vizioso, potrà essere determinata in base alla *lex contractus* e ciò per la semplice ragione che ogni contratto deve necessariamente essere assoggettato ad una legge statale, nell'ambito della quale trova il suo inquadramento e la relativa disciplina. La possibilità di configurare una vera e propria autonomia negoziale internazionale deve escludersi poiché una disciplina convenzionale non può mai essere esaustiva e deve dunque essere necessariamente integrata da un ordinamento statale, poiché solo quest'ultimo è in grado di assicurare la necessaria prevalenza dell'interesse generale su quello dei contraenti. La dottrina in esame prende posizione anche per ciò che concerne i mutamenti di disciplina sopravvenuti e la configurabilità del rinvio. Mentre per ciò che concerne le eventuali modifiche si stabilisce che spetta alla norma di diritto intertemporale della *lex causae* di stabilire se le nuove disposizioni avranno o meno efficacia retroattiva per ciò che concerne il rinvio, quest'ultimo viene escluso a priori sul presupposto della natura materiale della scelta di legge, affermando che il rinvio configurerebbe un meccanismo di soluzione di conflitti tra le norme di conflitto e non anche tra queste ultime e le norme materiali di diritto internazionale privato. Ciò, in particolare, in quanto mentre eventuali modifiche sopravvenute o nullità riscontrate condurrebbero unicamente ad una modifica o al venir meno della disciplina materiale, restando ferma la scelta del sistema giuridico, l'ammissione del rinvio implicherebbe l'inaffidabile sostituzione del sistema scelto con altro sistema<sup>102</sup>.

Tale tesi non appare tuttavia condivisibile. La stessa prende infatti le mosse da una considerazione che deve ritenersi, a parere di scrive, giuridicamente non plausibile. Nell'ambito della posizione appena esaminata, infatti, la norma sulla scelta di legge viene identificata come norma a contenuto materiale inquadrabile nell'ambito del diritto internazionale privato, finalizzata a porre in capo alle parti il potere di stipulare un contratto internazionale, pur risultando, in effetti, manchevole di un contenuto materiale non avendo evidentemente la funzione, propria di tutte le norme materiali, di disciplinare una determinata fattispecie. Ciò posto appare con evidenza che il contenuto della norma sulla scelta di legge è intrinsecamente diverso da quello prospettato dalla dottrina in esame. Invero, lo stesso non può intendersi quale autorizzazione alla stipula di un contratto internazionale posto che la libertà delle parti di concludere un contratto preesiste. La norma sulla scelta di legge di legge quindi interviene in un momento oltre che sostanzialmente anche temporalmente successivo, ponendo in capo alle parti non già il potere di concludere un determinato contratto internazionale, bensì di assoggettare lo stesso contratto ad una legge, diversa rispetto a quella che si applicherebbe secondo i criteri giuridici propri dell'ordinamento di appartenenza, maggiormente soddisfattoria degli interessi in gioco<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 266 *et seq.*

<sup>103</sup> La dottrina in esame è stata oggetto di critiche anche sotto un altro profilo. Viene evidenziato in particolare che alcune delle incongruenze derivanti da un'impossibile attribuzione di una funzione localizzatrice all'autonomia, nonché dal porre a fondamento del richiamo della *lex contractus* lo stesso contratto che si vorrebbe assoggettare a tale legge, vengono superate dalla dottrina in esame riducendo la funzione della

Come osservato poi criticamente ad opera della dottrina successiva, la norma sulla scelta di legge così come ricostruita si configurerebbe come una norma materiale che adotta lo stesso procedimento indiretto di una norma di conflitto e che si presenta come una disposizione che vorrebbe essere materiale quanto al contenuto, e conflittuale quanto alla funzione. Una norma del genere non potrebbe risultare ammissibile perché si pone in contrasto con la stessa teoria generale del diritto<sup>104</sup>.

Una seconda concezione dottrinale, che si pone nello stesso filone testé tracciato discostandosene però in alcuni aspetti sostanziali, afferma in linea di principio la natura conflittuale della norma sulla scelta di legge ma ritiene che alcuni inconvenienti del suo operare possano essere risolti mediante la previsione di una norma materiale speciale che riconoscerebbe una vera e propria autonomia sostanziale a livello internazionale. La materia dei contratti, quindi, in base a tale teoria, sarebbe dominata dalla volontà delle parti, che opererebbe ora con funzione conflittuale, ora con funzione sostanziale, sulla base di norme distinte poste tra loro in un rapporto di regola-eccezione<sup>105</sup>. Alla base di tale dottrina, nota come teoria della «libertà contrattuale specifica», vi è la constatazione che, sebbene la disposizione sulla scelta di legge sia indiscutibilmente una norma di conflitto nella pratica si riscontra che le clausole contrattuali vengono riconosciute valide ed applicate nonostante la loro contrarietà alle norme imperative della *lex contractus*<sup>106</sup>. La prassi, che sembrerebbe

---

scelta a semplice funzione di individuazione di un collegamento. Cionondimeno non consente di superare le difficoltà perché anche la semplice funzione di collegamento, comportando l'assoggettamento ad un sistema, si rivela incompatibile con l'autonomia. Ciò è evidente già là dove si consideri l'evidente contrasto che si verifica tra il principio della rigida sottoposizione alle modifiche di legge sopravvenuto e il riconoscimento di un'ampia libertà di cambiare la scelta in qualsiasi momento e senza limiti di alcun genere. Se le parti godono di questa facoltà è evidente che ben potrà verificarsi che potranno sostituire una legge cui consegue la nullità del contratto con altre che lo considerano valido, svuotando di utilità l'affermazione dell'assoggettamento del contratto alle norme imperative della legge scelta. Inoltre la stessa esclusione del rinvio appare in contrasto con la funzione conflittuale perché l'assoggettamento ad un sistema dovrebbe riguardare tutte le norme di questo, incluse le norme di conflitto. Da ultimo viene ancora criticamente rilevato che se la supremazia della legge sulla volontà è tale che le parti sono esposte al rischio di scoprire che non hanno voluto alcun contratto, non è chiaro per quale motivo tale supremazia non possa comportare altresì la scoperta di aver scelto un sistema che non vuole applicarsi, tanto più che ciò implica non il venir meno del contratto bensì la mera sostituzione delle norme sostanziali scelte con altre. Per tutte queste ragioni la critica in esame conclude che bisognerà optare o per l'autonomia o per la funzione di collegamento, non potendo essere affermate entrambe, le osservazioni riportate sono di CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, p. 70.

<sup>104</sup> CARELLA, *ibidem*.

<sup>105</sup> La posizione in esame è di FERRY, *La validité des contrats en droit international privé*, Paris, 1989, p. 85 *et seq.*

<sup>106</sup> A sostegno viene richiamata la giurisprudenza francese. Punto di partenza è la già citata (*supra* nota 30) sentenza *American Trading Co.* Alla Corte era stato chiesto di decidere se una clausola di esclusione della responsabilità contenuta in un contratto di trasporto dovesse considerarsi invalida perché proibita dalla legge statunitense richiamata espressamente dalle parti. La Cassazione, nella sua decisione, ha considerato che, con la loro scelta, le parti “*n’entendaient se soumettre à la loi américaine que pour tout ce qui n’aurait pas été expressément prévu par la charte-partie*”. Il regolamento di interessi tra i contraenti, pertanto, è stabilito esclusivamente sulla base di quanto essi stessi hanno disposto, ancorché in violazione di norme imperative. La decisione è stata universalmente considerata dalla dottrina come la principale espressione della teoria dell'incorporazione della legge nel contratto. Oggi è ancora presentata come espressione della “libertà internazionale delle convenzioni”, v. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, 1983, p. 23; dell’“autocrazia contrattuale”, v. CURTI GIALDINO, *L'autonomie de la volonté des parties en droit international privé*, p. 810 e della “libertà contrattuale internazionale”, v. FERRY, *La validité des contrats en droit international privé*, p. 95. Cionondimeno vi sono altresì interpretazioni che riconducono la decisione nel quadro del metodo delle norme di conflitto. In particolare, basandosi sul riferimento contenuto nella sentenza alla legge francese del luogo di destinazione, una parte della dottrina ha ritenuto che nel contratto vi fosse configurato in realtà un

deporre a favore del riconoscimento di una norma materiale da cui deriverebbe una vera e propria autonomia sostanziale delle parti, presenta una contraddizione perché non è ammissibile che nella stessa materia si trovino ad essere applicate tanto la norma di conflitto sulla scelta di legge quanto la norma materiale, fonte di esercizio illimitato

---

*depeçage*, ovvero che le parti avevano inteso sottoporre tutto il contratto alla legge statunitense ad eccezione della clausola limitativa della responsabilità che, al contrario, doveva essere regolata dalla legge francese, v. LAGARDE, *Le "depeçage" dans le droit international privé des contrats*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1975, p. 657; un'altra parte della dottrina ha ritenuto che al contrario la *lex contractus* fosse la legge francese, v. BATIFFOL, *Les contrats en droit international privé comparé*, MacGill University, 1981, p. 145. Alla decisione in questione si è conformata gran parte della giurisprudenza successiva, una specifica appena differente è quella contenuta nella sentenza *Messageries Maritimes*, in *Revue critique de droit international privé*, 1950, p. 609 *et seq.* La questione riguardava l'applicabilità della *Gold Clause Act* canadese, che proibiva le clausole-oro, ad un contratto di prestito sottoposto alla legge canadese e stipulato anteriormente all'entrata in vigore di nuove disposizioni legislative che avevano sancito la nullità delle clausole di parità aurea. Nell'ambito della sentenza in esame appare particolarmente significativo il modo in cui la Corte d'Appello ha risolto la questione chiarendo che "*un contrat devait nécessairement être rattaché à la législation d'un pays déterminé*" in quanto in materia di contratti internazionali, gli accordi "*sont la loi des parties*", con il limite dell'ordine pubblico (la decisione della Corte d'appello di Parigi del 24 aprile 1940 si legge in *Recueil Sirey*, 1942, 2, 29). Sempre ispirate al caso *American Trading Co.* possono ricordarsi il caso *Zanardelli* e il caso *Hecht* (v. rispettivamente Cass. civ., 5 marzo 1969, *Zanardelli*, in *Revue critique de droit international privé*, 1969, p. 279 *et seq.* e Corte d'appello di Parigi, 19 giugno 1970, caso *Hecht*, in *Revue critique de droit international privé*, 1971, p. 692 *et seq.*). Nella prima decisione la questione riguardava un contratto di rappresentanza contenente una clausola di esclusione dell'indennità di clientela. In seguito alla rottura del contratto, l'agente aveva invocato la rottura della clausola per contrasto con la legge francese, ritenuta *lex contractus*. La Corte avendo rilevato che la legge francese avrebbe potuto essere invocata non su base oggettiva, ma solo se fosse stata scelta dalle parti, analizza la volontà mostrata dai contraenti e perviene alla conclusione che questi non avevano voluto richiamare la legge francese perché tale volontà sarebbe stata in contrasto con la presenza nel contratto di due clausole invalide alla stregua di tale legge. La Corte, una volta constatata l'inapplicabilità della legge francese, non cerca quale fosse la *lex contractus*, ma afferma che era necessario "*faire application pure et simple de la convention telle qu'elle avait été rédigée*" e ha pertanto escluso il pagamento dell'indennità di clientela. Nel caso *Hecht* veniva in considerazione un contratto di agenzia e, nella specie, il problema dell'applicabilità della clausola compromissoria, invalida secondo la legge francese designata espressamente dalle parti. Con un'argomentazione che ricalca quella del caso *American trading*, la Corte ha affermato la funzione meramente suppletiva delle disposizioni di legge, ancorché imperative, chiamate ad integrare il contratto per quanto non disposto dalle parti, ma insuscettibili di prevalere, sulle disposizioni convenzionali espresse. Il riconoscimento di una vera e propria autonomia a livello internazionale è stato poi confermato ancora una volta dalla giurisprudenza francese nella decisione *Harper-Robinson*, 24 maggio 1996, in *Clunet*, 1997, p. 115 *et seq.*, dove si trattava di stabilire se una clausola di limitazione della responsabilità inserita nelle condizioni generali del venditore con caratteri poco leggibili e non sottoscritta dal compratore potesse essere opposta a quest'ultimo. La Corte non ha ritenuto necessario, trattandosi di un contratto internazionale, ricercare la legge applicabile, essa risolve il caso interpretando unicamente la volontà delle parti e rafforzando la conclusione raggiunta con il riferimento a due principi generali del commercio internazionale inseriti nei Principi Unidroit. La dottrina prevalente ha considerato le decisioni appena esaminate come semplici eccezioni alla funzione conflittuale della scelta di legge, incapaci di intaccarne il valore di principio. Invero, tali decisioni sono state considerate espressione di specifiche norme materiali di diritto internazionale privato, dettate per i contratti commerciali internazionali, al fine di consentire l'inserimento in essi di clausole-oro o di clausole compromissorie vietate nei contratti interni, v. FERRY, *La validité des contrats en droit international privé*, p. 109 *et seq.* In realtà come è stato osservato, v. CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, p. 142 i casi esaminati (e, particolarmente *American trading*, *Zanarelli* e *Harper-Robinson*) non sono riconducibili a norme materiali posto che, riguardavano in un caso la validità della clausola di esclusione della responsabilità e negli altri l'esclusione dell'indennità di clientela. Salvo moltiplicare all'infinito le predette norme materiali speciali, allora, è possibile, spiegare la giurisprudenza esaminata solo ritenendola espressione di un principio generale per il quale, nei contratti internazionali, va riconosciuta la validità e l'efficacia delle stipulazioni convenzionali come tali, in quanto espressione di un'autonomia allargata, riconosciuta dalla legge, che incontra unicamente i limiti dell'ordine pubblico e delle norme di applicazione necessaria, i due limiti sono entrambi citati nel caso *Hecht* mentre nel caso *Messageries Maritimes* si fa riferimento alle *lois des police*, mentre nello stesso caso la Cassazione successiva richiama l'ordine pubblico. La questione è stata affrontata anche nell'ambito dell'ordinamento tedesco, dal *Reichsgericht* nella decisione del 28 maggio 1936, in *Clunet*, 1936, p. 951 *et seq.*

dell'autonomia sostanziale. La dicotomia viene superata attribuendo alle due norme un diverso campo di applicazione e ponendole tra di loro in un rapporto di regola-eccezione. Tale parte della dottrina ritiene in particolare che si sarebbe formata una norma materiale speciale che, in deroga alla norma conflittuale, prevede un principio di libertà contrattuale specifica<sup>107</sup>. A detta norma viene assegnato un ambito limitato di presupposti di applicazione che la fanno operare solo quando la questione di validità riguardi un contratto commerciale, attenga alla validità sostanziale – con esclusione, quindi, di quella riguardante la capacità e la forma – e non derivi dall'applicazione di una norma internazionalmente imperativa. La norma di conflitto resta invece la regola generale, non solo perché si applica ai contratti internazionali che non siano altresì commerciali, ma anche perché, pure rispetto a questi ultimi, fornisce il quadro di riferimento. L'esistenza della norma materiale speciale non esimerebbe, dunque, dalla necessità di determinare la *lex contractus*, le cui disposizioni si applicheranno per risolvere i problemi di interpretazione, per integrare il contratto nei punti nei quali le parti nulla abbiano disposto, nonché tutte le volte in cui da esse non risulti un'invalidità; solo in quest'ultima ipotesi interverrebbe la deroga disposta dalla norma materiale sulla libertà contrattuale specifica<sup>108</sup>. Per di più, per l'operare della deroga bisognerebbe dimostrare che c'è stata una volontà espressa delle parti di sottrarre la clausola contrattuale invalida alla *lex contractus*, altrimenti quest'ultima riprenderebbe vigore in quanto regola generale<sup>109</sup>. La dottrina in esame evidenzia che conseguenza di tale impostazione è la perdita di interesse di problemi quali l'ammissibilità del *depeçage* o delle clausole di immodificabilità della legge richiamata, dal momento che qualsiasi pattuizione contrattuale deve ritenersi valida nei limiti di operatività della libertà contrattuale specifica<sup>110</sup>. In realtà, anche l'impostazione appena descritta è stata severamente criticata dalla dottrina successiva che ne ha sancito *de plano* l'inammissibilità<sup>111</sup>.

---

<sup>107</sup> FERRY, *La validité des contrats en droit international privé*, p. 123 *et seq.* Detta norma assumerebbe il carattere della specialità unicamente con riguardo all'ambito di applicazione che risulterebbe limitato ai contratti del commercio internazionale, ma resta generale quanto al suo contenuto. Essa pertanto andrebbe distinta dalle norme materiali definite speciali in quanto riguardano determinate questioni di validità, che sono state ravvisate dalla dottrina francese alla luce della stessa giurisprudenza utilizzata dall'Autore.

<sup>108</sup> FERRY, *La validité des contrats en droit international privé*, p. 149 e soprattutto nota 317.

<sup>109</sup> FERRY, *La validité des contrats en droit international privé*, p. 145.

<sup>110</sup> FERRY, *La validité des contrats en droit international privé*, p. 149. Si pone nella stessa scia della dottrina evidenziata anche la posizione di BOGGIANO, *International Standard Contracts. A comparative Study*, in *Recueil des cours*, 1981, I, p. 48 *et seq.*; ID., *Curso de derecho internacional privado*, Buenos Aires, 1993, p. 589 *et seq.* Il quale sostiene che nel diritto internazionale privato debba essere ammessa l'autonomia materiale come conseguenza e implicazione dell'autonomia conflittuale. L'A. parte dalla considerazione che, scegliendo una determinata legge, le parti possono escludere integralmente, l'applicazione delle norme imperative della legge altrimenti applicabile, per volontà del legislatore, sulla base di un criterio oggettivo, in tale potere egli ritiene debba ritenersi compreso, il potere di escludere parzialmente le norme imperative della legge applicabile per volontà delle parti stesse. Ne consegue che, nel diritto internazionale privato, relativamente ai contratti internazionali, le parti non sarebbero soggette ad alcuna norma imperativa statale ed incontrerebbero solo il limite dell'ordine pubblico e delle norme di applicazione necessaria.

<sup>111</sup> CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, p. 73. Nella specie l'A. evidenzia che sebbene possa risultare ammissibile che i contratti internazionali non siano tutti sottoposti ad una medesima disciplina e che solo per alcuni di essi sia riconoscibile ed utile l'autonomia sostanziale internazionalprivatistica, tale constatazione apporterebbe un modesto contributo, secondo tale parte della dottrina, all'analisi della disciplina dei contratti internazionali. Inoltre non sarebbe ammissibile l'ipotesi in base alla quale l'autonomia sostanziale e quella conflittuale operino con riguardo alla stessa categoria di contratti ancorché in rapporto di regole eccezione. Sarebbe illusorio, prosegue ancora l'A., sostenere che le due norme avrebbero ambiti di applicazione differenti perché nel momento in cui vengono poste in rapporto di regola eccezione, i loro ambiti coincidono nei limiti della norma più ristretta, con la conseguenza che l'eccezione

8. (segue) *Il superamento dell'identificazione tra scelta di legge e norma di conflitto localizzatrice. La scelta di legge come norma di conflitto a carattere materiale*

Lo studio dottrinale successivo ha intrapreso un nuovo filone di pensiero. Nell'ambito della materializzazione del diritto internazionale privato alcuni autori hanno rilevato la formazione di un metodo alternativo alla neutralità della norma di conflitto rappresentato dalle norme di conflitto a carattere materiale o sostanziale<sup>112</sup>. Lo studio successivo ha posto le proprie basi sulla considerazione che, nei vari sistemi giuridici positivi, talune norme di conflitto consentono di determinare la legge da applicare in base a considerazioni contenutistiche e sostanziali. L'esempio più rilevante sono le norme di conflitto alternative che richiamo più leggi, contemporaneamente e sullo stesso piano, per favorire la produzione di un determinato effetto di carattere materiale. Vengono in gioco, nello specifico, il principio del *favor validitatis* (volto a dirimere, in materia di forma degli atti, il concorso fra più leggi), e la previsione di criteri sussidiari destinati ad operare non già quando il criterio principale manca, bensì allorché, pur essendo previsto, il suo operare non garantirebbe un determinato effetto di carattere materiale<sup>113</sup>. Titolo di applicazione della legge, dunque, non è la localizzazione, bensì la realizzazione del risultato prefissato che comporta un esame a priori del contenuto delle leggi richiamate. Si perviene così alla definizione delle norme di conflitto a carattere sostanziale come disposizioni nelle quali un criterio materiale dirime la scelta tra più leggi predeterminate, di modo che l'applicazione di una tra esse avvenga in funzione del suo contenuto, valutato in via preliminare e non a posteriori, in sede di controllo dell'ordine pubblico, anziché del legame più stretto che essa abbia con la fattispecie. Le norme, così come descritte, si compongono di due elementi costitutivi: un complesso di criteri di collegamento che, grazie ad un procedimento di localizzazione determinano le leggi potenzialmente applicabili, da prendere in considerazione per il loro contenuto, ed un criterio materiale. Mentre al primo elemento viene riconosciuta una funzione preliminare e non decisiva, elemento caratterizzante e distintivo delle suddette norme è ritenuto l'obiettivo sostanziale perseguito attraverso i criteri materiali di scelta della legge applicabile, criteri che si possono ricondurre a due categorie, criteri oggettivi perché si sostanziano nel *favor* per la validità di un atto o per l'accertamento di uno *status* e criteri soggettivi che realizzano una politica favorevole nei confronti di un soggetto prevedendo l'applicazione della legge a questi più propizia. Nonostante la centralità dell'elemento sostanziale, la dottrina in esame pone altresì l'enfasi

---

finirebbe per svuotare di significato la regola. Pertanto l'A. conclude osservando quanto sia radicato ed intangibile nella dottrina il rispetto per il dogma del necessario assoggettamento del contratto alla *lex contractus* e della funzione conflittuale all'autonomia e ciò sebbene se ne avverta l'inadeguatezza e l'inattendibilità, la stessa si ritiene necessario mantenerla come principio, ancorché svuotata di ogni significato.

<sup>112</sup> All'interno di questo filone dottrinale si segnalano in special modo i contributi di: BUCHER, *Sur les règles de conflit à caractère substantiel*, in *Mélanges Schnitzer*, Genève, 1979, p. 37 *et seq.*; VON OVERBECK, *Cours général de droit international privé*, in *Recueil des cours*, III, 1982, p. 73 *et seq.*; PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, p. 56 *et seq.*; PICONE, *I metodi di coordinamento tra ordinamenti*, p. 639 *et seq.*; GAUDEMET-TALLON, *L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales (l'exemple des Conventions de La Haye)*, in *Mélanges Lousouarn*, 1994, p. 182 *et seq.*; SCHRÖDER, *Das Günstigkeitsprinzip im internationalen Privatrecht*, Frankfurt am Main-Berlin, 1996, *passim*.

<sup>113</sup> Tali norme sono state identificate dalla dottrina quali norme di conflitto sussidiarie materiali per distinguerle dall'ipotesi del concorso successivo di criteri di collegamento con funzione localizzatrice che ricorre quando un criterio di collegamento non può funzionare, ovvero esprime una debole localizzazione e, pertanto, si ricorre ad altro criterio, v. PICONE, *Le norme di conflitto alternative italiane*, p. 307.

sulla circostanza che tali norme rientrino sempre nella categoria delle norme di conflitto, posto che esse utilizzano il procedimento indiretto tipico di queste ultime: pertanto le stesse non produrrebbero direttamente l'effetto materiale perseguito ma sarebbero in grado di realizzarlo solo in quanto sia ammesso dalle leggi considerate. È precipuamente sotto questo aspetto che le norme di conflitto a carattere sostanziale vengono distinte dalle norme materiali di diritto internazionale privato<sup>114</sup>. Pertanto, le norme di conflitto a carattere sostanziale si caratterizzano in quanto non sono immediatamente idonee ad assicurare il risultato materiale atteso ma, al contrario, potrebbe accadere che il risultato materiale perseguito non si verifichi affatto qualora nessuno dei criteri di collegamento previsti dalla norma risulti concretamente idoneo a funzionare<sup>115</sup>. La norma di conflitto a carattere materiale, dunque, realizza una politica speciale per fattispecie internazionali attraverso una particolare modalità di determinazione della legge applicabile. Costituendo una categoria autonoma di norme di conflitto, le stesse superano l'identificazione tra norma di conflitto e norma localizzatrice che aveva caratterizzato la semplificazione del modello savigniano e il presupposto della internazionalità della fattispecie diviene così premessa necessaria per la loro applicazione. In tali norme, dunque, viene in rilievo una finalità politica speciale valevole per le sole situazioni transnazionali che giustificerebbe una diversa disciplina rispetto alle fattispecie interne. L'appartenenza di tali norme alla categoria delle disposizioni di conflitto comporta che la legge richiamata debba applicarsi in blocco con la sua autorità di legge: pertanto dovrà tenersi conto di tutti i mutamenti successivi che dovessero intervenire a modificare la *lex causae* e si dovranno applicare tutte le norme imperative della legge richiamata dalle parti, ancorché esse producano la nullità del contratto. Tale parte della dottrina esclude che rispetto alla scelta di legge possa operare il rinvio poiché guardando le norme di conflitto a carattere sostanziale al contenuto materiale delle leggi, piuttosto che alla loro volontà di applicazione, non si conciliano con l'istituto del rinvio, almeno in quanto quest'ultimo possa pregiudicare il risultato voluto<sup>116</sup>. Per ciò che attiene al momento della scelta si ritiene che essa dovrebbe avvenire contestualmente al contratto. Cionondimeno, in ambito contrattuale, la stessa risulterebbe passibile di modifica sino al primo atto procedurale mentre in ambito extracontrattuale, visto il diverso bilanciamento di valori coinvolti, dovrebbe ritenersi imm modificabile. Quanto al *dépeçage*, esso viene considerato ammissibile in ambito contrattuale, non in base a principi teorici ma in quanto espressamente ammesso dalla Convenzione di Roma del 1980, mentre deve

---

<sup>114</sup> Sulla natura e funzione delle norme materiali di diritto internazionale privato, cfr. VON OVERBECK, *Les règles de droit international privé matériel*, in *Mélanges offerts à Kollenwijn et Offerhaus*, Leiden, 1962, p. 362 *et seq.*; BAUER, *Les traités et les règles de droit international privé matériel*, in *Revue critique droit international privé*, 1966, p. 537 *et seq.*; SIMON-DEPITRE, *Les règles matérielles dans le conflit de lois*, in *Revue critique droit international privé*, 1974, p. 39 *et seq.*; HOLLEAUX-FOYER, *De la Pradelle, Droit international privé*, Paris, 1987, p. 337 *et seq.* Secondo MAYER, *Droit international privé*, Paris, 1994, pp. 102, 395 *et seq.* e 493, talune tra le norme di conflitto a carattere sostanziale e, precisamente le norme alternative, sarebbero in realtà disposizioni materiali interne le quali produrrebbero direttamente l'effetto richiesto attraverso la presa in considerazione di norme tratte dalle leggi straniere da esse considerate; contra PICONE, *Le norme di conflitto alternative italiane*, p. 311 *et seq.*

<sup>115</sup> Un esempio potrebbe essere l'art. 30 della l. 218/95. Se nessuna delle leggi richiamate attraverso i previsti criteri di collegamento ammette la costituzione di un rapporto di filiazione il *favor validitatis* espressamente perseguito dalla norma non avrà in concreto modo di attuarsi.

<sup>116</sup> Sulle peculiarità dell'istituto del rinvio in diritto internazionale privato si veda per tutti Davì, *Le renvoi en droit international privé contemporain*, in *Recueil des Cours*, 2012, (vol. 352), pp. 101 *et seq.* e 170 *et seq.*

ritenersi escluso in ambito extracontrattuale per la medesima ragione già esposta ovvero assicurare un giusto equilibrio tra gli interessi delle parti in causa.

9. *La scelta di legge come tecnica diversificata in relazione ai differenti metodi di coordinamento tra ordinamenti*

La natura giuridica della norma sulla scelta di legge è stata spiegata, da una parte della dottrina, in un'ottica di tipo eminentemente funzionale<sup>117</sup>. Sono così stati individuati quattro metodi di coordinamento tra ordinamenti, riscontrabili in pressoché tutti i principali sistemi internazionalprivatistici europei: oltre al già menzionato e tradizionale metodo delle norme di conflitto localizzatrici e di quello che si è già avuto modo di considerare, delle norme di conflitto a carattere sostanziale, è possibile isolare altri due metodi, quello del rinvio all'ordinamento competente e quello dell'applicazione generalizzata della *lex fori*<sup>118</sup>. Nell'ambito di tale ricostruzione funzionalistica, considerando le sole norme che attribuiscono ai privati una scelta della legge applicabile al di fuori della materia contrattuale, la dottrina in esame ritiene che esse non costituiscano né un metodo autonomo, né un'automatica trasposizione ad altri ambiti della norma sull'autonomia in materia contrattuale. A fondamento delle diverse ipotesi normative di attribuzione di un potere di scelta vi sarebbe il perseguimento di obiettivi diversi che consentono di ricollegare dette ipotesi all'uno o all'altro dei metodi di coordinamento operanti all'interno dei sistemi di conflitto. Al di fuori della materia contrattuale, pertanto, l'attribuzione di un potere di scelta ai privati è considerata una modalità tecnica peculiare ad un metodo che si aggiunge alle altre tecniche funzionali alla realizzazione degli obiettivi del metodo stesso<sup>119</sup>. Nell'ambito della concezione dottrinale in esame viene altresì rilevato che le più frequenti utilizzazioni della scelta di legge nei sistemi di conflitto si ritrovano nell'ambito dei due metodi della localizzazione e delle norme di conflitto a carattere sostanziale. Nella specie, la scelta di legge costituirebbe una tecnica funzionale agli obiettivi del primo metodo quando viene concessa rispetto ad un numero limitato di leggi per correggere una localizzazione accolta a titolo oggettivo dal legislatore; essa apparirebbe finalizzata, invece, al secondo metodo qualora venga conferita per il raggiungimento di determinati effetti o interessi di carattere materiale<sup>120</sup> tanto in caso di scelta limitata che illimitata nonché in tutti gli ambiti, contrattuale ed extracontrattuale. La dottrina in esame, facendo un passo ulteriore, evidenzia un'utilizzabilità della scelta di legge altresì in funzione dei peculiari obiettivi del metodo del rinvio all'ordinamento competente. Quest'ultimo si intende costituito dal complesso delle tecniche che mirano ad assicurare, con riferimento a situazioni particolarmente estranee all'ordinamento del foro, la loro effettiva possibilità di svolgimento in uno o più ordinamenti stranieri ritenuti competenti dal foro. Vengono

---

<sup>117</sup> V. PICONE, *La teoria generale*, p. 154 et seq.; ID., *Autonomia della volontà*, p. 515 et seq.

<sup>118</sup> Un'esposizione completa e organica degli accennati metodi è rinvenibile in Picone, *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. Cours général de droit international privé*, Recueil des cours, vol. 276, 2000, p. 9-296. Sul metodo delle norme localizzatrici cfr. PICONE, *Caratteri ed evoluzione del metodo tradizionale*, p. 243 et seq.; per il metodo delle norme di conflitto a carattere sostanziale, v. ID., *Le norme di conflitto alternative italiane*, p. 303 ss; per il metodo dell'applicazione generalizzata della *lex fori* e del rinvio all'ordinamento competente cfr. ID., *Il metodo dell'applicazione generalizzata della lex fori*, p. 371 et seq.

<sup>119</sup> Cfr. PICONE, *Autonomia della volontà*, p. 520 et seq.

<sup>120</sup> *Ibidem*, pp. 533 et seq. e 540 et seq.

ascritte a detto metodo tutte le ipotesi normative in cui dovendosi costituire nel foro una situazione giuridica, l'atto che la pone in essere viene condizionato ad un concreto riconoscimento nell'ambito dell'ordinamento straniero assunto dal foro a punto di riferimento; nel caso in cui, invece, si tratti di procedere nel foro al riconoscimento di situazioni giuridiche straniere, sono attribuite al metodo in esame le ipotesi in cui il riconoscimento venga ammesso con riguardo alle situazioni concretamente esistenti nell'ordinamento straniero di riferimento senza controllare né la competenza internazionale né la legge applicata. Dall'esame delle tecniche internazionalprivatistiche che negli ordinamenti realizzano tale tipo di coordinamento, scaturisce la ricostruzione della categorie delle norme di rinvio all'ordinamento competente. Queste, nel caso di costituzione nel foro di una situazione giuridica, si presentano come norme unitarie, mai complesse, risultanti dall'operare congiunto di una disposizione sulla legge applicabile e di una sulla competenza condizionata degli organi pubblici interni; in caso di riconoscimento, a dette norme si affiancano procedimenti di riconoscimento di sentenze straniere che subordinano quest'ultimo al fatto che la sentenza sia stata emanata, o anche solo riconosciuta, nell'ordinamento straniero competente. Perché la scelta di legge operi come peculiare tecnica del metodo in questione, dovrebbe essere concesso alle parti il potere di richiedere che la situazione giuridica da costituire nel foro sia suscettibile di riconoscimento in uno o più ordinamenti stranieri competenti e di produrre, con tale richiesta, l'applicazione di una legge condizionata al riconoscimento nell'ambito dell'ordinamento straniero individuato dalle parti stesse. In definitiva, più che scegliere una legge, le parti dovrebbero esse stesse determinare, in luogo del legislatore, l'ordinamento straniero di riferimento alle cui valutazioni condizionare l'applicazione di una data legge<sup>121</sup>. Infine, la dottrina in esame ritiene che la scelta di legge possa svolgere un ruolo nell'ambito del metodo dell'applicazione generalizzata della *lex fori*. A quest'ultimo si fa ricorso quando sussista la necessità di trattare come interne situazioni che, indipendentemente dagli elementi di estraneità in esse presenti, sono destinate a svolgersi principalmente, se non esclusivamente, nel foro. Tale elemento di ordine funzionale conduce a ricondurre ad unità, una serie di ipotesi normative di applicazione della *lex fori* in via esclusiva e diretta, che prescindono dall'esistenza di un titolo internazionalprivatistico tradizionale quali, a titolo esemplificativo, la localizzazione spaziale della fattispecie nel foro o la natura pubblicistica o di applicazione necessaria delle norme. Si tratta dei casi di *jurisdictional approach*, nei quali si ha applicazione della *lex fori* in assenza di una norma di diritto internazionale privato che la preveda, nonché nei casi in cui la competenza esclusiva della *lex fori* è oggetto di una norma esplicita. Il metodo dell'applicazione generalizzata della *lex fori*, secondo la configurazione proposta, piuttosto che risolvere un conflitto procede ad un coordinamento tra ordinamenti fondato sul funzionamento congiunto e complessivo degli ordinamenti stessi. In base ad esso, infatti, si applica in via esclusiva la *lex fori* per la regolamentazione, a titolo primario e diretto, delle sottoclassi di rapporti, ricadenti nella competenza giurisdizionale dei tribunali del foro, da considerarsi interni indipendentemente dagli elementi di estraneità, in considerazione degli effetti che sono destinati a produrre nell'ordinamento interno; d'altro canto viene riconosciuta agli ordinamenti stranieri un'ampia e reciproca libertà di disciplinare come interne le sottoclassi di situazioni giuridiche destinate a produrre effetti

---

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 546.

nell'ambito degli ordinamenti medesimi. Nella complessiva regolamentazione internazionalprivatistica di una data categoria di rapporti, quindi, alcune sottoclassi possono essere solo regolate nel foro tramite applicazione della *lex fori*, altre solo riconosciute; la regolamentazione di situazioni tramite l'applicazione di leggi straniere risulta garantita, pertanto, attraverso il riconoscimento di situazioni giuridiche create all'estero. Le tecniche internazionalprivatistiche, individuate come idonee a realizzare l'obiettivo della disciplina della fattispecie come interna all'ordinamento del foro, sono quelle che dettano in via primaria e diretta l'applicazione in via esclusiva della *lex fori*, o sulla base del solo rilievo internazionalprivatistico dei criteri di giurisdizione ovvero aggiungendo a tale rilievo la presenza di disposizioni internazionalprivatistiche esplicite (ad esclusione di quelle da cui deriva una applicabilità ausiliaria, sussidiaria o sostitutiva della stessa *lex fori*)<sup>122</sup>. Tra queste ultime rientrano le norme che attribuiscono alle parti il potere di sottoporsi all'applicazione esclusiva della *lex fori* in generale, ovvero per la regolamentazione di determinati rapporti, per lo più quelli relativi ai diritti disponibili. La scelta della *lex fori* come ipotesi di applicazione del metodo in esame viene distinta dai casi in cui una norma attribuisca alle parti il potere di concludere, nel corso del processo, un accordo con il quale sostituiscono la *lex fori* alla legge applicabile. Detto tipo di accordo, se configurabile come accordo procedurale concluso in applicazione del principio dispositivo, è ben diverso dalla facoltà di scelta della *lex fori* in esame. Ed invero, quest'ultima è concessa alle parti in via diretta e primaria da una disposizione di conflitto per la regolamentazione in astratto e *pro futuro* di categorie di fattispecie e si esplica indipendentemente dal fatto che i rapporti siano divenuti litigiosi nel corso di un processo; l'accordo processuale in applicazione del principio dispositivo, invece, ancorché conduca all'applicazione della *lex fori*, vale solo nel corso del processo e limitatamente al rapporto litigioso in causa<sup>123</sup>. Si esclude, altresì, che rientri nell'ambito del metodo dell'applicazione generalizzata della *lex fori* un'altra ipotesi di applicabilità diretta di detta legge riconducibile, peraltro solo implicitamente e indirettamente, ad una volontà delle parti: si tratta della tradizionale facoltatività delle norme di conflitto che ricorre quando la legge straniera possa essere applicata solo su richiesta di parte, mentre, in caso di mancata attivazione, si applica la *lex fori*. In tal caso, è stata configurata una applicabilità generale condizionata in quanto la *lex fori* si applicherebbe, in prima battuta, mentre la legge straniera, non essendo invocata, non verrebbe proprio in considerazione. È escluso, tuttavia, che in tal caso sia configurabile un'applicazione esclusiva della *lex fori* perché, in linea di principio, in seguito alla richiesta delle parti, sarebbe possibile giungere all'applicazione della legge straniera designata come applicabile, mentre nei casi di applicazione generalizzata della *lex fori* è escluso in partenza ogni possibile ricorso alla legge straniera<sup>124</sup>.

---

<sup>122</sup> Le tecniche usate al fine del riconoscimento, invece, variano a seconda che la situazione da riconoscere, oltre ad essere regolata nel foro tramite il metodo dell'applicazione generalizzata della *lex fori*, abbia o meno un'efficacia materialmente circoscritta al solo ordinamento del foro. In entrambi i casi, si ritiene che non si applichi la regola della astratta ripartizione di competenze tra giudici del foro e di Stati esteri, ma questa ceda il posto, nel primo caso, a considerazioni di carattere sostanziale, sempre che non sia radicalmente escluso un problema di riconoscimento, nel secondo caso, ad un autonomo controllo della competenza giurisdizionale del giudice straniero che può vedersi attribuire una competenza più ampia di quella dei tribunali del foro.

<sup>123</sup> PICONE, *Autonomia della volontà*, p. 520 *et seq.*

<sup>124</sup> PICONE, *Il metodo dell'applicazione generalizzata della lex fori*, p. 386 *et seq.*

Secondo la posizione dottrinale in esame, inoltre, l'attribuzione ai privati di un potere di scelta in funzione di una applicazione generalizzata della *lex fori*, oltre a risultare espressamente da apposita norma, può altresì ricavarsi implicitamente, per interpretazione, dal sistema. Si ritiene che la verifica dell'esistenza di siffatta clausola generale implicita vada fatta in modo specifico in relazione ad ogni particolare ordinamento; in tale indagine, costituiscono utili parametri di riferimento, anzitutto, il fatto che il sistema conosca già ipotesi espresse di utilizzazione del metodo dell'applicazione generalizzata della *lex fori*; in secondo luogo, il riconoscimento di un ampio ruolo all'autonomia della volontà al di là della materia contrattuale e, infine, il modo in cui è organizzata la disciplina della prova della legge straniera. Resta fermo, comunque, che elemento decisivo per attribuire un potere implicito di scelta della *lex fori* è che si tratti di rapporto idoneo a svolgersi nell'ambito del solo ordinamento nazionale. Infine, l'autore al quale principalmente si deve l'elaborazione teorica in esame precisa che una clausola generale implicita attributiva di un potere di scelta della *lex fori* può essere affermata, oltre che sulla base di interpretazione del sistema, altresì alla luce di una determinata prassi giurisprudenziale, in particolare quando si generalizzino, al di fuori del processo, comportamenti, in origine solo processuali, con cui le parti, usando in via estensiva il principio dispositivo o colludendo in ordine alla mancata prova del diritto straniero, riescono abitualmente a neutralizzare l'operatività della norma di conflitto<sup>125</sup>.

La posizione esaminata, sebbene, come evidenziato dalla dottrina successiva, possa essere assunta come importante ipotesi di studio in quanto riconosce alle varie figure di scelta di legge, al di fuori dell'ambito contrattuale, una funzione conflittuale specifica che non si appiattisce su di un solo metodo di coordinamento tra ordinamenti<sup>126</sup>, ma si diversifica in relazione ad ognuno di essi, è stata tuttavia oggetto di critiche<sup>127</sup>. In particolare, è stato considerato non condivisibile il mantenimento della tradizionale categoria dell'autonomia conflittuale, intesa come potere di scelta, ad opera di privati, della legge da applicare, e la spiegazione, alla luce di essa, sia della scelta di legge senza limiti in materia contrattuale ancorché con dei caratteri atipici<sup>128</sup> che dei vari tipi di scelta al di fuori di tale ambito. Nella specie viene evidenziato, per ciò che attiene alla scelta di legge senza limiti in materia contrattuale, che possa essere sostenuta unicamente la posizione che conferisce alla stessa esclusivamente una funzione di tipo sostanziale di designazione del contenuto del contratto, mentre, con riguardo alla scelta limitata, si possa riconoscere una funzione generale di conflitto che si specifica diversamente a seconda delle scelte che il legislatore ritiene, in ultima analisi, necessario ed opportuno attuare<sup>129</sup>.

---

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 473 et seq.

<sup>126</sup> Un limitato riconoscimento della pluralità di funzioni che può essere svolta dalla scelta di legge si trova altresì in VIARENGO, *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi*, p. 153 et seq., la quale, pone soltanto l'alternativa tra la funzione di conflitto localizzatrice e la funzione di conflitto materiale.

<sup>127</sup> In riferimento ai menzionati metodi di coordinamento si veda, con particolare riguardo allo strumento del rinvio, la critica di DAVI, *Ancora sulle finalità (e sui due diversi modelli) del rinvio nel diritto internazionale privato contemporaneo*, in *Riv. dir. int.*, 2014, p. 1033 ss. e particolarmente p. 1041 e ss.

<sup>128</sup> Sebbene l'autore volutamente prescinda dalla considerazione della scelta di legge in materia contrattuale, emerge comunque la convinzione che anche in tal caso sia ravvisabile una funzione conflittuale, ancorché atipica; afferma infatti l'autore che, nella materia dei contratti, la volontà delle parti "opera ormai ai limiti tra un criterio di collegamento internazionale-privatistico tradizionale e una fonte di ricezione diretta delle norme applicabili", PICONE, *La teoria generale*, p. 154; ID., *Autonomia della volontà*, p. 519.

<sup>129</sup> CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, pp. 93-94.

**Capitolo II – L'autonomia della volontà in materia successoria negli ordinamenti nazionali e nelle convenzioni internazionali.**

SOMMARIO - 1. L'autonomia della volontà in materia di successioni. Cenni sul ruolo che la *professio iuris* riveste nei principali sistemi nazionali di diritto internazionale privato.

Un quadro d'insieme. 2. L'accoglimento della *professio iuris* nella normativa convenzionale in materia di successioni. Le convenzioni di Washington e dell'Aja sull'amministrazione internazionale delle successioni. 3. (*Segue*) La scelta di legge nella convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 relativa alla legge applicabile al *trust* ed al suo riconoscimento. 4. (*Segue*) Il ruolo della volontà del *de cuius* nella Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile alle successioni. 5. Analisi del contesto normativo in cui si inserisce la disciplina europea. Opportunità di un'indagine comparatistica diretta ad individuare gli elementi di diritto materiale rilevanti ai fini dello studio dei profili internazionalprivatistici pertinenti. 6. Le problematiche connesse alla pianificazione ereditaria in caso di successioni transnazionali causate dalle divergenze esistenti tra i vari sistemi nazionali di conflitto. Analisi del contrasto esistente tra le soluzioni accolte nei paesi di tradizione giuridica continentale e quelle accolte nei paesi di *common law*. (*Segue*). Ordinamenti monisti e dualisti. 7. I rapporti tra il regolamento europeo e le singole convenzioni ratificate dai singoli Stati membri

*1. L'autonomia della volontà in materia di successioni. Cenni sul ruolo che la professio iuris riveste nei principali sistemi nazionali di diritto internazionale privato. Un quadro d'insieme*

Le prime legislazioni che hanno accolto in ambito successorio la *professio iuris* sono quelle dei paesi dell'America Latina dove le iniziali manifestazioni risalgono già al diciannovesimo secolo<sup>130</sup>. Al riguardo basti osservare che il codice civile boliviano, risalente al 1831, già disciplinava una forma di scelta di legge che si affiancava alla possibilità, riconosciuta ad ogni soggetto residente in Bolivia, di scegliere la legge a cui sottoporre la propria successione e prevedeva, all'art. 463, per gli stranieri che facessero testamento in Bolivia in favore di altri stranieri lasciando beni immobili nel loro Stato di origine e beni mobili in Bolivia, la possibilità di scegliere di assoggettare la propria successione alla loro legge nazionale. Ciò nei limiti della necessaria applicabilità della *lex rei sitae* ai beni immobili situati in Bolivia, essendo quello boliviano un sistema di tipo scissionista<sup>131</sup>.

Anche nel sistema peruviano erano state introdotte, almeno con il primo codice del 1851, norme volte a disciplinare la scelta di legge. Sebbene tali disposizioni non siano più state riprodotte nel successivo codice del 1936<sup>132</sup>, rivestono un'importanza contenutistica e storica tale per cui la loro menzione appare opportuna. Nella specie l'art. 694 prevedeva la possibilità per il *de cuius* straniero di scegliere la *lex patriae* per regolare la successione nei beni mobili situati sul territorio peruviano mentre l'art. 695 permetteva al *de cuius* straniero di scegliere tra la *lex rei sitae* e la *lex patriae* per regolare la successione nei beni immobili situati al di fuori del territorio del Perù. Al contrario, per i beni immobili insistenti sul territorio peruviano era comunque prevista, così come nel caso precedentemente esaminato della Bolivia, l'applicazione della *lex rei sitae*. Interessante notare che la legge peruviana conteneva anche una norma di chiusura protettiva nei confronti di eventuali eredi

---

<sup>130</sup> DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, Padova, 2001, p. 65 ss.

<sup>131</sup> Si veda al riguardo quanto dispone il *Codice civile boliviano compilato por C.M. Del Castillo*, 2ª ed., La Paz, 1931, artt. 458 e 463 e, in dottrina, BOULANGER, *Les successions internationales. Problèmes contemporains*, Parigi, 1981, p. 208 ss.; LI, *Some Recent Developments in the Conflict of Laws of Succession*, in *Recueil des Cours*, 1990, V, p. 66.

<sup>132</sup> Cfr. *Codice civile promulgado por decreto supremo de agosto de 1936, en uso de la autorizacion contenida en la lei no. 8305 concordancias, motivos, notas criticas y explicativas*, (commento di RODRIGUEZ LLERENA), Mendoza, 1938-1938.

riservatari. Nella specie l'art. 695 disponeva che se il *de cuius* straniero lasciava eredi riservatari in Perù, le leggi straniere richiamate non potevano essere applicate, dovendosi in tal caso applicare comunque la legge peruviana<sup>133</sup>.

Contenuti simili si rinvenivano anche nella legislazione messicana, almeno nel Codice civile del 1870, poi abbandonati nel successivo codice federale del 1928. La disciplina contenuta nel primo codice menzionato permetteva agli stranieri, che redigevano il loro testamento in Messico, di scegliere tra la legge messicana e quella della loro cittadinanza per disciplinare la validità formale e sostanziale delle disposizioni testamentarie<sup>134</sup>.

All'interno dei confini europei il primo ordinamento nazionale in cui la scelta di legge in materia successoria ha trovato una positiva regolamentazione è quello svizzero, che disciplinava l'*optio legis* all'art. 22 della legge federale del 25 giugno 1891<sup>135</sup>. La previsione normativa consentiva di sottoporre la successione, in deroga al criterio generale del domicilio del defunto, al diritto del cantone di origine. La disposizione prevedeva, inoltre, che la scelta dovesse essere effettuata con una disposizione a causa di morte o per mezzo di un patto successorio. Invero l'art. 22, che era nato come il risultato di un compromesso tra i fautori della legge nazionale e quelli del domicilio ed era stato ideato per regolare unicamente i rapporti intercantionali, venne poi esteso, in via perlopiù analogica, anche ai rapporti caratterizzati da elementi di transnazionalità, permettendo così, in ultima analisi, ad uno straniero domiciliato in Svizzera, di sottoporre la propria successione alla legge nazionale in sostituzione di quella del domicilio. In seguito il Codice civile svizzero del 1907 estese la stessa possibilità di opzione anche ai cittadini svizzeri residenti all'estero e agli stranieri residenti in Svizzera. In tal modo la disposizione assurse al rango di regola di diritto internazionale privato elvetico in materia di successioni e venne interpretata ed applicata permettendo al *de cuius* straniero, domiciliato in Svizzera, di optare per la sua legge nazionale escludendo la legge del domicilio. La disposizione è tutt'ora vigente nell'ordinamento svizzero e il funzionamento è rimasto pressoché invariato se non per ciò che riguarda il correttivo in base al quale gli effetti della scelta vengono meno qualora il *de cuius* non abbia più, al momento della morte, la cittadinanza dello Stato del quale ha designato la legge oppure qualora lo stesso abbia acquistato anche la cittadinanza svizzera.

Non può sottacersi d'altronde che in ambito europeo i sistemi nazionali siano stati profondamente influenzati dai risultati che, in materia successoria, sono stati raggiunti in seno alla Conferenza dell'Aja<sup>136</sup> e, in special modo, proprio con riguardo al ruolo che all'interno di tali legislazioni è stato riservato all'*optio legis*.

L'influenza è visibile innanzitutto nella legislazione successoria dei Paesi Bassi, che non solo hanno ratificato la Convenzione dell'Aja del 1989<sup>137</sup> ma l'hanno altresì incorporata

---

<sup>133</sup> Cfr. LI, *Some recent developments*, cit., p. 66.

<sup>134</sup> Si veda *Código civil para el distrito y territorios federales*, Mejico, 1937; e ancora LI, *Some recent development*, p. 67 ss.

<sup>135</sup> Per un esame approfondito del ruolo dell'art. 22 della "*Loi fédérale sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour*" si vedano in dottrina: di nuovo LI, *Some recent developments*, p. 67 ss.; HANISH, *Professio iuris, réserve légale und Pflichtteil*, in *Mélanges Guy Flattet*, Lausanne, 1985, p. 473 ss.; DE PREUX, *La professio iuris (étude de l'art. 22 LRDC)*, Lausanne, 1981; STURM, *Die Parteiautonomie im Schweizerischen internationalen Privatrecht*, in *Festschrift zum 60. Geburtstag von H. Giger*, Bern, 1989, p. 673 ss.; BUCHER, *Droit international privé suisse. Tome II: Personne, Famille, Successions*, Basle, 1992, p. 942.

<sup>136</sup> V. *infra* par. 4.

<sup>137</sup> Legge del 4 settembre 1996 in *Rev. crit.*, 1997, p. 135 con nota esplicativa di D. VAN INTERSON. Sul punto si veda altresì lo studio del DEUTSCHES NOTARINSTITUT, *Les succession Internationales dans l'Union*

e resa applicabile *tout court* all'interno del sistema nazionale. In conseguenza di tale incorporazione la *professio iuris* nel settore delle successioni nel sistema olandese è ammessa in maniera molto ampia, perfino più ampia di quanto prevede la già liberale disciplina della Convenzione dell'Aja. Manca, infatti, all'interno del sistema olandese una previsione che disciplina una facoltà analoga a quella prevista dal testo convenzionale, che concede allo Stato parte la possibilità di effettuare una riserva<sup>138</sup> volta a restringere il raggio di azione dell'autonomia della volontà del *de cuius* a protezione dei riservatari. Ciò posto, la *professio iuris* all'interno del sistema internazionalprivatistico dei Paesi Bassi non incontra limiti legati alla necessaria protezione di eventuali legittimari, godendo di un ambito applicativo pressoché illimitato.

Una regolamentazione assai liberale, visibilmente ispirata a quella della Convenzione dell'Aja del 1989, caratterizza anche le legislazioni di altri Stati membri dell'Unione europea quali la Bulgaria<sup>139</sup>, la Finlandia<sup>140</sup> e l'Estonia<sup>141</sup> oltre che di alcuni Paesi terzi come la Corea del Sud<sup>142</sup> e l'Ucraina<sup>143</sup>. In questi Paesi la possibilità di effettuare una scelta di legge da parte del *de cuius* è ammessa senza restrizioni particolari.

In altri ordinamenti la possibilità di ricorrere alla scelta di legge in ambito successorio è caratterizzata da un approccio più cauto e prudente adottato dai rispettivi legislatori nazionali.

In particolare, in Francia la proposta di introdurre la facoltà di esercitare una *professio iuris* in ambito successorio fu avanzata già nel corso del progetto di codificazione del diritto internazionale privato del 1967. Nella specie si prevedeva che, in assenza di scelta, la legge regolatrice della successione fosse quella del domicilio ma veniva nondimeno ammessa la possibilità, per il *de cuius*, di effettuare un'*optio legis* in favore della propria legge nazionale

---

*européenne – Perspectives pour une harmonisation*, Würzburg, Deutsches Notarinstitut 2004, p. 51 ss. e, in particolare all'interno dello stesso studio il rapporto esplicativo olandese redatto da VAN MOURIK, M. FREUDENTHAL et F. SCHOLS, p. 596 ss.

<sup>138</sup> Art. 24 della convenzione dell'Aja del 1989 v. *infra* par. 4.

<sup>139</sup> Art. 89 del Codice di diritto internazionale privato (possibilità di scelta della legge nazionale al posto di quella della residenza abituale). Cfr. DUTTA, *Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation*, in *RabelsZ*, 2009, p. 569 ss.; JESSEL-HOLST, *The Bulgarian Private International Law Code of 2005*, in *Yearbook of Private International Law (YPIL)*, 2007, p. 381.

<sup>140</sup> Sezione 26:6 del Codice delle successioni (possibilità di scegliere la legge nazionale o quella del domicilio del *de cuius*, tanto al momento della designazione o della morte o, ancora, per le persone coniugate, la possibilità di scegliere, la legge applicabile al regime matrimoniale. Cfr. DEUTSCHES NOTARINSTITUT, *Les successions*, cit., p. 52 ss. nonché il rapporto nazionale finlandese redatto nell'ambito del medesimo studio da KANGAS.

<sup>141</sup> §25 della legge di diritto internazionale privato del 27 marzo 2002 entrata in vigore il 1° luglio 2002 che stabilisce che un soggetto possa scegliere di assoggettare la propria successione alla legge nazionale posseduta purché la stessa permanga fino al momento della morte, pena l'invalidità dell'*optio legis* effettuata in favore della legge della propria cittadinanza. In dottrina si veda SEIN, 'Estonie', in M. Verwilghen (ed.), *Régime matrimoniaux, successions et libéralités dans les relations internationales et internes*. Mise à jour 2007 de la 3e éd. parue en 2003, Bruxelles, 2007, p. 1159.

<sup>142</sup> Art. 49 par. 2 della legge 66465 del 7 aprile 2001, in *YPIL*, 2003, p. 331 che concede al soggetto la possibilità di scegliere la residenza abituale del *de cuius* posseduta al momento della designazione a condizione che la stessa perduri fino al momento della morte, nonché la possibilità di scelta in favore della *lex rei sitae* per gli immobili. Cf. SUK, *The new Conflicts of Laws Act of the Republic of Korea*, in *YPIL*, 2003, pp. 99-141.

<sup>143</sup> Art. 70 della legge del 23 giugno 2005 che prevede la possibilità di scegliere la legge nazionale in luogo di quella della residenza abituale del *de cuius*. Cfr. DOVGERT, *Codification of Private International Law in Ukraine*, in *YPIL*, 2005, pp. 131-159 e PAVLOVA, 'Ukraine' in M. Verwilghen (ed.), *Régime matrimoniaux, successions et libéralités dans les relations internationales et internes*. Mise à jour 2007 de la 3e éd. parue en 2003, Bruxelles, 2007, p. 284.

ovvero di incorporare la legge straniera direttamente all'interno della disposizione testamentaria, ciò beninteso solo per ciò che concerne i beni mobili poiché, adottando il sistema francese un approccio di tipo dualista, i beni immobili restano comunque assoggettati alla *lex rei sitae*<sup>144</sup>.

Per ciò che attiene alla Germania la *professio iuris* in ambito successorio non era prevista fino al 1986. La dottrina sul punto è risultata quanto mai divisa tra coloro che si sono pronunciati in favore<sup>145</sup> e quanti, invece, si sono dichiarati contrari<sup>146</sup>; quest'ultima posizione è stata peraltro avvalorata, nei primi tempi, anche dalla giurisprudenza. La Corte federale, in una sentenza del 1972, aveva scartato la possibilità per il *de cuius* di designare autonomamente la legge applicabile alla successione<sup>147</sup>. Ad ogni buon conto, con la riforma del 1986, ed in seguito ad una serie di vicissitudini che hanno caratterizzato i lavori preparatori, la possibilità di esercitare un'*optio legis* anche in materia successoria, sebbene molto ristretta, ha finalmente trovato spazio nella legislazione internazionalprivatistica tedesca e, specificamente, all'art. 25, p. 2 del EGBGB. Invero, tale facoltà risultava limitata alla possibilità per il *de cuius* di esercitare una scelta in favore del diritto tedesco per i beni immobili situati in Germania. Lo scopo di questa previsione è da ricercare, con tutta evidenza, nella volontà di facilitare il compito dell'interprete che si fosse trovato ad affrontare le difficoltà connesse alla regolamentazione della successione di un soggetto straniero, in linea di massima sottoposta alla sua legge nazionale, qualora fossero stati presenti beni situati in Germania. Grazie a questa normativa, che prevede una particolare procedura per il rilascio di un certificato di erede, necessario per l'annotazione delle vicende che colpiscono il bene immobile al catasto (*Grundbuch*), è possibile regolare in maniera più semplice e rapida le vicende relative alla successione immobiliare, in quanto regolata dal diritto interno. Nondimeno, la debolezza di questo meccanismo è data dalla circostanza che il suo funzionamento, nella maggior parte dei casi o quanto meno in tutti quei casi in cui il *de cuius* non possiede la cittadinanza tedesca, comporta una scissione della successione che sarà rispettivamente regolamentata dal diritto tedesco nel caso di beni immobili e dalla legge nazionale del *de cuius* che, viceversa, rimarrà applicabile agli altri beni della successione anche se questi dovessero trovarsi in Germania.

Uno sguardo alle discipline internazionalprivatistiche dei diversi Paesi europei suggerisce una riflessione. L'apertura in favore della possibilità di prevedere una *professio iuris*, quantomeno nel settore delle successioni, appare notevolmente più accentuata in quei Paesi che hanno introdotto una normativa internazionalprivatistica specifica in materia in

---

<sup>144</sup> Il proposto art. 2307 del *Code civil* prevedeva che: «[L]es successions sont régies par la loi du domicile du défunt, à moins que celui-ci n'ait, par testament, expressément opté pour sa loi nationale. Toutefois, les successions portant sur des immeubles et fonds de commerce ainsi que la transmission de ceux-ci sont régies par la loi de leur situation». Il progetto prevedeva inoltre espressamente all'art. 2308 un'incorporazione della legge all'interno del testamento: «le testateur peut se référer à une loi différente de celle qui est applicable en vertu de l'article précédent sous réserve des règles impératives de la loi régissant la succession».

<sup>145</sup> Si confrontino sul punto DÖLLE, *Die Rechtswahl im Internationalen Erbrecht*, *RebelsZ*, 1966, p. 205 ss.; KHÜNE, *Testierfreiheit und Rechtswahl im internationalen Erbrecht*, *Juristenzeitung*, 1973, p. 403 ss.; NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts*, 2ª ed., Tübingen, 1976, p. 254; STURM, *Parteiautonomie als bestimmender Faktor*, cit., p. 637 ss.; HANISCH, *Professio iuris, réserve légale und Pflichtteil*, cit., p. 473 ss.

<sup>146</sup> Si vedano FERID, *Internationales Privatrecht*, 2ª ed., Bielefeld, 1982, § 9-13; FIRSCHING, *Zur reform des deutschen Internationalen Personen, Familien und Erbrechts*, Tübingen, 1981, pp. 221 ss. KEGEL, SHURIG, *Internationales Privatrecht*, 9ª ed., München, 2004, p. 1002; si confronti, inoltre, la presa di posizione del *Deutsches Rat für Internationales Privatrecht*, in LAUTERBACH, *Vorschläge*, p. 12 ss.

<sup>147</sup> BGH, 29 marzo 1972, in *NJW*, 1972, p. 1001 ss.

tempi relativamente recenti, diciamo nel corso degli ultimi vent'anni e tra questi si annovera anche la legislazione italiana.

Come evidenziato<sup>148</sup> l'accoglimento del criterio volontaristico sul piano dei conflitti di legge è inizialmente avvenuto nel campo delle obbligazioni contrattuali, cionondimeno, in linea con la tendenza che si è lentamente lasciata alle spalle un atteggiamento di sfavore nei confronti della possibilità di ammettere una *professio iuris* in materia successoria, anche il legislatore italiano ha preso posizione in tal senso e ha inserito una previsione all'interno della disciplina internazionalprivatistica nazionale<sup>149</sup>. Nella specie il primo comma dell'art. 46<sup>150</sup> della legge di riforma del sistema internazionale privato del 31 maggio 1995, n. 218, così come già prevedeva l'art. 23 delle preleggi, dispone che la legge regolatrice della successione sia la legge nazionale posseduta dal *de cuius* al momento della morte, a questa previsione si affianca però, nel sistema della riforma, quella del secondo comma che consente al *de cuius* di scegliere di assoggettare la propria successione alla legge dello Stato della sua residenza abituale. La possibilità di scelta prevista dalla legislazione internazionalprivatistica italiana è però più restrittiva rispetto a quanto dispone al riguardo la Convenzione dell'Aja del 1989 per diversi ordini di ragioni. In primo luogo la normativa italiana non permette una scelta parziale e adotta in questo senso un approccio di tipo unitario. In secondo luogo il momento determinante per verificare la validità della scelta di legge effettuata è il momento del decesso, di modo che l'*optio legis* effettuata dal *de cuius* diviene inefficace qualora lo stesso non sia più residente nello Stato in favore del quale era stata operata la scelta stessa. Al contrario, un punto di contatto tra la normativa nazionale italiana e quella dettata dalla Convenzione dell'Aja è ravvisabile nella circostanza per cui la scelta di legge soffre di un'importante limitazione, modellata proprio sulla previsione dettata dall'art. 24 lett. d della Convenzione, poiché qualora sia in discussione la successione di un cittadino italiano, la *professio iuris* non può privare i legittimari residenti in Italia al momento del decesso del *de cuius* della protezione che gli viene garantita da disposizioni imperative della normativa interna.

La preoccupazione di proteggere gli eredi riservatari caratterizza anche le legislazioni di Bulgaria<sup>151</sup>, Romania<sup>152</sup> e Belgio<sup>153</sup>. In tutti questi Paesi, la *professio iuris* può essere

---

<sup>148</sup> *Supra* cap. I.

<sup>149</sup> CARDILLO, DAMASCELLI, 'Italie' in M. Verwilghen (ed.), *Régime matrimonial, successions et libéralités dans les relations internationales et internes*, cit., p. 1571 ss.

<sup>150</sup> CLERICI, «Art. 46», in *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato: legge 31 maggio 1995 n° 218. Commentario*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2004, pp. 473-498; BONOMI, *La loi applicable aux successions dans le nouveau droit international privé italien et ses implications dans les relations italo-suisse*, in *RSDIE*, 1996, pp. 493 ss. e ID., *La vocation success orale volontarie dans certains droits européens*, in *Le droit des successions en Europe. Actes du colloque de 21 février 2003*, Geneva, 2003, p. 37 ss.

<sup>151</sup> Art. 89 co. 5 del Codice di diritto internazionale privato del 13 maggio 2005; cfr. HOLST, *The Bulgarian Private International Law Code of 2005*, in *YPIL*, 2007, p. 381 ss.

<sup>152</sup> In base all'art. 68 co. 1 della legge di diritto internazionale privato del 22 settembre 1992, il testatore può sottomettere la propria successione ad una legge diversa da quella che risulterebbe applicabile secondo l'art. 66 (ovvero il diritto nazionale per i beni mobili e la *lex rei sitae* per gli immobili), ma tale scelta non può comunque derogare alle disposizioni imperative interne.

<sup>153</sup> L'art. 79 del Codice di diritto internazionale privato belga prevede che un soggetto possa scegliere di assoggettare la propria successione al diritto di un determinato Stato. La designazione ha però effetto solo se ed in quanto il *de cuius* possieda la nazionalità dello Stato o la residenza abituale sul territorio del Paese designato al momento della designazione o del decesso. Tuttavia, in base a quanto stabilisce l'art. 78 dello stesso codice, tale designazione non può avere come effetto quello di privare un erede riservatario della propria quota di spettanza. In dottrina si veda: DE PAGE, *Les règles de conflit de lois du nouveau Code de droit*

effettuata indifferentemente in favore della legge nazionale o di quella della residenza abituale ma la scelta non può avere come risultato quello di privare i legittimari dei diritti che la legge gli riconosce e che prevarranno anche su un'eventuale *optio legis* lesiva.

Per ciò che riguarda i Paesi di *common law*, sebbene non vi sia una previsione generale che preveda la facoltà di esercitare una *professio iuris*, la dottrina sembra concordare sul principio secondo il quale l'interpretazione delle ultime volontà dovrebbe avvenire non secondo la legge applicabile alla validità del testamento, ovvero la *lex domicilii* per i beni mobili e la *lex rei sitae* per gli immobili, bensì secondo la legge scelta espressamente o tacitamente dal defunto<sup>154</sup>.

Con specifico riferimento all'ordinamento inglese interessanti risultano i precedenti che si sono avuti nella giurisprudenza. In particolare in una sentenza del 6 luglio 1945<sup>155</sup>, la *Chancery Division* aveva sancito il principio della volontà come criterio di collegamento nel campo delle successioni. Nella specie la Corte aveva ritenuto che, nella disciplina dell'eredità regolata da un testamento, le questioni vertenti sull'interpretazione di un atto di ultima volontà dovevano venire disciplinate dalla legge inglese anziché dalla legge del domicilio che, in base alle norme di diritto internazionale privato, sarebbe stata applicabile agli effetti di una successione mobiliare, in quanto il *de cuius* si era riferito nelle sue disposizioni alla legge inglese. Nel caso di specie, si trattava di un testatore domiciliato in Sud Africa e residente in Inghilterra, che aveva lasciato alla moglie un diritto vitalizio sul patrimonio comune, costituito dai beni mobili. Invero applicando gli oggettivi criteri di collegamento previsti la successione avrebbe dovuto essere regolata dalla legge sudafricana, ma la Corte ritenne comunque applicabile il diritto inglese sulla base della scelta posta in essere dal testatore.

Se l'autonomia della volontà nell'ordinamento inglese soffre alcune limitazioni<sup>156</sup>, non altrettanto può dirsi per gli Stati Uniti, dove il ricorso alla *professio iuris* in materia è previsto in modo molto ampio, al punto che vi sono Stati in cui è riconosciuta al *de cuius* non solo la facoltà di designare la legge applicabile per regolare la validità materiale delle disposizioni a causa di morte ma anche gli effetti degli atti di ultima volontà<sup>157</sup>. Questa soluzione è stata

---

*international prive relatives aux regime matrimoniaux et aux successions*, in *Revue trimestrelle de droit familial*, 2005, p. 647 ss.

<sup>154</sup> BONOMI, *La choix de la loi applicable à la succession dans la pro position de règlement communautaire*, in BONOMI, SCHMID (a cura di) *Successions internationales. Réflexions autour du futur règlement européen et de son impact pour la Suisse*, Zürich, 2009, p. 250 ss. In senso conforme DICEY, MORRIS & COLLINS, *The Conflict of Laws*, 14<sup>a</sup> ed., Londra, 2006, 147; MORRIS, *The Conflict of Laws*, 6<sup>a</sup> ed., Londra, 2005, p. 454. Per un'applicazione cfr. *Re Cunningham*, 1924, 1 Ch., 68. Viene utilizzata l'espressione «*construction of the will*», che connota una nozione più ampia che non si limita alla mera interpretazione della volontà del testatore ma comprende anche l'individuazione delle regole applicabili funzionalmente destinate a colmare le eventuali lacune della volontà testamentaria. Per ciò che riguarda gli Stati Uniti si veda MCDUGAL III, FELIX & WHITTEN, *American Conflicts Law*, 5<sup>a</sup> ed., Ardsley, 2001, p. 660.

<sup>155</sup> Il testo è rinvenibile in *Giur. comp. dir. int. priv.*, 1954, pp. 276-278 con nota di MIGLIAZZA; v. DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, cit., p. 68.

<sup>156</sup> Secondo CLARKSON, HILL, *The Conflict of Laws*, 4<sup>a</sup> ed., Oxford, 2006, p. 445, il testatore non può sottrarsi alle regole imperative disciplinanti la validità materiale del testamento. Si veda sul punto anche DICEY, MORRIS & COLLINS, *The Conflict of Laws*, cit., n°27-060.

<sup>157</sup> MCDUGAL III, FELIX, WHITTEN, *American Conflicts Laws*, cit., p. 655. Secondo alcuni autori, la scelta di legge è espressamente permessa dalla legge del Massachusetts, Oregon e Utah. Secondo la legge dello stato di New York solo la scelta delle legge dello Stato di New York per i beni ivi situati è espressamente considerata valida in base ai § 3-51 *New York Estates, Power and Trust Law*: «*Whenever a testator, not domiciled in this state at the time of death, provides in his will that he elects to have the dispositions of his property situated in this state*

positivamente consacrata dal *United States Uniform Probate Code* del 1969 dove alla sezione 2-602 si prevede che l'interpretazione e gli effetti giuridici di una disposizione testamentaria debbano essere determinati in base alla legge di uno Stato prescelta dal testatore in tale negozio. Nondimeno, anche tale libertà incontra un importante limite, poiché la scelta non può contrastare con le disposizioni relative all'*elective share* e alla *family protection*, o altre disposizioni imperative<sup>158</sup>.

Un'altra legislazione in cui la *professio iuris* ha avuto un ruolo rilevante è quella del Québec<sup>159</sup>. Nella legge di riforma del diritto internazionale privato del 1991<sup>160</sup>, infatti, il legislatore ha mostrato una certa apertura consentendo al *de cuius* di scegliere tra il diritto nazionale e quello del domicilio al momento della designazione o della morte per i beni mobili mentre, per gli immobili, la scelta poteva rivolgersi anche nei confronti della legge del Paese del luogo di situazione degli stessi.

Appare opportuno evidenziare che il *favor* più o meno ampio che ad oggi si rinviene negli ordinamenti nazionali europei esaminati nei confronti della *professio iuris* in ambito successorio è il risultato di un processo lungo iniziato a partire dagli anni settanta del secolo scorso. Invero, la questione è stata oggetto di vivaci dibattiti in dottrina specialmente in Europa, dove iniziarono a manifestarsi, non senza che si levassero voci contrarie in dottrina<sup>161</sup>, importanti prese di posizione in favore della *professio iuris* in materia successoria. A conferma di tale tendenza è possibile ricordare la risoluzione del 1967 dell'*Institut de droit international* adottata nella sessione tenutasi nello stesso anno a Nizza, con la quale veniva riconosciuta in capo al *de cuius* la facoltà di poter scegliere tra la propria legge nazionale e quella del suo domicilio. Nella stessa direzione tracciata dalla prima risoluzione ha continuato a muoversi l'*Institut de droit international* nella sessione tenutasi questa volta al Cairo nel 1987, nel corso della quale è stata riconfermata la necessità di consentire al testatore di scegliere la legge applicabile alla sua successione. La risoluzione in questione era in particolare dedicata al risalente dualismo tra il principio della nazionalità e quello del domicilio. La raccomandazione rivolta agli Stati è stata di consentire al testatore di

---

*governed by the laws of this state, the intrinsic validity, including the testator's general capacity, effect, interpretation, revocation, or alteration of any such disposition is determined by the local law of this state*. In giurisprudenza si vedano: *In re Estate of Clark*, 21 N.Y.2d 478, 236 N.E.2d 152, 288 N.Y.S.2d 993, 1968 e *In re Estate of Renard*, 437 N.Y.S.2d 860 (Sur. Ct. 1981) 439 N.E.2d 341 (N.Y. 1982).

<sup>158</sup> Sezione 2-703: «*The meaning and legal effect of a governing instrument is determined by the local law of the state selected in the governing instrument, unless the application of that law is contrary to the provisions relating to the elective share described in Part. 2, the provisions relating to exempt property and allowances described in Part 4, or any other public policy of this State otherwise applicable to the disposition*». Cfr. Sturm, *Parteiautonomie*, cit., p. 643 e anche MAKAROV, *Quellen des internationalen Privatrechts: nationale Kodifikationen*, Tübingen, 1978, p. 641.

<sup>159</sup> TALPIS, CASTEL, *Interpreting the Rules of Private International Law. Reform of the Civil Code. Text Written for the Barreau du Québec and the Chambre des notaires du Québec, Volume 5B: Private International Law*, Montreal, 1994 (traduzione inglese a cura di S. Altschul), p. 29.

<sup>160</sup> Le norme di diritto internazionale privato sono pubblicate in *Rev. critique*, 1992, p. 574 ss.; in dottrina per un commento si veda GROFFIER, *La réforme du droit international privé québécois*, ibidem, p. 584 ss.; CASTEL, *Commentaire sur certaines dispositions du Code civil du Québec se rapportant au droit international privé*, in *Clunet*, 1992, p. 625 ss.

<sup>161</sup> Le due obiezioni principali riguardavano l'una il fatto che quello successorio è un settore del diritto strettamente connesso a quello della famiglia e pertanto riconoscere al testatore un'*optio legis* avrebbe potuto avere effetti pregiudizievoli anche sulle questioni familiari e l'altra la circostanza che la libertà di testare non avrebbe potuto spingersi fino al punto di giustificare il riconoscimento di una scelta di legge, poiché il diritto sostanziale in materia di successioni, a differenza di quello in materia di contratti, è ampiamente dominato da disposizioni imperative. La discussione della dottrina sulla questione è rinvenibile nella risoluzione «*La succession testamentaire en droit international privé*», in *Annuaire Institut*, 1967, vol. 52, II, p. 464 ss.

sottoporre la propria successione alla legge dello Stato del domicilio, nonché di permettere ai coniugi, per quanto riguarda i rapporti matrimoniali e le questioni attinenti al regime patrimoniale di assoggettarle, a scelta, alla legge del domicilio di uno di loro<sup>162</sup>.

2. *L'accoglimento della professio iuris nella normativa convenzionale in materia di successioni. Le convenzioni di Washington e dell'Aja sull'amministrazione internazionale delle successioni*

Rispetto all'*iter* generalmente piuttosto travagliato che ha condotto all'accoglimento della *profesio iuris* nei singoli ordinamenti nel campo del diritto successorio, più agevole è stato sicuramente il lavoro che, nella stessa direzione, è stato portato avanti in via convenzionale e, particolarmente, in seno alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato. In questo contesto, infatti, si è avuto da subito un *favor* per l'introduzione del principio della libertà di scelta in ambiti diversi da quello contrattuale, ivi compreso quello successorio<sup>163</sup>. Un'analisi come quella che ci si appresta a compiere sul ruolo che alla *profesio iuris* è stato riservato in materia successoria anche all'interno della nuova regolamentazione europea in materia non può prescindere da un esame dei precedenti tentativi che, a diversi livelli, sono stati promossi al fine di procedere ad una regolamentazione uniforme della materia a mezzo di convenzioni internazionali, ciò per avere contezza di quanto realmente complesso e spesso infruttuoso si sia rivelato lo sforzo di raggiungere accordi a livello internazionale sulle norme di conflitto relative a settori tanto fondamentali del diritto sostanziale<sup>164</sup>.

Nessuno dei precedenti tentativi di uniformare la disciplina internazionalprivatistica delle successioni a livello convenzionale, infatti, ha ottenuto un particolare seguito, e ciò, nonostante la materia sia stata oggetto di studio per l'adozione di norme di conflitto uniformi già a partire dalle prime quattro conferenze dell'Aja di diritto internazionale privato, tenutesi rispettivamente nel 1893, nel 1894, nel 1900 e nel 1904. Basti pensare che all'esito dell'ultima conferenza fu persino redatto un testo che, tuttavia, rimase allo stadio meramente embrionale. Stessa sorte subirono, del resto, i tentativi intrapresi nelle successive sessioni del 1925 e del 1928<sup>165</sup>. Nel dopoguerra, ripresi i lavori, si abbandonò

---

<sup>162</sup> Si vedano le risoluzioni su *La succession testamentaire en droit international privé*, in *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1967, vol. II, p. 558 e i rapporti di MONACO e gli altri lavori preparatori, *ibidem*, I, p. 528 ss. nonché LA dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé, *ibid.*, 1987, vol. II, p. 292.

<sup>163</sup> Ciò sebbene non siano mancate le voci contrarie si veda al riguardo NIBOYET, *La théorie de l'autonomie de la volonté*, 1928, Paris, p. 5 ss. che nel corso delle sue lezioni tenute all'Accademia dell'Aja nel 1927 aventi ad oggetto proprio l'autonomia della volontà, sosteneva che tale teoria fosse senza futuro. In realtà già a partire dagli anni '70 le posizioni all'interno dell'Accademia stessa apparivano marcatamente orientate in senso diverso. Nel 1972, infatti, Curti Gialdino constatava l'esistenza di una forte tendenza verso l'accoglimento del principio dell'autonomia e metteva in evidenza come tale principio non potesse considerarsi una mera proiezione, sul piano del diritto internazionale privato, della libertà negoziale riconosciuta nel diritto interno, CURTI GIALDINO, *La volontà des parties en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 1973, spec. pp. 753-754.

<sup>164</sup> BALLARINO, Il nuovo regolamento europeo sulle successioni, in *Riv. dir. int.*, 2013, p. 1117 ss.

<sup>165</sup> La materia delle successioni ha sempre offerto ampie occasioni per affrontare alcune delle questioni generali di diritto internazionale privato di maggiore rilievo, quali il ricorso al limite dell'ordine pubblico, le questioni preliminari, la qualificazione di istituti ignoti e il problema del rinvio. Molti i contributi in materia nei corsi tenuti nell'arco di quasi un secolo presso l'Accademia di diritto internazionale dell'Aja: LEWALD, *Questions de droit international des successions*, in *Recueil des cours*, vol. 9 (1925), p. 8 ss.; BATIFFOL, *Principes de droit international privé*, *ibidem*, vol. 97 (1959), p. 439 ss.; VON OVERBECK, *Divers aspects de l'unification du droit international privé, spécialement en matière de successions*, *ibidem*, vol. 104 (1961), p. 555 ss.; FERID, *Le rattachement*

L'idea di raggiungere un'intesa su un testo che risultasse omnicomprensivo e si preferì concentrare gli sforzi su aspetti specifici della disciplina, pensando che in questo modo sarebbe stato più agevole raggiungere un punto di incontro<sup>166</sup>. Questo cambio di prospettiva, quanto mai opportuno, permise che venisse adottata, nel 1961, la Convenzione sui conflitti di leggi in materia di forma delle disposizioni testamentarie, che si occupa di regolamentare, sotto il profilo della legge applicabile, la forma delle disposizioni di ultima volontà e dei loro atti di revoca prevedendo, al riguardo, un concorso alternativo di criteri di collegamento volto a preservarne la validità<sup>167</sup>. Sebbene particolarmente settoriale e dunque diretta a disciplinare un unico aspetto peculiare, la Convenzione si pone, nel panorama giuridico della disciplina successoria transnazionale, come un risultato importante essendo in vigore per quarantuno Stati<sup>168</sup>. L'approvazione riservata allo strumento da parte di un numero consistente di Paesi è verosimilmente imputabile al fatto che numerosi Stati già contemplavano, all'interno dei loro ordinamenti, un principio di favore volto a garantire la conservazione dell'atto, salvaguardandone la validità formale anche mediante l'adozione di un concorso di criteri di collegamento. Gli Stati partecipanti ai lavori della Conferenza dunque, avendo dovuto modificare il loro sistema interno in modo decisamente marginale, hanno accettato di buon grado di ratificare lo strumento<sup>169</sup>. Il risultato ottenuto è stato ritenuto fondamentale anche dal legislatore europeo che, nel redigere il testo del Regolamento n. 650/2012, ha fatto in modo di preservare l'effettività della Convenzione, prevedendo all'uopo un sistema di coordinamento tra i due strumenti<sup>170</sup>. In seguito e, precisamente, nel 1973 sono state adottate la Convenzione di

---

*autonome de la transmission successorale en droit international privé, ibidem, vol. 142 (1972), p. 87 ss.; LI, Some Recent Developments in the Conflict of Laws of Succession, ibidem, vol. 224 (1990), p. 20 ss.; DROZ, Regards sur le droit international privé comparé. Cours général de droit international privé, ibidem, vol. 229 (1991), p. 223 ss.; BONOMI, Successions internationales: conflits de lois et de juridictions, ibidem, vol. 350 (2010), p. 92 ss.*

<sup>166</sup> Posizione peraltro fortemente caldeggiata anche dal governo inglese nel periodo di elaborazione del Regolamento UE 650/2012.

<sup>167</sup> Il noto principio del *favor validitatis* ripreso e utilizzato anche dal legislatore europeo nel testo regolamentare.

<sup>168</sup> Convenzione sui conflitti di leggi concernenti la forma delle disposizioni testamentarie, L'Aja, 5 ottobre 1961 (testo sul sito della Conferenza all'indirizzo: [http://www.hcch.net/index\\_fr.php?act=conventions.text&cid=40](http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=40)). La convenzione istituisce un concorso alternativo di criteri di collegamento molto generoso avendo essa l'obiettivo di favorire per quanto possibile il rispetto della volontà del testatore nelle situazioni internazionali, si veda in proposito il «Rapport explicatif» di BATIFFOL, in CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes et documents de la Neuvième session* (1960), vol. III, *Forme des testaments*, La Haye, 1961, p. 165. Comunque tra i quarantuno Stati partecipanti non figura l'Italia e, attualmente, sono quattordici i Paesi vincolati sia dalla Convenzione che dal Regolamento europeo: Austria, Belgio, Croazia, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Polonia, Slovenia, Spagna e Svezia. Si veda altresì VON OVERBECK, *L'unification des règles de conflits de lois en matière de forme de testaments*, Fribourg, 1961, p. 95 ss.

<sup>169</sup> Un quadro d'insieme dei precedenti tentativi di regolamentare la materia in: DAVI, ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione europea*, cit., p. 7 e ss.

<sup>170</sup> Si fa riferimento al considerando n. (73) laddove, nella versione italiana del testo del regolamento, si legge: «Il rispetto degli impegni internazionali sottoscritti dagli Stati membri comporta che il presente regolamento lasci impregiudicata l'applicazione delle convenzioni internazionali di cui uno o più Stati membri sono parti al momento dell'adozione del presente regolamento. In particolare, gli Stati membri che sono parti contraenti della Convenzione dell'Aia, del 5 ottobre 1961, dovrebbero poter continuare ad applicare le disposizioni di tale convenzione anziché quelle del presente regolamento per quanto riguarda la validità formale dei testamenti e dei testamenti congiuntivi. La coerenza con gli obiettivi generali del presente regolamento esige tuttavia che, tra gli Stati membri, esso prevalga sulle convenzioni concluse esclusivamente tra due o più di essi nella misura in cui esse riguardano materie disciplinate dal presente regolamento».

Washington concernente la legge uniforme sulla forma di un testamento internazionale<sup>171</sup>, il cui testo era stato elaborato in seno all'UNIDROIT, e la Convenzione sull'amministrazione internazionale delle successioni ad opera, ancora una volta, della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato.

La Convenzione di Washington prevede a carico degli Stati contraenti l'obbligo di introdurre nelle proprie legislazioni un modello di «testamento internazionale», che si affianca alle forme di testamento già previste, senza, ovviamente, sostituirle. L'utilizzo di questo strumento consente che, all'interno dei territori degli Stati contraenti, le disposizioni di ultima volontà, contenute in un atto che presenti i requisiti prescritti dalla convenzione, vengano riconosciute direttamente come valide. Diversamente, negli altri Paesi, il testamento, redatto secondo le forme previste dalla convenzione, avrà un valore pari a quello di qualsiasi altro testamento e potrà essere considerato valido o meno richiamando allo scopo le norme di conflitto vigenti all'interno dello Stato in questione. Lo strumento ha ottenuto solo dodici ratifiche, ma il suo successo appare ancora più esiguo laddove si consideri che la sua applicazione pratica, ad oggi, è stata decisamente sporadica, verosimilmente, come osservato in dottrina<sup>172</sup>, a causa della necessità che il testamento sia accompagnato dalla firma del testatore apposta o confermata alla presenza di due testimoni, procedura di spiccata derivazione statunitense che, tuttavia, risulta estranea alla tradizione giuridica di molti degli ordinamenti europei.

Lo stesso modesto successo ha ottenuto la Convenzione dell'Aja sull'amministrazione internazionale delle successioni<sup>173</sup>, con la quale sono stati introdotti alcuni meccanismi volti a semplificare l'insieme delle attività che intercorrono tra l'identificazione degli eredi e la concreta trasmissione dei beni ai medesimi, prevedendo, all'uopo, l'istituzione di un «certificato internazionale» contenente la designazione dei soggetti abilitati ad amministrare la successione mobiliare specificando i poteri loro conferiti. Nella specie, lo scopo della Convenzione è quello di facilitare l'amministrazione internazionale delle successioni sottoponendola ad un'unica legge regolatrice ed istituendo un certificato internazionale, da redigere secondo il modello allegato alla Convenzione stessa, indicante la persona o le

---

<sup>171</sup> Convenzione che istituisce una legge uniforme sulla forma di un testamento internazionale, aperta alla firma a Washington il 26 ottobre 1973. Tale Convenzione, secondo quanto indicato nel «*Rapport explicatif*» redatto da PLANTARD (pubblicato sul sito dell'UNIDROIT: [http://www.unidroit.org/english/conventions\\_text&cid=83](http://www.unidroit.org/english/conventions_text&cid=83)). Gli Stati contraenti sono: Belgio, Bosnia-Erzegovina, Canada (limitatamente alle province di Manitoba, Terranova, Ontario, Alberta, Saskatchewan, Isola del Principe Edoardo, Nuovo Brunswick, Nuova Scozia), Croazia, Cipro, Ecuador, Francia, Italia, Libia, Niger, Portogallo, Slovenia.

<sup>172</sup> DAVÌ, ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione europea*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2, 2013, p. 7 ss.

<sup>173</sup> La Convenzione è in vigore sul piano internazionale dal 1° luglio 1993 ed è in vigore attualmente per Repubblica Ceca, Repubblica Slovacca e Portogallo. L'Italia, pur avendo emanato la legge di esecuzione, non ha depositato la ratifica. Il testo è pubblicato in POCAR, TREVES, CLERICI, DE CESARI, TROMBETTA-PANIGADI, *Codice delle convenzioni di diritto internazionale privato processuale*, 3ª ed., Milano, 1999, p. 408 ss. La convenzione è improntata, per seguire l'espressione di FRAGISTAS, *La Convention de La Haye sur l'administration internationale des successions*, in *Annuario de derecho int.*, 1974, p. 3, ad un «*monisme juridictionnel*» cui si è ispirato anche il legislatore europeo così come si avrà modo di evidenziare nel corso del capitolo dedicato alla legge applicabile. Per l'esame dei tratti salienti della convenzione si veda il «*Rapport explicatif*» di LALIVE, in *Conférence de La Haye de droit international privé, Actes et documents de la Douzième session* (1972), Vol. II, *Matières diverses – Administration des successions*, La Haye, 1974, p. 285; BATIFFOL, *La douzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé*, in *Rev. critique*, 1973, 243, 245; GOLDMAN, *Le projet de Convention de la Haye sur l'administration des successions*, in *Clunet*, 1974, 256, n°4; GORÉ, *L'administration des successions en droit international privé français*, Paris, 1994, p. 106 ss.

persone abilitate ad amministrare la successione, nonché i loro poteri. Il certificato internazionale è riconosciuto dalle parti contraenti. Per il suo rilascio ogni Stato è tenuto ad indicare l'autorità competente che sarà, in via esclusiva, quella dello Stato della residenza abituale del *de cuius* e potrà avere natura giudiziaria o amministrativa, nonché appartenere ad una categoria professionale come quella dei notai nei Paesi di *civil law* o quella dei *solicitors* nei Paesi di *common law*. Con riferimento alla formazione del certificato stesso, la Convenzione prevede che la legge applicabile sia quella dello stato di residenza. L'autorità designata come competente dunque applicherà la propria legge interna indipendentemente da quella che sia la legge applicabile alla successione che verrà in gioco al momento della devoluzione. Sono comunque previste delle eccezioni in favore della legge nazionale<sup>174</sup>. Per ciò che attiene specificamente all'oggetto della nostra indagine, ovvero l'ammissione di una qualche forma di *professio iuris*, è da rilevare che la Convenzione ha adottato una forma di *optio legis* quale mezzo per risolvere il conflitto tra il principio della nazionalità e quello del domicilio. Si prevede, infatti, all'art. 4, che ogni Stato contraente possa dichiarare che, nel designare i soggetti titolari del certificato e nell'indicare i loro poteri, applicherà la propria legge o quella dello Stato di cui il *de cuius* era cittadino, secondo la scelta effettuata da costui<sup>175</sup>. In questo modo, posto che tutti gli Stati contraenti devono riconoscere in capo al soggetto designato il potere di disporre dell'asse ereditario nei limiti dei poteri conferitigli, si è cercato di evitare il conflitto tra amministrazioni concorrenti di una stessa successione. Per completezza appare altresì opportuno evidenziare che la convenzione provvede ad identificare non solo l'autorità competente ad emettere il certificato ma, anche, la legge in base alla quale lo stesso deve essere redatto<sup>176</sup>. Nonostante la disciplina particolarmente dettagliata e puntuale, anche questo strumento, come già evidenziato, ha ricevuto un numero assai scarso di ratifiche<sup>177</sup>.

3. (segue) *La scelta di legge nella convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 relativa alla legge applicabile al trust ed al suo riconoscimento*

Strettamente connesso con la materia successoria è l'istituto del *trust*, ovvero quel rapporto giuridico nato in Inghilterra già nel Medioevo e quindi diffusosi in tutto il mondo anglosassone e nei sistemi di *common law* con il quale si consente ad un soggetto, detto *settlor*, di affidare uno o più beni ad un soggetto fiduciario, detto *trustee*, affinché li gestisca per un determinato scopo ovvero in favore di uno o più beneficiari<sup>178</sup>. Con tutta evidenza l'istituto, per i caratteri e le finalità che presenta, si presta ad essere utilizzato dal *de cuius* per regolare la propria successione sia a titolo particolare che universale. La normativa internazionalprivatistica di riferimento in materia è quella dettata dalla Convenzione

---

<sup>174</sup> DE CESARI, *L'autonomia della volontà*, cit., p. 87 ss.

<sup>175</sup> DE CESARI, *loc. ult. cit.*

<sup>176</sup> La convenzione prevede, all'art. 3, che l'autorità competente ad emettere il certificato applichi generalmente la propria legge interna, eccetto rari casi in cui dovrà invece applicare la legge del paese di cui il defunto aveva la cittadinanza.

<sup>177</sup> Il numero necessario di ratifiche per l'entrata in vigore dello strumento sul piano internazionale era fissato in tre; la Convenzione, dunque, inizialmente ratificata soltanto da Portogallo e Cecoslovacchia, è potuta entrare in vigore, solo a seguito dello smembramento della Cecoslovacchia in Slovacchia e Repubblica Ceca che hanno entrambe dichiarato di volervi succedere.

<sup>178</sup> Si veda per un'analisi approfondita dell'istituto del *trust* nel diritto internazionale privato e dei relativi risvolti problematici CONTALDI, *Il trust nel diritto internazionale privato*, Milano, 2001, p. 5 ss.

dell'Aja del 1985<sup>179</sup> relativa alla legge applicabile al *trust* ed al suo riconoscimento. In linea generale, la Convenzione pone norme uniformi che consentono di individuare la legge regolatrice dei *trusts*, anche di quelli testamentari, e ne disciplina gli effetti negli stati contraenti. Uno dei problemi di sicuro rilievo, e a motivo di ciò si ritiene opportuno un esame della Convenzione nell'ambito della presente ricerca, della Convenzione è dato dal ruolo che la stessa riserva all'autonomia privata<sup>180</sup>. Nell'art. 6 par. 1 si legge: «(l)e trust est régi par la loi choisie par le constituant». Ne consegue che il primo e principale criterio di conflitto previsto dal testo convenzionale è quello della scelta del diritto applicabile da parte del disponente. In mancanza di scelta, è previsto, ma tale applicazione ha una portata meramente residuale, quale criterio sostitutivo, il ricorso alla legge dell'ordinamento con il quale il *trust* presenta il collegamento più stretto (art. 7). In base alla disciplina dettata dalla Convenzione, la scelta di legge può essere operata liberamente, a prescindere da qualsiasi elemento di internazionalità del rapporto o di un necessario collegamento con essa. Il tema fu oggetto di un lungo dibattito in seno alla Conferenza durante i lavori preparatori e, alla fine, non vennero accolte quelle proposte in base alle quali la scelta di legge dovesse essere subordinata all'esistenza di un legame effettivo del *settlor* o del *trust* con la legge regolatrice prescelta e nemmeno venne accolta l'idea di escludere l'operatività della scelta nel caso in cui l'unico elemento di internazionalità del *trust* si risolvesse nella designazione della legge straniera. Durante i lavori preparatori venne inoltre discussa la modalità con cui tale scelta dovesse concretamente essere manifestata e si decise di ammettere non solo la possibilità di una scelta espressa, ma anche di ogni possibile forma di scelta implicita ricavabile dalle disposizioni dell'atto di costituzione. Non venne neanche scartata la possibilità del *dépeçage* volontario della legge regolatrice, in modo da permettere la designazione di leggi differenti per andare a regolamentare diversi aspetti del costituendo *trust*. È previsto altresì dal comma 2° dell'art. 6, nel caso in cui la designazione chiami in causa un ordinamento che non conosce l'istituto del *trust*, o di un particolare tipo di *trust*, che tale scelta rimanga senza effetto e, conseguentemente, che si applichi la legge determinata in base al criterio oggettivo. Ne discende che neppure l'assenza di una disciplina positiva del *trust* impedisce la sua costituzione purché, in ultima analisi, il diritto applicabile designato lo riconosca. Ad ogni buon conto la Convenzione prevede anche una serie di limiti, le c.d. clausole di salvaguardia<sup>181</sup> entro le quali la designazione della legge applicabile può operare. Questi limiti interessano particolarmente la materia successoria. Il costituente, infatti, ha la facoltà di scegliere liberamente la legge da applicare al *trust* ma la designazione effettuata dovrà

---

<sup>179</sup> La Convenzione, entrata in vigore sul piano internazionale il 1° gennaio 1992, ed è attualmente in vigore per i seguenti Stati: Italia, Canada, Australia, Regno Unito, Paesi Bassi, Malta, Cina (territorio di Hong Kong). Il testo della Convenzione è, tra gli altri, riprodotto in POCAR, TREVES, CLERICI, DE CESARI, TROMBETTA-PANIGADI, *Codice delle Convenzioni di diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 487 ss. I lavori preparatori sono pubblicati in *Actes et documents de la Quinzième Session*, t. II, *Trust. Loi applicable et reconnaissance*, La Haye, 1985; la relazione alla Convenzione è di VON OVERBECK, *Rapport explicatif/Explanatory Report*, ivi, p. 370 ss. (riprodotta, nella sola versione inglese, in *International Legal Materials*, 1986, p. 595 ss).

<sup>180</sup> Sul punto si veda CONTALDI, *Il trust nel diritto internazionale privato*, spec. pp. 87-123; anche CARBONE, *Autonomia privata scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella Convenzione dell'Aja del 1985*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1999, p. 780 ss.; POCAR, *La libertà di scelta della legge regolatrice del trust*, in *I trusts in Italia oggi* (a cura di BENEVENTI), Milano, 1996, p. 3 ss.; LUPOI, *Trusts*, Milano, 1997, p. 411 ss.

<sup>181</sup> Si vedano sul punto DELI, *Articolo 15*, in GAMBARO, GIARDINA, PONZANELLI (a cura di), *Convenzione relativa alla legge sui trust e al loro riconoscimento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 1291; LUZZATTO, «Legge applicabile» e «riconoscimento», di trusts secondo la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1999, p. 12 ss.

risultare rispettosa delle norme di applicazione necessaria e dell'ordine pubblico, così come dispone l'art. 16, nonché delle norme imperative contenute nella legge applicabile secondo le norme di conflitto del foro, come prevede l'art. 15 in relazione a specifiche materia in cui appare particolarmente opportuna la salvaguardia di determinati valori. Tra queste materie, il menzionato art. 15 ricomprende esplicitamente anche le successioni, tanto legittime quanto testamentarie, con specifico riferimento alla riserva di legittima. Ancora una volta viene recepita, in un testo convenzionale, la necessità di evitare che un istituto (nel caso di specie quello del *trust*) venga utilizzato con mere finalità elusive e al solo fine di sottrarre i beni al soddisfacimento dei diritti dei legittimari. A tale riguardo, corre l'obbligo di precisare che quantunque il *trust* istituito dovesse concretamente ledere i diritti successori dei soggetti riservatari, questo non implicherebbe la nullità del *trust* nella sua totalità ma solo di quelle disposizioni che si pongono in contrasto con le norme imperative del foro, ben potendo i soggetti che si ritengono lesi dalla disposizione redatta nella forma del *trust* testamentario impugnarla secondo quanto previsto dalla legge regolatrice della successione<sup>182</sup>.

4. (segue) *Il ruolo della volontà del de cuius nella Convenzione dell'Aja del 1989 sulla legge applicabile alle successioni*

Più tardi, e precisamente nel 1989, la Conferenza dell'Aja ha provveduto ad adottare la Convenzione sulla legge applicabile alle successioni<sup>183</sup>, che tuttavia non è ancora in vigore sul piano internazionale in quanto ratificata soltanto dall'Olanda, che peraltro, come già rilevato<sup>184</sup>, ha deciso di applicarla unilateralmente inserendola all'interno del proprio ordinamento<sup>185</sup>. Anche in questo caso, l'insuccesso dello strumento è da attribuirsi all'atteggiamento particolarmente restio degli Stati a vedere compresa in questo ambito, in modo più o meno marcato, la propria autonomia decisionale.

Nonostante lo scarso successo ottenuto, la Convenzione costituisce un importante punto di riferimento in materia<sup>186</sup> tanto che lo stesso legislatore europeo ha in parte

---

<sup>182</sup> Al riguardo vale la pena di citare un caso giurisprudenziale italiano non troppo risalente risolto dal Tribunale di Lucca. La questione riguardava un cittadino italiano, residente negli Stati Uniti, che aveva fatto testamento secondo la legge americana ed aveva istituito un *trust* diseredando di fatto la figlia. Quest'ultima aveva dunque provveduto ad impugnare il testamento per lesione della quota di legittima. Il Tribunale aveva però rigettato la domanda ritenendo che il *trust* dovesse essere regolato dalla legge americana con cui era più strettamente collegato, tenuto conto del luogo di amministrazione designato dal costituente, della situazione dei beni e della sede degli affari del *trustee*. Il Tribunale aveva ritenuto pertanto che ai sensi dell'art. 11 della Convenzione dell'Aja, il *trust* poteva essere riconosciuto come tale nell'ordinamento italiano e, se in contrasto con norme imperative italiane, non determinava nullità della disposizione testamentaria, ma semplicemente non impediva al legittimario leso, di agire in giudizio per la riduzione delle disposizioni testamentarie lesive della quota a lui spettante. La sentenza è consultabile in *Foro it.*, 1998, I p. 2008 ss. e in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1998, pp. 819-826. Nella giurisprudenza francese, sull'azione di riduzione per la reintegra della *riserve* con riferimento ad un *trust* di diritto americano, si veda la sentenza della *Court d'Appel de Paris*, 7 aprile 1999, in *Rev. critique*, 1999, p. 685 ss. In dottrina DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, cit., pp. 90-91.

<sup>183</sup> La Convenzione sulla legge applicabile alle successioni è stata adottata all'Aja al termine della sedicesima sessione, il 20 ottobre 1988, ed è stata aperta alla firma il 1° agosto 1989. Il testo è disponibile sul sito della Conferenza all'indirizzo: [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.text&cid=62](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=62). Oltre che ratificata dall'Olanda, la convenzione è stata firmata da Argentina, Lussemburgo e Svizzera.

<sup>184</sup> V. *infra* p. 1.

<sup>185</sup> Corre l'obbligo di precisare che l'Olanda ha recentemente denunciato la Convenzione, in vista dell'entrata in applicazione del Regolamento n. 650/2012.

<sup>186</sup> Ad avvalorare l'importanza dei risultati raggiunti dal testo della Convenzione basti sottolineare che lo stesso Notariato francese, che aveva già provveduto ad elaborare una proposta che facilitasse il regolamento delle successioni internazionali dando spazio all'accoglimento della *professio iuris* (il testo della risoluzione è

recepito alcune delle disposizioni in essa contenute. Non può d'altronde sottacersi che, per ciò che riguarda specificatamente il problema della scelta del diritto applicabile che connota l'ambito della presente ricerca, la Convenzione ha adottato alcune soluzioni innovative su cui, pertanto, si ritiene fondamentale soffermarsi.

Inizialmente l'idea di utilizzare un criterio di collegamento soggettivo (quale è appunto quello della volontà del testatore) non aveva trovato un consenso unanime, per cui nel progetto iniziale della Convenzione adottato l'8 ottobre 1987, era stata prevista una versione limitata della *professio iuris*, che ammetteva la possibilità per il *de cuius* di sottoporre la propria successione solo alla legge di uno Stato determinato al quale il soggetto risultasse in qualche modo collegato al momento della morte. La scelta, infatti, era prevista unicamente in favore della legge nazionale o della legge del paese di residenza abituale. Nondimeno, nella XVI sessione della Conferenza, nel corso della quale è stato elaborato il testo definitivo della Convenzione, la prospettiva subì un sostanziale mutamento grazie al quale si finì per accogliere una soluzione decisamente più ampia, in base alla quale la scelta della legge applicabile da parte del *de cuius* produce effetti se tale legge corrisponde alla legge dello Stato nazionale o dello Stato della residenza abituale al momento della scelta o al momento della morte. A tale riguardo bisogna tenere presente che anche la disposizione sulla *professio iuris* riflette lo spirito della Convenzione, che è sempre finalizzato alla ricerca di un collegamento concreto per ogni fattispecie, ed ispirato, in particolare, al criterio del collegamento più stretto. Nell'ambito della Convenzione, infatti, l'individuazione del criterio oggettivo è basata su un meccanismo di funzionamento non rigido ma flessibile. L'art. 3 della Convenzione prevede una scala di criteri sussidiari<sup>187</sup>, a cascata, ispirati al principio di prossimità che rappresentano un necessario compromesso tra i criteri della cittadinanza e della residenza abituale del defunto<sup>188</sup>.

Nei confini tracciati, in generale, dalla Convenzione si inserisce la possibilità di effettuare una *professio iuris* per il *de cuius* prevista dall'art. 5, par. 1. Tale norma espressamente stabilisce che la scelta debba essere effettuata per la totalità della successione in ossequio a quello che è lo scopo generale della Convenzione, vale a dire la realizzazione

---

stato pubblicato in *Rev. critique*, 2000, p. 57), nel corso del novantaseiesimo congresso svoltosi a Lille il 28-31 marzo 2000, ha caldeggiato la ratifica da parte della Francia, sebbene sottoponendo l'adesione alla manifestazione da parte del governo francese manifestasse la riserva prevista all'art. 24, par. 1, 1° comma.

<sup>187</sup> In base a quanto stabilisce la Convenzione, la prima legge individuata come applicabile in base all'art. 3 è quella della residenza abituale del *de cuius* purché coincida con la sua legge nazionale. Laddove tale coincidenza non dovesse verificarsi troverà applicazione la legge della residenza abituale del *de cuius* quando permanga da almeno cinque anni anteriormente al momento del decesso. Nondimeno la legge così individuata non viene comunque applicata nel caso in cui il *de cuius* avesse legami più stretti con lo Stato della cittadinanza o della residenza, poiché in tal caso è la legge di quest'ultimo Paese che dovrà essere applicata. A ciò si aggiunga che la legge dello Stato della cittadinanza al momento della morte è, tuttavia, derogabile in favore di quella di un altro Stato con il quale il defunto presentasse legami più stretti. La Convenzione da avvio alla generale tendenza che da tempo ormai caratterizza tanto gli atti di natura convenzionale quanto i regolamenti adottati dalle Istituzioni europee in materia contrattuale e non contrattuale che dettano criteri di collegamento oggettivi ispirati ad un principio di effettività e che siano funzionalmente orientati a ricercare la legge dello Stato che corrisponda al reale centro della vita del soggetto e che sia inerente alla sua persona.

<sup>188</sup> DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, cit., p. 92. Si veda altresì LAGARDE, *La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions*, in *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1989, p. 253 ss. e WATERS, *Rapport explicatif, Conférence de La Haye de droit international privé, Actes et documents de la seizième session II Successions – Loi applicable*, La Haye, 1991, p. 546 ss.

dell'unità della disciplina internazionalprivatistica delle successioni<sup>189</sup>. Nell'antica disputa vertente tra la scelta del sistema monista o dualista<sup>190</sup> nel caso della Convenzione, senza peraltro che la questione fosse oggetto di particolare dibattito, si è scelto di accogliere il sistema monista nonostante la partecipazione alla conferenza di alcuni Stati di *common law* e di alcuni Paesi come la Francia, il Belgio e il Lussemburgo che invece adottano il sistema scissionista. Per ciò che attiene ai limiti all'interno dei quali si estende la possibilità di effettuare una *professio iuris*, l'impostazione si è modificata rispetto a quella che era la proposta avanzata in sede di Conferenza. Inizialmente, infatti, era stata data particolare enfasi all'esigenza di legare in modo rigido l'*optio legis* ad una legge corrispondente al reale ed effettivo centro della vita del *de cuius* al tempo della morte. Al momento dell'elaborazione del testo finale, al contrario, è stata data prevalenza alla necessità di garantire al soggetto di conoscere anticipatamente e con certezza la legge chiamata in futuro a regolamentare la propria successione e ciò anche al fine di facilitare l'individuazione della legge applicabile finanche nel caso di successioni particolarmente complesse che presentino contatti con Paesi diversi<sup>191</sup>.

In definitiva, la disciplina dettata dalla Convenzione, all'art. 5 par. 1<sup>192</sup>, attribuisce al *de cuius* la facoltà di dichiarare applicabile uno dei criteri ammessi e, nella specie, la sua legge nazionale al momento della disposizione o del decesso, oppure la legge della sua residenza abituale al momento della disposizione o del decesso<sup>193</sup>. Nondimeno è previsto che la designazione sia valida solo se la legge da applicare corrisponda a quella dello stato della nazionalità o della residenza effettivamente posseduta dal *de cuius* al momento della scelta o della morte. Vale la pena di evidenziare che l'approccio adottato dalla Convenzione risulta decisamente liberale poiché, tranne alcune condizioni di forma, la scelta di legge non è soggetta a particolari restrizioni nell'ambito della Convenzione. Occorre altresì sottolineare che, al fine di evitare un utilizzo abusivo della *professio iuris*, l'art. 24, par. 1, lett. d, della Convenzione, consente allo Stato di formulare una riserva in base alla quale la scelta effettuata non sarà riconosciuta qualora il risultato sia quello di privare totalmente o di una porzione sostanziale il coniuge o i figli delle attribuzioni successorie che gli spetterebbero in virtù delle norme imperative vigenti nello Stato che ha effettuato la riserva. Questa riserva è

---

<sup>189</sup> Al riguardo è stato sottolineato in dottrina che il principio dell'unità della successione, seppure condiviso soltanto da alcuni degli Stati partecipanti ai lavori, è stato proposto ed accettato fin dalle prime sessioni della Conferenza e non è stato più oggetto di discussione. Si veda al riguardo WATERS, *Rapport explicatif*, cit., p. 535 e anche LI, *Some Recent Developments*, cit., p. 44 ss.

<sup>190</sup> Si veda al riguardo *infra* par. 6.

<sup>191</sup> Si veda PICONE, *La legge applicabile alle successioni*, in PICONE, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998, p. 63 ss.

<sup>192</sup> Come osserva DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, cit., p. 94, il concetto di residenza abituale preso in considerazione nella Convenzione non è omogeneo e, ai fini della *professio iuris*, appare diverso rispetto allo stesso concetto previsto e contemplato dall'art. 3, par. 2, a proposito del criterio oggettivo. Infatti con riguardo alla *professio iuris* la residenza abituale non è subordinata, come invece accade nel caso dell'art. 3, al vincolo temporale del possesso quinquennale ininterrotto.

<sup>193</sup> L'art. 24 lettera c della Convenzione prevede che: «*tout Etat, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation, ou de l'adhésion, pourra faire la réserve: [...] c) qu'il ne reconnaitra pas une designation faite conformément à l'article 5 par une personne qui, au moment de son décès, ne possédait pas ou ne possédait plus la nationalité de l'Etat dont la loi a été désignée, ou n'y avait pas ou n'y avait plus sa résidence habituelle, mais possédait alors la nationalité de l'Etat qui a fait la réserve et y avait sa résidence habituelle*». Si veda in proposito WATERS, *Rapport explicatif*, p. 610 ss. nonché LI, *Some Recent Developments*, cit., p. 78.

comunque sottoposta alla duplice condizione che il coniuge o i figli pretendenti posseggano la cittadinanza o la residenza abituale del *de cuius*.

Da ultimo appare opportuno evidenziare quanto segue. Come chiarito, la Convenzione ha adottato un approccio monista. Cionondimeno, nella volontà di venire incontro alle esigenze degli Stati che utilizzano un sistema di tipo scissionista, è stata adottata una soluzione che di fatto ammette in forma limitata la *lex rei sitae* in relazione a complessi di beni<sup>194</sup>. L'art. 6 della Convenzione, infatti, consente al *de cuius* di scegliere di assoggettare la disciplina di certi beni ad una o più leggi<sup>195</sup>. In tal caso, è tuttavia previsto che tale designazione incontri il limite delle norme imperative della legge applicabile ai sensi dell'art. 3 o ai sensi dell'art. 5, par. 1. Un'ultima osservazione, proprio per la posizione particolare che occupa la materia successoria all'interno della quale vanno necessariamente a confluire anche aspetti di diritto familiare nonché questioni connesse ai rapporti patrimoniali tra coniugi e alla filiazione, riguarda la problematica che è stata discussa in sede di lavori preparatori della Conferenza con riferimento alla possibilità di includere, tra le possibili leggi oggetto di scelta anche quella applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi<sup>196</sup>. Alla fine tale ipotesi venne accantonata in considerazione delle difficoltà aggiuntive connesse all'individuazione della legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi<sup>197</sup>, non sempre agevole<sup>198</sup>.

Per completezza di indagine un cenno meritano, prima di iniziare ad esaminare la cornice in cui è andata ad inserirsi la nuova normativa europea, anche i tentativi di regolamentare la materia compiuti in via convenzionale a livello regionale, sebbene anche in questo caso i risultati ottenuti siano stati piuttosto insoddisfacenti. A parte i due strumenti adottati in America latina, il trattato di Montevideo del 1889, oggetto di revisione nel 1940, e il codice Bustamante del 1928 che, pur non essendo specificamente dedicati alla materia successoria, ne trattano disciplinando l'intera materia del diritto internazionale privato, meritano un cenno la Convenzione di Basilea del 16 maggio 1972<sup>199</sup>, adottata sotto gli

---

<sup>194</sup> Rispettivamente viene usata l'espressione «*certaines de ses biens*» nel testo francese della Convenzione e «*particular assets in his estate*» in quello inglese.

<sup>195</sup> Cfr. WATERS, *Rapport explicatif*, cit., p. 556.

<sup>196</sup> Cfr. WATERS, *loc. ult. cit.*

<sup>197</sup> Al riguardo alcuni esperti avevano altresì posto in luce che la Convenzione dell'Aja del 1978 sulla legge applicabile ai regimi matrimoniali permetteva una scelta di legge troppo ampia non adattabile alla materia successoria, adottando quale criterio di collegamento principale e primario proprio l'autonomia della volontà da parte dei coniugi che poteva rivolgersi indifferentemente alla legge della nazionalità, in quella della residenza abituale posseduta al momento della designazione ovvero quella della prima residenza abituale stabilita da uno degli sposi dopo il matrimonio. Per tutti questi motivi la sedicesima sessione della Conferenza dell'Aja non indicò la legge applicabile ai regimi matrimoniali come legge designabile per le successioni.

<sup>198</sup> DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, cit., p. 98. Vale la pena di osservare, sebbene con l'adozione del Regolamento europeo 650/2012 la questione dal punto di vista successorio nell'ambito degli Stati membri può dirsi ormai superata, che l'individuazione della legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi potrebbe trovare un definitivo quando se giungerà a compimento l'iter legislativo iniziato con la proposta COM (2011) 126 def. relativa alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi.

<sup>199</sup> Il testo è rinvenibile all'indirizzo <http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/077.htm>. La Convenzione ha ottenuto dodici ratifiche, di cui dieci di paesi membri dell'Unione europea (Belgio, Cipro, Estonia, Francia, Italia, Lituania, Lussemburgo, Portogallo, Paesi Bassi, Spagna) ed altre due da parte di Turchia ed Ucraina. Essa stabilisce che ogni paese contraente debba istituire un sistema nazionale di registrazione dei testamenti alla morte dei loro autori. Dato il suo contenuto, essa non interferisce con il regolamento sulle successioni e continuerà ad applicarsi parallelamente al medesimo.

auspici del Consiglio d'Europa, sull'elaborazione di un sistema di iscrizione dei testamenti e, soprattutto, la Convenzione comprendente disposizioni di diritto internazionale privato in materia di successioni, testamenti e amministrazione di eredità adottata dagli Stati nordici nel 1934. La convenzione è in vigore tra Islanda, Danimarca, Finlandia, Norvegia e Svezia ed è stata oggetto di revisione nel 2012 proprio in seguito all'entrata in vigore del regolamento europeo n. 650/2012, che ha comunque previsto all'interno delle norme di raccordo tra i due strumenti<sup>200</sup>.

5. *Analisi del contesto normativo in cui si inserisce la disciplina europea. Opportunità di un'indagine comparatistica diretta ad individuare gli elementi di diritto materiale rilevanti ai fini dello studio dei profili internazionalprivatistici pertinenti*

L'adozione di uno strumento europeo in materia di successioni era già prevista tra le priorità del Piano di azione di Vienna del 1998<sup>201</sup>, pertanto ancor prima che il Trattato di Amsterdam entrasse in vigore e fornisse la base giuridica per l'adozione di atti normativi da parte delle istituzioni europee in questo settore<sup>202</sup>. L'iter procedurale che ha dato alla luce l'atto normativo è iniziato nel 2009<sup>203</sup>. Tre anni dopo la proposta della Commissione, il Parlamento europeo e il Consiglio, mediante procedura legislativa ordinaria, hanno adottato, il 4 luglio 2012, il testo definitivo del Regolamento relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni, all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia successoria e alla creazione di un certificato successorio europeo<sup>204</sup>. Il Regolamento, adottato sulla base dell'art. 81, par. 2, lett. c TFUE (disposizione che attribuisce alle istituzioni europee il potere di adottare atti che comportino l'armonizzazione delle norme di conflitto), sul piano temporale è entrato in vigore il 16 agosto del 2012 ed è divenuto applicabile nello spazio europeo per le successioni che presentano elementi di estraneità e che si sono aperte all'interno di uno

---

<sup>200</sup> Si veda *infra* p. 7.

<sup>201</sup> Piano d'azione del Consiglio e della Commissione sul modo migliore per attuare le disposizioni del Trattato di Amsterdam, concernenti uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia – Testo adottato dal Consiglio Giustizia e Affari interni del 3 dicembre 1998, in *GUUE* C19 del 23 gennaio 1999, p.1.

<sup>202</sup> Per una riflessione circa la storia dei tentativi di armonizzazione in quest'area: TERNER, *Perspectives of a European Law of Succession*, in *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 14 (2007), p. 147 e ss.

<sup>203</sup> Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, del 14 ottobre 2009, COM(2009), 154 def. In dottrina sono diversi i contributi che hanno analizzato lo stato dell'arte prima dell'adozione del Regolamento: DAVÌ, *Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni*, in *Riv. dir. int.*, 2005, p. 310 ss. e BONOMI, *Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 875 ss. e KINDLER, *La legge regolatrice delle successioni nella proposta di regolamento dell'Unione europea: qualche riflessione in tema di carattere universale, rinvio e professio iuris*, in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 422 ss. Inoltre si veda altresì: MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, *Comments on the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession*, in *RabelZ*, 74 (2010) pag. 523 e ss.

<sup>204</sup> Per un esame completo del nuovo testo regolamentare si veda: DAVÌ, ZANOBBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione europea*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2, 2013, p. 5 ss.; nonché sempre di DAVÌ, ZANOBBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Torino, 2015. Per un commento articolo per articolo del Regolamento BONOMI, WAUTELET, *Le droit européen des successions - Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruxelles, 2014. Si vedano altresì: BONOMI, *Il regolamento europeo sulle successioni*, cit., p. 293 ss.; BALLARINO, *Il nuovo regolamento europeo sulle successioni*, cit., p. 1116 ss.; FRANZINA, LEANDRO (a cura di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Milano, 2013 e DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte*, Milano, 2013.

Stato membro<sup>205</sup> a partire dal 17 agosto 2015. Il testo definitivo, giunto all'approvazione, ha avuto un *iter* piuttosto travagliato. Durante la fase di adozione del testo, infatti, sono state apportate diverse rilevanti modifiche alla proposta formulata dalla Commissione; fra queste, meritano di essere sottolineate: una benché limitata ammissione del rinvio, che figurava anche nelle raccomandazioni del Parlamento europeo; l'introduzione del *forum necessitatis*; l'inserimento nel testo del preambolo di due "considerando" contenenti precisazioni relative al significato da conferire alla nozione di residenza abituale; la previsione di una clausola di eccezione per la determinazione della legge applicabile; il riconoscimento della possibilità di una *professio juris* esplicita ed implicita e l'inclusione di norme dedicate alla forma delle disposizioni a causa di morte. Molti dei suggerimenti recepiti nella versione definitiva del testo sono arrivati, oltre che ovviamente dal Consiglio e dal Parlamento europeo, anche dai parlamenti nazionali, il cui ruolo nel corso dell'elaborazione del Regolamento è stato particolarmente significativo. L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e dei relativi protocolli sul ruolo dei parlamenti nazionali e sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità ha consolidato il ruolo del potere legislativo statale nell'espressione della volontà nazionale nelle decisioni in ambito europeo consentendo ai parlamenti nazionali di prendere parte al c.d. "European decision-making process". I parlamenti nazionali, infatti, si sono visti attribuire il potere di partecipare in maniera più diretta alla procedura legislativa europea<sup>206</sup>. Proprio grazie a questa possibilità, ventitré Stati membri hanno formulato pareri sulla proposta di regolamento in

---

<sup>205</sup> Ove per Stato membro, nel contesto del regolamento, si intende unicamente riferirsi agli Stati partecipanti all'adozione del regolamento stesso, con l'esclusione dunque di Danimarca, Regno Unito e Irlanda si veda *infra* cap. III.

<sup>206</sup> Il Trattato di Lisbona rafforza sensibilmente il ruolo dei Parlamenti nazionali, le cui prerogative sono disciplinate essenzialmente nell'art. 12 TUE e nei due Protocolli - allegati al Trattato - sul ruolo dei Parlamenti nazionali e sui principi di sussidiarietà e proporzionalità. In particolare, con Lisbona è stato introdotto nel Trattato sull'Unione europea, nel titolo II "Disposizioni relative ai principi democratici", un nuovo articolo 8C che illustra il ruolo dei Parlamenti nazionali nel contesto europeo. La norma prevede che i Parlamenti nazionali contribuiscano attivamente al buon funzionamento dell'Unione: venendo informati dalle istituzioni dell'Unione e ricevendo i progetti di atti legislativi europei; vigilando sul rispetto del principio di sussidiarietà; partecipando, nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ai meccanismi di valutazione ai fini dell'attuazione delle politiche dell'Unione in tale settore ed essendo associati al controllo politico di *Eurojust* e alla valutazione delle attività di *Eurojust*; partecipando alle procedure di revisione dei trattati; venendo informati delle domande di adesione all'Unione; partecipando alla [cooperazione interparlamentare](#) tra Parlamenti nazionali e con il Parlamento europeo. Si rimanda in dottrina per alcuni approfondimenti sul punto, tra i numerosi contributi esistenti, a: A. J. CYGAN, *The role of National Parliaments in the EU's New Constitutional Order*, in Tridimas T., Nebbia P. (eds.), *European Union Law for the Twenty-First Century. Rethinking the New Legal Order*, Oxford, 2004, I, p. 153 e ss.; F. SALMONI, *Il ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione europea*, in *Foro italiano*, 2005, pp. 16-19; S. SICARDI, *Il problematico rapporto tra (vecchia e nuova) Unione Europea e parlamenti nazionali: integrazione o contrapposizione?*, in *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali: atti del XX Convegno annuale*, Catania, 14-15 ottobre 2005, Associazione italiana dei costituzionalisti, Padova, 2007, pp. 27-101, ed. *ivi*, la bibliografia richiamata alle note nn. 2, 3, 4, 5 e 15; I. COOPER, *The Watchdogs of Subsidiarity: National Parliaments and the Logic of Arguing in the EU*, in *Journal of Common Market Studies (JCMS)*, 2006, 44 (2), pp. 281-304, il quale significativamente definisce i Parlamenti nazionali come «*watchdog*», ossia «cani da guardia», del principio di sussidiarietà; P. KIIVER, *The Treaty of Lisbon, the National Parliaments and the principle of subsidiarity*, in *Maastricht Journal European Comparative Law (MJECL)*, 2008, n. 1, p. 77 e ss.; U. VILLANI, *Principi democratici e ruolo dei parlamenti nazionali nel trattato di Lisbona*, in Zanghi C., Panella L. (a cura di), *Il trattato di Lisbona tra conferme e novità*, Messina 26-27 giugno 2009, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 213-232; ID., *L'impatto del Trattato di Lisbona sul ruolo dei Parlamenti nazionali*, in Decaro C. e Lupo N. (a cura di), *Il "dialogo" tra Parlamenti: obiettivi e risultati*, cit., pp. 407-413; P. M. KACZYNSKI, *Paper tigers or sleeping beauties? National Parliaments in the post-Lisbon European Political System*, in *CEPS Special Report*, 2011, n. 2, pp. 1-15.

materia successoria che, in dieci casi, hanno ricevuto, attraverso gli strumenti offerti dal c.d. «dialogo politico informale», una comunicazione di risposta da parte della Commissione<sup>207</sup>. Fra le ragioni di perplessità manifestate si devono segnalare in primo luogo la preoccupazione che la nozione di residenza abituale, utilizzata nella proposta (scelta poi confermata anche nel testo definitivo) come criterio principale sia per la determinazione della competenza giurisdizionale che per l'individuazione della legge applicabile, risultasse eccessivamente vaga ed indeterminata e non idonea a garantire una sufficiente prevedibilità dei risultati ed, in secondo luogo, il timore che il ricorso da parte del testatore alla *professio juris* potesse essere utilizzato per eludere le norme relative alla quota di riserva dei legittimari.

D'altronde, la scelta del legislatore europeo di intervenire per regolamentare la materia successoria in ambito transfrontaliero non è riconducibile a considerazioni di ordine meramente giuridico ma anche, o forse preliminarmente, ad una valutazione della cospicua rilevanza pratica ed economica che nell'ambito europeo riveste la materia, tanto sul piano delle relazioni tra gli Stati membri quanto su quello dell'azione dell'Unione diretta ad eliminare gli ostacoli che si frappongono ad un ordinato ed agevole svolgimento dei rapporti transfrontalieri tra cittadini europei. Questo aspetto appare prioritario non solo ove si consideri il fenomeno successorio quale strumento di circolazione della ricchezza (la Commissione europea, anche sulla base dei dati diramati a seguito dello studio effettuato dal *Deutsches Notarinstitut*<sup>208</sup>, ha constatato che ogni anno si aprono circa 450.000 successioni internazionali con un volume economico complessivo di 120 miliardi di euro), ma anche ove si consideri che la questione dell'incidenza pratica della materia ha avuto un peso specifico fondamentale per spingere la maggior parte degli Stati membri a supportare l'azione della Commissione europea<sup>209</sup>. Invero poche aree del diritto privato presentano, all'interno dei diversi sistemi, un'eterogeneità di regole così accentuata come accade in quella successoria<sup>210</sup>. Tali divergenze sono il risultato, eminentemente, delle differenti scelte politiche poste in essere da ciascun ordinamento, a mezzo delle quali viene definito il ruolo che le regole successorie sono chiamate ad assolvere nell'avvicinarsi dei diversi periodi socio economici. A tale riguardo è possibile evidenziare, sul piano storico e in termini socio culturali, una considerevole variazione per quanto concerne le concrete modalità in cui si articola il procedimento di devoluzione di una successione ereditaria, segnatamente con

---

<sup>207</sup> Questi documenti sono pubblicati sul sito che il Parlamento europeo dedica ai parlamenti nazionali all'indirizzo [www.ipex.eu](http://www.ipex.eu) (doc. SEC/2009/0411 FIN). V. DAVÌ, ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, cit., pp. 19-21.

<sup>208</sup> DEUTSCHES NOTARINSTITUT, *Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union européenne*, cit., p. 47 e ss.

<sup>209</sup> Per precisione di indagine è necessario sottolineare che vi sono stati alcuni Paesi che, al contrario, hanno ritenuto il mero calcolo matematico dell'incidenza del fenomeno sulla realtà dell'Unione, un elemento non sufficiente a giustificare, in un'ottica di sussidiarietà, un'azione sovranazionale tanto estesa ed invasiva. Ciò *a fortiori* laddove si consideri che, la nuova disciplina non è stata *ab origine*, sebbene con dei correttivi in fase di definizione del testo, finalizzata ad uniformare unicamente le regole di conflitto previste dagli Stati membri, ma ad incidere profondamente anche sulla disciplina sostanziale di diritto successorio contemplata dai singoli ordinamenti interni. Questa è stata una delle valutazioni che in ultima analisi ha suggerito ad Regno Unito e Irlanda di non avvalersi della possibilità di effettuare l'*opting in* e di vincolarsi dunque alla disciplina dettata dal Regolamento europeo.

<sup>210</sup> ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato* (diretto da) Sacco, Torino, 2002, p. 2 ss.

riguardo: alla tempistica della trasmissione ereditaria (il che si riflette nel rapporto tra liberalità *inter vivos* e successioni *mortis causa*); all'entità della proprietà trasmessa; alle forme di proprietà e ai tipi di beni trasmessi; all'apportionamento tra i figli o altri eredi o aventi causa.

Nondimeno, nonostante le macroscopiche differenze che caratterizzano i diversi sistemi, non può ignorarsi il sostrato comune che unisce, in tutti gli ordinamenti, la disciplina delle successioni ai rapporti personali e patrimoniali che affondano le proprie radici nell'istituzione familiare. Tale considerazione, almeno su un piano strettamente comparatistico, sposta l'attenzione sui due istituti all'interno dei quali la vicenda ereditaria si sviluppa: la proprietà e la famiglia. Intrinsecamente connesse a tali due concetti si trovano le idee di libertà e di solidarietà<sup>211</sup>, la prima vista come naturale proiezione del potere dispositivo, la seconda come principio in cui si risolve la cifra più intima dell'istituto familiare. Accade così che, di volta in volta, la preponderanza dell'uno o dell'altro dà luogo ai diversi modelli successori esistenti; nella specie si porranno agli antipodi, in due sistemi "puri", la piena ed incondizionata libertà testamentaria ovvero la rigida regolamentazione delle modalità con cui è possibile disporre dei propri beni a fini successori. Per questo motivo, l'esigenza di assicurare la continuità delle situazioni giuridiche – quale finalità che presiede alle regole successorie – impone preliminarmente di verificare in quale modo gli ordinamenti giuridici realizzano la trasmissione dei diritti e la soddisfazione dei debiti che facevano capo al *de cuius*<sup>212</sup>. Gli aspetti su cui maggiormente insiste la riflessione dottrinale sono riconducibili a quattro differenti nuclei problematici, che tuttavia conoscono ampi margini di sovrapposizione: la depoliticizzazione del fenomeno successorio, l'affievolirsi della funzione assistenziale/previdenziale dei beni relitti, l'anticipazione della trasmissione intergenerazionale della ricchezza attraverso le liberalità tra vivi, il ricorso a strumenti di delazione alternativi al testamento. In questa nuova logica, le successioni hanno perso il ruolo di dotare patrimonialmente la generazione successiva, compito che ormai ricade integralmente sulla famiglia e che si realizza attraverso liberalità tra vivi oltre che mediante strategie di *estate planning* che prevedono forme di delazione triangolari sostitutive del testamento (*will substitutes*<sup>213</sup>). Ci si riferisce in particolar modo a quegli strumenti negoziali o societari che intermediano la trasmissione dei patrimoni e attraverso cui si dispone della ricchezza mobiliare aggirando la vicenda ereditaria. Si tratta di un fenomeno che, per il rilievo assunto, ha un valore addirittura paradigmatico per la comprensione in senso moderno della trasmissione ereditaria.

---

<sup>211</sup> Il sistema definito come liberal-democratico realizza un equilibrio tra l'affermazione della libertà di testare, quale espressione della più generale libertà del soggetto e il principio di solidarietà che si traduce nell'uguaglianza dei successibili e nella quota di riserva, V. FERRARI, *Successione per testamento e trasformazioni sociali*, Milano, 1972, p. 17 ss.

<sup>212</sup> Per un'indagine in ordine ai presupposti soggettivi della vocazione cfr. LAVILLE, *Dévolution légale. Succession "Ab Intestat"*, in AA.VV., *La dévolution successorale*, 72<sup>e</sup> Congrès des Notaires de France, Deauville, 1975, p. 45 ss. e anche PARKER, *Les successions en droit comparé*, *Faculté Int. pour l'enseignement du droit comparé*, Strasbourg, n. 654, *Session d'été*, Cagliari, 1967 testo ciclostilato, p. 21 ss.

<sup>213</sup> Così li definisce CHAMPENOIS-MARMIER, DE ROTON, FAUCHEAU, *L'héritage. Recherche de sociologie du droit*, Université de Paris 2, 1986, p. 13.

Secondo la dottrina classica<sup>214</sup> gli obiettivi di politica del diritto che si realizzano attraverso la successione ereditaria sono essenzialmente cinque: l'immediatezza della trasmissione del patrimonio del *de cuius*; la certezza nella trasmissione; la garanzia nei criteri di soddisfazione delle pretese debitorie; l'equilibrio nel rapporto tra i poteri di disposizione sull'attivo e l'estensione della responsabilità sul passivo e i costi che implica la scelta della tecnica di trasmissione adottata. Sul piano strutturale, i modelli della delazione possono essere ascritti a due principi ispiratori fondamentali: il primo media il trasferimento della ricchezza con l'intervento dell'organizzazione burocratica pubblica; il secondo guarda alla delazione ereditaria come ad una vicenda eminentemente privata e ricorre all'intervento giudiziale solo in casi patologici. La linea di demarcazione tra i due modelli coincide in linea generale con la prima macrodistinzione che vede contrapposti i sistemi di *common law* a quelli di *civil law*<sup>215</sup>. Nei primi, la trasmissione del patrimonio è indiretta e mediata dall'amministrazione giudiziale della massa ereditaria mentre nella maggior parte dei sistemi continentali l'acquisto dell'eredità è immediato in capo all'erede (così avviene in Germania, Francia, Belgio, Grecia, Svizzera e Olanda, mentre in Spagna e Italia è necessaria un ulteriore atto, ovvero l'accettazione da parte del delato). In una posizione per molti versi intermedia si colloca l'ordinamento austriaco, che prescrive una verifica giudiziale del titolo dell'acquisto. Uno sguardo più ravvicinato consente di prendere atto delle profonde divergenze esistenti. Il sistema francese è l'archetipo degli ordinamenti che realizzano una trasmissione diretta, il che significa che i diritti che facevano capo al *de cuius* si trasmettono all'erede dal momento dell'apertura della successione; così come in quel momento si apprezza la capacità di succedere del chiamato. Si parla al riguardo di delazione del diritto *ipso iure*. Vigè la regola secondo la quale gli eredi legali e testamentari sono investiti della proprietà dei beni dal momento del decesso e per effetto della legge e tale regola può senz'altro considerarsi uno dei pilastri che regge il sistema successorio d'oltralpe. Un altro aspetto che caratterizza il sistema francese è l'idea dell'universalità della successione, in quanto la vicenda successoria tendenzialmente ricomprende l'interezza dei beni facenti capo al *de cuius*. La logica della trasmissione immediata porta a disconoscere all'accettazione un effetto propriamente traslativo della proprietà, mentre ad essa si assegna solo il compito di consolidare gli effetti giuridici già prodotti<sup>216</sup>. Lo strumento attraverso il quale l'ordinamento francese consegue, sul piano pratico, l'obiettivo della trasmissione immediata del patrimonio e l'individuazione dei soggetti legittimati ad amministrare, rappresentare e tutelare i beni ereditari è la *saisine*<sup>217</sup>, istituto che viene condensato nel brocardo *le mort saisit le vif son hoir plus proche*<sup>218</sup>. La *saisine* ereditaria consiste nell'investitura formale dell'universalità dei beni ereditari in ragione del titolo successorio, che consente all'erede o

---

<sup>214</sup> LELEU, *La transmission de la succession en droit comparé*, Antwerpen-Bruxelles, 1996, p. 507 e ss. Per un'analisi delle finalità che si deve proporre la trasmissione ereditaria della ricchezza v. WELLMAN, *Recent Developments in the Struggle for Probate Reform*, in *Mich. Law. Rev.*, 79 (1981), p. 501 ss.

<sup>215</sup> Per un'analisi in chiave di modelli v. LELEU, *La transmission de la succession en droit comparé*, cit., p. 10.

<sup>216</sup> GRIMALDI, *Droit civil – Successions*, 6 éd., Paris, 2001, p. 465 ss. Nella tradizione francese, come d'altronde in quella italiana, la comunione ereditaria ha natura transitoria rispetto all'attribuzione individuale dei diritti e alla divisione si assegna una natura dichiarativa i cui effetti retroagiscono al momento dell'apertura della successione (art. 883, 1° co., *Code civil*); cfr. MARTRY, RAYNAUD, *Droit civil. Les successions et les libéralités*, Paris, 1983, p. 603 ss.

<sup>217</sup> GIARDINA, «Saisine», in *Noviss. Dig. It.*, vol. XVI, Torino, 1969, p. 318 ss.

<sup>218</sup> ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, cit., p. 25 ss.

al legatario di esercitare i diritti che gli sono stati trasmessi e di avvalersi delle relative azioni<sup>219</sup>. Si tratta, a ben vedere, di una situazione di fatto che appare sotto più profili simile al possesso così come noto nell'ordinamento italiano, con la significativa differenza che non presuppone l'apprensione materiale del bene e né chi agisce è tenuto a provare lo spossessamento<sup>220</sup>. Al tempo stesso, la *saisine* assicura una legittimazione autonoma rispetto a quella costituita dalla proprietà dei beni, che passa anche in capo all'erede che non sia investito della situazione possessoria. L'attribuzione della *saisine* agli aventi causa a titolo universale dipende dai successibili in concorso tra loro e dalla natura del testamento. In linea di principio essa è attribuita agli eredi legittimi legati da vincoli di parentela più prossimi con il *de cuius*<sup>221</sup> e al *legataire universel* quando non concorre con eredi riservatari<sup>222</sup>. Mentre l'erede non investito della *saisine* dei beni ereditari – esemplarmente l'erede testamentario che concorre con un legittimario, ovvero lo Stato – per esercitare i relativi diritti deve domandare un provvedimento giudiziale (*envoi en possession*, art. 724, 2° co., *Code civil*<sup>223</sup>) o chiedere la consegna (*délivrance*, artt. 1011 e 1014, 2° co., *Code civil*). Non è difficile scorgere le ragioni storiche dell'istituto così come le ragioni di politica del diritto che ne giustificano la permanenza nell'ordinamento francese: esso si radica nell'idea della proprietà familiare e, al tempo stesso, evidenzia il sospetto del legislatore verso la delazione testamentaria, vista come un possibile elemento perturbatore dell'ordine familiare, atteggiamento che concretamente si manifesta nella preferenza accordata ai legittimari e nel richiedere una qualche verifica del titolo quando fonte della delazione è il testamento. Al contempo la *saisine* – proprio in ragione del ruolo assolto nell'ambito della trasmissione ereditaria – costituisce un istituto di ordine pubblico, ed è dunque inderogabile per lo stesso *de cuius*, che non ne può disporre in favore di soggetti diversi da quelli previsti dalla legge. Nel sistema francese inoltre l'erede – in una situazione non contenziosa – dimostra la sua qualità attraverso un atto notorio, prodotto dinanzi ad un pubblico ufficiale che pur non costituendo una prova assoluta, determina una situazione di apparenza rilevante per i terzi<sup>224</sup>. Il sistema austriaco, a differenza di quello francese, propone un modello di successione anch'esso diretto, in quanto i diritti passano dal *de cuius* all'erede, ma differito: con l'accettazione, infatti, non si produce immediatamente l'acquisto del diritto, ma si attiva una procedura di investitura giudiziale<sup>225</sup>. L'apertura della successione crea solo

---

<sup>219</sup> VIALLETON, *La place de la saisine dans le système dévolutif français*, in *Mélanges Roubier*, t. II, 1961, p. 283 descrive la *saisine* come «une investiture légale conférant inconditionnellement à celui qui en bénéficie la situation et les prérogatives du possesseur».

<sup>220</sup> Si confronti a questo riguardo il diverso contenuto degli artt. 460 e 1146 cod. civ., atteso che il ruolo della tutela possessoria fissata all'art. 460 cod. civ. rileva – diversamente dalla previsione in tema di «successione nel possesso» - al fine esclusivo di assicurare una tutela interinale del patrimonio ereditario e, in questo senso, può parlarsi di una situazione “nuova” e non derivata. Cfr. NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, Messina, 1934, ed ora in *Raccolta e scritti*, t. I, Milano, 1980, p. 3 ss., spec. pag. 95 ss.

<sup>221</sup> Art. 724 *Code civil*.

<sup>222</sup> Art. 1006 *Code civil*.

<sup>223</sup> Una volta ottenuta l'immissione nel possesso, tocca all'erede dimostrare la falsità del testamento, cfr. Cass. 1<sup>re</sup>, 11 febbraio 1976, in *Bull. Civ.*, I, n. 65, p. 51.

<sup>224</sup> GRIMALDI, *Droit civil. Successions*, cit., p. 471 ss.; SÉRIAUX, *Les successions. Les libéralités*, 2<sup>a</sup> ed., Paris, 1993, p. 290 ss. Nel *projet de loi modifiant le code civil relatif aux successions* (art. 730-1 ss.) il sistema francese sembra guardare con maggiore attenzione al modello delle presunzioni legali.

<sup>225</sup> KOZOL, WESLER, *Grundriß des bürgerlichen Rechts*, II, *Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht*, 10<sup>a</sup> ed., Wien, 1996, p. 283 ss. per un'analisi comparatistica del modello LELEU, *La transmission de la succession en droit comparé*, cit., p. 139 ss. L'amministrazione dell'eredità attraverso la mediazione del controllo giudiziale è prevista anche

un'aspettativa in capo all'erede<sup>226</sup> che per accettare l'eredità deve manifestare la propria volontà in modo esplicito<sup>227</sup> mentre prima di quel momento l'eredità è amministrata da funzionari *ad hoc* nominati dal giudice<sup>228</sup>. Lo scarto temporale tra l'apertura della successione e l'accettazione determina una situazione di giacenza, problema esaltato dall'imprescrittibilità del diritto che consente di accettare l'eredità anche in un momento molto distante dall'apertura della successione. L'accettazione dunque non determina automaticamente il venir meno della giacenza successorale, perché agli eredi sono attribuite le competenze di gestione dell'eredità a far data dall'espressa disposizione del giudice<sup>229</sup>. Quest'ultima (*Einantwortung*) è concessa sul presupposto dell'avvenuta esibizione, nell'apposito procedimento c.d. di ventilazione ereditaria, del titolo della vocazione – che può derivare dalla legge ovvero da un testamento o, ancora, da un patto successorio – e costituisce il presupposto necessario all'immissione nel possesso dei beni, con la conseguenza pratica che ad essa si annettono effetti costitutivi e, segnatamente, traslativi della proprietà. Quello accolto dall'ordinamento austriaco è pertanto un modello di delazione che privilegia l'imperativo della sicurezza nella trasmissione dei beni attraverso la verifica del titolo della delazione, seppure al prezzo di una certa qual macchinosità e onerosità della procedura<sup>230</sup>. Nell'ordinamento tedesco (non differentemente da quanto

---

nei diritti nordici e, segnatamente, in Danimarca e Norvegia, v. MUSCHELER, *Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung*, Tübingen, 1994, p. 22 ss.

<sup>226</sup> § 532 ABGB.

<sup>227</sup> Erbserklärung, § 799 ABGB.

<sup>228</sup> La procedura di successione viene avviata dal tribunale distrettuale locale (*Bezirksgericht*) competente per il distretto nel quale il defunto risiedeva. Le autorità austriache sono competenti su tutto il patrimonio che si trova in Austria, se di proprietà di cittadini austriaci. Sono inoltre competenti sul patrimonio di proprietà di cittadini stranieri, fermo restando che questo si trovi in territorio austriaco e che, nel caso di beni mobili, la residenza abituale del cittadino straniero al momento della morte sia in Austria. In caso di istanza da parte degli eredi, le autorità austriache sono anche competenti sui beni mobili che si trovano all'estero, fermo restando che questi beni siano di proprietà di un cittadino austriaco la cui residenza abituale al momento della morte sia in Austria. I beni immobili che si trovano all'estero non sono di competenza delle autorità austriache. Si tratta di una procedura giudiziaria (*Verlassenschaftsverfahren*) avviata automaticamente dal tribunale distrettuale del luogo di residenza del defunto al momento della comunicazione del decesso. La procedura viene svolta dal notaio nelle funzioni di commissario della corte che agisce per conto del tribunale. Il procedimento legale si conclude con un decreto. Il diritto applicabile alla successione è quello del paese del quale il defunto aveva la nazionalità al momento del decesso. La legge austriaca non ammette eccezioni a questa legge, in quanto non è possibile scegliere il diritto applicabile alla successione.

<sup>229</sup> Ai sensi del § 797 ABGB.

<sup>230</sup> In assenza di testamento, nelle diverse situazioni si applicano i principi seguenti: Il defunto non era sposato e non aveva figli : i genitori del defunto ereditano in parti uguali; se i genitori sono deceduti sono i fratelli e le sorelle del defunto a ereditare. Il defunto non era sposato e aveva figli : i figli ereditano in parti uguali. Il defunto lascia il coniuge : il coniuge superstite diventa l'unico erede in assenza di discendenti, di madre e padre, di fratelli e sorelle, e di nonni del defunto. Il defunto lascia coniuge e figli : un terzo viene assegnato al coniuge, il resto è diviso equamente tra i figli. I partner di unioni registrate o non registrate hanno diritti sulla successione. La legge che disciplina le unioni registrate di coppie di partner dello stesso sesso è entrata in vigore il 1° gennaio 2010. Per quanto attiene la legge di successione, nel caso di una unione registrata il partner dello stesso sesso gode degli stessi diritti del coniuge. Tuttavia, in caso di unione non registrata la legge austriaca non concede automaticamente il diritto di successione al partner superstite. Il partner può diventare un erede unicamente se così stabilito da un testamento o se diversamente stabilito da un testamento. Ad ogni modo, la legge che disciplina le locazioni e le abitazioni tutela il partner superstite. Nel caso in cui il defunto e il proprio partner possedessero un appartamento acquistato insieme (*Wohnungseigentumspartnerschaft*) la quota del defunto diventa di proprietà del partner superstite. Le quote di legittima, che limitano la libertà testamentaria, costituiscono la metà della quota ereditaria legittima dei discendenti; in assenza di discendenti costituiscono invece un terzo della quota ereditaria legittima che viene quindi assegnata agli ascendenti. Al coniuge superstite viene assegnata metà della

avviene in Grecia e Svizzera) la trasmissione avviene *ipso iure*<sup>231</sup>. L'erede dispone di un termine per rifiutare l'eredità relativamente breve che va da sei settimane a sei mesi<sup>232</sup>, allo spirare del quale si ritiene che abbia accettato, con questo differenziandosi in modo sostanziale dall'ordinamento francese in cui il termine è, al contrario, decennale. Differenze d'altronde si registrano anche per ciò che attiene alla qualità di erede. In Germania, la norma impone la preconstituzione in giudizio della prova attraverso il certificato di erede<sup>233</sup> (così come avviene anche negli ordinamenti greco e svizzero). In questo tipo di sistema in cui il possesso si trasferisce all'erede<sup>234</sup> il certificato – confezionato dal giudice dietro la prova dei presupposti della fattispecie successoria – costituisce la chiave d'accesso ai beni del defunto detenuti da un terzo<sup>235</sup>.

In Italia sono due i principi cardine su cui si basa il sistema successorio<sup>236</sup>. Innanzitutto il *favor* per la proprietà privata che consente al testatore di disporre dei propri beni e, in secondo luogo, la circostanza che l'ordinamento giuridico tutela l'interesse dei parenti a mantenere nell'ambito della cerchia familiare il patrimonio del *de cuius*. In particolare, la

---

propria quota ereditaria legittima. In assenza di contatti familiari è possibile ridurre le quote di legittima. Prima dell'apertura della successione i beneficiari delle quote di legittima possono rinunciare a esse mediante un contratto (atto notarile) stipulato tra il futuro defunto e il futuro erede legittimario.

<sup>231</sup> § 1922 BGB. NATOLI, *L'amministrazione di beni ereditari*, vol. II, Milano, 1969, p. 210. Nel sistema greco l'erede acquista la proprietà dal momento della trascrizione nei registri immobiliari, mentre per l'immissione nel possesso degli immobili non è richiesta la trascrizione dell'accettazione della successione (art. 1710, 1711, 1846, c. civ. greco).

<sup>232</sup> § 1943 BGB, LANGE, KUCHINKE, *Lehrbuch des Erbrechts*, 4ª ed., München, 1995, p. 181 ss.

<sup>233</sup> Erbschein, § 2353-2370 BGB.

<sup>234</sup> § 857 BGB.

<sup>235</sup> La procedura è di competenza del tribunale per le successioni (*Amtsgericht – Nachlassgericht*) presso il luogo dell'ultima residenza del defunto. Di tutte le domande (rilascio del certificato di eredità, dichiarazioni relative alla rinuncia alla successione, ecc.) può inoltre essere redatto un verbale da parte di un notaio. Nel caso delle successioni internazionali, il tribunale è di norma competente per tutti i beni del defunto, a prescindere dal luogo in cui siano situati (principio di unità della successione). Il diritto applicabile è, in linea di principio, stabilito dalla nazionalità del defunto. Se il defunto è cittadino straniero, occorre verificare quale sarebbe il diritto applicabile nel suo paese di origine; questo stesso diritto troverebbe quindi applicazione in Germania. Tuttavia, la trasmissione per successione di beni immobili situati in un altro paese può risultare, se del caso, di competenza della legge di quello Stato. Qualunque cittadino straniero può scegliere il diritto tedesco come legge applicabile ai beni immobili situati in Germania. Qualora tuttavia il resto della massa ereditaria (proprietà immobiliari all'estero, beni mobili) sia soggetto ad un altro ordinamento giuridico, ne risulterebbe una "scissione della successione". In assenza di testamento, l'eredità spetta in primo luogo ai discendenti (figli, ecc.), e, in mancanza di questi, ai genitori e rispettivi discendenti e, in mancanza di questi, agli altri membri della famiglia. Pertanto: Se il defunto non lascia né coniuge né discendenti, l'eredità spetta ai suoi genitori in parti uguali. Se il defunto non sposato lascia figli, l'eredità spetta a questi ultimi in parti uguali. Il coniuge (ovvero il *partner* registrato) superstite sarà soltanto coerede accanto ai figli, ecc. L'entità della quota ereditaria ad esso spettante dipenderà dal regime matrimoniale. Se il defunto viveva con il coniuge in regime legale di partecipazione agli acquisti (*Zugewinnngemeinschaft*) e lascia figli, il coniuge superstite riceve metà dell'eredità (1/4 a titolo di successione legale e 1/4 in quanto prestazione compensativa). I figli ripartiscono fra di essi in parti uguali il resto dell'eredità. Per ciò che attiene alle unioni non registrate non essendo eredi legali, i *partner* devono prevedere la devoluzione dei propri beni al superstite in un testamento. I *partner* dello stesso sesso sono successibili nel caso in cui abbiano sottoscritto una unione registrata in Germania (*eingetragene Lebenspartnerschaft*). Hanno diritto alla quota di riserva unicamente i discendenti (e, in mancanza di questi, i genitori) e il coniuge superstite. Tale quota ammonta alla metà della quota ereditaria nell'ambito la successione legale. Si tratta in sostanza di un diritto al pagamento che il beneficiario deve far valere entro il termine legale. Tutte le informazioni sul funzionamento in concreto del sistema successorio sono disponibili al sito <http://www.successions-europe.eu/it/home>.

<sup>236</sup> La bibliografia sull'argomento è pressoché infinita. Si vedano a titolo meramente esemplificativo, per un approccio al funzionamento del sistema successorio italiano: AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990; BIANCA, *Diritto civile*, II, La famiglia, Le successioni, 3ª ed. Milano, 2005; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, Milano, 1983; PALAZZO, *Le successioni*, in *Tratt. dir. priv.*, (a cura di) Iudica-Zatti, vol. XLIII, t.1, Milano, 2000.

tutela da accordarsi alla cerchia familiare si manifesta in diversi modi. Innanzitutto, solo i parenti e non anche gli affini sono chiamati a succedere al *de cuius* – la *ratio* di tale limitazione è quella di garantire la permanenza del patrimonio all'interno di un gruppo legato da vincoli di sangue, secondo modelli sociali risalenti<sup>237</sup>. Tale esigenza era avvertita in modo talmente forte che solo nel 1975, in sede di riforma del diritto di famiglia, il coniuge superstite è divenuto erede, avendo diritto per legge, sino a quel momento, esclusivamente ad una quota di usufrutto sui beni ereditari, con la conseguenza che poteva essere escluso, mediante testamento, dalla successione. In secondo luogo, va segnalato che la tutela di taluni soggetti, membri della cerchia familiare, è assunta dallo Stato come un preciso obbligo. Si parla al riguardo di successione necessaria in quanto taluni familiari (c.d. legittimari) non possono comunque non ricevere una data quota del patrimonio stabilita per legge e ciò anche contro la volontà diversa del *de cuius* che non potrebbe disporre in senso divergente a quella che è la prescrizione di legge, pena l'inefficacia delle disposizioni lesive. Di conseguenza, se il *de cuius* fa testamento può disporre, ove esistano eredi legittimari, solo di una parte del patrimonio (quota disponibile) mentre una parte (quota di riserva) dovrà comunque pervenire ai legittimari stessi. Se ciò non dovesse avvenire, quest'ultimi hanno a disposizione una specifica azione giudiziaria – detta di riduzione – mediante la quale reintegrare la quota di riserva. A tale proposito, occorre sottolineare che, nel sistema italiano, ai fini di calcolare l'effettiva sostanza del patrimonio del *de cuius* su cui andare a calcolare la quota di riserva, deve tenersi conto non solo di quanto lasciato al momento della morte ma anche di quanto donato in vita: sotto alcuni punti di vista infatti, il legislatore considera la donazione alla stregua di una disposizione testamentaria anticipata. Nel sistema italiano la successione può essere a titolo universale o particolare. La prima si ha in caso di acquisto della qualità di erede, la seconda in caso di disposizione testamentaria a titolo di legato. Tra le due tipologie intercorre, particolarmente, una macroscopica differenza per ciò che concerne la responsabilità patrimoniale che si trasmette all'erede e non al legatario o quantomeno non oltre il valore del legato ricevuto. Mentre il legato si acquista automaticamente al momento dell'apertura della successione<sup>238</sup> l'acquisto della qualità di erede presuppone l'accettazione<sup>239</sup> e può anche essere operata con beneficio di inventario al fine di limitare la responsabilità patrimoniale, conseguente all'assunzione delle obbligazioni che incombevano sul *de cuius*, al valore dei beni relitti<sup>240</sup>.

---

<sup>237</sup> GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XV ed., Napoli, p. 438 ss.

<sup>238</sup> Art. 649 cod. civ.

<sup>239</sup> Art. 459 cod. civ.

<sup>240</sup> La devoluzione della successione a favore dell'erede avviene senza alcuna procedura particolare, a condizione che quest'ultimo accetti. L'accettazione può essere espressa o tacita (nel caso, ad esempio, in cui l'erede disponga di beni successori). L'accettazione deve avere luogo entro il termine di 10 anni. L'accettazione espressa della successione si ha quando, in un atto pubblico o in un atto privato, la persona chiamata a percepire la successione dichiara di accettare o assume il titolo di erede. Secondo la Legge Consolare, l'autorità consolare trasmette alle autorità competenti le dichiarazioni di accettazione e di rinuncia relative alla successione. Il diritto applicabile dipende dalla nazionalità del defunto. La legge applicabile alla successione è infatti quella dello Stato in cui il defunto aveva la nazionalità al momento del decesso. In deroga a questa legge, il diritto italiano consente al testatore di designare, per la disciplina della successione, la legge dello Stato in cui ha residenza abituale. In assenza di testamento, si applicano alle varie fattispecie i seguenti principi: Se il defunto non era sposato e non lascia figli, l'eredità spetta ai suoi genitori e ai suoi fratelli e sorelle. Se il defunto, senza coniuge, lascia figli, l'eredità spetta a questi ultimi. Se il defunto lascia il coniuge, in assenza di discendenti, ascendenti, fratelli o sorelle, la successione spetta interamente al coniuge. Se il defunto lascia coniuge e figli, il coniuge ha diritto a metà dell'eredità se vi è un solo figlio e a un terzo in tutti gli altri

Mentre i sopra descritti sistemi di diritto continentale di tradizione romano germanica, come evidenziato, appaiono informati alla continuazione delle situazioni giuridiche, mediante la loro trasmissione, dal dante causa all'avente causa, la *common law* prevede una diversa tecnica di trasmissione del patrimonio ereditario indiretta e differita, che si realizza interponendo il *personal representative* tra il defunto e gli eredi<sup>241</sup>. I beni facenti parte dell'asse ereditario, infatti, non vengono trasmessi direttamente agli eredi ma vengono amministrati giudizialmente: la corte a cui spetta il compito di omologare il testamento nomina l'esecutore indicato dal *de cuius* (che prenderà il nome di *executor*), ovvero in caso di successione intestata provvede alla scelta di un *administrator*. Ecco perché si parla di successione di tipo indiretto e differito in quanto necessita di due trasferimenti di proprietà: il primo dal *de cuius* all'amministratore, il secondo da questi agli eredi nel limite del saldo alla liquidazione<sup>242</sup>.

---

casi. I figli ripartiscono fra di essi in parti uguali il resto dell'eredità. La parte di un figlio premorto spetta ai suoi discendenti per stirpi (rappresentazione). Se il defunto senza figli lascia coniuge e ascendenti, due terzi spettano al coniuge e un terzo agli ascendenti. Per ciò che concerne i *partner* di una unione registrata o non registrata il diritto italiano non riconosce le unioni al di fuori del matrimonio. L'ordinamento italiano non concede automaticamente il diritto successorio al *partner* superstite. Quest'ultimo potrà diventare erede solo se previsto nel testamento. Il diritto italiano sancisce il diritto a una quota di legittima a favore del coniuge del defunto e dei suoi discendenti e ascendenti. In presenza di un figlio, a quest'ultimo spetta la quota di legittima della metà. Se i figli sono più di uno, essi hanno diritto ai due terzi. In presenza di un coniuge e di un figlio, la quota di legittima è pari ai due terzi. In presenza di un coniuge e di più figli, la quota di legittima è pari a tre quarti. Se sono presenti solo ascendenti, la quota di legittima loro spettante è di un terzo. In caso di concorso tra ascendenti e coniuge, la quota di legittima di quest'ultimo sarà pari alla metà e quella degli ascendenti a un quarto. In ogni caso, la legge dispone che il coniuge abbia il diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare di proprietà del defunto o di entrambi, nonché il diritto di uso sui mobili che l'arredano. I beneficiari della quota di legittima non possono rinunciare alle quote loro spettanti prima del decesso del defunto. Nessuno può rinunciare a una successione prima del decesso. Tutte le informazioni pratiche circa il funzionamento delle successioni transnazionali in Europa disponibili al sito <http://www.successions-europe.eu/it/home>.

<sup>241</sup> ZIMMERMANN, *Heres Fiduciarius? Rise and Fallo of the Testamentary Executor*, in R. Helmholz e R. Zimmermann, *Itinera Fiducia. Trust and Treuband in Historical Perspective*, Berlin, 1998, p. 267 ss. Anche MIRANDA, *Il testamento nel diritto inglese. Fondamento e sistema*, Padova, 1995, p. 407 ss.; GIARDINI, *Definizioni e funzioni del testamento. Profili di diritto comparato*, in *N. giur. civ.*, 1996, II, p. 109 ss.; SERENI, *Esecutori testamentari e amministratori di eredità negli Stati Uniti*, ora in *Studi di diritto comparato*, I, Diritto degli Stati Uniti, Milano, 1956, p. 149 ss. e PETITJEAN, *Fondements et mécanisme de la transmission successorale en droit anglais et en droit français*, Paris, 1959, p. 20 ss.

<sup>242</sup> Se il defunto nel testamento ha nominato un esecutore testamentario, questo è competente per l'amministrazione e la liquidazione della successione. Qualora il defunto non abbia nominato alcun esecutore testamentario, il tribunale incarica un curatore testamentario attenendosi alla gerarchia legale dei beneficiari. Possono essere nominati esecutori testamentari tutti gli adulti con capacità giuridica, compresi gli eredi legittimi e i legatari testamentari. Gli esecutori (l'esecutore testamentario o il curatore testamentario) non possono agire se privi di apposito atto di rappresentanza. L'atto di rappresentanza viene denominato "concessione di omologazione del testamento" se l'esecutore testamentario è stato nominato dal testatore nel testamento. L'atto di rappresentanza viene denominato "concessione per l'amministrazione del patrimonio" se il curatore testamentario è stato nominato dal tribunale per l'omologazione dei testamenti. L'atto di rappresentanza può essere emesso dal registro principale di Londra oppure da qualsiasi altro registro per l'omologazione dei testamenti (*probate registry*). In Scozia sono applicabili le stesse regole vigenti in Inghilterra, Galles e Irlanda del Nord. Qualora nel testamento non venga fatta menzione di alcun esecutore testamentario nominato (*executor-nominate*), il tribunale dello sceriffo (*Sheriff Court*) nomina un esecutore testamentario amovibile (*executor-dative*) conformemente a una specifica gerarchia legale. L'esecutore testamentario assume le proprie funzioni dal momento in cui viene autorizzato dal tribunale dello sceriffo competente. La successione è disciplinata dal diritto dello Stato nel quale il defunto aveva il proprio "domicilio" al momento della morte. È importante non confondere questo concetto con quello di "domicilio" previsto nei sistemi legali dell'Europa continentale, né con il concetto di "nazionalità". In base alla legge, l'effettiva residenza abituale della persona è meno importante; il criterio decisivo, tuttavia, è il collegamento di uno specifico sistema legale.

Il nuovo domicilio scelto viene acquisito in seguito a residenza nel nuovo Paese e all'intenzione di risiedere lì permanentemente o per un lasso di tempo illimitato. Ad ogni modo, la successione del patrimonio immobiliare (beni immobili) è disciplinata dal diritto dello Stato nel quale si trova il suddetto patrimonio. Il testatore non può scegliere il diritto applicabile alla successione. In assenza di testamento, nelle diverse situazioni si applicano i principi seguenti, ad esempio: Il defunto non era sposato e non aveva figli: Inghilterra e Galles, Irlanda del Nord: La successione passa ai genitori del defunto. Se al momento della morte questi sono già deceduti, la successione passa ai fratelli e alle sorelle germani del defunto. Scozia: Qualora a un intestato sopravvivano uno o entrambi i genitori e anche i fratelli e le sorelle, ma non i figli o il coniuge, il genitore o i genitori superstiti avranno diritto a metà del patrimonio dell'intestato, mentre i fratelli e le sorelle superstiti avranno diritto all'altra metà del patrimonio stesso. Il defunto non era sposato e aveva figli Inghilterra e Galles, Irlanda del Nord: Se il defunto lascia figli ma non il coniuge il suo patrimonio verrà distribuito tra i figli. Scozia: Nel caso in cui al defunto sopravvivano i figli ma non il coniuge, i figli avranno diritto all'intero patrimonio del defunto. Il defunto lascia il coniuge: Inghilterra e Galles: Se il defunto non lascia figli, nessun genitore, nessun fratello o sorella germano, né figli di un fratello o di una sorella germano, il patrimonio residuo verrà gestito da un trust per il marito o la moglie superstite. Se il defunto non lascia figli, ma lascia uno o più dei soggetti descritti di seguito, ovvero un genitore, un fratello o una sorella germano, un figlio di un fratello o una sorella germano, al marito o alla moglie superstite verrà assegnata la totalità dei beni mobili e, in aggiunta, 450.000 sterline del patrimonio residuo del defunto (diverso dai beni mobili), il patrimonio residuo (diverso dai beni mobili) verrà gestito interamente dall'esecutore in un trust per il marito o la moglie superstite nella misura della metà, mentre l'altra metà, nel caso in cui il defunto lasci uno o entrambi i genitori (a prescindere che sopravvivano anche fratelli e sorelle del defunto o i loro figli), viene interamente gestita in trust per il genitore o per entrambi i genitori in parti uguali, mentre nel caso in cui il defunto non lasci genitori, si ha il trust legale per i fratelli e le sorelle germani del defunto. Anche il coniuge del defunto (o il partner civile) gode dei diritti alternativi di seguito indicati. Scozia: Se il defunto lascia il coniuge ma nessun figlio, al coniuge superstite vengono assegnati i diritti anteriori di cui sopra, con un ammontare fisso di 75.000 sterline e, in aggiunta, per "diritto legale", metà dei beni mobili del defunto. Nel caso in cui al defunto sopravviva il coniuge, ma nessun figlio, genitore, fratello o sorella (o i loro figli), il coniuge superstite avrà diritto all'intero patrimonio del defunto. Irlanda del Nord: Se il defunto lascia il coniuge e nessun figlio, ma lascia i genitori o fratelli e sorelle o i figli dei fratelli e delle sorelle premorti, al coniuge verranno assegnati i beni mobili e, in aggiunta, 450.000 sterline del patrimonio residuo. Inoltre, il coniuge superstite ha facoltà di acquistare dall'esecutore gli interessi del defunto nella residenza. Se il defunto lascia il coniuge (o il partner civile) ma nessun figlio, nessun genitore, nessun fratello né sorella, né figli dei fratelli e delle sorelle premorti, al coniuge (o al partner civile) verrà assegnato l'intero patrimonio. Il defunto lascia coniuge e figli: Inghilterra e Galles: Se il defunto lascia il coniuge (o il partner civile) e figli, al marito o alla moglie (o al partner civile) superstite verranno assegnati i beni mobili e, in aggiunta, l'eredità legale di 250.000 sterline. Il patrimonio residuo (diverso dai beni mobili) verrà gestito interamente dall'esecutore in trust per il marito o la moglie superstite nel corso della sua vita nella misura della metà, soggetto a usufrutto, con trust legale per i figli del defunto, mentre per l'altra metà con trust legale per i figli del defunto. Il coniuge (o il partner civile) superstite gode dei diritti alternativi di seguito: Il coniuge (o il partner civile) superstite può chiedere il valore capitalizzato del proprio usufrutto relativo al patrimonio residuo. Inoltre, il coniuge superstite ha facoltà di acquistare dall'esecutore gli interessi del defunto nella residenza nella quale il coniuge superstite stesso risiedeva al momento della morte del defunto. Scozia: Se il defunto lascia il coniuge (o il partner civile) e figli, il marito o la moglie (o il partner civile) superstite godrà dei diritti anteriori seguenti: la residenza (fermo restando che si trovi in Scozia), se il valore dell'edificio non supera le 300.000 sterline (altrimenti la somma di 300.000 sterline), l'arredamento presente nella residenza (fino al valore di 24.000 sterline), un ammontare fisso di 42.000 sterline. In aggiunta, per "diritto legale" al coniuge superstite viene assegnato un terzo dei restanti beni mobili del defunto. Il resto del patrimonio viene assegnato ai figli. Irlanda del Nord: Se il defunto lascia il coniuge (o il partner civile) e figli, al marito o alla moglie (o al partner civile) superstite verranno assegnati i beni mobili e, in aggiunta, 250.000 sterline del patrimonio residuo del defunto (diverso dai beni mobili), e, nel caso in cui sopravviva anche un solo figlio del defunto, metà del residuo del patrimonio restante dopo avere distribuito tale ammontare e il relativo interesse, ovvero nel caso in cui sopravviva più di un figlio del defunto, un terzo del residuo restante. Il resto verrà assegnato ai figli. Inoltre, il coniuge superstite ha facoltà di acquistare dall'esecutore gli interessi del defunto nella residenza nella quale il coniuge superstite stesso risiedeva al momento della morte del defunto. Il Regno Unito riconosce le unioni registrate. Ai sensi della legge britannica sulle unioni civili (*Civil Partnership Act*) del 2004, i partner registrati (dello stesso sesso) godono di diritti di successione comparabili a quelli dei coniugi dei defunti. In virtù della legge inglese e per quella dell'Irlanda del Nord non esistono quote fisse del patrimonio riservate al coniuge o ai discendenti del testatore. Tuttavia, se il testatore muore domiciliato in Inghilterra o in Galles ovvero in Irlanda del Nord la moglie o il marito del defunto, ovvero uno dei figli del defunto, o qualsiasi altra persona che immediatamente prima della morte del defunto veniva da questi mantenuto, totalmente o parzialmente, ha facoltà di rivolgersi

È dibattuto, nella dottrina comparatistica, se e in quali termini il *personal representative* possa essere funzionalmente messo in relazione al successore universale (rispettivamente del sistema francese e tedesco), in quanto allo stesso compete di tutelare l'integrità del patrimonio e di soddisfare i creditori ereditari e gli aventi causa a titolo particolare. La differenza più significativa con il sistema austriaco consiste nel fatto che l'amministratore, ai sensi del § 797 ABGB, non acquista la proprietà dei beni e l'eredità entra in una fase di giacenza<sup>243</sup>. Nel sistema italiano, invece, ai sensi dell'art. 704 cod. civ., la nomina di un esecutore non limita la capacità processuale dell'erede e, al contempo, la morte dell'esecutore determina l'estinzione dell'ufficio.

*6. Le problematiche connesse alla pianificazione ereditaria in caso di successioni transnazionali causate dalle divergenze esistenti tra i vari sistemi nazionali di conflitto. Analisi del contrasto esistente tra le soluzioni accolte nei paesi di tradizione giuridica continentale e quelle accolte nei paesi di common law. (Segue). Ordinamenti monisti e dualisti*

Alla breve panoramica di quelli che sono i principali modelli successori che caratterizzano i singoli sistemi nazionali europei, chiarito quale sia stato il substrato giuridico su cui l'azione del legislatore europeo è andata ad inserirsi, non possono non far seguito, a questo punto dell'indagine, alcune riflessioni su quali siano in concreto i risvolti che tali diversità materiali tra le discipline comportino da un punto di vista strettamente internazionalprivatistico.

A tale ultimo riguardo occorre sottolineare che le profonde divergenze poste in rilievo tra le discipline sostanziali dei singoli Stati hanno un imprescindibile riflesso anche sul ruolo che viene riservato al criterio volontaristico in ambito successorio che, al pari della legge, può essere fonte della vocazione nel rispetto dei limiti oltre i quali la stessa non potrebbe legittimamente operare, se non a pena di inefficacia.

D'altronde, il principio dell'autonomia della volontà è tradizionalmente annoverato dalla teoria internazionalprivatistica classica, tra i criteri di collegamento, potendo andare ad incidere non solo sul problema della legge applicabile ma anche su quello della

---

al tribunale sulla base del fatto che le disposizioni relative al patrimonio del defunto messe in atto per mezzo del suo testamento o della legge relativa alla successione legittima siano tali da non garantire al richiedente un sostentamento economico sufficiente. Il tribunale può quindi disporre pagamenti dal patrimonio netto oppure il trasferimento di proprietà. In Scozia il coniuge o il *partner* civile e i figli superstiti hanno titolo ai seguenti "diritti legali" in relazione ai beni mobili (e non a quelli immobili) del defunto: al coniuge superstite viene assegnato un terzo dei beni mobili del defunto se questo ha lasciato figli (o metà se il defunto non ha lasciato figli). Ai figli viene assegnato un altro terzo dei beni mobili del defunto se questo ha lasciato il coniuge o il *partner* civile (o metà se il defunto non ha lasciato il coniuge o il *partner* civile). Tutti i figli hanno pari diritti.

<sup>243</sup> Il ruolo del *personal representative* costituisce oggetto di dibattito secondo LELEU, *La transmission de la succession en droit comparé*, cit., pag. 247 ss.: «*le personal representative doit être considéré comme un propriétaire à parte entière des effets successoraux*» FRÖSCHLE, *Die Entwicklung der gesetzlichen Rechte des überlebenden Ehegatten. In Frankreich und England im Laufe des 20. Jahrhunderts*, Tübingen, 1996, p. 5; per l'assimilazione del rappresentante al *trustee* cfr. Petitjean, *Fondements et mécanisme de la transmission successorale en droit anglais et en droit français: étude de droit comparé et de droit international privé*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1960, p. 140 ss; diversamente MIRANDA, *Il testamento nel diritto inglese*, cit., p. 408, ritiene più corretto parlare di «curatore» o di «liquidatore», in contrasto con quanto precedentemente affermato da PALLICCIA, *Testamento e Probate nei paesi anglo-sassoni*, Milano, 1935, p. 16 con particolare riguardo al diritto internazionale privato e ai beni italiani ove è assimilato all'erede.

determinazione della competenza giurisdizionale<sup>244</sup>. A ciò si aggiunga che il discrimine tra i diversi ordinamenti è costituito proprio dal ruolo che viene riservato rispettivamente alla successione legittima e alla volontà del testatore nella vocazione ereditaria. A ben vedere si tratta di un riflesso del diverso valore socio-culturale che il sistema statale riconosce alla delazione legale ovvero a quella testamentaria e dipende da quale dei due venga considerato, dall'ordinamento di riferimento, il modo "normale" di devoluzione della massa ereditaria. In tal modo, il legislatore nazionale, che ritiene di dare rilevanza prioritaria alla successione testamentaria, sarà propenso a guardare alla successione legittima come a una regola dispositiva e alla successione necessaria come a un limite all'autonomia negoziale che si esplica con l'atto di ultima volontà. È questo l'atteggiamento che caratterizza gli ordinamenti di *common law*. Diversamente chi vede nella successione legale il modo "normale" – come è stato osservato quasi in senso meritocratico<sup>245</sup> – della delazione, guarderà al testamento come ad una manifestazione di volontà e, dunque, di autonomia, che esige il necessario vaglio da parte dell'ordinamento che si concreta, generalmente, attraverso la previsione di norme sulla successione necessaria, alle quali il legislatore affida una finalità di tipo prettamente precettivo volta alla tutela di un determinato modello di famiglia. Nel tempo, una prospettiva attenta alla comparazione funzionale delle regole giuridiche ha permesso di evidenziare che nelle norme che disciplinano la vocazione suppletiva come in quelle che disciplinano la vocazione imperativa può riconoscersi un fattore di stabilizzazione sociale, atteso che il legislatore propone un modo di delazione coerente con il tipo ideale di famiglia che ritiene di dover favorire. Nel primo caso, il modello è derogabile dalla volontà del *de cuius*, nel secondo risulta cogente. Questa diversa prospettiva di partenza, laddove un ordinamento predilige l'una piuttosto che l'altra, conduce inevitabilmente ad una struttura profondamente diversificata della legislazione successoria nei diversi Paesi, soprattutto per ciò che concerne le quote di riserva.

L'istituto della riserva ereditaria infatti e, di conseguenza, il livello di protezione da accordare ai legittimari, si atteggia in maniera estremamente eterogenea all'interno dei vari ordinamenti sia per ciò che concerne l'individuazione dei beneficiari (mentre i figli sono infatti quasi sempre provvisti di tutela molto più differenziato risulta il trattamento riservato al coniuge superstite) che per quanto riguarda le quote oggetto di riserva, la possibilità di rinunciare alla legittima anteriormente all'apertura della successione, facoltà ammessa in alcuni ordinamenti e vietata in altri (ad esempio in Italia)<sup>246</sup>. La maggiore o minore libertà accordata al testatore si riflette altresì sulla possibilità di concludere patti successori o di organizzare altre forme di anticipazione successoria, riconosciute in alcuni ordinamenti e, al contrario, ignote o, addirittura, escluse in altri; nonché sull'ammissibilità dei testamenti congiuntivi e di altre forme di delazione similari.

Anche relativamente all'individuazione dei successibili e delle relative quote nelle successioni legittime i vari ordinamenti presentano ampie divergenze, accentuatesi negli ultimi anni a causa del riconoscimento in alcuni Paesi delle unioni *same sex* o della possibilità di consentire a coppie di sesso diverso di dar vita a forme di unioni registrate le cui

---

<sup>244</sup> Si veda per un esame del dibattito dottrinale, DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, cit., p. 17 ss.

<sup>245</sup> ZOPPINI, *Le successioni*, cit., p. 56 ss.

<sup>246</sup> Per un'indagine comparatistica si veda: BOULANGER, *Les successions internationales*, cit., p. 126 ss.

legislazioni spesso equiparano i *partners* ai coniugi sotto l'aspetto successorio<sup>247</sup>. Un'altra importante innovazione, che ha contribuito a modificare il sistema successorio di molti Paesi membri, è stata l'evoluzione legislativa che ha permesso di riconoscere identici diritti a tutti i discendenti, abolendo così qualsiasi differenziazione di trattamento tra figli legittimi, adottivi e naturali, cosa che non avviene in molti Stati terzi e, particolarmente, in quelli di tradizione islamica.

Sul terreno del diritto internazionale privato, allo stato attuale, la *summa divisio* tra le normative di conflitto degli Stati membri si identifica nella ripartizione tra i sistemi unitari e sistemi scissionisti o dualisti. I primi sottopongono l'intera successione ad una normativa unitaria, per lo più identificata nell'ultima legge nazionale del *de cuius* (tra questi particolarmente i Paesi di tradizione civilistica quali Germania, Italia, Spagna, Portogallo e Grecia), i secondi, al contrario, si caratterizzano in quanto sottopongono la successione immobiliare alla *lex rei sitae* e quella mobiliare alla legge dell'ultimo domicilio (oltre ai Paesi di *common law*, anche Francia, Belgio, Lussemburgo e Romania: rimane peraltro da segnalare che, in Belgio la successione mobiliare è regolata dalla legge dell'ultima residenza abituale del *de cuius* e in Romania dalla propria legge nazionale). Sebbene entrambi i sistemi giuridici evidenziati presentino dei profili problematici, quello scissionista è stato oggetto di maggiori critiche, anche da parte della dottrina dei Paesi in cui lo stesso è adottato, in quanto è spesso all'origine della divisione della successione con tutte le problematiche che ciò può comportare. Al contrario il sistema unitario può presentare l'inconveniente di rompere le «*liaisons verticales*» tra la disciplina della successione e quella dei diritti reali che invero sarebbe utile preservare, specie per ciò che concerne gli immobili<sup>248</sup>.

Vale la pena di chiarire sin d'ora quale sia stata la scelta operata dal legislatore europeo che, e ciò sebbene la questione sarà oggetto di ulteriore approfondimento nel corso del capitolo successivo. Nella sistematica del Regolamento è stato prediletto un approccio di tipo unitario, contemporaneamente però, al fine di venire incontro alle esigenze di taluni Paesi sono stati previsti taluni correttivi, tra questi però non può annoverarsi la disposizione che legittima il ricorso alla *professio iuris*. La scelta di legge, infatti, riveste all'interno della dinamica del Regolamento un ruolo del tutto autonomo la cui rilevanza appare, nella dialettica del testo, tutt'altro che marginale. A motivo di ciò si è scelto di riservare all'esame di tale aspetto fondamentale, nell'ottica della presente ricerca, uno spazio *ad hoc*. Il prossimo capitolo sarà, pertanto, dedicato all'analisi e all'approfondimento del ruolo che il legislatore sovranazionale ha inteso attribuire alla *professio iuris* nell'ambito della disciplina internazionalprivatistica europea in materia di successioni.

#### *7. I rapporti tra il regolamento europeo e le singole convenzioni ratificate dai singoli Stati membri*

Al fine di regolare i rapporti tra gli strumenti convenzionali in essere, che si è visto essere piuttosto esigui, e la nuova disciplina europea, il legislatore sovranazionale ha inserito una previsione specifica all'interno del testo regolamentare, l'art. 75<sup>249</sup>, finalizzata a disciplinare i rapporti tra il regolamento e gli altri strumenti «di cui uno o più Stati membri

---

<sup>247</sup> Per un esame della questione si veda ad esempio DI MASI, *Il riconoscimento delle unioni «same sex» al vaglio della Corte costituzionale*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2009, 2, p. 335 ss.

<sup>248</sup> BONOMI, *Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni*, cit., p. 883 ss.

<sup>249</sup> Si veda per un commento all'articolo BONOMI, *Article 75*, in A. Bonomi-P. Wautelet, *Le droit européen des successions*, cit., p. 838

sono parte al momento dell'adozione del presente regolamento e che riguardano materie disciplinate dal presente regolamento».

La soluzione adottata in ambito europeo è quella nota già prevista sia dall'art. 351 TFUE che dagli altri strumenti di diritto internazionale privato dettati a livello europeo e pone come regola generale che il regolamento non vada a pregiudicare l'applicazione delle convenzioni già vigenti al momento della sua adozione<sup>250</sup>.

Una cenno specifico è contenuto nel regolamento per ciò che attiene al coordinamento tra lo strumento europeo e la convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 sui conflitti di leggi relativi alle forma delle disposizioni testamentarie. Il secondo capoverso del paragrafo 1 chiarisce, infatti, che gli Stati membri che sono parti dello strumento convenzionale continueranno ad applicare le disposizioni di tali convenzioni in luogo dell'art. 27 del regolamento, che disciplina la validità formale delle disposizioni a causa di morte fatte per iscritto.

A fronte di tale previsione il regolamento stabilisce altresì, al successivo paragrafo due del medesimo articolo, che il regolamento prevale sui trattati bilaterali o multilaterali conclusi esclusivamente tra Stati membri dell'Unione. Anche in questo caso tuttavia, sembra necessario chiarire che ancora una volta il riferimento dovrà essere rivolto non nei confronti degli Stati parti dell'Unione europea per intero bensì degli Stati vincolati al Regolamento, ad eccezione dunque ancora una volta di Inghilterra, Irlanda e Danimarca. In questa categoria rientra la convenzione dell'Aja sull'amministrazione internazionale delle successioni, che è in vigore per soli tre Stati, ovvero Portogallo, Repubblica ceca e Repubblica slovacca tutti vincolati dal regolamento europeo<sup>251</sup>.

Una ulteriore previsione specifica, contenuta al paragrafo 3, chiarisce che il regolamento «non osta all'applicazione della convenzione, del 19 novembre 1934, tra la Danimarca, la Finlandia, l'Islanda, la Norvegia e la Svezia comprendente disposizioni di diritto internazionale privato in materia di successioni, testamenti e amministrazione di eredità». Tale convenzione<sup>252</sup> è stata oggetto di revisione a mezzo di accordo intergovernativo tra gli Stati membri che ne sono parte

proprio nel giugno del 2012 per tenere conto degli effetti delle novità introdotte dal regolamento nei confronti di quegli Stati, ovvero Finlandia e Svezia, che risultano vincolati dal regolamento. Ne consegue che entrambi i Paesi continueranno ad applicare la convenzione nei rapporti con gli altri Stati contraenti che non sono vincolati dal regolamento, inclusa dunque la Danimarca, che lo si ribadisce ai fini del regolamento deve considerarsi quale Stato terzo, mentre applicheranno il regolamento in tutti gli altri casi, anche nei loro rapporti reciproci, sebbene però al riguardo l'art. 75 paragrafo 3 del regolamento contenga una precisazione per cui continuerà ad applicarsi la convenzione «nella misura in cui essa preveda a) norme sugli aspetti procedurali dell'amministrazione dell'eredità secondo la definizione della convenzione e sulla relativa assistenza da parte delle autorità degli Stati parti contraenti della convenzione; b) procedure semplificate e accelerate per il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di successioni».

---

<sup>250</sup> DAVÌ, ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Torino, 2014, p. 35.

<sup>251</sup> Così DAVÌ, ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, cit., p. 35 e anche BONOMI, *Article 75*, in *A. Bonomi-P. Wautet, Le droit européen des successions*, cit., p. 838.

<sup>252</sup> KORKISCH, *Der Anteil der nordischen Länder an den Fragen des Internationalen Privatrechts*, in *RabelsZ*, 1958, p. 599 ss.

Un cenno meritano altresì i due strumenti, già richiamati nel corso della presente disanima<sup>253</sup>, che sono stati ratificati da alcuni degli Stati vincolati dal regolamento e, nella specie, la Convenzione di Basilea del 26 maggio 1972 istitutiva di un sistema di iscrizione dei testamenti e della Convenzione di Washington del 1973 recante la disciplina uniforme di un testamento internazionale. In considerazione del contenuto di entrambi i testi pattizi a ben vedere nessuna delle due interferisce con la disciplina dettata dal regolamento e, pertanto, entrambe continueranno ad applicarsi. Ciò in quanto la prima Convenzione stabilisce che ogni Paese contraente debba istituire un sistema nazionale di registrazione dei testamenti e prevede forme di cooperazione tra le autorità nazionali preposte al fine di facilitare il ritrovamento dei testamenti alla morte dei loro autori, mentre la seconda prevede l'obbligo per gli Stati contraenti di introdurre all'interno delle loro legislazioni un modello di "testamento internazionale", che si aggiunge alle forme di testamento esistenti in ciascuno di essi senza sostituirle, dovendo la validità delle disposizioni di ultima volontà contenute in un atto che risponde ai requisiti stabiliti da tale modello essere riconosciuta direttamente nei paesi contraenti<sup>254</sup>.

Un'ultima notazione riguarda eventuali nuove convenzioni in materia successoria. L'art. 75, infatti, regola unicamente i rapporti con le convenzioni già in essere al momento dell'entrata in vigore del regolamento e non anche quelli con eventuali atti futuri. Nondimeno per le convenzioni future, in seguito all'adozione del regolamento e sulla base di quanto ha chiarito la Corte di giustizia nel parere 1/03 del 7 febbraio 2006 a conferma della propria precedente giurisprudenza, l'Unione europea ha acquistato competenza esclusiva in materia sia interna che esterna. Ciò posto la conclusione di un eventuale e futuro strumento multilaterale di unificazione del diritto internazionale privato delle successioni dovrà essere negoziato direttamente dalle Istituzioni europee<sup>255</sup>.

---

<sup>253</sup> Supra par. 2 e 4.

<sup>254</sup> DAVÌ, ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, cit., pp. 37, 38 e in nota n. 109 dove si osserva che negli altri Paesi il testamento redatto secondo quanto prescritto dal testo pattizio può essere ritenuto valido o meno, al pari di ogni altro testamento straniero, in base alle regole di conflitto proprie di ciascuno dei Paesi in questione.

<sup>255</sup> DAVÌ, ZANOBETTI, *loc. ult. cit.* Gli Stati potrebbero essere autorizzati dall'Unione europea ad assumere direttamente obblighi internazionali in una delle materie incluse nel campo di applicazione del regolamento si v. in proposito anche ZANOBETTI, *Quelques réflexions sur les relations de l'Union européenne avec la Conférence de la Haye et Unidroit: ombres ou rayons de soleil?*, in *La dimension extérieure de l'espace de liberté, de sécurité et de justice après le Traité de Lisbonne* (a cura di C. Flaesch-Mougin-L.S. Rossi), Bruxelles, 2013, p. 269 ss. Si osserva ad esempio che una procedura apposita è stata stabilita dai regolamenti 662/2009 e 664/2009 per la negoziazione e la conclusione di accordi tra Stati membri e Paesi terzi bilaterali o regionali chiusi all'adesione di altri Stati, su materie rientranti, rispettivamente, nella sfera dei regolamenti in materia di legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali (regolamenti 593/2008 e 864/2007) e dei regolamenti riguardanti la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione di decisioni in materia matrimoniale, di responsabilità genitoriale e di obbligazioni alimentari, e la legge applicabile in materia di obbligazioni alimentari (regolamenti 2201/2003 e 4/2009).

### **Capitolo III – Il ruolo dell'autonomia della volontà nel regolamento (UE) 650/2012**

SOMMARIO 1. Caratteri generali della disciplina contenuta nel regolamento 650/2012 2. L'autonomia della volontà nel regolamento 650/2012. Considerazioni di ordine generale 3. L'articolo 22 del regolamento e la possibilità di scegliere la legge dello Stato di una qualsiasi delle cittadinanze possedute 4. La tassatività delle possibilità di scelta e l'impossibilità di effettuare una *professio iuris* in favore della legge della residenza abituale 5. La forma della scelta di legge: espressa e tacita 6. La legge applicabile alla validità sostanziale e all'interpretazione della scelta di legge 7. La legge applicabile alla modifica e alla revoca della *professio iuris* 8. La revoca del testamento e la revoca implicita dell'atto di scelta 9. Revoca *ex lege* del testamento e *professio iuris* 10. La revoca di una *professio iuris* contenuta in patto successorio o in un altro atto di disposizione *mortis causa* irrevocabile 11. La scelta di legge limitata all'ammissibilità e alla validità sostanziale 11.1 (*segue*) di una disposizione a causa di morte diversa da un patto successorio 11.2 (*segue*) la scelta della legge applicabile al patto successorio 12. I possibili ostacoli all'esercizio della *professio iuris* 12.1 (*Segue*) Ordine pubblico 12.2 (*Segue*) Frode alla legge e abuso di diritto

#### *1. Caratteri generali della disciplina contenuta nel regolamento 650/2012*

Uno dei passi fondamentali che il legislatore europeo ha mosso nella creazione di un sistema unitario ed armonico di diritto internazionale privato europeo è, senza ombra di dubbio, come si è già avuto modo di accennare nel capitolo precedente, il regolamento sulle successioni transfrontaliere, noto anche come Roma IV.

L'*iter* procedurale al termine del quale ha visto la luce l'atto normativo in questione, è iniziato nel 2009<sup>256</sup> e ha avuto una durata di “appena” tre anni dalla proposta della Commissione, trascorsi i quali, a seguito dell'approvazione di Parlamento e Consiglio, mediante procedura legislativa ordinaria, il 4 luglio 2012, è stato adottato il testo definitivo del regolamento relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni, all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia successoria e alla creazione di un certificato successorio europeo<sup>257</sup>. Il regolamento,

---

<sup>256</sup>Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, del 14 ottobre 2009, COM(2009), 154 def. In dottrina sono diversi i contributi che hanno analizzato lo stato dell'arte prima dell'adozione del regolamento, per tutti: DAVI, *Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni*, in *Riv. dir. int.*, 2005, p. 310 ss.; BONOMI, *Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010 e KINDLER, *La legge regolatrice delle successioni nella proposta di regolamento dell'Unione europea: qualche riflessione in tema di carattere universale, rinvio e professio iuris*, in *Riv. dir. int.*, 2011. Inoltre, si veda: MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, *Comments on the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession*, in *RabelZ*, 74 (2010), pag. 523 e ss.

<sup>257</sup> Per un esame completo del nuovo testo regolamentare si vedano le seguenti opere generali, oltre ai contributi che si evidenzieranno nel prosieguo, di volta in volta, in relazione ad aspetti specifici: DAVI, ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione europea*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013, p. 5 ss.; ID., *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Torino, 2014; BONOMI, WAUTELET, *Le droit européen des successions: commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*,

adottato sulla base dell'articolo 81, paragrafo 2, lettera c) – che attribuisce alle istituzioni europee il potere di adottare atti che comportino l'armonizzazione delle norme di conflitto –, sul piano temporale è entrato in vigore il 16 agosto del 2012 ed è divenuto applicabile per le successioni che presentino elementi di estraneità e che si aprano all'interno di uno Stato membro a partire dal 17 agosto 2015. Già la denominazione dell'atto è di per sé specchio dell'ampiezza dei contenuti ed indicativa della portata della disciplina in discussione.

Invero, come è stato osservato in dottrina, la tendenza alla creazione di atti che dettino discipline omnicomprensive non è di certo nuova o ultima nel settore di quello che è stato definito come processo di «comunitarizzazione del diritto internazionale privato»<sup>258</sup>. Tale ampiezza di contenuti connota, infatti, anche il precedente regolamento (CE) n. 4/2009 dell'8 giugno 2009, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari; e connoterà i due futuri regolamenti rispettivamente dedicati alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e a alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, ovviamente una volta che giungerà a termine l'iter normativo che li riguarda<sup>259</sup>.

Nondimeno, in proposito, è stato altresì opportunamente osservato che, allo stato dell'arte, il regolamento sulle successioni è destinato comunque a rimanere un *unicum* nel panorama normativo del diritto internazionale privato europeo, in quanto il regolamento n. 4/2009 mutua, come è noto, la disciplina della legge applicabile alle obbligazioni alimentari dall'omonimo Protocollo del 23 novembre 2007, elaborato in seno alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, mentre i due futuri regolamenti (il cui ambito materiale risulta comunque inferiore) entreranno in vigore mediante il procedimento di cooperazione

---

Bruxelles, 2013; ID., *Il Regolamento europeo sulle successioni: Commentario al Reg. UE 650/2012 applicabile dal 17 agosto 2015*, Milano, 2015; BONOMI, *Il regolamento europeo sulle successioni*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2013, p. 293 ss.; BALLARINO, *Il nuovo regolamento europeo sulle successioni*, in *Riv. dir. int.*, 2013, p. 1116 ss.; FRANZINA, LEANDRO (a cura di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Milano, 2013; DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte*, Milano, 2013; KHAIRALLAH, REVILLARD, *Droit européen des successions internationales, Le règlement du 4 juillet 2012*, Paris, 2013; LAGARDE, *Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions*, in *Revue critique*, 2012, p. 691 ss.; MOURA RAMOS, *Le nouveau droit international privé des successions de l'Union européenne, Premières réflexions*, in B. Cortese (a cura di), *Studi in onore di Laura Picchio Forlati*, Torino, 2014, p. 205 ss.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 del 4 de julio 2012*, Granada, 2014; *Commentaire du Règlement européen sur les successions*, Dalloz, Parigi, 2015.

<sup>258</sup> CLERICI, *È ora di riformare la legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato del 1995? Sulla riforma dell'art. 42 della legge n. 218/1999*, in *Riv. di dir. int. priv. e proc.*, 2011, p. 643 ss. e anche ID., *I principi del diritto internazionale europeo delle successioni*, in *L'incidenza del diritto non scritto sul diritto internazionale ed europeo*, in Atti del XX Convegno Sidi Macerata 5-6 giugno 2015, (a cura di) P. Palchetti, Napoli, 2016, p. 241 ss.

<sup>259</sup> Le proposte volte all'instaurazione di una cooperazione rafforzata nei settori oggetto delle due iniziative legislative, sono contenute rispettivamente nei documenti COM(2016) 106 final e COM(2016) 107 final e sono entrambe del 2 marzo 2016. Da segnalarsi che nel frattempo, e precisamente nella seduta plenaria dello scorso 7 giugno, è intervenuta l'approvazione da parte del Parlamento europeo relativamente al progetto di decisione del Consiglio che autorizza una cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali delle coppie internazionali, con riferimento ai regimi patrimoniali tra coniugi e agli effetti patrimoniali delle unioni registrate.

rafforzata ex articolo 328, paragrafo 1 TFUE, su richiesta di diciassette Stati membri e pertanto, al momento, non entreranno a far parte dell'*acquis communautaire*<sup>260</sup>.

V'è da dire, come peraltro hanno già rilevato i primi commentatori, che le questioni successorie non si prestavano ad essere regolamentate agevolmente attraverso previsioni unitarie comuni a tutti gli Stati membri e, ciò, eminentemente, per due ordini di ragioni. In primo luogo, a causa della confluenza nel settore successorio di differenti esigenze che coinvolgono diverse branche del diritto – ci si riferisce in particolare al diritto di famiglia e alle questioni connesse al regime matrimoniale tra coniugi, alla disciplina che regola la filiazione – e, in secondo luogo, in quanto il diritto successorio è uno di quei settori in cui è facile evidenziare macroscopiche differenze di regolamentazione che caratterizzano le normative interne dei singoli Stati membri<sup>261</sup>.

Volendo esaminare quelli che sono i caratteri essenziali della nuova disciplina, macroscopicamente parlando tre sono le caratteristiche che contraddistinguono il regolamento. In primo luogo, il fatto di recare una disciplina onnicomprensiva, volta a regolare tutti gli aspetti che possono riguardare una successione transfrontaliera – dalla giurisdizione, alla legge applicabile fino al riconoscimento di atti e decisioni – con la diretta ed immediata conseguenza, grazie all'applicazione *erga omnes* delle norme di conflitto e alla previsione di criteri residuali di competenza giurisdizionale, di escludere l'applicabilità delle norme di diritto internazionale privato proprie di ciascuno Stato membro in materia. In secondo luogo, il regolamento è permeato dal principio dell'unità della successione ed, infine, l'altra caratteristica fondamentale, è che la nuova disciplina, sebbene unicamente per ciò che riguarda la legge applicabile (non altrettanto avviene, infatti, per le norme sulla giurisdizione<sup>262</sup>), è dotata di efficacia *erga omnes*, ovvero risulta applicabile anche nel caso in cui la legge applicabile che venga in rilievo sia quella di uno Stato terzo. A tale ultimo riguardo, per ciò che concerne la nozione di Stato “terzo” e di Stato “membro” ai fini del regolamento, appare doverosa una precisazione. Allo stato attuale risultano vincolati dalla nuova disciplina, venticinque Paesi, ovvero tutti gli Stati parte dell'Unione europea ad eccezione della Danimarca che, come noto, non partecipa, secondo il Protocollo 22<sup>263</sup>, agli atti che l'Unione adotta nel settore della cooperazione giudiziaria civile sulla base dell'articolo 81 TFUE, nonché il Regno Unito e l'Irlanda che, pur potendo operare una scelta, nel senso di poter partecipare di volta in volta all'adozione del singolo atto in

---

<sup>260</sup> CLERICI, *I principi del diritto internazionale privato europeo delle successioni*, op. cit., p. 242.

<sup>261</sup> V. *Supra* cap. II. A tale proposito appaiono particolarmente significative le parole contenute nella relazione esplicativa della proposta presentata dalla Commissione: «La diversità delle norme di diritto sostanziale e delle norme che regolano la competenza internazionale o la legge applicabile, la molteplicità delle autorità che possono essere adite nell'ambito di una successione internazionale e la frammentazione delle successioni che il divergere di tali norme può comportare ostacolano la libera circolazione delle persone nell'Unione, che hanno quindi grandi difficoltà a esercitare i loro diritti nell'ambito di una successione internazionale. Le diversità normative proprie dei singoli Stati impediscono altresì il pieno esercizio del diritto di proprietà privata che, secondo la costante giurisprudenza della Corte di giustizia, costituisce parte integrante dei diritti fondamentali di cui la Corte garantisce il rispetto», Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, del 14 ottobre 2009, COM(2009), 154 def.

<sup>262</sup> V. *infra* cap. IV.

<sup>263</sup> Il Considerando (83) del regolamento chiarisce che conformemente a quanto prevedono gli articoli 1 e 2 del Protocollo n. 22 sulla posizione della Danimarca, annesso al Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, la Danimarca non prende parte all'adozione del regolamento e non è soggetta alla sua applicazione.

discussione nella'ambito della cooperazione giudiziaria civile, hanno deciso di non effettuare l'*opting in*<sup>264</sup>. Ciò posto, ai fini del regolamento, Danimarca, Irlanda e Regno Unito devono essere equiparati, a pieno titolo, a qualsiasi altro Stato terzo, pur essendo formalmente Stati appartenenti all'Unione europea<sup>265</sup>.

Come evidenziato, il regolamento ha accolto il principio dell'unità della successione, prevedendo l'applicazione della medesima legge tanto alla successione mobiliare quanto a quella immobiliare ed adottando come criterio generale di collegamento e, al tempo stesso, di giurisdizione, la residenza abituale del *de cuius* al momento della morte.

La scelta della residenza abituale come criterio di collegamento principale<sup>266</sup> non è casuale e non è stata, alla luce della tendenza ormai intrapresa dal legislatore europeo, fonte di particolare sorpresa<sup>267</sup>. La stessa risponde infatti ad un'ottica economica e celere adatta a

---

<sup>264</sup> Il considerando (82) del regolamento stabilisce infatti che, conformemente a quanto previsto dagli articoli 1 e 2 del Protocollo n. 21 sulla posizione del Regno Unito e Irlanda allegato al Trattato sul funzionamento dell'Unione europea con riguardo allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia entrambi questi due Stati membri non sono vincolati alla previsione del regolamento Roma IV e alla sua applicazione. Questo tuttavia senza pregiudizio per la possibilità per Irlanda e Regno Unito in qualsiasi tempo di notificare al Consiglio e alla Commissione che desiderano accettare la misura. Entrambi i Paesi, con argomentazioni non troppo dissimili, hanno ritenuto non sufficiente l'impatto pratico della questione successoria sullo sviluppo e il coordinamento della società europea rispetto all'intervento programmatico ipotizzato, ritenendo al contrario che: "*The Commission must identify the real problems that exist and demonstrate their scale. It must develop persuasive impact assessments to justify proposed change. The UK Government does not accept the Commission's view that there is an established need for reform*"<sup>264</sup>, ed evidenziando dunque di preferire un'azione della Commissione più circoscritta, da condurre su singole aeree distinte. Sebbene la posizione del governo inglese a partire dal 2007 e, particolarmente, in seguito ad un secondo esame del Libro verde redatto dalla Commissione, COM(2005) 65 final. The Commission also issued a Staff Working Paper annexed to the Green Paper: SEC (2005) 270, fosse apparsa cautamente più positiva, questo lieve cambiamento non è stato comunque sufficiente a modificare la decisione di non esercitare l'*opting in*. A ciò si aggiunga che entrambi i Paesi hanno sollevato dubbi circa la correttezza della base giuridica utilizzata a fondamento dell'atto normativo, avanzando la proposta di annoverare il regolamento sulle successioni transfrontaliere tra gli atti afferenti il diritto di famiglia e ritenendo dunque applicabile l'art. 67, par. 5, del TCE, introdotto dal Trattato di Amsterdam. Questo, inevitabilmente, avrebbe comportato profonde ripercussioni sulla procedura di voto, posto che, se la materia fosse stata ricompresa tra gli atti che presentano "aspetti connessi con il diritto di famiglia", l'iter di approvazione avrebbe comportato secondo quanto stabilito dall'articolo, il ricorso alla speciale procedura del voto all'unanimità del Consiglio con la mera consultazione del Parlamento europeo. Non è peregrino ipotizzare, anche soffermandosi sulle opinioni scettiche più volte espresse dal governo inglese, che il Regno Unito premesse affinché il regolamento venisse annoverato tra le materie con "*family law basis*" allo scopo di condizionare, attraverso il proprio peso decisionale, la stessa adozione dell'atto. La decisione dell'Irlanda di non esercitare l'*opting in* è stata comunicata il 15 dicembre 2009; il giorno successivo identica comunicazione è stata data per iscritto dal ministro della giustizia inglese; v. House of Commons, *Documents considered by the Committee on 6 January 2010 – European Scrutiny Committee Contents*, all'indirizzo <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200910/cmselect/cmeuleg/5-v/517.htm> e per alcune considerazioni in dottrina HARRIS, *The proposed EU regulation on succession and wills: prospects and challenges*, in *Trust Law International*, 2008, 22(4), p.181-235.

<sup>265</sup> In senso contrario, con argomenti, a parere di chi scrive, non convincenti, CRAWFORD, CARRUTHERS, *Speculation on the Operation of Succession Regulation 650/2012: Tales of the Unexpected*, in *European Review of Private Law*, 2014, p. 847 e ss. e spec. pp. 850, 855 e 858.

<sup>266</sup> Sebbene non sia stata fonte di particolare sorpresa non v'è dubbio, come è stato osservato, che tale scelta introduce un cambiamento importante per gli Stati membri partecipanti, poiché attualmente diciassette di essi (inclusa la Croazia, ultimo Stato recentemente entrato a far parte dell'Unione europea) utilizzano in materia il criterio della cittadinanza. Inoltre anche quelli che utilizzano invece il criterio del domicilio o della residenza abituale sono fautori del principio scissionista e pertanto sottopongono alla legge personale unicamente i beni mobili sottoponendo, al contrario, sempre e comunque quella immobiliare alla *lex rei sitae*, DAVI, ZANOBBETTI, *Il nuovo diritto internazionale europeo delle successioni*, op. cit., p. 43.

<sup>267</sup> La residenza abituale, la cui importanza quale criterio di collegamento nel diritto internazionale privato è andata aumentando nel tempo, soprattutto a discapito del criterio di collegamento della cittadinanza, è ad oggi il criterio di collegamento oggettivo più diffuso non solo nelle convenzioni dell'Aja in materia di

riflettere la crescente mobilità delle persone, che forse meglio si addice ai tempi in cui il regolamento è destinato ad operare<sup>268</sup>. Inoltre, la scelta della residenza abituale mantiene un carattere maggiormente neutro e tiene al riparo da eventuali profili discriminatori che, al contrario, potrebbero essere insiti nel ricorso al criterio della cittadinanza (con particolare riferimento all'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali<sup>269</sup>).

A ciò si aggiunga che il riferimento alla residenza abituale garantisce una maggiore integrazione del soggetto nella realtà sociale e giuridica del Paese prescelto. Non è peraltro trascurabile il rilievo per cui la residenza abituale, almeno nella maggior parte dei casi, coincide con il centro degli interessi principali del *de cuius* e, verosimilmente, con il luogo in cui sarà concentrata la gran parte del patrimonio del defunto, oltre che con la localizzazione degli eventuali creditori e, forse, degli eredi<sup>270</sup>. Inoltre, l'utilizzo della residenza abituale quale criterio di collegamento e l'applicazione della *lex fori* consentono di conseguire un ulteriore importante risultato perseguito dal legislatore europeo, ovvero la coincidenza tra

---

diritto di famiglia (V. per esempio gli art. 15 ss. della Convenzione del 1996 sulla protezione dei minori e gli artt. 13 ss. della Convenzione del 2000 sulla protezione internazionale degli adulti), ma anche nelle norme di conflitto europee sia per la competenza internazionale che per il diritto applicabile. Il regolamento Roma I, nell'art. 4 commi 1 e 2, impiega la residenza abituale della parte che effettua la prestazione caratteristica quale criterio principale di collegamento ai fini della determinazione della legge regolatrice del contratto. Altrettanto dicasi per ciò che concerne il diritto internazionale in materia di obbligazioni alimentari (combinato disposto dell'art. 15 del regolamento n. 4/2009 sulle obbligazioni alimentari e dell'art. 3 del protocollo dell'Aja del 23 novembre 2007 relativo alla legge applicabile alle obbligazioni alimentari), al diritto internazionale privato in materia di responsabilità genitoriale (artt. 15-17 della Convenzione dell'Aja del 1996 sulla protezione dei minori), al diritto internazionale in materia di divorzio e separazione personale (art. 8 lett. a e lett. b del regolamento Roma III). La stessa tendenza, seguita anche in ambito successorio dal regolamento oggetto della presente disamina (art. 21 e art. 4) e, che verrà seguita, verosimilmente, in futuro, anche dal nuovo regolamento in materia di regime patrimoniale tra coniugi. In dottrina si veda HAUSSMAN, *I principi generali del diritto internazionale privato europeo*, in Atti del XX Convegno Sidi, op. cit., pp. 215-240, e i riferimenti ivi indicati tra cui, in particolare, BAETGE, *Auf dem Wege zu einem gemeinsamen europäischen Verständnis des wöhnlichen Aufenthalts*, *Festschrift für Kropholler*, Tübingen, 2008, p. 77 ss.; HILBIG LUGANI, *Neue Herausforderung des Begriffs des gewöhnlichen Aufenthalts im europäischen Familienrecht*, *Festschrift für Brudermüller*, 2014, p. 323 ss.; ID., *Divergenz und Transparenz: Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts der privathandelnden natürlichen Personen im jüngeren EuIPR und EuZPR*, in *Gemeinschaftsprivatrecht*, 2014, p. 8 ss.; MELLONE, *La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 685 ss.; WELLER, *Der „gewöhnliche Aufenthalt“ – Plädoyer für einen willkürzentrierten Aufenthaltsbegriff*, in LEIBLE/UNBERATH, op. cit., p. 293 ss., spec. 298 ss.

<sup>268</sup> Si legge nel considerando (23) del regolamento, infatti, che «in considerazione della crescente mobilità dei cittadini e al fine di assicurare la corretta amministrazione della giustizia all'interno dell'Unione e di garantire un criterio di collegamento oggettivo tra la successione e lo Stato membro nel quale è esercitata la competenza, il presente regolamento prevede come criterio di collegamento generale ai fini della determinazione sia della competenza che della legge applicabile la residenza abituale del defunto al momento della morte. Al fine di determinare la residenza abituale, l'autorità che si occupa della successione dovrebbe procedere ad una valutazione globale delle circostanze della vita del defunto negli anni precedenti la morte e al momento della morte, che tenga conto di tutti gli elementi fattuali pertinenti, in particolare la durata e la regolarità del soggiorno del defunto nello Stato interessato nonché le condizioni e le ragioni dello stesso. La residenza abituale così determinata dovrebbe rivelare un collegamento stretto e stabile con lo Stato interessato tenendo conto degli obiettivi specifici del presente regolamento».

<sup>269</sup> Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, firmata a Nizza il 7 dicembre 2000 in GUCE, 18 dicembre 2000, n. C 364. *Articolo 21* “Non discriminazione” «1. È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale. 2. Nell'ambito d'applicazione dei trattati e fatte salve disposizioni specifiche in essi contenute, è vietata qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità» (grassetto aggiunto).

<sup>270</sup> Nel considerando (37) evidenzia che «la regola principale dovrebbe garantire che la successione sia regolata da una legge prevedibile con la quale presenta collegamenti stretti».

*forum* e *ius (Gleichlauf)*<sup>271</sup>, condizione che presenta l'indubbio vantaggio di rendere i procedimenti maggiormente celeri. Quando si trova ad applicare la *lex fori*, infatti, il giudice decide sulla base di un diritto che gli è noto e con cui ha stretta familiarità e tale condizione favorevole garantisce una decisione più rapida e certamente più consapevole ed evita alle parti anche ulteriori spese di consulenza, diversamente da quanto accade quando il giudice si trova costretto ad applicare un diritto straniero di cui non conosce a fondo gli istituti<sup>272</sup>.

Per di più, la scelta della residenza abituale come criterio di collegamento principale è propria anche di diversi Stati membri, anche se non di tutti, e produce, come osservato in dottrina, «l'effetto di flessibilizzare in una certa misura il diritto delle successioni, aumentando in misura significativa il margine di manovra del *de cuius*»<sup>273</sup>.

Altro profilo particolarmente rilevante è la disciplina dell'ambito di applicazione della *lex successionis*<sup>274</sup> determinato in base all'articolo 23 del testo, che ricomprende non solo le questioni di devoluzione dell'eredità ma anche l'acquisto, l'amministrazione e la liquidazione della successione. In proposito, peraltro, al fine di facilitare il coordinamento tra i sistemi di *civil law* e quelli di *common law* (e proprio con l'intento di favorire, anche in un prossimo futuro, la partecipazione da parte di Irlanda e Regno Unito, in cui lo statuto successorio è nettamente distinto dalle questioni attinenti la trasmissione e la liquidazione della successione), nel regolamento è stato inserito l'articolo 29<sup>275</sup> che prescrive che la legge applicabile alla successione non osti all'applicazione della normativa dello Stato membro del luogo di situazione del bene, qualora tale legge subordini l'amministrazione e la liquidazione dell'eredità alla nomina di un amministratore o di un esecutore testamentario da parte di un'autorità di quello Stato membro, rendendo così evidente il riferimento alla procedura di *probate* prevista in tali ordinamenti. Nella specie, tale norma salvaguarda le condizioni per il trasferimento della successione imperativamente prescritte in alcuni Paesi e, in particolare, in quelli di *common law* per i beni situati sul loro territorio. La *lex rei sitae*, come viene specificato ancora nel testo regolamentare, prevale anche qualora la legge successoria preveda modalità di conseguimento dell'eredità distinte, basate ad esempio sul

---

<sup>271</sup> Nel considerando (27) è indicato che tra gli obiettivi del regolamento vi è proprio quello di mantenere per quanto possibile il parallelismo tra *forum* e *ius*: «Le disposizioni del presente regolamento sono concepite in modo da far sì che l'autorità che si occupa della successione applichi, nella maggior parte delle situazioni, la propria legge. Il presente regolamento prevede pertanto una serie di meccanismi che entrano in gioco ove il defunto abbia scelto come legge applicabile quella di uno Stato membro di cui era cittadino».

<sup>272</sup> KINDLER, *La legge regolatrice delle successioni nella proposta di regolamento dell'Unione europea*, op. cit., p. 425 e ss.

<sup>273</sup> BONOMI, WAUTLET, *Il Regolamento europeo sulle successioni*, op. cit., p. 230.

<sup>274</sup> RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, *La ley aplicable a la sucesiones mortis causa en el Reglamento (UE) 650/2012*, in *In Dret*, 2013 (2), p. 18 ss.

<sup>275</sup> L'art. 29 si applicherà a Cipro, che adotta per l'amministrazione delle successioni un sistema simile a quello dei Paesi di *common law*. In tale ordinamento, come negli altri di *common law*, infatti, è estranea la concezione – propria dei sistemi di derivazione romanistica – dell'erede quale continuatore della persona del defunto. I beneficiari della successione, pertanto, non subentrano nell'*universum ius defuncti*, ma conseguono soltanto l'eventuale attivo netto risultante dopo la liquidazione dell'asse ereditario affidata ad un soggetto (*personal representative*), nominato dal testatore (*executor*) o dall'autorità giudiziaria (*administrator*). Secondo BONOMI, *Il regolamento europeo sulle successioni*, op. cit., p. 314, la disposizione potrebbe svolgere un'utile funzione anche rispetto ad altri Stati membri che possiedono ugualmente un sistema organizzato per il regolamento delle successioni, quali specialmente gli Stati scandinavi.

principio della *saisine*<sup>276</sup> (tipico dell'ordinamento francese che prevede l'acquisto immediato della successione da parte degli eredi) o su quello dell'*aditio hereditatis*, proprio dell'ordinamento italiano, ovvero l'atto giuridico unilaterale e non recettizio per mezzo del quale il chiamato all'eredità accetta, passando così dalla posizione di chiamato, a quella di erede del defunto.

Un altro carattere di sicuro interesse è l'istituto del rinvio. Con il regolamento sulle successioni, infatti, il legislatore europeo, con ogni probabilità, ha dato inizio ad un nuovo *trend*. Fino a poco tempo fa la questione del rinvio<sup>277</sup> non rivestiva particolare interesse quando ci si trovava ad esaminare i contenuti di un regolamento europeo in materia di diritto internazionale privato, ciò in quanto i regolamenti Roma I, II e III escludono, in linea di principio – a prescindere da un'eccezione contemplata all'interno del regolamento Roma I<sup>278</sup> – l'accettazione di un rinvio indietro o di un rinvio oltre<sup>279</sup>. La stessa considerazione vale anche per il diritto internazionale privato in materia di obbligazioni alimentari<sup>280</sup>.

Discostandosi da questa prassi, il regolamento sulle successioni ammette, seppur in limitati casi, il funzionamento dell'istituto del rinvio (articolo 34)<sup>281</sup> benché tali ipotesi, in considerazione di quelle che sono la disciplina e la struttura del regolamento, nella pratica, non dovrebbero risultare molto frequenti. Nella specie, l'articolo 34 paragrafo 1 ammette che «quando il presente regolamento prescrive l'applicazione della legge di uno Stato terzo, esso si riferisce all'applicazione delle norme giuridiche in vigore in tale Stato, comprese le norme di diritto internazionale privato, nella misura in cui tali norme rinviino: a) alla legge di uno Stato membro; o b) alla legge di un altro Stato terzo che applicherebbe la propria

---

<sup>276</sup> V. DAMASCELLI, *La legge applicabile alle successioni a causa di morte nella proposta di regolamento comunitario in materia*, in *Fondazione Italiana del Notariato*, pp. 1-11, e spec. p. 7, testo disponibile al seguente indirizzo <http://elibrary.fondazione-notariato.it/articolo.asp?art=28/2802&mn=3>

<sup>277</sup> Per un'analisi approfondita sulle finalità e sui diversi modelli di rinvio si veda in dottrina DAVÍ, *Le renvoi en droit international privé contemporain*, in *Recueil des cours*, vol. 353, 2012, pp. 9-522. Il rinvio è comunque uno dei temi classici del diritto internazionale privato sviluppatosi a partire dall'oltremodo noto *leading case* Forgo risolto dalla Cour de Cassation nella seconda metà dell'ottocento. Pertanto si cita, senza presunzione alcuna di completezza e rimandando a sedi più specifiche per l'approfondimento di tutte le relative questioni in merito, parte della dottrina rilevante sul punto: FRANCESKAKIS, *La théorie de renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, 1958; QUADRI, *Critica del c.d. problema del rinvio*, in *Studi critici di diritto internazionale*, I, Milano, 1958, p. 355 ss.; FOYER, *Requiem pour le renvoi?*, in *Travaux Comité fr. Droit intern. privé*, 1980-1, p. 105 ss.; KARTZKE, *Renvoi und Sinn der Verweisung*, in *IPRax*, 1988, p. 8 ss.; KRAMER, *Return to renvoi*, in *66 New York Univ. Law Rev.*, 1991, p. 979 ss.; LIPSTEIN, *La prise en consideration du droit international privé étranger*, in *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1999, p. 15 ss.; REICHART, *Der Renvoi im schweizerischen IPR. Funktion und Bedeutung*, Zürich, 1996; SAUVEPLANNE, *Renvoi*, in *Int. Enc. Comp. Law. Vol. III, Private International Law*, ch. 6 Tübingen, 1990; SIEHR, *Renvoi: A necessary Evil or is it Possible to Abolish it by Statute?*, in Fletcher, Mistelis, Cremona (eds.), *Foundations and Perspectives of International Trade Law*, London, 2001, pp. 193 ss.

<sup>278</sup> Art. 7, comma 3, del regolamento Roma I.

<sup>279</sup> Art. 20 del regolamento Roma I, art. 24 del regolamento Roma II, art. 11 del regolamento Roma III. V. VON HEIN, *Der Renvoi im europäischen Kollisionsrecht*, in LEIBLICH/UNBERATH, *op. cit.*, p. 341 ss., spec. p. 363 ss.; STAUDINGER, HAUSMANN, (2012), *Art. 4 EGBGB*, n. 159 ss.

<sup>280</sup> Combinato disposto dell'articolo 15 del regolamento sulle obbligazioni alimentari e dell'articolo 12 del protocollo dell'Aja del 23 novembre 2007 relativo alla legge applicabile alle obbligazioni alimentari.

<sup>281</sup> Attualmente dunque il regolamento sulle successioni è l'unico tra quelli europei di diritto internazionale privato che ammette il rinvio. Cionondimeno una previsione analoga è contenuta nella proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi COM (2011) 126 def. proprio a dimostrazione di una nuova tendenza che caratterizza l'agire del legislatore europeo.

legge»<sup>282</sup>. Secondo quanto prescrive la norma – che peraltro segue il modello della convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori del 1996 – si deve rispettare il rinvio oltre, operato dalle norme di diritto internazionale privato di uno Stato terzo, alla legge di un altro Stato terzo se quest'ultimo accetta tale rinvio, vale a dire se applica la propria legge. Se invece il secondo Stato terzo rinvia oltre alla legge di un altro Stato terzo o rinvia indietro alla legge dello Stato terzo la cui legge è inizialmente richiamata, questo rinvio non dovrebbe essere rispettato; si tratterà pertanto di un richiamo al diritto sostanziale dello Stato terzo la cui legge è inizialmente richiamata, ad esclusione delle norme di diritto internazionale privato (*Sachnormverweisung*)<sup>283</sup>. Problematico potrebbe rivelarsi il caso in cui lo Stato terzo la cui legge è inizialmente richiamata rinvii oltre alla legge di un altro Stato terzo, ma questo, a sua volta, rinvii indietro alla legge di uno Stato membro. Basandosi sul dato letterale, anche in tale ipotesi dovrà farsi riferimento ad un richiamo del diritto sostanziale dello Stato terzo la cui legge è inizialmente richiamata, ad esclusione delle norme di diritto internazionale privato di tale Stato<sup>284</sup>. Nel caso di un rinvio indietro indiretto alla legge di uno Stato membro, è stato osservato che, probabilmente, gli obiettivi che il regolamento si è prefisso di raggiungere con questa previsione, così come ragioni di praticità, dovrebbero far propendere in favore dell'accettazione di un rinvio indietro indiretto<sup>285</sup>.

Ammettendo il rinvio, il legislatore europeo ha dunque dimostrato di voler trattare il problema successorio attraverso un approccio integrato, dando vita ad uno strumento che appronta soluzioni profondamente unitarie in risposta ad un'idea di Europa vista come spazio altrettanto unitario<sup>286</sup>. Per di più anche la previsione del rinvio è volta a garantire, per quanto possibile, la coincidenza tra *forum* e *ius*.

Nondimeno, sono previste delle eccezioni tutt'altro che trascurabili. Nella specie, l'articolo 34, questa volta al paragrafo 2, chiarisce che non si possa far luogo al rinvio tutte le volte in cui operi la clausola di eccezione basata sul collegamento manifestamente più stretto, prevista dall'articolo 21, paragrafo 2, quando sia stata effettuata una *professio iuris* ai sensi dell'articolo 22<sup>287</sup>, ovvero quando si tratti della validità di una disposizione a causa di

---

<sup>282</sup> Come osservato da DAVÌ, ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, op. cit., p. 154, il modello di rinvio accolto dal regolamento è quello del rinvio «doppio» o «integrale».

<sup>283</sup> HAUSMANN, *I principi generali del diritto internazionale privato europeo*, op. cit., p. 235.

<sup>284</sup> In questo senso per l'art. 21 par. 2 convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori del 1996, P. LAGARDE, *Report n. 116*; HAUSMANN, *op. cit.*, parte B, n. 546.

<sup>285</sup> VON HEIN, *op. ult. cit.*, p. 374 ss. Poiché in questa sede non è possibile soffermarsi su tutte le varie questioni molto complesse che riguardano l'istituto, avendo limitato l'esame ad un cenno dell'accoglimento da parte del regolamento, si rinvia per un esame approfondito del ruolo del rinvio all'interno della sistematica del testo e per l'analisi di tutte le possibili problematiche connesse, a DAVÌ, ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, op. cit., pp. 139-170.

## 286

FUMAGALLI, *Rinvio e unità di successione nel nuovo diritto internazionale privato italiano*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1997, p. 829 ss.

<sup>287</sup> Sebbene, come è stato osservato da DAVÌ, ZANOBETTI, *loc. ult. cit.*, p. 144, l'esclusione del rinvio motivata dall'esistenza di una *professio iuris* sia riferita formalmente dall'art. 34, par. 2, unicamente ad una scelta di legge effettuata sulla base dell'articolo 22, non vi è dubbio che essa debba intendersi estesa anche ai casi più specifici di scelta della legge regolatrice delle disposizioni testamentarie e della legge regolatrice dei patti successori, così come disciplinate rispettivamente dagli articoli 24, par. 2, e 25, par. 3. Ciò in quanto una

morte redatta per iscritto (articolo 27)<sup>288</sup> o, ancora, quando venga in considerazione la validità formale della dichiarazione di accettazione o della rinuncia (articolo 28). Da ultimo, il meccanismo di funzionamento del rinvio si interrompe qualora vengano in considerazione quelle norme che «per ragioni di carattere economico, familiare o sociale, impongono restrizioni alla successione di tali beni» ai sensi di quanto dispone l'articolo 30 del regolamento.

Un altro punto della disciplina regolamentare particolarmente delicato riguarda l'ammissibilità dei patti successori. Il regolamento, che mostra di riservare un moderato *favor* nei confronti di tale strumento, contiene una specifica norma di conflitto in materia e ciò benché l'ammissibilità degli stessi sia esplicitamente esclusa dalle normative interne di alcuni Stati membri. Come è noto, infatti, tali accordi, di larga applicazione in Paesi di tradizione germanica, sono al contrario proibiti, sia pure con varie eccezioni, nella maggior parte dei Paesi influenzati dal diritto romano e dal diritto francese, tra cui l'Italia<sup>289</sup>. Con riguardo a quest'ultimo aspetto, le principali problematiche attengono alla natura imperativa, e dunque inderogabile, delle norme che precludono la conclusione degli accordi suddetti, espressione di una scelta di politica pubblica effettuata dal legislatore interno, nonché l'adeguatezza della soluzione contemplata dalla normativa sovranazionale in materia.

Il regolamento ha inoltre inteso semplificare la fase di trasmissione dei beni istituendo, e seguendo in questo l'esempio fornito dalla Convenzione dell'Aja del 1973, un «certificato successorio europeo»<sup>290</sup>, utilizzabile per provare all'interno di tutti gli Stati membri la qualità di erede, di legatario o di amministratore dell'eredità e promuovendo, per quanto possibile, la coincidenza tra *forum* e *ius* mediante l'adozione di criteri di competenza e di collegamento che ne favoriscano il parallelismo, al fine di evitare al giudice la difficoltà di applicare istituti ignoti al proprio ordinamento (si pensi, ad esempio, all'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario, propria delle legge italiana, che serve ad evitare la confusione del patrimonio del *de cuius* con quello dell'erede, istituto sconosciuto in altri ordinamenti)<sup>291</sup>.

---

interpretazione diversa, sotto il profilo sostanziale, condurrebbe a delle soluzioni che è difficile ipotizzare siano state volute dal legislatore europeo. Anzitutto l'impossibilità, determinata dal funzionamento solo parziale dell'istituto del rinvio, di far coincidere la legge disciplinante alcune disposizioni testamentarie o un patto successorio con quella applicabile agli aspetti residui, con conseguente nocimento al principio dell'unità della successione, nonché il possibile sfruttamento dell'istituto del rinvio per eludere il limite imposto dall'articolo 22, che consente una scelta solo se riferita all'intera successione ed escludendo la possibilità di scelte parziali. Nello stesso senso si è espresso anche DUTTA, *Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union - Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung*, in *FamRZ*, 2013, p. 12 e spec. nota 70. Maggiormente dubitativa la posizione di RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, *La ley applicable a las sucesiones*, cit., p. 42 ss.

<sup>288</sup> Tale eccezione non è oggetto di sorpresa posto che si pone in linea di continuità con un orientamento ampiamente diffuso sia nella dottrina internazionalprivatistica che nelle legislazioni dei singoli Stati membri. Ci si riferisce in particolare all'esclusione prevista dall'art. 13, comma 2, lett. b) della legge italiana di diritto internazionale privato 218/1995, dagli artt. 8 e 16 di quella austriaca e dagli artt. 11 e 26 dell'EGBGB tedesco. Nella medesima direzione anche la posizione assunta nella Convenzione dell'Aja del 1961 sui conflitti di leggi in materia di forma delle disposizioni testamentarie.

<sup>289</sup> Articolo 458 cod. civ.

<sup>290</sup> A differenza di quello previsto dalla convenzione, che contiene unicamente la designazione della persona o delle persone abilitate ad amministrare la successione mobiliare e l'indicazione dei relativi poteri, quello previsto dal regolamento europeo riguarda l'intera massa successoria..

<sup>291</sup> DAVÌ, ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni*, op.cit., p. 24 e 25. In nota nel testo si sottolinea come l'istituto dell'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario abbia già creato rilevanti difficoltà di applicazione da parte dei giudici tedeschi nel caso *Zannantonio*, deciso dall'*Orberlandesgericht* bavarese il 2 dicembre del 1965, in *Neue juristische Wochenschrift*, 1967 p. 447 ss. Il caso

Tale previsione appare particolarmente innovativa e degna di approfondimento<sup>292</sup>. Al certificato successorio europeo, che presenta carattere non obbligatorio – l'articolo 62 specifica, infatti, che il «certificato non sostituisce i documenti interni utilizzati a scopi analoghi negli Stati membri» – (scelta prudente, dovuta verosimilmente al carattere ancora sperimentale di un atto per il quale non vi sono termini di paragone), è attribuito un importante valore probatorio, posto che lo stesso consente di dimostrare la propria qualità di erede, di legatario, di amministratore ereditario nonché l'attribuzione di un bene determinato in tutti gli Stati membri. A ciò si aggiunga che, oltre alle questioni connesse alle condizioni e ai problemi relativi all'emissione del certificato, particolare attenzione deve essere riservata al contenuto e, soprattutto, agli effetti – primo fra tutti quello di buona fede – per poi passare a valutare le relazioni tra il certificato europeo e quelli nazionali. La previsione di un certificato successorio europeo, come evidenzia il considerando 67, trova giustificazione «affinché una successione con implicazioni transfrontaliere all'interno dell'Unione sia regolata in modo rapido, agevole ed efficace». A ciò si aggiunga che, al considerando 69 e seguenti si evidenzia che il ricorso al certificato successorio europeo non è obbligatorio ed inoltre che lo stesso è destinato a valere in ambito intraeuropeo, ossia ad essere utilizzato in un altro Stato membro: «in osservanza al principio di sussidiarietà il certificato non dovrebbe prendere il posto di eventuali documenti interni utilizzati a scopi analoghi negli Stati membri». Per ciò che attiene alla finalità del certificato, essa è ovviamente quella di produrre i suoi effetti senza che, si legge all'articolo 69, «sia necessario il ricorso ad alcun procedimento» ulteriore in tutti gli Stati membri, questi però non saranno effetti esecutivi, bensì meramente probatori. Ancora il considerando 71 specifica che il certificato avrà la funzione di «dimostrare con esattezza gli elementi accertati in forza della legge applicabile alla successione» e pertanto, evidentemente, non sarà idoneo a provare anche la verifica delle così dette «questioni preliminari», quali ad esempio

---

riguardava un cittadino italiano vissuto in Baviera per tutta la vita e morto *ab intestato*, lasciando beni situati in Germania ed eredi i suoi figli minori. Le difficoltà provocate dalla sottoposizione della successione alla legge italiana, in quanto legge della cittadinanza del *de cuius*, derivavano dal fatto che il diritto italiano prevede che i minori possano accettare un'eredità solo con beneficio di inventario, istituto sconosciuto in quella forma e con quegli effetti al diritto tedesco; di conseguenza il giudice di quel paese, adito in primo grado, era stato indotto a dichiarare la propria incompetenza ad occuparsi di questo aspetto. D'altra parte le autorità italiane si erano ugualmente dichiarate incompetenti poiché secondo la normativa interna l'inventario può essere ricevuto solo dalle autorità del luogo di apertura della successione. Per evitare un diniego di giustizia, il *Bayerisches Oberlandesgericht* aveva quindi deciso di attribuire all'inventario, eseguito in base alle regole processuali tedesche, gli effetti sostanziali propri del diritto italiano. Il caso in questione dimostra le difficoltà che può presentare l'adozione all'estero di misure relative alla trasmissione di beni ereditari che sono di comune impiego in alcuni ordinamenti ma che in altri risultano sconosciuti e di difficile attuazione.

<sup>292</sup> I primi commenti hanno accolto con favore il nuovo strumento, si vedano PADOVINI, *Il certificato successorio europeo*, in *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, in Franzina, Leandro (a cura di), op. cit., p. 191 ss., ma anche NOTAIRES D'EUROPE, *Prise de position sur la proposition de règlement relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et de actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen*, 11 dicembre 2009, p. 1, all'indirizzo <http://www.notaries-of-europe.eu/index.php?pageID=4976> e ancora MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT, *Comments on the European Commission's Proposal*, op. cit., p. 673 ss. Nondimeno è stata evidenziata la mancanza di coraggio del legislatore europeo nel prevedere lo strumento come non obbligatorio e destinato ad affiancarsi gli altri strumenti già in essere nei singoli Stati membri. Inoltre per quanto riguarda le questioni pratiche, ad esempio per ciò che concerne l'Italia, i notai, unica autorità abilitata al rilascio, si interrogano sulla possibilità di considerare la richiesta di emissione del certificato accettazione tacita dell'eredità.

l'esistenza del rapporto di filiazione<sup>293</sup> in capo ad un erede, che continueranno ad essere valutate sulla base della legge individuata dalle norme di conflitto del foro.

## *2. La professio iuris nel regolamento. Considerazioni di ordine generale*

Nell'eleggere la residenza abituale quale criterio generale e principale di collegamento in ambito successorio, il legislatore europeo ha operato, a monte, una scelta di opportunità. Lo stesso ha, infatti, valutato che la residenza abituale, essendo, come evidenziato, un criterio di tipo fattuale che richiede un accertamento in concreto, consente, almeno nella maggior parte dei casi, di individuare dove sia ubicato l'effettivo centro di interessi di un soggetto.

Si sono già evidenziati pregi e difetti di questa scelta<sup>294</sup>, ma è altresì ovvio che, nella varietà dei singoli casi che possono verificarsi nella pratica, inevitabilmente residuino delle ipotesi in cui il criterio della residenza abituale non sia concretamente idoneo a rispecchiare quello che è il centro effettivo di vita del soggetto da un punto di vista economico, sociale ma anche affettivo e che, pertanto, risulti necessario prevedere dei criteri alternativi.

Proprio allo scopo, il legislatore europeo ha inserito nel testo del regolamento dei "correttivi", che rendono inapplicabile il criterio generale della residenza abituale indicato nell'articolo 21, paragrafo 1. Attraverso tali previsioni alternative viene garantita al soggetto, che si trovi nella condizione di dover predisporre la propria successione, la possibilità di effettuare un'accurata pianificazione ereditaria, che passi dalla possibilità di scegliere una legge differente da quella della residenza abituale in quanto ritenuta più vicina e, dunque, più idonea a regolare i propri interessi.

Un correttivo, sebbene di natura certamente eccezionale, è quello del collegamento manifestamente più stretto previsto sempre dall'articolo 21 ma, questa volta, al paragrafo 2<sup>295</sup>. La clausola del collegamento manifestamente più stretto è un rimedio del tutto eccezionale utilizzabile in via meramente residuale qualora «dal complesso delle circostanze del caso concreto risulti(a) chiaramente che, al momento della morte, il defunto aveva collegamenti manifestamente più stretti con uno Stato diverso da quello la cui legge sarebbe applicabile ai sensi del paragrafo 1, la legge applicabile alla successione è la legge di tale altro Stato»<sup>296</sup>.

---

<sup>293</sup> BALLARINO, *Il nuovo regolamento europeo sulle successioni*, op. cit., p. 1143 e ss.

<sup>294</sup> *Supra* par. 1.

<sup>295</sup> All'interno del considerando (24) si trova una spiegazione del perché sia stato ritenuto opportuno inserire la previsione della clausola di eccezione nel regolamento. Si legge che «in taluni casi può risultare complesso determinare la residenza abituale del defunto. Un caso di questo genere può presentarsi, in particolare, qualora per motivi professionali o economici il defunto fosse andato a vivere all'estero per lavoro, anche per un lungo periodo, ma avesse mantenuto un collegamento stretto e stabile con lo Stato d'origine. In un siffatto caso si potrebbe ritenere che il defunto, alla luce delle circostanze della fattispecie, avesse ancora la propria residenza abituale nello Stato di origine in cui è situato il centro degli interessi della sua famiglia e della sua vita sociale. Altri casi complessi possono presentarsi qualora il defunto fosse vissuto alternativamente in più Stati o si fosse trasferito da uno Stato all'altro senza essersi stabilito in modo permanente in alcuno di essi. Se il defunto era cittadino di uno di tali Stati o vi possedeva tutti i suoi beni principali, la sua cittadinanza o il luogo in cui sono situati tali beni potrebbero costituire un elemento speciale per la valutazione generale di tutte le circostanze fattuali».

<sup>296</sup> Non è ipotizzabile il rischio che i tribunali facciano un uso eccessivo della clausola di eccezione dato che questa conduce spesso all'applicazione di una legge straniera BAJONS in M. Schauer e E. Scheuba, p. 32.

Si tratta pertanto di un criterio di collegamento a carattere flessibile che trova giustificazione nel principio di prossimità<sup>297</sup>. Tale clausola di eccezione è stata inserita nel regolamento sebbene la stessa non comparisse nella proposta redatta dalla Commissione ma, d'altronde, la stessa collima con la previsione contenuta in pressoché tutti gli altri regolamenti europei in materia di diritto internazionale privato<sup>298</sup>. A motivo di ciò, il suo inserimento nel regolamento, sebbene sia avvenuto solo in un momento successivo nell'iter legislativo, non è stato fonte di particolare sorpresa e tale considerazione è altresì vera sebbene una previsione di tale genere, al contrario, non risulti molto diffusa in diritto comparato o negli strumenti convenzionali in materia successoria<sup>299</sup> che hanno preceduto il regolamento.

Il vantaggio che appronta questa previsione è di permettere una correzione dei risultati ottenuti applicando il criterio generale della residenza abituale, qualora il risultato ottenuto dovesse rivelarsi anomalo o anche solo insoddisfacente per le persone coinvolte. Nondimeno, posto che il regolamento annovera tra gli scopi principali quello di garantire la certezza delle situazioni giuridiche<sup>300</sup> anche in una materia complessa come quella successoria, tale norma non è stata vista con favore dalla dottrina, che ritiene che, in questo modo, si rischi di dare origine a situazioni ambigue. Invero, il principale difetto della clausola di eccezione è legato proprio all'incertezza che potrebbe produrre. La valutazione delle relative circostanze fattuali, infatti, è affidata interamente all'interprete, il che rende poco prevedibile la determinazione della legge applicabile e crea un'incertezza che persiste tanto nel periodo che precede l'apertura della successione quanto durante le fasi successive e fino a che il giudicante non si sia pronunciato<sup>301</sup>. Tale stato di cose indebolisce la possibilità di pianificazione e, con tutta probabilità, aumenta il rischio di contenzioso successorio<sup>302</sup>.

---

<sup>297</sup>BONOMI, WAUTELET, *Il Regolamento europeo sulle successioni*, op. cit., p. 453.

<sup>298</sup> Si vedano ad esempio l'art. 4 par. 3 del regolamento Roma I e l'art. 4, par. 3 del Regolamento Roma II.

<sup>299</sup> Il precedente più significativo è senza dubbio l'art. 3 della convenzione dell'Aja del 1989 che permette di derogare tanto alla legge della residenza abituale quanto alla legge nazionale quando il *de cuius* aveva al momento della morte un collegamento manifestamente più stretto con un altro Paese (art. 3 parr. 2 e 3). La clausola peraltro si atteggia diversamente a seconda che si tratti di derogare alla legge della residenza abituale o a quella della cittadinanza, in particolare nel primo caso la convenzione esige condizioni più rigorose potendosi derogare alla legge della residenza abituale solo quando vi siano delle circostanze eccezionali e di contatti manifestamente più stretti con un altro Stato, condizioni non richieste quando, al contrario, si tratta di derogare alla legge nazionale (art. 3, par. 3).

<sup>300</sup> Tale obiettivo di certezza è chiaramente esplicitato all'interno del considerando (37) « affinché i cittadini possano beneficiare, nel rispetto della certezza del diritto, dei vantaggi offerti dal mercato interno, è necessario che il presente regolamento consenta loro di conoscere in anticipo la legge applicabile alla loro successione. Occorre introdurre norme armonizzate sul conflitto di leggi per evitare risultati contraddittori. La regola principale dovrebbe garantire che la successione sia regolata da una legge prevedibile con la quale presenta collegamenti stretti. Ai fini della certezza del diritto e onde evitare la frammentazione della successione, tale legge dovrebbe regolare l'intera successione, ossia tutti i beni oggetto dell'eredità, indipendentemente dalla loro natura o dal fatto che siano situati in un altro Stato membro o in uno Stato terzo».

<sup>301</sup> BONOMI, WAUTELET, *Il Regolamento europeo sulle successioni*, op.cit., 232 ss.

<sup>302</sup> In senso critico anche DAVÌ, ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, op. cit., p. 52 ss. e DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte*, op. cit., p. 53.

Nondimeno, se vi si fa ricorso con parsimonia, la clausola di eccezione può anche risultare un valido strumento per correggere alcuni risultati che potrebbero non essere rispondenti alle aspettative delle persone coinvolte nel procedimento successorio<sup>303</sup>.

Da sottolineare altresì che la clausola di eccezione non ha alcun effetto sulla competenza giurisdizionale<sup>304</sup>. Ne consegue che nel caso in cui i giudici dello Stato membro dell'ultima residenza abituale del *de cuius* applicassero l'articolo 21, paragrafo 2, si troverebbero a dover decidere in applicazione di una legge successoria straniera, senza avere la possibilità di declinare la competenza in favore dei giudici dello Stato con cui il *de cuius* aveva il collegamento più stretto. A tale proposito, occorre infatti sottolineare che la possibilità di declinare la competenza prevista dall'articolo 6, lettera a), in favore dei tribunali «più adatti a decidere sulla successione» è prevista nel caso di scelta di legge, ma non può utilizzarsi, al contrario, nel caso in cui si faccia ricorso alla clausola di eccezione. Potrà, tuttavia, accadere che i giudici di uno Stato membro diverso da quello dell'ultima residenza abituale, competenti in via sussidiaria in virtù degli articoli 10 e 11 del regolamento, ritengano che la situazione presenti un collegamento più intenso con la legge del foro; in quest'ultimo caso la clausola di eccezione consente di ottenere nuovamente la coincidenza tra *forum* e *ius*. Nondimeno, allo stesso modo di quanto accade nel caso di una *professio iuris*, un'eventuale rinvio, ai sensi dell'articolo 34, paragrafo 2, non potrà essere preso in considerazione<sup>305</sup>.

Un altro correttivo, che tuttavia risulta riduttivo definire tale, è la possibilità di operare un'*optio legis* in favore di una legge successoria diversa da quella che risulterebbe applicabile ricorrendo al criterio principale della residenza abituale.

L'accoglimento del criterio dell'autonomia della volontà nel regolamento, che è suscettibile di introdurre modifiche significative nei sistemi che non riconoscevano alcuna possibilità di esercitare una *professio iuris* in ambito successorio<sup>306</sup>, conferisce all'intera disciplina un'impronta forte, espressione di una scelta di politica legislativa promossa dal legislatore europeo in un settore tradizionalmente estraneo, almeno da un punto di vista strettamente interno nella maggior parte dei sistemi di *civil law*, all'esercizio di ampi margini di autonomia privata.

In linea generale due sono i vantaggi che discendono da tale previsione, entrambi di carattere sostanziale ma uno di carattere soggettivo e l'altro con portata oggettiva. Nella specie, per ciò che concerne il primo aspetto, la possibilità riconosciuta al disponente di

---

<sup>303</sup> BONOMI, WAUTELET, *loc. ult. cit.*

<sup>304</sup> GAUDEMET-TALLON, in G. Khairallah, M. Revillard, *op. cit.*, p. 129.

<sup>305</sup> Per le questioni attinenti alla giurisdizione si veda *infra*, cap. IV.

<sup>306</sup> In realtà anteriormente al regolamento, la maggioranza degli Stati membri dell'Unione europea non ammetteva la scelta di legge in materia successoria. Tra questi in particolare l'Austria, la Francia, la Grecia, la Lettonia, la Lituania, il Lussemburgo, la Polonia, il Portogallo, la Repubblica Ceca, la Slovacchia, la Slovenia, la Spagna, la Svezia e l'Ungheria. Le soluzioni molto favorevoli accolte dalla Convenzione dell'Aja del 1989 hanno invece positivamente influenzato le legislazioni di diversi Stati membri quali ad esempio la Finlandia (Sezione 16:6 del Codice delle Successioni), l'Estonia (§ 25 della legge di diritto internazionale privato del 27 marzo 2002 – RT I 2002, 35, 217, entrata in vigore il primo luglio 2002), la Germania (art. 25, co. 2 EGBGB sebbene unicamente come facoltà di scegliere la legge tedesca per i beni situati in Germania), l'Italia (art. 46 co. 2 legge n. 218/1995, il Belgio (art. 79 del Codice belga di diritto internazionale privato, la Bulgaria (art. 89, co. 5, del Codice di diritto internazionale privato del 13 maggio 2005) – anche se in questi ultimi tre Paesi la scelta di legge non può pregiudicare i diritti riconosciuti ai legittimari dalla legge che sarebbe applicabile in mancanza di scelta – e la Romania (art. 68, co. 1, della legge di diritto internazionale privato del 22 settembre 1992. Per ulteriori approfondimenti si veda *supra* il capitolo II.

poter effettuare una scelta di legge pone al riparo dal rischio che la successione venga regolata da una legge che non presenta con essa che deboli legami ed è inoltre in grado di offrire al *de cuius* la possibilità di organizzare la trasmissione del proprio patrimonio sulla base di una regolamentazione materiale il cui contenuto potrebbe meglio rispondere alle proprie esigenze. Per ciò che attiene al secondo aspetto, invece, considerando la previsione dal punto di vista specifico delle esigenze di sviluppo del processo di integrazione europea, l'inserimento all'interno del regolamento di tale facoltà di scelta offrirebbe una maggiore stabilità e continuità delle situazioni giuridiche a tutti quei cittadini dell'Unione europea che si trovano costretti, per questioni contingenti di studio o lavoro, ad emigrare in un altro Stato, ma che non intendono spezzare i legami con il proprio Paese di origine<sup>307</sup>. Poiché se è certo che il criterio della residenza abituale è certamente più funzionale alle esigenze di sviluppo dell'Unione europea in quanto tende a favorire, in misura maggiore e più semplice rispetto alla cittadinanza, l'integrazione giuridica e sociale delle persone che si spostano da un Paese membro all'altro nello Stato di accoglienza, il criterio della cittadinanza potrebbe risultare più garantista ed idoneo ad assicurare la protezione di interessi individuali<sup>308</sup>. È proprio a motivo di ciò che il regolamento, pur adottando come regola generale di conflitto quella della residenza abituale, accorda al soggetto interessato la possibilità di optare per l'applicazione della propria legge nazionale. Tale opportuno connubio è in grado di contribuire in maniera ancora più marcata alla costruzione e al progresso dell'Unione europea, in quanto consente a ciascun soggetto di usufruire ed esercitare, senza alcun timore, le libertà europee accordatagli, senza rischiare con ciò di vedere compromesso il pacifico esercizio dei propri diritti.

In questo modo si fornisce un considerevole contributo all'integrazione sociale degli individui, che travalica i confini di ciascun singolo Stato e si favorisce l'affievolimento dell'egemonia del potere statale sul singolo, autorizzato a sottrarsi in misura sempre maggiore alla forza coercitiva delle leggi di quegli Stati, a cui risultano, per diverse ragioni, più o meno legati<sup>309</sup>.

A ciò si aggiunga che, anche per ciò che riguarda i rapporti con gli Stati terzi, il sistema introdotto dal regolamento europeo è in grado di favorire il consolidamento di uno spazio giuridico integrato che tende a presentarsi come fortemente unitario anche travalicando i confini dell'Unione europea. Da un lato, infatti, l'adozione come criterio di collegamento principale della residenza abituale ha il pregio di promuovere, in misura maggiore rispetto a quanto avverrebbe se si facesse applicazione del criterio della cittadinanza, l'integrazione

---

<sup>307</sup> V. MANSEL, *Vereinbeitlichung des Internationalen Erbrechts in der europäischen Gemeinschaft- Kompetenz fragen und Regelungsansätze*, in Prof. Dr. Tuğru Ansay'a armağan, Ankara, 2006, p. 208 ss. BONOMI, *Prime considerazioni*, op. cit. p. 882 e ID., *Successions Internationales: conflits de lois et de jurisdictions*, in *Recueil des Cours*, vol. 350 (2010), p. 191; KINDLER, *La legge regolatrice*, op. cit., p. 425 ss.

<sup>308</sup> È stato evidenziato che risulta pressoché impossibile stabilire astrattamente e definitivamente quando una persona abbandona il proprio Paese di origine per spostare, per un periodo più o meno lungo, la propria residenza in uno Stato straniero e se il suo interesse preminente sia quello della continuità, ossia la stabilità delle situazioni giuridiche e nel mantenimento dei legami con lo Stato di provenienza, oppure nel cambiamento, cioè nell'integrazione nel nuovo ambiente sociale. A motivo di ciò la scelta fra le due alternative dovrà essere effettuata concretamente caso per caso, DAVÌ, ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, op. cit., pp. 44-46; DAVÌ, *L'autonomie de la volonté*, op. cit., p. 474 e DUTTA, *Succession and Wills in the Conflict of Law on the Eve of Europeanisation*, in *RebelsZ*, 2009, p. 564 ss.

<sup>309</sup> Per approfondimenti ed ulteriori considerazioni di politica legislativa legate al ruolo riservato all'autonomia della volontà nel sistema europeo si veda *infra* cap. V.

sociale degli immigrati che, com'è indicato nel considerando (4) della direttiva 2003/86 relativa al diritto del ricongiungimento familiare favorisce, a sua volta, «lo sviluppo della coesione economica e sociale, obiettivo fondamentale della Comunità enunciato nel trattato»<sup>310</sup>. Dall'altro lato, l'inserimento della possibilità di effettuare una *professio iuris* in favore della legge nazionale consente a tutti quei cittadini europei, che per i motivi più disparati si trovino a risiedere in uno Stato terzo, di conservare i legami con il proprio Paese di origine, e ove lo desiderino, di sottoporre la propria successione alla legge di tale Paese. Ciò è vero non soltanto nel caso in cui le autorità chiamate a regolare la successione siano quelle di uno Stato membro, ma spesso anche quando la stessa sia regolata dalle autorità del Paese terzo in cui essi risiedono. A ben vedere, infatti, nei casi in cui lo Stato in questione adotti come criterio di collegamento quello della cittadinanza, ma sia favorevole all'accettazione del rinvio, l'effetto della *professio iuris*, anche se non ammessa dalla legge dello Stato terzo, sarà proprio quello di escludere l'operare del rinvio.

*3. L'articolo 22 del regolamento e la possibilità di scegliere la legge dello Stato di una qualsiasi delle cittadinanze possedute per regolare l'intera successione*

La norma che contempla e regola la possibilità di effettuare una *professio iuris*, all'interno del regolamento, è l'articolo 22 che, al paragrafo 1, consente al *de cuius* di effettuare un'*optio legis* in favore della legge della cittadinanza posseduta, qualunque essa sia, al momento della scelta o al momento della morte<sup>311</sup>.

Tale possibilità garantisce al *de cuius*, qualora ne ricorrano i presupposti, di poter effettuare un'accorta pianificazione ereditaria e risponde ad un'esigenza di certezza. La previsione, infatti, pone al riparo, naturalmente qualora sia nelle intenzioni del disponente avvalersene, dai rischi insiti in tutte quelle ipotesi in cui la residenza abituale non sarebbe espressione dell'effettiva situazione personale del soggetto o della sua volontà, oppure, dal pregiudizio che potrebbe derivare da tutti quei casi in cui l'individuazione della residenza abituale non risulti agevole e nei quali il riferimento a tale criterio di collegamento darebbe luogo ad un'oggettiva incertezza o, ancora, da tutte quelle situazioni in cui dovrebbe farsi ricorso all'ancora più incerto criterio del collegamento più stretto.

Lo spazio che il legislatore europeo ha riservato all'autonomia della volontà all'interno del testo regolamentare è però circoscritto entro limiti ben definiti. Il *de cuius*, infatti, gode di un ristretto numero di opzioni tra le quali orientare la propria scelta. Nella specie, si prevede che il disponente possa optare per la cittadinanza<sup>312</sup> posseduta al momento della

---

<sup>310</sup> DAVI, ZANOBETTI, *loc. ult. cit.*, e si vedano altresì le considerazioni svolte da DUTTA, *Succession and Wills*, op. cit., pp. 564-566; e BONOMI, *Prime considerazioni*, op. cit., p. 883.

<sup>311</sup> Il connubio tra il criterio della residenza abituale e la possibilità di effettuare una *professio iuris* in favore di una legge diversa è in grado di promuovere l'integrazione a livello europeo e garantire un'agevole mobilità dei soggetti coinvolti, contribuendo alla creazione di uno stato giuridico integrato. D'altronde se la mobilità dei soggetti rappresenta il presupposto che giustifica l'esistenza stessa delle norme di diritto internazionale privato a livello interno, essendo tale particolare branca del diritto rivolta a regolare le ipotesi che presentino elementi di transnazionalità, al contrario, a livello sovranazionale, garantire l'integrazione e l'agevole mobilità dei cittadini rappresenta uno degli obiettivi stessi perseguiti dall'Unione europea.

<sup>312</sup> Il considerando (41) chiarisce come deve essere determinata la cittadinanza e specifica che la stessa deve essere considerata come questione da risolvere in via preliminare: «Ai fini dell'applicazione del presente regolamento, la determinazione della cittadinanza o delle cittadinanze plurime di una persona è questione da risolvere in via preliminare. Considerare una persona cittadina di un dato Stato è una questione che esula

scelta o, meno opportunamente<sup>313</sup>, è prevista anche la possibilità di rivolgere la propria scelta in favore di una cittadinanza futura, che si prevede di ottenere e conservare fino al momento della morte<sup>314</sup>. Qualora, si tratti di soggetto pluricittadino, il regolamento (articolo 22, paragrafo 2) gli attribuisce la facoltà di scegliere indifferentemente tra una qualsiasi delle cittadinanze possedute al momento della scelta o della morte. Non sarà necessario determinare con quale di questi Stati il *de cuius* possieda un collegamento effettivo ovvero il collegamento più stretto. Invero, è la stessa Corte di giustizia che, nelle note sentenze *Hadadi*, *Micheletti* e *Garcia Avello*<sup>315</sup>, sebbene rese in contesti normativi diversi, ha escluso espressamente il ricorso al criterio della cittadinanza più effettiva. A ben vedere, se questa soluzione appare del tutto coerente con la *ratio* che ha condotto il legislatore europeo a riservare uno spazio alla *professio iuris* all'interno del regolamento, il cui fine ultimo è comunque quello di garantire il rispetto della volontà del *de cuius*, tale soluzione non può dirsi altrettanto rispettosa dei canoni della prossimità<sup>316</sup>.

Garantire al *de cuius* la possibilità di scegliere di assoggettare la propria successione alla legge di una qualsiasi delle cittadinanze possedute, potrebbe significare aprire all'eventualità che il soggetto scelga di designare la legge di uno Stato con un cui ha legami davvero poco significativi, pur avendone magari decisamente di più intensi con un altro Stato, normalmente quello in cui risiede abitualmente e di cui di cui potrebbe anche possedere la cittadinanza. Pertanto, ad esempio, un cittadino italiano, residente in Italia, se possiede, per varie ragioni, anche la cittadinanza di un altro Stato, con cui magari non ha alcun legame effettivo se non quello formale del vincolo della cittadinanza, ben potrà comunque scegliere di sottoporre la propria successione alla legge di tale Stato, qualora le vigenti regole

---

dall'ambito di applicazione del presente regolamento e che è disciplinata dalla legislazione nazionale, comprese, se del caso, le convenzioni internazionali, nel pieno rispetto dei principi generali dell'Unione europea». Pertanto la determinazione del possesso o meno di una determinata cittadinanza è una questione che esula dall'ambito di applicazione del regolamento e che deve essere risolta in conformità alla legge nazionale dello Stato della cui cittadinanza si discute, nel rispetto, come indica lo stesso considerando, delle convenzioni internazionali e dei principi generali del diritto dell'Unione europea. In seno all'Unione, infatti, come ha chiarito in più occasioni la Corte di giustizia, sebbene in contesti normativi differenti, l'attribuzione della cittadinanza così come le ipotesi di perdita della stessa restano una prerogativa esclusiva di ciascuno Stato membro, in quanto espressione di sovranità nazionale, che non può essere messa in discussione da parte di altri Stati. La Corte di giustizia nell'ambito della sua giurisprudenza interpretativa è stata molto chiara nell'affermare questo concetto, si vedano al riguardo le note sentenze: Corte giust. CE, 7 luglio 1992, C-369/90, *Micheletti*, in Racc., 1992, p. I-4239 punti 10-11; Id., 2 ottobre 2003, C-148/02, *Garcia Avello*, in Racc., 2003, p. I-11613, punto 28; Id., 16 luglio 2009, C-168/08, *Hadadi*, in Racc., 2009, p. I-6871, punti 51-56.

<sup>313</sup> Tale possibilità, oltre che apparire poco utile, risulta anche particolarmente rischiosa tanto da un punto di vista della scelta stessa, poiché non è detto che il soggetto sia poi effettivamente in grado di perseguire l'obiettivo di ottenere la sperata cittadinanza, posto che per essere considerata la cittadinanza deve sussistere al momento della morte, quanto da un punto di vista della coerenza e unitarietà stessa del sistema.

<sup>314</sup> La possibilità di scegliere tra le diverse cittadinanze possedute non è nuova nel campo del diritto internazionale privato europeo. Previsione analoga è contenuta, infatti, nell'art. 5 del regolamento (UE) 1259/2010 del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. Inoltre, come ha confermato la Corte di giustizia già nel 2009, nella sentenza *Hadadi*, cit., tale facoltà si estende anche al campo del diritto processuale civile internazionale.

<sup>315</sup> V. *supra*, nota 57. Da evidenziare che la stessa soluzione si ritrova anche nel diritto nazionale svizzero, ordinamento che ammette la *professio iuris* sin dalla fine del XIX secolo ed è oggi prevista, in favore della legge nazionale del *de cuius*, dalla LDIP del 1987 (artt. 87, co. 2 e 90, co. 2, per un'analisi approfondita in dottrina si vedano BONOMI, BERTHOLET, *La "professio iuris" en droit international privé suisse et comparé*, in F. BIANCHI (a cura di), *Mélanges publiés par l'Association des Notaires Vaudois à l'occasion de son centenaire*, Zürich, 2005, p. 355 ss.

<sup>316</sup> BONOMI, WAUTELET, op. cit., p. 246; KHAIRALLAH, op. cit., p. 55; DAVI, ZANOBETTI, op. cit., p. 61.

successorie risultino più idonee ad assicurare la desiderata pianificazione ereditaria<sup>317</sup>. Ciò vale anche quando la legge prescelta sia quella di uno Stato non appartenente all'Unione europea e ciò sebbene il soggetto possieda anche la cittadinanza di uno Stato membro. Il regolamento, infatti, nella volontà di rispettare quanto più possibile la volontà del *de cuius*, e conformemente alla vocazione *erga omnes* delle sue regole di conflitto, non prevede alcuna distinzione, né alcun "trattamento deteriore" tra la cittadinanza di uno Stato membro e quella di un Paese terzo<sup>318</sup>.

Il *favor* riservato all'autonomia privata e l'importanza che il legislatore ha inteso conferire a tale previsione è evidente anche laddove si consideri che il meccanismo del rinvio incontra un ostacolo nel funzionamento, come già evidenziato, qualora sia stata effettuata una *professio iuris* da parte del soggetto<sup>319</sup>. Volendo dedicare una riflessione circa la *ratio* che sottende questa previsione, occorre evidenziare che dietro la scelta operata dal legislatore europeo si cela da una parte la volontà di privilegiare il diritto del soggetto, la cui eredità è in discussione, di pianificare liberamente la propria successione e ciò, eventualmente, anche a scapito di eventuali diritti successori spettanti ai legittimari<sup>320</sup>, ma, dall'altra, di garantire che tale scelta non risulti del tutto slegata da una ragionevole e plausibile previsione.

Qualche riflessione merita anche l'interessante ancoraggio temporale previsto dalla norma. Stabilendo, infatti, che si possa optare per la legge nazionale posseduta al momento della scelta, si evidenzia che l'eventuale *professio iuris* effettuata rimane comunque valida e ciò quand'anche il soggetto dovesse perdere, in un momento successivo, la cittadinanza la cui legge è stata designata per regolare la successione. Inoltre, introducendo la possibilità di effettuare una scelta anche in favore di una cittadinanza posseduta al momento della morte, il regolamento contempla l'ipotesi che il soggetto effettui una pianificazione ereditaria con uno sguardo rivolto al futuro ed elegga, quale legge regolatrice della propria successione, la legge nazionale di uno Stato di cui non possieda ancora la cittadinanza ma che preveda di acquisire (o riacquisire<sup>321</sup>) in futuro<sup>322</sup>.

---

<sup>317</sup> La soluzione accolta dal regolamento possiede un'impronta marcatamente liberale. Basti pensare che lo stesso ordinamento svizzero, preso di sovente ad esempio come ordinamento molto liberale, prevede dei limiti più stringenti nel caso di *professio iuris* successoria. In particolare un cittadino svizzero con domicilio in Svizzera, ai sensi dell'art. 90, comma 2, LDIP, non può sottoporre la propria successione alla legge di uno Stato straniero di cui possieda anche la cittadinanza. Inoltre la *professio iuris* effettuata da parte di uno straniero domiciliato in Svizzera in favore della sua legge nazionale è priva di effetti se il *de cuius* possiede la cittadinanza svizzera al momento della morte.

<sup>318</sup> BONOMI, WAUTELET, op. cit., pp. 246-247, dove viene portato il seguente esempio: «un doppio cittadino italiano e tunisino, sottopone la propria successione alla legge tunisina, sebbene il legame formale della cittadinanza sia l'unico che lo lega effettivamente alla Tunisia, visto e considerato che è nato e vissuto in Italia e i suoi beni, così come la sua famiglia, sono concentrati in Italia. Cionondimeno, in virtù della sua scelta, dovrà essere applicata la legge tunisina».

<sup>319</sup> Art. 34, par. 2, «il rinvio non opera con riferimento alle leggi indicate all'articolo 21, paragrafo 2, all'articolo 22, all'articolo 27, all'articolo 28, lettera b), e all'articolo 30» (grassetto aggiunto).

<sup>320</sup> La nuova disciplina europea mette in crisi in funzionamento di istituti tipici di diritto successorio propri degli ordinamenti di molti Stati vincolati dal regolamento quali ad esempio la riserva ereditaria o il divieto di concludere patti successori.

<sup>321</sup> Come è stato osservato un ipotesi potrebbe essere quella dell'ex cittadino italiano emigrato e residente all'estero che, al termine della sua attività lavorativa, desidera tornare in Italia e disponga perciò dei suoi beni in base alla legge italiana con la consapevolezza di un agevole riacquisto della cittadinanza di origine, semplicemente dopo un anno di residenza in Italia, così come prevede l'art. 13 comma 1 lett. d) della legge sulla cittadinanza del 5 febbraio 1992, n. 91, CLERICI, *I principi del diritto internazionale privato europeo delle*

Sebbene alcune perplessità suscitati, come evidenziato<sup>323</sup>, l'inserimento di tale possibilità, questa previsione non rappresenta, ancora una volta, una novità, in quanto riproduce quanto già previsto, all'articolo 5, dalla più volte menzionata Convenzione dell'Aja del 1989. In base a questa previsione, pertanto, una *professio iuris* che inizialmente sarebbe risultata affetta da nullità stante la mancanza del requisito essenziale, ovvero il possesso della cittadinanza designata, potrebbe divenire valida grazie al successivo acquisto di tale cittadinanza da parte del disponente, purché questa permanga fino al momento della morte<sup>324</sup>. Con tutta evidenza, questa previsione risponde al principio del *favor validitatis* e presenta anche un vantaggio pratico che si risolve nella superfluità di effettuare ricerche circa la cittadinanza posseduta dal *de cuius* al momento della scelta, se oggetto della scelta è la stessa cittadinanza posseduta al momento della morte. Ne consegue che nessuna rilevanza avrà la cittadinanza che il *de cuius* aveva posseduto in passato, ovvero prima di effettuare la scelta di legge, ma che non possiede più al momento in cui viene effettuata la *professio*. Non risulta, infatti, possibile, secondo il dettato normativo, designare la legge dello Stato di una cittadinanza posseduta, ma *medio tempore* persa. Allo stesso modo, non potrà essere presa in considerazione la scelta effettuata in favore della legge di uno Stato di cui il soggetto abbia effettivamente ottenuto la cittadinanza dopo la scelta, ma l'abbia perduta prima della morte. Precisando che la scelta deve essere effettuata nei confronti della legge di uno Stato di cui il *de cuius* è cittadino al momento della scelta o della morte, il legislatore fornisce dunque un'indicazione temporale importante.

In ogni caso, la scelta di legge avverrà ovviamente prima della morte e di solito viene effettuata contestualmente alla redazione del testamento o di un altro atto di pianificazione successoria (un *trust* ad esempio<sup>325</sup>). Invero, è possibile che tra il momento della scelta e quello della morte il soggetto perda la propria cittadinanza in favore di altra o che addirittura divenga apolide. In tali casi, la norma fa comunque salva la scelta precedentemente effettuata. Tale previsione appare certamente rispondente alla necessità che pervade l'intero regolamento, ovvero garantire la prevedibilità e la stabilità del diritto e

---

*successioni*, in Atti del XX Convegno Sidi, op. cit., pp. 247 e 248. E, per uno studio di carattere generale, ID., *La cittadinanza nell'ordinamento giuridico italiano*, in Collana Studi Riv. dir. int. priv. e proc., Padova, 1993, *passim*.

<sup>322</sup> È stato osservato che due sono i rischi principali che si riconnettono a tale previsione. LAGARDE, n. 31, ha espresso il timore che l'articolo 22 possa essere interpretato, su questo punto, in senso più restrittivo. Inoltre la scelta anticipata della legge di uno Stato di cui il *de cuius* intende acquisire la cittadinanza deve essere sconsigliato, dato il rischio che tale scelta risulti invalida nell'ipotesi di decesso anteriore all'acquisto della cittadinanza voluta, poiché in questo caso la scelta effettuata rimarrebbe irrimediabilmente nulla e dovrebbe farsi applicazione, nonostante un'evidente diversa volontà del *de cuius*, del criterio generale della residenza abituale di cui all'art. 21, WILKE, *Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung*, in *Recht der int. Wirtschaft*, 2012, p. 605 ss. e FISCHER-CZERMAK, in Schauer, Scheuba, p. 47.

<sup>323</sup> V. *Supra* nota 60.

<sup>324</sup> Un esempio portato dalla dottrina, rinvenibile in BONOMI, WAUTELET, *Il Regolamento europeo sulle successioni*, op. cit., p. 248, rende immediatamente chiara la dinamica con cui trova applicazione la norma: «un cittadino italiano con residenza abituale in Germania intende acquisire la cittadinanza tedesca. In un patto successorio, concluso prima dell'acquisto della cittadinanza tedesca, sottopone la successione alla legge tedesca. La scelta è valida se, al momento della morte, il defunto aveva effettivamente acquistato la cittadinanza tedesca. Per contro, se il *de cuius* muore prima dell'acquisto di tale cittadinanza, la scelta di legge è nulla».

<sup>325</sup> Per ciò che riguarda specificamente l'utilizzo del *trust* quale strumento di pianificazione ereditaria si veda GUILLAUME, *Trust, Réserves héréditaires et Immeubles*, in *Ajp/Pja*, n. 1, 2009, pp. 33-46; WILHELM, PERRIN, *Le trust et le droit suisse des succession internationales. Utilisation multiple d'une institution juridique étrangère*, in *L'Expert-Comptable Suisse*, n. 9, 2016, pp. 683-687. Per un esame approfondito e generale della figura del *trust* si rimanda invece a CONTALDI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, Milano, 2001, *passim*.

delle situazioni giuridiche ed è altresì in linea con la previsione contenuta nell'articolo 5 della Convenzione dell'Aja del 1989 e in vari diritti nazionali che hanno modellato la loro disciplina sul testo pattizio<sup>326</sup>.

Nondimeno, non può sottacersi che tale previsione sia altresì foriera di situazioni anomale. Potrebbe, infatti, ben accadere che, facendo applicazione del criterio temporale indicato nella norma, la successione si trovi ad essere regolata da una legge con la quale il *de cuius* non presenti più alcun legame o presenti comunque deboli legami a seguito della perdita della cittadinanza prescelta in favore di altra. È il caso della successione di una persona che ha acquistato la cittadinanza dello Stato in cui si trova a vivere, i cui beni sono concentrati unicamente in tale Stato così come gli eredi, successione che risulterà però, in virtù di una *professio iuris* pregressa, assoggettata alla legge di uno Stato straniero, di cui il *de cuius* ha nel frattempo perso la cittadinanza e con il quale non ha più alcun legame. Sebbene tale risultato non sia escluso dal regolamento, non può revocarsi in dubbio che lo stesso appaia quanto meno inopportuno. Per di più, in caso di *professio iuris*, un'eventuale esito applicativo distorto non potrebbe nemmeno essere "corretto" attraverso il meccanismo della clausola di eccezione del collegamento più stretto prevista dall'articolo 21 paragrafo 2, visto che il suo funzionamento risulta inibito nel caso in cui sia stata effettuata una scelta di legge, allo scopo, evidentemente, di non frustrare la scelta effettuata dal *de cuius*<sup>327</sup>. Ovviamente, resta sempre nella facoltà dell'autore di revocare o modificare la scelta effettuata. Tuttavia potrebbe anche accadere che si ingeneri, in un disponente poco accorto, la convinzione che al mero mutamento delle condizioni di vita, cessando i legami con lo Stato originariamente scelto, si accompagni una modifica delle legge applicabile alla successione.

Ad ogni buon conto, è evidente che con questa previsione il legislatore europeo, effettuando un bilanciamento, abbia voluto prediligere e garantire la stabilità della legge applicabile per effetto della scelta del *de cuius*, piuttosto che la rispondenza di tale legge alla reale situazione dei soggetti coinvolti nella vicenda successoria. A ben vedere, però, tale opzione legislativa, voluta dal legislatore europeo, non brilla per coerenza.

Invero, è stato più volte sottolineato che l'elezione del criterio di collegamento principale della residenza abituale è avvenuta per un motivo che, tra gli altri, sembra particolarmente rilevante. La residenza abituale è il criterio che, almeno nella gran parte dei casi, risulta maggiormente idoneo a rispecchiare la concreta situazione dei soggetti coinvolti nella vicenda successoria ed è indice dell'esistenza di un legame effettivo con la legge dello Stato interessato. Facendo applicazione dell'ancoraggio temporale previsto dalla norma, che consente che rimanga in vita una *professio iuris* effettuata in favore della legge di uno Stato con cui il soggetto potrebbe non avere più da tempo alcun legame, si scopre il fianco al verificarsi di situazioni del tutto opposte a quella di cui si è voluto perseguire la

---

<sup>326</sup> Ci si riferisce in particolare a Bulgaria, Belgio e Finlandia.

<sup>327</sup> In questo particolare aspetto il regolamento si discosta notevolmente da quanto dispongono le normative interne degli Stati membri. Per evitare il verificarsi di tali situazioni, infatti, la maggior parte dei diritti nazionali adottano esattamente la soluzione opposta. Ad esempio in Svizzera e in Estonia la scelta di legge diventa nulla se il *de cuius* non possedeva più la cittadinanza in questione al momento della morte (art. 90, comma 2, LDIP svizzera; § 25 della legge estone di diritto internazionale privato). Previsione analoga è contenuta anche nel diritto internazionale privato italiano. L'articolo 46, comma 2, della l. 218/1995 dispone, infatti, che la scelta della legge dello Stato della residenza abituale sia priva di effetto se al momento della morte il *de cuius* non risiedeva più in tale Stato.

realizzazione prediligendo il criterio della residenza abituale. Si rischia, infatti di dare vita ad ipotesi in cui la legge che andrà a regolamentare la successione non avrà più alcun legame effettivo con la realtà concreta. Ciò posto, la scelta che si risolve nel consentire di lasciare in vita una *professio iuris* effettuata in favore di una legge del tutto avulsa da quella che nel frattempo può essere divenuta la realtà sociale del soggetto risulta probabilmente, anche alla luce di quanto sin qui evidenziato, poco coerente con gli scopi che hanno indotto ad eleggere la residenza abituale quale criterio di collegamento principale, ma certamente deve considerarsi indice di una volontà del legislatore di riservare uno spazio privilegiato alla volontà del *de cuius*.

Il regolamento prevede altresì che la scelta di legge debba riguardare tutti i beni della successione a prescindere che siano mobili o immobili e dalla loro collocazione geografica, soluzione che appare coerente con l'approccio unitario adottato dal legislatore europeo, così da scongiurare il rischio di frammentazione dell'asse ereditario, assoggettandolo a diverse discipline<sup>328</sup>. L'articolo 22, pertanto, non consente al *de cuius* di effettuare una scelta parziale rivolta a regolamentare unicamente il futuro di una parte dell'asse ereditario ovvero di un singolo bene<sup>329</sup>. Ammettere tale possibilità, infatti, avrebbe significato consentire che si concretizzasse, su base volontaria, una scissione della successione. Invero, una scelta effettuata in tali termini dal *de cuius* dovrà considerarsi *tamquam non esset*. Al riguardo si verte probabilmente in un'ipotesi di vera e propria inesistenza e non di nullità, e non sarà possibile tenere conto di tale scelta, con la conseguenza che tornerà ad operare il criterio generale della residenza abituale previsto dall'articolo 21, a meno che, tale scelta non sia limitata alla questione della validità formale ovvero non sia rinvenibile una scelta implicita. Ciò in quanto essendo ammissibile, secondo quanto dispone il regolamento, anche una scelta di legge effettuata in modo tacito<sup>330</sup>, occorrerà verificare se non risulti possibile, dall'insieme delle circostanze, attribuire ad un'eventuale scelta parziale una portata più ampia che investa l'intera successione. In tale ultimo caso, sarà certamente possibile tenere

---

<sup>328</sup> È chiara la *ratio* che si cela dietro a questa scelta legislativa. Il regolamento è contrario alla frammentazione della successione, preferendo evitare tutti gli inconvenienti che ne potrebbero discendere. Peraltro in questa stessa direzione si muoveva lo studio preparatorio redatto dal DEUTSCHES NOTARINSTITUT, in *Les successions internationales dans l'UE: perspectives pour une harmonisation*, op. cit., p. 106 ss. e in dottrina, sull'opportunità di tale scelta si sono espressi DAVÌ, *L'autonomie de la volonté*, op. cit., p. 481 ss.; BONOMI, *Successions internationales* op.cit., p. 241 ss. Nondimeno, come osservato, dietro tale limitazione potrebbe celarsi altresì la volontà del legislatore europeo di circoscrivere il più possibile il pericolo di abusi DAVÌ, ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, op. cit., p. 57. Al contrario in favore della possibilità di scindere l'asse successorio mediante il conferimento al *de cuius* della possibilità di sottoporre la successione relativa a uno o alcuni beni immobili alla legge del Paese in cui risultano collocati, al fine di facilitare l'amministrazione e la liquidazione della successione e, in particolare, il coordinamento tra statuto successorio e statuto reale del bene, si erano invece espressi DUTTA, *Succession and Wills*, op.cit., p. 577 ss., e il commento alla proposta di regolamento del 2009 del MAX-PLANCK-INSTITUT, op.cit., pp. 609 s., 613. Vale la pena di osservare che verosimilmente anche queste considerazioni hanno indotto il legislatore europeo ad introdurre nel testo regolamentare la previsione di cui all'art. 29 che detta disposizioni specifiche in materia di nomina e poteri di un amministratore dell'eredità in determinate situazioni.

<sup>329</sup> Tale limitazione di scelta non è però stata accolta con favore da tutta la dottrina, in particolare è stato criticato l'obbligo di dover designare un'unica legge per disciplinare l'intera successione in quanto presuntivamente contrario a quella tendenza europea che si risolve nel riservare spazi sempre più ampi all'autonomia della volontà, il rilievo è di Carbone che notoriamente adotta una posizione molto favorevole all'implementazione degli spazi da riservare all'autonomia della volontà, si veda per delle considerazioni generali dell'A. in proposito CARBONE, *Autonomia privata nel diritto sostanziale e nel diritto internazionale privato: diverse tecniche e un'unica funzione*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2013, p. 579 ss.

<sup>330</sup> V. *infra* par. 5.

conto della scelta posta in essere, in quanto tale interpretazione, in molti casi, potrebbe rivelarsi maggiormente rispettosa della volontà del *de cuius*.

A ben vedere, nonostante il regolamento adottato come linea guida il principio dell'unità della successione, da una lettura complessiva del testo è possibile isolare delle ipotesi in cui è prevista una deroga all'unità della successione. Ci si riferisce, nella specie, agli articoli 10, paragrafo 2, e 12. Quando si verificano le condizioni previste dai suddetti articoli, i giudici designati risulteranno competenti unicamente per i beni situati sul loro territorio (ai sensi di quanto dispone l'articolo 10, paragrafo 2) o potranno decidere di limitare la procedura escludendo di disporre su beni situati in uno Stato terzo (in base all'articolo 12). In questi casi, la legge che risulterà applicabile ai beni situati all'estero dipenderà dalle regole di conflitto dello Stato stesso, con la conseguenza che sarà possibile e, dunque, si potrebbe verosimilmente verificare, una scissione della successione nei termini contemplati dalle due disposizioni.

Nondimeno, poiché, come indicazione generale, non è consentito al *de cuius* di pianificare la propria successione affidandola ad una scelta di legge parziale, l'eventuale *professio iuris* effettuata sarà deputata a regolare tutte le questioni che riguardano lo statuto successorio. Ora, in considerazione dell'ampiezza dello stesso, la cui portata è puntualmente specificata e delimitata nell'ambito dell'articolo 23<sup>331</sup>, la legge scelta dal *de cuius* andrà a regolare, non diversamente dalla legge che risulterebbe applicabile facendo applicazione del criterio generale della residenza abituale, la trasmissione, l'amministrazione e la liquidazione della successione, come, d'altronde, conferma anche il preambolo del regolamento all'interno del considerando 42<sup>332</sup>.

#### *4. La tassatività delle possibilità di scelta e l'impossibilità di effettuare una professio iuris in favore della legge della residenza abituale*

---

<sup>331</sup> L'articolo 23 rubricato, Ambito di applicazione della legge applicabile «1. La legge designata a norma dell'articolo 21 o dell'articolo 22 regola l'intera successione. 2. Tale legge regola in particolare: a) le cause, il momento e il luogo dell'apertura della successione; b) l'individuazione dei beneficiari, delle loro quote rispettive e degli eventuali oneri imposti loro dal defunto e la determinazione degli altri diritti successori, compresi i diritti del coniuge o del partner superstite; c) la capacità di succedere; d) la diseredazione e l'indegnità; e) il trasferimento agli eredi e, se del caso, ai legatari, dei beni, dei diritti e delle obbligazioni che fanno parte del patrimonio ereditario, comprese le condizioni e gli effetti dell'accettazione dell'eredità o del legato ovvero della rinuncia all'eredità o al legato; f) i poteri degli eredi, degli esecutori testamentari e degli altri amministratori dell'eredità, in particolare per quanto riguarda la vendita dei beni e il pagamento dei creditori, fatti salvi i poteri di cui all'articolo 29, paragrafi 2 e 3; g) la responsabilità per i debiti ereditari; h) la quota disponibile, le quote di legittima e altre restrizioni alla libertà di disporre a causa di morte nonché gli eventuali diritti che le persone vicine al defunto possono vantare nei confronti dell'eredità o degli eredi; i) la collazione e la riduzione delle liberalità ai fini del calcolo delle quote dei diversi beneficiari; j) la divisione dell'eredità».

<sup>332</sup> Al riguardo il considerando (42) chiarisce che «la legge designata come legge applicabile alla successione dovrebbe regolare la successione dall'apertura di quest'ultima fino al trasferimento della proprietà dei beni che fanno parte dell'eredità ai beneficiari determinati da detta legge. Essa dovrebbe estendersi alle questioni riguardanti l'amministrazione dell'eredità e la responsabilità per i debiti ereditari. Il pagamento dei debiti ereditari può, in funzione in particolare della legge applicabile alla successione, tener conto di uno specifico ordine di priorità tra i creditori».

Da quanto sin qui esaminato, è emerso che, ai sensi di quanto dispone l'articolo 22 del regolamento, solo la legge nazionale potrà essere oggetto di una valida *professio iuris*<sup>333</sup>. Ne consegue che il *de cuius* non potrà pianificare la propria successione al di fuori di parametri già a priori stabiliti, a tutto beneficio della prevedibilità delle situazioni ereditarie che potrebbero configurarsi.

Nondimeno, una delle questioni più dibattute e, a ben vedere, criticate, che caratterizza il sistema della determinazione della legge applicabile all'interno del regolamento e che connota la possibile estensione dell'autonomia della volontà, riguarda la limitatezza delle possibilità di scelta e, particolarmente l'impossibilità di designare, quale legge regolatrice della successione, quella della residenza abituale al momento della scelta. Tale valutazione appare particolarmente significativa, tanto in considerazione dell'impatto che tale esclusione comporta sulla sistematica del regolamento quanto sul significato che essa riveste dal punto di vista delle scelte di politica legislativa operate dal legislatore europeo.

Al di là della possibilità di designare la legge della propria cittadinanza, al *de cuius* restano, infatti, precluse tutte le altre ipotesi e, nella specie, quella della scelta della legge del Paese della situazione dei beni successori, quella della scelta della legge applicabile al regime matrimoniale, e, appunto, quella della scelta della residenza abituale al momento della scelta<sup>334</sup>.

In particolare, tale ultima restrizione, dettata verosimilmente dal timore di un ricorso abusivo all'autonomia della volontà, ha diviso la dottrina, essendo stata valutata positivamente da alcuni autori, preoccupati che un'eccessiva estensione potesse scoprire il fianco ad eventuali abusi ed essere utilizzato artificialmente al fine di creare le condizioni fertili per porre in essere comportamenti elusivi, e criticata da altri che, al contrario, hanno ritenuto la soluzione adottata dal regolamento troppo protettiva e frutto di una preoccupazione eccessivamente enfatizzata. Ciò anche in considerazione del fatto che, a prescindere dall'attribuzione o meno di una possibilità di scelta in favore della legge della residenza abituale, niente potrebbe salvaguardare eventuali diritti di legittimari da un preordinato trasferimento di quest'ultimo. Ciò senza ovviamente considerare che in ogni ordinamento vi sono degli strumenti giuridici che possono essere utilizzati per poter eludere l'osservanza di eventuali obblighi connessi alla successione (si pensi alla vendita anticipata di beni che consentirebbe al soggetto di occultarne facilmente i proventi, ovvero all'intestazione fittizia di immobili).

Ad ogni buon conto, a prescindere da considerazioni di ordine generale, sebbene sembra potersi condividere la tesi che considera eccessiva la preoccupazione e la prudenza mostrate dal legislatore europeo e che lo hanno condotto ad escludere, *ex professo*, la residenza abituale dalla possibile rosa di scelte offerte al *de cuius*, non può sottacersi che, da un punto di vista pratico, tale esclusione costituisca un ostacolo alla pianificazione ereditaria per tutti coloro i quali, come accade sempre più spesso nei tempi moderni,

---

<sup>333</sup> Le motivazioni di tale limitazione sono spiegate al considerando (38) dove viene espressamente chiarito che tale soluzione restrittiva ha la funzione «di assicurare un collegamento tra il defunto e la legge scelta e di evitare che una legge sia scelta nell'intento di frustrare le aspettative legittime di persone aventi diritto ad una quota di legittima». Il regolamento consente comunque di scegliere la legge dello Stato di cui il *de cuius* possiede la cittadinanza anche se i legami in concreto non sono molto intensi o tale cittadinanza non sia effettiva, v. GORÈ, *La professio iuris*, in *Defrénois*, 2012, p. 763 ss.; VOLLMER, *Die neue europäische Erbrechtverordnung – EinÜberblick*, in *ZErb*, 2012, p. 9.

<sup>334</sup> KHAIRALLAH, op. cit., p. 54 (“*choixencadré*”).

progettano di trasferirsi in altro Paese in un momento successivo della loro vita, ma non hanno la certezza di poter acquisire la cittadinanza di tale Stato e vogliono scongiurare, a monte, il rischio che la regolamentazione della propria successione ricada, ad esempio, all'interno della clausola di eccezione o venga, comunque, assoggettata ad una legge non voluta. Ciò in quanto, sebbene sia vero che ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 1, la legge della residenza abituale posseduta al momento della morte, risulti in ogni caso applicabile alla successione, questa può essere comunque scavalcata, sebbene come evidenziato in ipotesi eccezionali, qualora si accerti che il defunto aveva un collegamento manifestamente più stretto con un altro Stato, cosa che, al contrario, non avviene nel caso di una *professio iuris*. Inoltre, qualora la residenza abituale del defunto fosse situata in uno Stato terzo, un eventuale rinvio potrà operare secondo quanto stabilito dall'articolo 34 del regolamento, con la conseguenza pratica che la successione verrà di fatto assoggettata ad una legge diversa, circostanza che, ancora una volta, non si verifica, nel caso di *professio iuris*, considerato che una scelta di legge effettuata ai sensi dell'articolo 22 inibisce il funzionamento del meccanismo del rinvio, dato che in tali casi l'operare del rinvio viene visto come suscettibile di pregiudicare la scelta effettuata dal *de cuius*.

Oltre all'impossibilità di scegliere la legge della residenza abituale al momento della morte, anche il mancato riconoscimento dell'opportunità di scegliere la legge della residenza abituale nel momento in cui la scelta viene effettuata si è rivelata una decisione poco apprezzabile. Il trasferimento della residenza abituale in un altro Stato, infatti, comporterà inevitabilmente per il soggetto la modifica della legge applicabile alla successione<sup>335</sup>. La possibilità di eleggere la legge del Paese di residenza abituale al momento della scelta avrebbe evitato l'incertezza che si crea in tutte quelle situazioni in cui il soggetto, non avendo la cittadinanza dello Stato di residenza abituale, non possa in concreto evitare tale modifica e le relative conseguenze indesiderate, se non rinunciando al pianificato trasferimento della propria residenza abituale.

Ciò posto, a ben vedere, il soggetto che non desidera sottoporre la propria successione alla legge della cittadinanza posseduta non ha nessuna residua possibilità di scelta. Se provvede ad organizzare la propria successione in conformità alla legge del Paese di residenza abituale, un trasferimento futuro che implichi la volontà di dimorare nel Paese prescelto – e il conseguente cambio di legge applicabile che ne deriva – renderebbe di fatto del tutto superflua tale pianificazione, salvo i risultati che si possono ottenere facendo applicazione delle possibilità previste dal regolamento rispettivamente agli articoli 24, paragrafi 1 e 2<sup>336</sup>, (ovvero l'assoggettamento della successione alla legge successoria presunta, applicabile alle disposizioni *mortis causa* e la possibilità di scegliere la legge applicabile ad una disposizione a causa di morte diversa da un patto successorio) e 25, paragrafi 2 e 3<sup>337</sup>, (ovvero, l'assoggettabilità della successione alla legge che regola ipoteticamente il patto successorio e la possibilità di scegliere la legge destinata a regolare un patto successorio) che consentono in qualche modo di attenuare i rischi<sup>338</sup>.

---

<sup>335</sup> Si parla di «*conflict mobile*» salvi gli effetti degli articoli 24 e 25 v. BONOMI, WAUTELET, *Il regolamento europeo sulle successioni*, op. cit., p. 249.

<sup>336</sup> V. *infra* p. 11.

<sup>337</sup> V. *infra* p. 11.

<sup>338</sup> Un esempio elaborato dalla dottrina rende chiaramente l'idea di quelli che potrebbero essere gli inconvenienti connessi alla mancata possibilità di scegliere la legge della residenza abituale per regolare la

Allo stesso modo, non è previsto che il *de cuius* possa scegliere la legge di situazione dei beni ereditari, come ad esempio prevede il diritto tedesco (articolo 25, paragrafo 2, EGBGB) per gli immobili situati in Germania, oppure come dispone la legge svizzera che consente al cittadino svizzero con domicilio all'estero di effettuare una scelta parziale in favore della legge svizzera per i beni (mobili e immobili) situati in Svizzera (articolo 87, comma 2, LDIP). Una previsione simile è altresì contenuta nella convenzione dell'Aja del 1989, all'articolo 6, che però conferisce alla scelta l'effetto di una mera incorporazione materiale del diritto straniero e prevede che, comunque, la stessa non possa essere effettuata in favore di una determinata legge, qualora si rechi pregiudizio alle regole imperative applicabili alla successione.

A differenza dell'esclusione della possibilità di eleggere la propria residenza abituale, che appare criticabile alla luce delle considerazioni effettuate, la scelta di non ammettere la possibilità di optare per la legge del luogo situazione dei beni appare particolarmente opportuna alla luce degli scopi del regolamento stesso. Invero, il principale inconveniente, che sarebbe derivato dall'ammissione di una simile possibilità, sarebbe stato costituito dalla scissione volontaria della successione<sup>339</sup>. Tutto ciò considerato, la *ratio* che si cela dietro tale esclusione è facilmente comprensibile ed è riconducibile all'impronta fortemente unitaria che il legislatore europeo ha inteso conferire alla disciplina di conflitto recata dal regolamento.

Nondimeno, la possibilità di sottoporre la successione alla *lex rei sitae*, sebbene solo in alcune ipotesi residue, avrebbe potuto anche rivelarsi vantaggiosa e, specificamente, in tutti quei casi in cui, ai sensi dell'articolo 10, che disciplina le ipotesi di competenza sussidiaria, dovessero risultare competenti i tribunali dello Stato membro in cui sono situati i beni ereditari e che, in assenza di tale previsione di scelta, si troverebbero normalmente ad applicare una legge straniera, ovvero quella dello Stato dell'ultima residenza abituale del *de cuius*. Tale circostanza non può in alcun modo essere evitata se non nel caso in cui vi sia coincidenza tra il luogo di situazione dei beni e il possesso della cittadinanza (ovvero l'ipotesi contemplata dall'articolo 10, paragrafo 1, lettera a)<sup>340</sup>.

---

successione: «Un cittadino italiano, nato e residente in Inghilterra, intende organizzare la propria successione conformemente al diritto inglese. Nel suo testamento distribuisce liberamente i suoi beni, senza preoccuparsi delle quote di legittima previste dal diritto italiano in favore dei suoi figli. Se negli ultimi anni di vita si stabilisce in Italia, il suo testamento resta soggetto al diritto inglese, ma la legge italiana diviene applicabile alla successione, in particolare per quanto riguarda i diritti dei legittimari. Pertanto, alcune disposizioni *mortis causa* potrebbero essere sottoposte ad un'azione di riduzione. Contrariamente ad un testatore inglese, il *de cuius* non può proteggere le proprie disposizioni contro tale rischio mediante la scelta della legge inglese, dato che non è possibile scegliere la legge dello Stato della residenza abituale al momento della scelta», BONOMI, WAUTELET, *Il regolamento europeo sulle successioni*, op. cit., p. 250.

<sup>339</sup> In senso contrario e favorevole a tale possibilità si era espresso DUTTA, *Successions and Wills*, op. cit., p. 577 ss.

<sup>340</sup> A ciò si aggiunga che nei Paesi di *common law*, in virtù dell'approccio dualista che caratterizza questi sistemi in materia successoria, accade sovente che vengano redatti i così detti (*separate wills*) ovvero dei testamenti separati utilizzati per disporre di beni situati in Paesi diversi che sono, quindi, usualmente assoggettati a discipline altrettanto differenti. Tali scelte parziali non dovrebbero ritenersi ammissibili ai sensi del regolamento (a meno che non siano considerate valide dai Paesi terzi interessati). Ad ogni buon conto, queste scelte di legge possono anche costituire un rinvio parziale e avere dunque un'influenza indiretta sulla legge applicabile alla stregua del regolamento. V. BONOMI, WAUTELET, *loc. ult. cit.*

Sebbene, come evidenziato, il regolamento non offra la possibilità di scegliere di sottoporre la successione alla legge a cui è assoggettato anche il regime matrimoniale<sup>341</sup>, la previsione di uno spazio riservato all'autonomia della volontà porta con sé il vantaggio di poter comunque consentire, auspicabilmente, tale coincidenza<sup>342</sup>.

In realtà, la questione si era posta già nelle fasi iniziali di discussione della nuova normativa e, almeno inizialmente, era stato caldeggiato l'inserimento all'interno del testo regolamentare di una possibilità di scelta che includesse la legge applicabile al regime matrimoniale, a prescindere dal criterio utilizzato, ovvero la scelta dei coniugi o un criterio di collegamento obiettivo<sup>343</sup>. La prospettata soluzione è stata però accantonata e il motivo di tale esclusione è verosimilmente da ricercarsi nella mancanza di armonizzazione di settori contigui, difettando al momento, nella legislazione dell'Unione un *corpus* di regole di conflitto unificate nel settore dei regimi matrimoniali<sup>344</sup>.

A motivo di ciò, la possibilità di effettuare una *professio iuris* appare, in questa prospettiva, particolarmente utile e opportuna, in quanto è in grado di consentire di colmare questa momentanea lacuna, garantendo soluzioni armonizzate ed unitarie. Facendo uso della possibilità offerta dal regolamento, infatti, i coniugi, laddove risultino titolari della medesima cittadinanza, potranno sottoporre il loro regime matrimoniale e le loro rispettive situazioni successorie alla legge del loro Stato nazionale comune.

A ben vedere, ai coniugi è solitamente lasciata la possibilità di scegliere a quale legge sottoporre il proprio regime matrimoniale<sup>345</sup>, e uno sguardo comparatistico d'insieme consente di isolare un dato ulteriore, per il quale in molti ordinamenti è proprio la legge nazionale comune dei coniugi ad essere prevista quale legge applicabile al regime matrimoniale<sup>346</sup>, con la conseguenza che la possibilità di poter effettuare una *professio iuris* in favore della legge nazionale, ai sensi dell'articolo 22, pone al riparo da situazioni in cui regime matrimoniale e questioni successorie, sebbene intimamente connessi, rischierebbero di dare vita ad un quadro giuridico frammentato a causa dell'applicazione di leggi diverse. A ciò si aggiunga che se la legge nazionale comune dovesse ammettere anche la possibilità di concludere un patto successorio, la relativa scelta potrà essere inserita in un contratto volto a regolare, allo stesso tempo, tanto il regime matrimoniale quanto la successione<sup>347</sup>.

Nondimeno se, al contrario, i coniugi non dovessero avere una cittadinanza comune, la scelta di un'unica legge applicabile ad entrambe le loro successioni risulterebbe preclusa sulla base del tenore letterale del regolamento. In tal caso, l'obiettivo di sottoporre il regime

---

<sup>341</sup> V. in dottrina JAYME, *Party Autonomy in International Family and Succession Law: New tendencies*, in *Yearbook of Private international law*, vol. 11, 2009, p. 1 ss.

<sup>342</sup> V. *infra* cap. ....

<sup>343</sup> Questa possibilità è prevista ad esempio in Finlandia Sezione 26(6), comma 3, del Codice delle Successioni.

<sup>344</sup> Come evidenziato, tale lacuna è destinata ad essere colmata in tempi brevi, posto che è già da tempo al vaglio delle istituzioni europee una proposta normativa sebbene volta all'adozione di un atto normativo in regime di cooperazione rafforzata.

<sup>345</sup> In Italia ad esempio tale possibilità è prevista all'articolo 30, comma 1, l. 218/1995.

<sup>346</sup> L'applicazione della legge nazionale comune dei coniugi è attualmente prevista, per il regime matrimoniale, in Italia (articolo 30, comma 1, l. 218/1995 che rinvia, per la legge applicabile, ai rapporti personali tra coniugi, e stabilisce che i loro rapporti patrimoniali siano assoggettabili ad una legge diversa, (articolo 29, legge 218/1995) ed in vari altri Stati membri. Per un'analisi comparatistica si veda in dottrina BONOMI, STEINER, *Les Pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé*, Ginevra, 2008, p. 66 ss.

<sup>347</sup> Ne discenderebbe una convenzione matrimoniale combinata con un patto successorio «*Ehe- und Erbvertrag*».

matrimoniale e le rispettive successioni ad un'unica legge potrebbe essere comunque raggiunto, in talune ipotesi, ricorrendo alle possibilità di scelta di legge previste per il regime matrimoniale. Se la legge del foro lo consente, i coniugi potrebbero, ad esempio, sottoporre il proprio regime matrimoniale alla legge dello Stato della loro residenza abituale comune, dato che questa è destinata a regolare, salvo il caso di modifiche della situazione di fatto ovvero di *professio iuris* effettuata da uno o entrambi i coniugi in favore della legge di una diversa cittadinanza posseduta, le loro rispettive successioni. Se invece tale scelta non dovesse risultare possibile, l'unica possibile speranza di uniformità riposerà nella coincidenza tra la legge applicabile alla successione e quella applicabile al regime matrimoniale, discendente dal ricorso a criteri di collegamento oggettivi. Non può tuttavia sottacersi che un siffatto legame, scaturente da una fortunata coincidenza, risulta comunque molto labile, poiché sarà sufficiente uno spostamento della residenza abituale a far mutare la legge applicabile alla successione rimanendo, al contrario, inalterata quella applicabile al regime matrimoniale.

Ad ogni buon conto l'obiettivo di sottoporre la successione e il regime matrimoniale ad un'unica legge sarà sicuramente agevolato in seguito all'unificazione delle regole relative alla legge applicabile al regime matrimoniale in seno all'Unione europea benché questa segua le regole della cooperazione rafforzata alla quale partecipano solo alcuni Stati membri. In effetti, sta procedendo molto speditamente l'iter normativo in vista dell'adozione di due regolamenti europei sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di regimi matrimoniali delle coppie internazionali con specifico riferimento ai regimi patrimoniali tra coniugi e agli effetti patrimoniali delle unioni registrate. Come evidenziato<sup>348</sup>, infatti, il Parlamento, nella seduta plenaria del 7 giugno, ha adottato la risoluzione sulla cooperazione rafforzata<sup>349</sup> relativa ai regimi patrimoniali, approvando così la proposta presentata dalla Commissione il 2 marzo 2016.

##### *5. La forma della scelta di legge: espressa e tacita*

Secondo quanto stabilisce l'articolo 22 al paragrafo 2 «la scelta di legge deve essere effettuata in modo espresso a mezzo di dichiarazione resa nella forma di una disposizione a causa di morte o risultare dalle clausole di tale disposizione».

---

<sup>348</sup> V. *supra* nota 4.

<sup>349</sup> Sembra, quindi, che stia per avviarsi al termine un altro percorso irto di ostacoli che condurrà all'adozione di nuove norme che avranno un impatto rilevante sulla vita dei cittadini dell'Unione. Nondimeno, preso atto che risultava oltremodo complesso giungere ad una soluzione unanime condivisa rispetto alle proposte iniziali presentate nel 2011, la Commissione e 17 Stati membri (Svezia, Belgio, Grecia, Croazia, Slovenia, Spagna, Francia, Portogallo, Italia, Malta, Lussemburgo, Germania, Repubblica ceca, Paesi Bassi, Austria, Bulgaria e Finlandia) sono andati avanti con la cooperazione rafforzata. Così, il 2 marzo la Commissione aveva presentato una proposta sui regimi patrimoniali delle coppie internazionali legate da matrimonio e una delle unioni registrate con il fine di agevolare l'individuazione dell'autorità giurisdizionale competente, la legge applicabile e il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze in materia patrimoniale emesse in un altro Stato membro il testo di entrambe le proposte e un breve commento disponibili all'indirizzo <http://www.marinacastellaneta.it/blog/coppie-transnazionali-procede-liter-verso-la-cooperazione-rafforzata.html>.

Dal dettato della norma si evidenzia la necessità che la scelta avvenga nella forma di una disposizione a causa di morte<sup>350</sup>. Il regolamento annovera tra le disposizioni a causa di morte, in base alle «definizioni», contenute nell'articolo 3 tanto il testamento (compreso, ai sensi della lettera c), quello congiuntivo<sup>351</sup>) quanto i patti successori<sup>352</sup>, non introducendo differenze di trattamento di sorta.

Invero, la specifica inclusione dei patti successori tra le disposizioni a causa di morte risulta particolarmente rilevante, *a fortiori* per tutti quei Paesi, come ad esempio l'Italia, vincolati dal regolamento, in cui gli stessi risultano vietati e dove spesso, con motivazioni e previsioni analoghe, sono proibiti anche i testamenti congiuntivi. Ciononostante, in virtù di quanto dispone l'articolo 22, paragrafo 2, una scelta di legge effettuata con tali modalità deve ritenersi a tutti gli effetti valida e, ciò, sebbene la disposizione *mortis causa* in cui è contenuta risulterebbe vietata dalle norme di diritto materiale del foro o da quelle della legge che sarebbe stata applicabile in mancanza di scelta e, dunque, della legge della residenza abituale del *de cuius*.

In presenza di una valida scelta di legge, l'ammissibilità e la validità sostanziale della disposizione a causa di morte dipendono, secondo quanto dispongono gli articoli 24 paragrafo 1 e 25 paragrafo 1 del regolamento, proprio dalla legge scelta. Ne consegue che le parti che si accingono a stipulare un patto successorio (o gli autori di un testamento congiuntivo) potranno, attraverso la scelta della legge nazionale del *de cuius*, sottoporre la successione ad una legge che ammetta la validità sostanziale dell'atto a causa di morte<sup>353</sup>.

Più problematico potrebbe risultare il caso in cui sia la legge prescelta ad essere ostile alla validità dell'atto a causa di morte in cui è contenuta la scelta di legge. A ben vedere, però, la validità della scelta di legge dovrebbe prescindere dalla validità formale dell'atto in cui essa è contenuta in ossequio all'autonomia che la clausola di scelta di legge presenta rispetto all'atto in cui è contenuta.

Nondimeno, un tale ragionamento condurrebbe a ritenere valida la scelta di legge nonostante la nullità delle altre disposizioni contenute nel patto successorio, circostanza che con tutta probabilità non sarebbe molto coerente con la volontà delle parti interessate. Un'altra ipotesi che è stata avanzata, che risulterebbe più rispondente alla volontà delle parti coinvolte, dovrebbe portare a ritenere che le stesse non avrebbero scelto la legge nazionale se fossero state consapevoli dell'invalidità del patto successorio; in questi casi, la scelta di

---

<sup>350</sup> La stessa previsione era contenuta nella convenzione dell'Aja del 1989, all'articolo 5 paragrafo 1, nonché in alcune legislazioni nazionali come Svizzera (art. 87, comma 2, e 90, comma 2, LDIP) e Germania (art. 25, comma 2, EGBGB). L'art. 46, comma 2, l. 218/1995, prescrive la forma testamentaria.

<sup>351</sup> Viene definito "testamento congiuntivo" «il testamento redatto in un unico documento da due o più persone».

<sup>352</sup> Ai fini del regolamento per patto successorio si intende (art. 3, lett. b) «l'accordo, anche derivante da testamenti reciproci, che conferisce, modifica o revoca, con o senza corrispettivo, diritti nella successione futura di una o più persone parti dell'accordo». V. le considerazioni di DAMASCELLI, op. cit., p. 57.

<sup>353</sup> BONOMI, WAUTELET, *Il regolamento europeo sulle successioni*, op. cit., p. 256. Esplicativo l'esempio riportato dall'Autore: «Due coniugi di nazionalità tedesca con residenza abituale in Francia concludono in Germania un patto successorio bilaterale, nel quale sottopongono le loro successioni alla legge tedesca. I tribunali francesi di fronte ai quali la validità del patto è contestata, dovranno considerare che la scelta di legge è valida a norma dell'articolo 22; di conseguenza, il patto successorio è anch'esso valido in conformità con la legge tedesca, nonostante la sua nullità secondo il diritto francese (*lex fori* e legge dell'ultima residenza abituale dei disponenti)». Dubbi in tal senso sono stati sollevati da BAREL, in P. Franzina, A. Leandro, op. cit., p. 129 parlando dei patti successori.

legge dovrebbe essere ignorata e si dovrebbe ricondurre la regolamentazione della successione alla previsione generale contenuta nell'articolo 21<sup>354</sup>.

Un altro problema che si è posto in relazione alla forma della disposizione che può validamente contenere una scelta di legge, anche in considerazione del dettato dell'articolo 22, paragrafo 2, che fa espressamente riferimento ad una «disposizione a causa di morte», è la possibilità che la stessa venga inserita in una disposizione *inter vivos*, quale potrebbe essere un *trust*, ovvero un diverso atto di liberalità, come ad esempio una donazione. Il tenore della norma deve condurre, a parere di chi scrive, ad escludere tale possibilità e ciò sebbene parte della dottrina si sia espressa favorevolmente<sup>355</sup>. Sebbene, infatti, avendo riguardo a quello che è il fine ultimo dell'autonomia della volontà in ambito successorio, ovvero garantire al *de cuius* una concreta e non solo formale possibilità di pianificare la propria successione, potrebbe rivelarsi quanto mai opportuno tenere in debito conto anche una scelta effettuata utilizzando una forma non prevista – seppur non vietata – tale soluzione non sembra ammissibile, in considerazione del fatto che la norma è molto puntuale nell'affermare che la scelta di legge debba essere contenuta in una disposizione a causa di morte. Tale inciso, chiaro e preciso, non lascia molto spazio per una diversa interpretazione.

Adottando un atteggiamento di *favor* nei confronti della sopravvivenza della scelta di legge effettuata con mezzi diversi che conduca alla conservazione della stessa, potrebbe effettivamente giungersi ad assimilare una donazione *mortis causa* ad una disposizione a causa di morte, nei termini in cui dispone l'articolo 22 del regolamento.

A ben vedere però il *favor validitatis* non potrebbe spingersi fino a ricomprendervi qualunque scelta di legge contenuta in un qualsiasi atto dispositivo *inter vivos*, se non arrivando a snaturare la *ratio* che si cela dietro alla prescrizione della norma e ponendo a rischio la certezza del diritto. A ciò si deve aggiungere che in realtà non è possibile considerare la scelta di legge già essa stessa quale disposizione a causa di morte, poiché diversamente opinando si dovrebbe giungere a concludere per la totale inutilità e sovrabbondanza del paragrafo 2, dell'articolo 22, laddove prevede che una scelta di legge,

---

<sup>354</sup> Un altro esempio riportato in dottrina ci sembra particolarmente chiarificatore: «Un cittadino tedesco con residenza abituale in Germania ha concluso un patto successorio con i suoi eredi, cittadini francesi. Basandosi su consigli errati, le parti hanno scelto la legge francese sebbene questa proibisca il patto in questione, contrariamente alla legge tedesca. Si deve considerare che la *professio iuris* è valida dedurre dunque la nullità del patto, o piuttosto considerare che tale scelta non era realmente voluta, con la conseguenza che il patto sarà valido secondo la legge tedesca?» BONOMI, WAUTELET, *Il regolamento europeo sulle successioni*, op. cit., p. 257. Secondo l'A. è da preferire la seconda soluzione. A ben vedere, in effetti, la seconda soluzione, nel caso riportato, risulta maggiormente rispondente alla volontà del soggetto. È altresì vero che non sempre questo risultato è automatico e, pertanto, ne consegue, che considerare come *tamquam non esset* la scelta di legge e applicare il criterio della residenza abituale, ovvero il criterio di collegamento generale, potrebbe condurre a dei risultati devianti che si potrebbero porre in contrasto con quella che è la reale volontà del *de cuius*.

<sup>355</sup> BONOMI, WAUTELET, *Il regolamento europeo sulle successioni*, op. cit., p. 257. L'A. ritiene, in particolare, che un'interpretazione più favorevole, che consenta di salvaguardare la validità delle disposizioni, potrebbe anche giustificarsi in quanto da un lato la scelta della legge applicabile costituisce, di per sé, una disposizione a causa di morte, e dall'altro lo scopo dell'art. 22, par. 2, è essenzialmente di richiedere il rispetto di alcune condizioni di forma. Ne conseguirebbe, secondo l'A., che si potrebbe ammettere la validità di una *professio iuris* contenuta in un atto di disposizione tra vivi, sempreché essa rispetti le condizioni richieste per la validità formale di una disposizione a causa di morte e che questa soluzione sarebbe maggiormente vera qualora la scelta di legge risultasse contenuta in una disposizione *mortis causa*. Tale considerazioni non appaiono, tuttavia, a parere di chi scrive, condivisibili.

che secondo tale interpretazione sarebbe di per sé se stessa una disposizione a causa di morte, dovrebbe essere contenuta, per essere valida, in un'altra disposizione a causa di morte. A ben vedere, inoltre, all'interno dell'articolo 22 non vengono specificati i requisiti formali (quali ad esempio il ricorso alla forma solenne dell'atto pubblico, ovvero la presenza di testimoni, la firma olografa) richiesti ai fini della validità di una disposizione a causa di morte, dovendosi fare riferimento a quanto dispone al riguardo la legge prescelta. Anche alla luce di ciò ammettere l'utilizzo di strumenti diversi, che a questo punto potrebbero essere molti ed estremamente eterogenei, porrebbe a rischio la certezza delle situazioni con conseguente pericolo di aumento del relativo contenzioso giudiziario. Se nella norma fossero stati specificati i requisiti formali richiesti avrebbe potuto effettivamente ipotizzarsi che a prescindere dal *nomen iuris* dell'atto utilizzato, integrati i prescritti requisiti formali, la stessa avrebbe potuto considerarsi valida ed efficace, ai fini dell'articolo 22. Al contrario, la norma individua non una serie di requisiti bensì una precisa categoria giuridica, all'interno della quale deve necessariamente estrinsecarsi e condensarsi la possibilità per il soggetto di effettuare una valida *professio iuris*. Diversamente opinando si rischierebbe di rendere concretamente inoperante il paragrafo 2 dell'articolo 22.

In base a quanto previsto nel considerando (40), «la scelta di legge effettuata in base al presente regolamento dovrebbe essere valida anche ove la legge scelta non preveda (la possibilità) di scegliere la legge in materia di successioni», in questo modo il legislatore europeo ha voluto scongiurare il rischio che gli ordinamenti in cui non è prevista la possibilità di effettuare una *professio iuris* in ambito successorio ponessero in dubbio la validità di tale scelta effettuata in applicazione della facoltà di scelta introdotta dal regolamento.

Nondimeno, per ciò che attiene alla validità formale della *professio iuris*, sempre secondo quanto chiarisce il menzionato considerando (40), questa dovrebbe essere determinata sulla base della stessa legge scelta, in relazione alla quale occorrerà valutare se «la persona che ha effettuato la scelta sia consapevole della sua azione al momento della scelta e vi abbia acconsentito. Altrettanto dovrebbe valere per l'atto che modifica o revoca una scelta di legge». Ciò posto, affinché la scelta di legge risulti validamente espressa, questa dovrà essere formalmente valida a prescindere dalla tipologia della disposizione, sia essa un testamento o un patto successorio.

Secondo quanto stabilisce l'articolo 22, paragrafo 2, in relazione alla forma con la quale deve essere manifestata la volontà, «la scelta di legge deve essere effettuata in modo espresso». La dichiarazione deve riferirsi in maniera esplicita alla legge che si vuole scegliere al fine di regolamentare la propria successione. Ciò non vuol dire che si renda necessario da parte del *de cuius*, ai fini del valido esercizio di una *professio iuris*, un espresso riferimento all'articolo 22 del regolamento ma è sufficiente che emerga in modo chiaro ed incontrovertibile la volontà che sia la legge di un determinato Stato a regolamentare la successione. Naturalmente, affinché tale scelta possa considerarsi valida, la condizione imprescindibile è che il soggetto possieda la cittadinanza del Paese prescelto o l'abbia posseduta al momento della morte.

Contrariamente a quella che era la posizione assunta nell'ambito della proposta redatta dalla Commissione europea, all'interno del testo definitivo del regolamento, anche per

seguire l'orientamento adottato da altri atti dell'Unione europea<sup>356</sup> e nell'ambito di diversi ordinamenti nazionali<sup>357</sup>, è stata prevista la possibilità di attribuire, a determinate condizioni, valore ad una scelta effettuata in modo implicito<sup>358</sup>.

L'ammissione della scelta di legge implicita presenta l'indubbio vantaggio di consentire, in un maggior numero di casi, di venire incontro e rispettare la volontà del *de cuius*, ma presenta anche degli svantaggi. Una scelta di legge tacita, infatti, può essere foriera di incertezze circa l'esatta individuazione della legge applicabile, con la conseguenza che, in qualche modo, si rischia di disattendere l'obiettivo della certezza delle situazioni giuridiche perseguito dal regolamento e di esporsi ad un aumento del contenzioso connesso alle questioni successorie<sup>359</sup>.

Proprio per questa ragione, per poter ritenere esistente una scelta tacita o poter desumere una volontà implicita non ci si potrà basare unicamente su elementi del tutto ipotetici o presunti<sup>360</sup>. Per poter affermare che sussista una scelta di legge tacita, questa

---

<sup>356</sup> Ci si riferisce in particolare all'art. 3, par. 1, del regolamento Roma I, a norma del quale la scelta di legge è ammessa quando «risulta chiaramente dalle disposizioni del contratto o delle circostanze del caso». Anche in questo caso l'interpretazione unanime è di una disposizione che consente una scelta di legge tacita.

<sup>357</sup> Questa soluzione corrisponde a quella accolta nel diritto svizzero e in quello tedesco (ATF 125 III 35, considerando 2 e 3, ATF 24 juin 2002, 58P.198/2002, considerando 2 e 3. LG Hamburg, 12 febbraio 1991, in *IPRspr.*, 1991, n. 142; LG Frankfurt aa. M., 29 luglio 1997, in *IPRspr.*, 1997, n. 122); al contrario nei sistemi belga e italiano, così come nella Convenzione dell'Aja, si richiede che la scelta di legge sia effettuata in modo espresso al fine di assicurare la certezza del diritto e una maggiore prevedibilità quanto alla legge applicabile. V'è da dire che la giurisprudenza interna, ad esempio quella italiana, si è mostrata piuttosto favorevole, in tema di interpretazione del testamento, all'idea di tener conto anche di una volontà implicita del *de cuius* solo desumibile, si vedano, al riguardo, Cass., 3940/2001 dove la Corte ha chiarito che: «in tema d'interpretazione del testamento, la volontà del testatore può desumersi anche da elementi estrinseci rispetto alla scheda testamentaria, quali la cultura, il livello d'istruzione scolastica, la mentalità e l'ambiente di vita» ovvero, in altra pronuncia: «l'interpretazione del testamento, cui in linea di principio sono applicabili le regole di ermeneutica dettate dal codice in tema di contratti, con la sola eccezione di quelle incompatibili con la natura di atto unilaterale non recettizio del negozio "mortis causa", è caratterizzata rispetto a quella contrattuale da una più penetrante ricerca, al di là della dichiarazione, della volontà del testatore, la quale, alla stregua dell'art. 1362 cod. civ., va individuata con riferimento ad elementi intrinseci alla scheda testamentaria, sulla base dell'esame globale della scheda stessa e non di ciascuna singola disposizione, e, solo in via sussidiaria, ove cioè dal testo dell'atto non emerga con certezza l'effettiva intenzione del "de cuius" e la portata della disposizione, con il ricorso ad elementi estrinseci al testamento, ma pur sempre riferibili al testatore, quali ad esempio la personalità dello stesso, la sua mentalità, cultura, condizione sociale, ambiente di vita, ecc. L'accertamento di tale volontà, risolvendosi in un'indagine di fatto da parte del giudice di merito, è, quindi, sindacabile in sede di legittimità solo per violazione delle regole di ermeneutica sopra descritte o per vizi logici e giuridici attinenti la motivazione», Cass. 5604/2001.

<sup>358</sup> BAJONS, in M. Schauer, E. Scheuba, p. 34. Poiché la formula non è del tutto esplicita, visto che si tratta della possibilità di "desumere" dalle clausole di una disposizione a causa di morte i termini di un'eventuale scelta, in dottrina c'è chi ha ritenuto, in modo peraltro non condivisibile posto che questo atteggiamento di chiusura si porrebbe in contrasto con l'interpretazione in genere adottata per altri regolamenti europei, che tale sibillina dicitura non comporti necessariamente l'ammissione di una scelta tacita, LAGARDE, n. 31.

<sup>359</sup> La dottrina è stata piuttosto unanime nel mostrare perplessità, nella specie LAGARDE, n. 31, ritiene che l'ammissione di una legge tacita metta a rischio la sicurezza giuridica "*la sécurité juridique seerait menacée*". Si sono espressi in senso critico al riguardo anche DAVI, ZANOBETTI, op. cit., p. 68 ss.; DAMASCELLI, op. cit., p. 57; BONOMI, WAUTELET, op. cit., pp. 58-59 che ha osservato che per escludere qualsiasi tentativo da parte di successibili interessati di invocare l'esistenza di un'eventuale scelta tacita, potrebbe risultare utile una specificazione al contrario, da inserirsi all'interno di una disposizione *mortis causa*, che non avrà ovviamente il valore di scelta ma sarà volta a chiarire la volontà di non avvalersi della possibilità di effettuare una *professio iuris* e di non derogare al criterio generale della residenza abituale previsto dall'art. 21, par. 1. V. VOLLMER, op. cit., p. 9.

<sup>360</sup> Ad esempio l'utilizzo di una determina lingua potrebbe non essere un indice sufficiente a provare l'esistenza di una volontà di assoggettare la propria successione ad una determinata legge, così come la scelta

dovrà essere desumibile dal contenuto dell'atto di ultima volontà. Quanto agli indizi che possono essere presi in considerazione per giungere alla conclusione che il *de cuius* abbia voluto, sebbene implicitamente, richiamare una determinata legge, soccorre il considerando 39 dove si chiarisce espressamente che «si può ritenere che la scelta di legge risulti da una disposizione a causa di morte qualora, per esempio, nella sua disposizione il defunto abbia fatto riferimento a specifiche disposizioni della legge del suo Stato di cittadinanza o abbia altrimenti menzionato tale legge». In tal senso va considerato anche il riferimento a nozioni o istituti tipici del diritto del Paese della cittadinanza che, al contrario, non appartengono all'ordinamento dello Stato della residenza abituale<sup>361</sup>. Ad esempio, la redazione di un patto successorio o di un testamento congiuntivo da parte di un cittadino tedesco abitualmente residente in Italia potrebbe essere indice di una volontà di sottoporre la propria successione al diritto tedesco<sup>362</sup> posto che il diritto italiano non consente di ricorrere a tale istituto.

Secondo quanto dispone l'articolo 22 al paragrafo 2, la scelta tacita deve risultare dalle clausole di una disposizione a causa di morte, non potendo essere dedotta dalle circostanze della fattispecie<sup>363</sup>.

Al riguardo, è stato osservato che quando la *professio iuris* traspare in modo incompiuto dalle disposizioni di ultima volontà, anche gli indizi esterni rispetto alle disposizioni stesse dovrebbero essere presi in considerazione «per interpretare o corroborare un'indicazione contenuta nel testo, come si ammette in genere per l'interpretazione delle disposizioni a causa di morte»<sup>364</sup>. Pertanto, dovrebbe essere possibile, sulla base di tale interpretazione fornita dalla dottrina, tenere in considerazione anche elementi che esulano dalle disposizioni stesse, come ad esempio l'obiettivo perseguito dal *de cuius* – come l'intenzione di escludere certi successibili o di ridurre le loro quote – o l'esistenza di una scelta di legge in testamenti anteriori (che si suppone siano stati sostituiti da successivi).

In realtà, tale soluzione non pare del tutto convincente, in quanto, a tacer d'altro, si pone in contrasto e si discosta dall'obiettivo di certezza e uniformità che il regolamento ha inteso perseguire. La possibilità per l'interprete di valutare anche elementi estrinseci, infatti, darebbe luogo ad una profonda aleatorietà nella ponderazione in ordine alla certezza della

---

di un professionista di un determinato Stato, ma possono essere, sebbene non risolutivi, indizi da tenere in considerazione. Al contrario potrebbe essere indicativo di una determinata volontà di scelta l'utilizzo o il richiamo di determinati istituti tipici di un particolare sistema giuridico (ad esempio un *trust* testamentario), in tal senso GORÈ, op. cit., p. 765; DAVI, ZANOBETTI, op. cit., p. 69, nello stesso senso anche DUTOIT, *Drni t'international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 4<sup>a</sup> ed., Basilea, 2005, art. 90, n. 1-bis. Nel testo regolamentare è stata inserita una norma intertemporale, ovvero l'articolo 83 paragrafo 4, che ritiene ammissibile una "presunzione di scelta" che consente di considerare valida una disposizione a causa di morte fatta anteriormente alla data di applicazione del regolamento, ovvero il 17 agosto 2015, sempreché la stessa risulti conforme alla legge che il defunto, secondo quelle che sono le prescrizioni del testo, avrebbe potuto scegliere.

<sup>361</sup> KHAIRALLAH, op. cit., p. 57; DAMASCELLI, op. cit., p. 57; FISCHER-CZERMAK, in M. Schauer, E. Scheuba, p. 49 che menziona ad esempio il riferimento ad espressioni tipiche del diritto successorio austriaco quali "Einantwortung" o "Verlassenschaft".

<sup>362</sup> NORDMEIER, *EnervVO: Neues Kollisionsrecht für gemeinschaftliche Testamente*, in ZEV, 2012, p. 519. Della stessa idea, sebbene in modo più prudente, LECHNER, *Erbverträge un gemeinschaftliche Testamente in derneun EU-Erbrechtsverordnung*, in NJW, 2013, p. 28. In senso contrario si era espressa la giurisprudenza: LG Frankfurt a. M., 29 luglio 1997, in IPRspr., n. 122.

<sup>363</sup> Diversamente da quanto consente in materia contrattuale il regolamento Roma I (articolo 3 paragrafo 1).

<sup>364</sup> Per la giurisprudenza italiana si v. Cass. 3940/2001; Cass. 5604/2001 per quella svizzera DTF 125 III 35, considerando 2; contra in dottrina GORÈ, op. cit., p. 765, secondo cui «tout référence à des éléments extrinsèques doit être écartée».

volontà del *de cuius* di aver voluto scegliere quella data legge come applicabile alla successione. Invero, non essendo in alcun modo specificati, neanche a titolo esemplificativo, quali siano gli elementi di cui si possa o di debba tenere conto per effettuare l'opera di ricostruzione della volontà del *de cuius*, la scelta sarebbe rimessa totalmente all'interprete che, quindi, disporrebbe di un margine di manovra inopportuno ampio, sia nella scelta degli elementi da tenere in considerazione che nel peso da attribuire a ciascuno. In tale opera ricostruttiva e interpretativa a guidarlo sarebbe unicamente la propria sensibilità ed esperienza giuridica personale, con la conseguenza che ad esempio già la profonda differenza che connota i sistemi di *civil law* e *common law*, porterebbe a soluzioni estremamente eterogenee.

Un'altra questione che si pone quando si tratta di scelta di legge tacita è quella di distinguere il caso in cui il ricorso a determinate nozioni o istituti sia sintomatico di una reale volontà del *de cuius* di scegliere una determinata legge e non dettata dalla convinzione (erronea o meno) che quella fosse la scelta oggettivamente applicabile. Cioè occorre indagare la sussistenza di una reale "consapevolezza di scegliere" tra due o più leggi distinte (*Rechtswahlbewusstsein*). Tale questione, in caso di scelta implicita, risulta di non agevole soluzione, sia perché è certamente verosimile ipotizzare che colui che desidera pianificare la propria successione attraverso una *professio iuris* abbia tutto l'interesse a rendere esplicita e più chiara possibile tale scelta, che in quanto la ricostruzione a posteriori di un *motus* interiore di un soggetto, basata solo su elementi di non facile interpretazione, risulterà particolarmente ardua. Beninteso, la questione di cui si discute esula dall'accertamento della capacità di compiere una scelta di legge, capacità che ai sensi del regolamento deve preesistere ai fini della validità stessa della *professio iuris* e che, ai sensi del considerando 40, dovrà essere valutata sulla base della legge che risulterà applicabile alla successione – ovvero in caso di *professio iuris*, la stessa legge scelta conformemente, del resto alla regola posta dall'art. 22, par. 3, del regolamento – bensì di comprendere se il *de cuius* si sia effettivamente rappresentato l'esistenza di un potenziale conflitto di legge e si sia determinato, sulla base di tale consapevolezza, a compiere una scelta, per risolvere tale ipotetico contrasto in favore di una legge piuttosto che di un'altra.

Invero, se tale consapevolezza risulta necessaria sulla base del dettato del regolamento, non potrebbe considerarsi "consapevole" la semplice (ed erronea) convinzione del disponente, sebbene chiara, che la successione sarà retta da una determinata legge, costituendo piuttosto un'ipotesi in cui il soggetto "agisce sulla base della legge sbagliata"<sup>365</sup>.

Va evidenziato che la dottrina non è unanime un proposito e si divide in particolare tra coloro che ritengono che sia condizione imprescindibile indagare la reale volontà del soggetto e dunque la sua consapevolezza di scegliere tra diverse leggi<sup>366</sup> e quanti, al contrario, considerano tale accertamento sostanzialmente superfluo, ritenendo sufficiente la volontà reale e provata del disponente di sottoporre la successione al proprio diritto

---

<sup>365</sup> "*Handeln unter falschem Recht*", espressione frequentemente usata dalla dottrina tedesca per descrivere tale fenomeno DÖRNER, Art. 25, n. 274.

<sup>366</sup> In questo senso si sono espressi DAVI, ZANOBBETTI, op. cit., p. 74.

nazionale per ammettere l'esistenza di una scelta, e ciò anche se non è accompagnata dalla consapevolezza dell'esistenza di un conflitto di leggi<sup>367</sup>.

Nella specie, non soffermandosi sulla sussistenza o meno dell'effettiva consapevolezza della scelta, la dottrina si è interrogata circa la sorte di una scelta di legge implicita effettuata da un soggetto che possiede anche la cittadinanza del Paese in cui risiede abitualmente, nel rispetto dei prescritti requisiti di sostanza e di forma imposti dallo Stato interessato. Tale circostanza potrebbe verificarsi nel caso in cui il *de cuius* disponga implicitamente della propria successione in modo conforme a tale legge nella convinzione che quella selezionata sia (come effettivamente sarebbe applicando il criterio di collegamento principale) la legge obiettivamente destinata a regolamentare la futura successione e dimostri, in questo modo, di volere eleggere la stessa legge per regolamentare la propria successione. V'è da chiedersi cosa accadrebbe a tale manifestazione implicita nel caso di trasferimento successivo della residenza abituale, ovvero se la scelta effettuata debba essere salvaguardata alla stregua di una *professio iuris* o meno. Tale parte della dottrina ha ritenuto che in questo caso l'ammissione di una scelta tacita permetterebbe di evitare un "*conflict mobile*", ovvero una modifica della legge applicabile, ma che tuttavia una scelta implicita in questi casi potrebbe essere ammessa soltanto quando risulti dai termini delle disposizioni del testatore, ai sensi dell'articolo 22 paragrafo 2, poiché le circostanze esterne non risulterebbero sufficienti<sup>368</sup>. Ad ogni buon conto, si è altresì osservato che gli articoli 24 e 25 del regolamento permettono in genere di considerare valida una disposizione a causa di morte presa conformemente alla legge che sarebbe stata applicabile al momento in cui la disposizione è stata effettuata<sup>369</sup>.

#### *6. La legge applicabile alla validità sostanziale e all'interpretazione della scelta di legge*

A norma di quanto dispone esplicitamente l'articolo 22 paragrafo 3, la validità sostanziale dell'atto con cui è stata effettuata la scelta di legge è disciplinata dalla legge scelta dal *de cuius*. Anche in questo aspetto, dunque, il regolamento ripropone quanto già stabiliva la Convenzione dell'Aja del 1989<sup>370</sup> e la soluzione proposta corrisponde a quanto dispongono le regole circa la validità della scelta contenute in altri regolamenti europei<sup>371</sup>.

Tale soluzione si impone per evidenti ragioni di uniformità. L'altra strada percorribile sarebbe stata quella di assoggettare la validità sostanziale dell'atto di scelta alla legge del foro, con la conseguenza che si sarebbero ottenuti risultati diversi a seconda del tribunale adito, con successivo rischio di incertezza e disomogeneità.

Ciò che viene comunemente ricondotto sotto l'espressione "validità sostanziale dell'atto con cui è stata fatta la scelta" è la validità dell'atto di scelta di legge e, specificamente, la questione dell'esistenza e della validità del consenso prestato. Ciò che

---

<sup>367</sup> In questo senso DUTTA, in *Munchener Kommentar, Art. 22 EuErbVO*, n. 14; HEINI, *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 2ª ed., Zurigo, 2004, art. 90, n. 13; DUTOIT, op. cit., art. 90, n. 4; BUCHER, *Commentaire romand LDIP/CL*, Basilea, 2011, Art. 90, n. 4.

<sup>368</sup> Per un'interpretazione più favorevole ad un'ammissione più ampia della scelta di legge, v. DUTTA, in *Munchener Kommentar, Art. 22 EuErbVO*, n. 14.

<sup>369</sup> Così BONOMI, WAUTELET, op. cit., pp. 261-262.

<sup>370</sup> All'articolo 5 paragrafo 2 è stabilito che "[l]'existence e la validité au fond du consentement quant à cette désignation son tréjies par la loi désignée".

<sup>371</sup> V. l'art. 3, par. 5, del regolamento Roma I e l'art. 6 del regolamento Roma III.

occorre verificare, dunque, oltre alla capacità di intendere e di volere, è l'assenza di vizi della volontà, così come indica il considerando 40, laddove evidenzia che il disponente deve trovarsi in una situazione tale da essere consapevole del significato dell'azione intrapresa di modo che il consenso prestato risulti valido.

Come già ampiamente evidenziato nei paragrafi precedenti, posto che la scelta di legge in materia successoria non è prevista in tutti gli ordinamenti vincolati dal regolamento, tale mancanza di uniformità rischierebbe di vanificare la previsione europea. Proprio per ovviare a tale possibile rischio, secondo quanto dispone espressamente sempre il considerando 40 «la scelta di legge effettuata in base al presente regolamento dovrebbe essere valida anche ove la legge scelta non preveda di scegliere la legge in materia di successione»<sup>372</sup>, in questo modo escludendo qualsiasi possibilità di porre in dubbio la validità di una *professio iuris* per il solo fatto che l'ordinamento prescelto non contempli al suo interno tale possibilità. Quando la legge prescelta non contiene disposizioni specifiche che regolino la validità sostanziale della *professio iuris*, tale questione dovrà essere disciplinata dalle regole che, all'interno dell'ordinamento, sono genericamente preposte ad assicurare che il consenso non risulti viziato, ovvero errore, dolo, violenza<sup>373</sup>.

Nel silenzio dell'articolo 22 si deve dedurre che anche l'eventuale necessaria interpretazione dell'atto di scelta dovrà avvenire conformemente a quelle che sono le regole che sovrintendono, all'interno dell'ordinamento prescelto, l'interpretazione delle disposizioni a causa di morte interne, posto che, anche un'interpretazione conforme, concorre alla corretta individuazione dell'esatta volontà del *de cuius*.

### *7. La legge applicabile alla modifica e alla revoca della scelta*

Entrambe le questioni, in relazione alle quali si pongono i problemi più complessi, non sono esplicitamente disciplinate dall'articolo 22. La norma, infatti, al paragrafo 4, reca una formulazione piuttosto laconica in cui si legge che «la modifica o la revoca della scelta di legge devono soddisfare le condizioni di forma previste per la modifica o la revoca di una disposizione a causa di morte». Nondimeno, la soluzione che appronta il regolamento ripropone, ancora una volta, quella prevista dalla Convenzione dell'Aja del 1989, all'articolo 5, paragrafo 3.

La norma regola, pertanto, unicamente la forma della modifica o della revoca, riferendosi a quanto dispone al paragrafo 2 con riguardo alla forma dell'atto di scelta originario, ed assoggettandola alle condizioni previste per la modifica o la revoca delle disposizioni a causa di morte, ma non indica in quali casi la modifica o la revoca siano possibili.

Nondimeno, il fatto stesso che vi sia una previsione in tal senso, ragionevolmente deve portare a concludere che, nel disciplinarne le condizioni di validità formale, il regolamento le ammetta implicitamente entrambe<sup>374</sup>. Indirettamente quindi viene

---

<sup>372</sup> LAGARDE, n. 31.

<sup>373</sup> BONOMI, WAUTELET, op. cit., p. 263, ove si evidenzia che «tale soluzione corrisponde a quanto si pratica in materia contrattuale, le regole applicabili alla validità della scelta di legge sono, in genere, quelle che regolano, nel sistema giuridico della legge scelta, la validità dei contratti».

<sup>374</sup> DAVI, ZANOBETTI, op. cit., p. 81. In senso favorevole a questa impostazione, sebbene con riferimento all'art. 17, par. 4, della proposta originaria del regolamento nonché all'analoga disposizione

richiamato l'articolo 27 del regolamento, che detta la disciplina della validità formale delle disposizioni a causa di morte. In base a quanto dispone il paragrafo 2 dell'articolo 27 «la modifica o la revoca è parimenti valida quanto alla forma se è conforme a una delle leggi in virtù delle quali, ai sensi del paragrafo 1, era valida la disposizione a causa di morte modificata o revocata», in questo modo riconoscendo la validità formale della modifica e della revoca anche quando esse soddisfino le condizioni previste da una delle leggi in base alle quali era valida la disposizione a causa di morte oggetto di modifica o di revoca. Tale considerazione è vera a maggior ragione laddove, come è stato evidenziato, la libertà di scelta deve essere intesa anche in negativo e si estende necessariamente, e dunque ricomprende, la libertà di non effettuare alcuna scelta<sup>375</sup>.

Sul punto esiste però un contrario orientamento dottrinale in base al quale, tutte le volte in cui la regola di conflitto attributiva del potere di scelta ometta di pronunciarsi espressamente sulle questioni connesse, la soluzione andrebbe ricondotta e ricercata all'interno della legge scelta, essendo essa la legge regolatrice della validità sostanziale dell'atto di esercizio di tale potere, all'ambito della quale tutte le questioni attinenti la *professio iuris* andrebbero ricondotte<sup>376</sup>.

In realtà, il silenzio serbato dalla norma di diritto internazionale privato attributiva della possibilità di effettuare una *professio iuris* in ordine alla sua modificabilità o revocabilità non si presta, se non operando una forzatura, ad essere interpretato come manifestazione implicita della volontà normativa di rimetterne la soluzione alla legge originariamente oggetto della designazione<sup>377</sup>. Ciò anche in considerazione del fatto che ben potrebbe accadere che la legge scelta non conosca la *professio iuris* o non contenga specifiche disposizioni quanto alla sua modifica o revoca o, ancora, non comprenda previsioni specifiche circa la sua modifica o revoca. In tali casi dovrebbe farsi applicazione delle norme che nell'ambito di tale legge regolano la modifica o la revoca delle disposizioni sostanziali a causa di morte, che, però, sono state pensate per risolvere problemi di altra natura.

A motivo di ciò, la coerenza e l'uniformità delle soluzioni, che è sempre opportuno prediligere e garantire, devono condurre a ritenere più confacente scegliere, tra le possibili soluzioni percorribili quanto alla validità della modifica e/o della revoca, l'interpretazione che risulti compatibile con il sistema di diritto internazionale privato a cui la norma stessa, che autorizza la scelta di legge, appartiene.

---

contenuta nell'art. 5, par. 3, della Convenzione dell'Aja del 1989, BONOMI, *Successions internationales*, op. cit., p. 250.

<sup>375</sup> DAVÌ, ZANOBETTI, op. cit., p. 81 e DAVÌ, *L'autonomie de la volonté*, op. cit., p. 487.

<sup>376</sup> In questo senso si veda, con specifico riferimento alla limitata possibilità di scelta della *lex fori* ammessa dal diritto tedesco, TIEDEMANN, *Die Rechtswahl in deutschen Internationalen Erbrecht*, in *RabelsZ*, 1991, p. 32; per una prospettiva comparatistica, BONOMI, *Successions internationales*, op. cit., p. 250. L'A., in particolare, ha sposato tale impostazione con riguardo all'articolo 22 del regolamento, BONOMI, WAUTELET, *Le droit européen des successions*, op. cit., p. 238.

<sup>377</sup> È stato ipotizzato in dottrina che la questione dovrebbe essere disciplinata dalla legge scelta dal *de cuius*, ciò in quanto, anche la modifica o la revoca della scelta di legge vanno ricondotti all'interno dell'alveo della determinazione della volontà del disponente e, pertanto, in assenza di una disposizione espressa contenuta nel regolamento, non sembra esservi altra alternativa se non quella di sottoporre anche la questione della modifica e della revoca della *professio iuris* alla disciplina della legge scelta in tal senso BONOMI, WAUTELET, op. cit., p. 264; TIEDEMANN, op. cit., p. 32; BONOMI, BERTHOLET, op. cit., p. 367 ss.; DUTTA, in *Münchener Kommentar, Art. 22, EuErbVO*, n. 19.

D'altronde da un punto di vista strettamente pratico v'è da dire che, per ciò che attiene alla modifica e alla revoca volontaria di una scelta di legge contenuta in un testamento o in qualunque disposizione a causa di morte a carattere revocabile, posto che in pressoché tutti gli ordinamenti le disposizioni testamentarie sono revocabili in qualsiasi momento fino a che non sopraggiunga la morte, al disponente dovrà riconoscersi il diritto di procedere alla modifica o alla revoca delle stesse salvo che si tratti di testamento congiuntivo o reciproco ovvero di un patto successorio<sup>378</sup>.

Posto che nemmeno il problema della legge applicabile alla validità sostanziale della modifica o della revoca della *professio iuris* trova espressa soluzione nell'articolo 22 o in altre disposizioni del regolamento, occorre desumerla dai considerando che precedono il testo normativo e, specificamente, dal considerando 40, laddove viene evidenziato che così come la validità sostanziale dell'atto di scelta è sottoposto alla stessa legge che ne costituisce l'oggetto «altrettanto dovrebbe valere per l'atto che modifica o revoca una scelta di legge». Tale indicazione sembra doversi interpretare nel senso che la validità sostanziale dell'atto che modifica una precedente scelta di legge, sostituendola con la designazione di una scelta di legge diversa, deve intendersi sottoposta alla legge che era stata designata inizialmente e non alla nuova legge scelta.

È indubbio che particolarmente criticabile appare la scelta del legislatore europeo di non fornire una disciplina compiuta alle questioni connesse alla validità della modifica e revoca dell'atto di scelta, visti i problemi e le questioni a cui possono dar luogo, e considerato il ruolo di primo piano che il legislatore ha inteso conferire all'autonomia della volontà in ambito successorio. Con tutta evidenza, tali problematiche avrebbero meritato una disciplina organica direttamente all'interno del testo, senza lasciare ad un considerando – che in quanto tale è sfornito di forza vincolante – e la cui formulazione risulta, peraltro, piuttosto fumosa, la soluzione di questioni tanto complesse.

Ci si è peraltro domandati se non sarebbe stato più opportuno approntare una diversa disciplina per revoca e modifica, assoggettando soltanto le regole di validità della prima alla legge scelta originariamente e, invece quelle della seconda alla nuova legge, ormai designata come competente a regolamentare, in luogo della precedente, la successione<sup>379</sup>. In questo modo si sarebbe potuto evitare l'inconveniente di sottoporre a leggi differenti, con il rischio di giungere ad esiti discordanti, il giudizio sulla validità sostanziale rispettiva della nuova *professio iuris* e delle nuove disposizioni a causa di morte aggiuntive adottate dal *de cuius*<sup>380</sup>.

#### *8. La revoca del testamento e la revoca implicita dell'atto di scelta*

Notoriamente, è considerato principio generale di diritto internazionale privato che l'atto negoziale di scelta di legge sia da considerarsi un atto autonomo e ciò quandanche sia contenuto in un atto diverso, ovvero come può avvenire nel caso di *professio iuris*, in una disposizione a causa di morte<sup>381</sup>.

---

<sup>378</sup> V. *infra* par. 11.2.

<sup>379</sup> DAVI, ZANOBETTI, op. cit., p. 82.

<sup>380</sup> WISOCKA, *How can a valid professio iuris be made under the EU Succession Regulation?*, in *Nederlands int. privaatrecht*, 2012, p. 569.

<sup>381</sup> Ciò vale anche per il regolamento. Tale assunto, ovvero il carattere di piena autonomia, è avvalorato dal fatto che l'articolo 3 paragrafo 1 lett. c) contrariamente a quello che l'uso generalmente seguito dalla

Invero, parlando specificamente di revoca, uno dei problemi classici del diritto internazionale privato consiste nel domandarsi, nel silenzio normativo<sup>382</sup>, se e in quali termini la decisione di revocare la disposizione *mortis causa* comporti, come conseguenza diretta ed implicita, la revoca della scelta di legge.

La dottrina appare particolarmente divisa sul punto. Nella specie con riguardo al primo aspetto, essa si divide tra coloro che ritengono ammissibile una revoca implicita<sup>383</sup> e quanti invece, anche sulla base dello scarno dato letterale, considerano tale soluzione inaccettabile<sup>384</sup>.

A parere di chi scrive, pare doversi propendere per tale ultima soluzione, per almeno due ordini di motivi. In primo luogo perché il regolamento non disciplina la possibilità di effettuare una revoca implicita (come, al contrario, accade per la scelta implicita). Sulla base di tale considerazione sembra più opportuno concludere che se il legislatore ha ritenuto necessario inserire una previsione *ad hoc* per facultizzare la possibilità di effettuare una scelta implicita, e non anche per consentire una revoca implicita, appare più opportuno non estendere, in questo specifico caso, l'interpretazione della norma oltre il dato letterale, altrimenti si rischierebbe di rendere troppo aleatoria la ricostruzione dell'effettiva volontà del *de cuius*. In secondo luogo occorre considerare a cosa si andrebbe incontro qualora ci si trovasse nella condizione di dover comprendere se vi sia stata una revoca implicita di una scelta effettuata a sua volta in modo tacito. Ad ogni buon conto, essendo l'atto di scelta di legge autonomo, dovrebbe escludersi, salvo espressa indicazione contraria, che lo stesso segua le sorti della disposizione *mortis causa* in cui si trova ad essere inserito.

A ciò si aggiunga che il paragrafo 4 dell'articolo 22 esclude chiaramente che la revoca e la modifica possano essere desunte implicitamente, richiedendo, al contrario, che esse

---

dottrina, viene esclusa dall'ambito della definizione di "disposizione a causa di morte", definizione all'interno della quale vengono ricompresi unicamente i testamenti, i testamenti congiuntivi e i patti successori. Inoltre che questa sia la volontà del legislatore europeo è evincibile anche dal tenore dello stesso articolo 22 par. 4 il quale stabilendo che «la modifica o la revoca della scelta di legge devono soddisfare le condizioni di forma previste per la modifica o la revoca di una disposizione a causa di morte» dà per certa una distinzione tra l'atto di scelta di legge e altre disposizioni *mortis causa*.

<sup>382</sup> Nonostante sia un problema discusso ed analizzato non è mai affrontato in modo specifico né dai testi di diritto privato uniforme, né dalle codificazioni nazionali. La sola legislazione europea che tratta della questione attraverso una normativa *ad hoc* è quella dei Paesi Bassi, ove l'art. 10.148 cod. civ. stabilisce la presunzione che la revoca da parte del *de cuius* delle sue disposizioni di ultima volontà, sempre che questa non abbia carattere solo parziale, includa la revoca della *professio iuris*. Il *Rapport explicatif* di Waters annesso alla Convenzione dell'Aja del 1989, cit., p. 558, dimostra la volontà dei fautori del testo di lasciare aperta la questione. Ancora una volta il regolamento ha ricalcato le norme della Convenzione non approntando una disciplina *ad hoc*. Particolarmente interessante risulta il contributo del Consiglio nazionale del notariato italiano sul punto nelle fasi di studio e consultazione che hanno preceduto l'adozione del regolamento. A tale riguardo, infatti, in risposta al libro verde presentato dalla Commissione nel 2005, veniva indicato un progetto preliminare, il cui articolo 20 paragrafo 6, conteneva una previsione che recitava: «La désignation de la loi applicable est tacitement révoquée lorsqu'elle est contenue dans une disposition testamentaire tacitement révoquée selon la loi désignée ou que survient une cause de révocation légale prévue par ladite loi; cependant, elle conserve son efficacité si la révocation tacite du testament n'est que partielle», v. Consiglio Nazionale del notariato, *Réponses au questionnaire en matière de successions et testaments. Livre vert de la Commission européenne*, Milano, 2005, p. 77.

<sup>383</sup> BONOMI, WAUTELET, op. cit., p. 264.

<sup>384</sup> DAVI, ZANOBETTI, op. cit., pp. 83-84.

debbano soddisfare i requisiti di forma previsti per la modifica o la revoca di quelle disposizioni<sup>385</sup>.

Ad ogni buon conto, un'ultima considerazione di natura pratica appare opportuna. A ben vedere, qualora il soggetto intenda revocare tale disposizione, avrà tutto l'interesse a che la propria volontà emerga nel modo più chiaro possibile e ciò proprio per evitare interpretazioni che, in definitiva, potrebbero porsi in contrasto con quella che è la sua effettiva volontà.

#### *9. Revoca ex lege del testamento e professio iuris*

Un'altra questione particolarmente delicata sulla quale appare opportuno soffermarsi, è costituita da quale sia la sorte a cui va incontro l'atto di scelta di legge qualora si verifichi un'ipotesi di revoca legale.

Come noto, questo tipo di revoca non costituisce in realtà un'ipotesi di *contrarius actus*, ma è un mero effetto giuridico<sup>386</sup>, diretto ed automatico, che alcuni ordinamenti, particolarmente quelli di *common law*, riconducono al sopraggiungere di circostanze fattuali che appaiono particolarmente significative per la vita di un soggetto, quali, ad esempio, un matrimonio<sup>387</sup>, il sopraggiungere di figli ovvero un'adozione. La conseguenza diretta di tali ipotesi di revoca legale è quella di rendere sostanzialmente inefficaci le eventuali disposizioni testamentarie precedenti, con il risultato pratico che se il soggetto non provveda egli stesso a modificare in modo conforme ai nuovi accadimenti le proprie disposizioni di ultima volontà, la successione verrà trattata alla stregua di una *ab intestato* e sottoposta alle relative regole della successione legittima.

Ciò posto, ci si deve domandare cosa accadrebbe, alla luce della disciplina contenuta nel regolamento europeo, in casi simili, ad una *professio iuris* in caso di revoca *ex lege* e, particolarmente, se gli effetti che ne discendono travolgano o meno anche l'atto di scelta<sup>388</sup>.

Se si fornisse a tale quesito una risposta affermativa ne conseguirebbe che in realtà applicando la legge scelta dal *de cuius*, la revoca non potrebbe intervenire perché le disposizioni a causa di morte verrebbero sottratte all'effetto della revoca stessa e potrebbero quindi regolarmente continuare ad operare, ovviamente nei limiti in cui non contrastino con la legge prescelta.

Nondimeno, la dottrina di cui si condivide l'impostazione ha evidenziato che una lettura sistematica e corretta del regolamento dovrebbe portare ad escludere siffatta

---

<sup>385</sup> Bisogna sempre tenere a mente quanto dispone al riguardo l'articolo 27 del regolamento che concerne la validità formale delle disposizioni a causa di morte e che viene ad essere implicitamente richiamato e che si applica unicamente alle disposizioni a causa di morte effettuate per iscritto.

<sup>386</sup> Come evidenziato da DAVI, ZANOBETTI, *loc. ult. cit.* «non si tratta di una vera e propria revoca [...] ma di un effetto giuridico ricollegato direttamente e automaticamente dalla legge ad un oggettivo mutamento delle circostanze».

<sup>387</sup> In questo senso dispone ad esempio il diritto inglese: Sezione 18 del *Wills Act* 1837.

<sup>388</sup> In questo senso si sono espressi WISOCKA, *How can a valid professio iuris*, op. cit., p. 573 ss., e, inizialmente anche da BONOMI, *Successions internationales*, op. cit., p. 329 ss. che ha assunto in BONOMI, WAUTELET, *Le droit européen des successions*, op. cit., p. 329, una posizione meno netta; nello stesso senso per ciò che riguarda il diritto internazionale privato svizzero, la nota di BUCHER alla sentenza resa dal Tribunale federale il 23 febbraio 2009, in *Revue suisse droit int. et eur.*, 2010, p. 236 ss.

ipotesi<sup>389</sup>. All'interno del testo, infatti, non è possibile rinvenire alcuna norma a cui sia possibile attribuire la perdita di effetto della disposizione. D'altronde la disciplina della revoca legale non prevede un'estensione degli effetti alla *professio iuris*, non ultimo a causa del fatto che spesso questi ordinamenti non prevedono la possibilità di effettuare una *professio iuris*, ma anche perché le finalità a cui risponde la scelta di legge sono del tutto diverse, se non addirittura opposte – visto e considerato che si tratta di tutelare la libertà del testatore di pianificare liberamente la propria successione anche a discapito di eventuali diritti di legittimari – rispetto a quelle a cui risponde la revoca legale, il cui scopo ultimo, al contrario, è quello di tutelare i soggetti coinvolti da eventuali disposizioni *mortis causa* lesive dei propri interessi materiali e di adattamento delle disciplina sostanziale della successione a quella che è la mutata situazione familiare del *de cuius*.

Già a motivo di tale profonda differenza di scopi, si dovrebbe portare ad escludere che un'eventuale revoca *ex lege* comporti una implicita revoca della *professio iuris*. A ciò si aggiunga che ancora una volta il *de cuius* è del tutto libero di modificare le proprie disposizioni testamentarie o di revocarle in qualsiasi momento, e ciò è vero nella maggior parte delle ipotesi, per cui è legittimo ipotizzare che se il disponente non interviene per modificare le determinazioni assunte, probabilmente non è nei suoi piani far seguire, ad una mutata condizione familiare, una diversa pianificazione ereditaria. Problemi si potrebbero porre in casi particolari come ad esempio la sopravvenienza postuma di figli, ma in questi casi vale comunque quanto detto circa l'impossibilità di ritenere che una revoca implicita possa avere effetti anche sulla *professio iuris*.

*10. Revoca di una professio iuris contenuta in patto successorio o in un altro atto di disposizione mortis causa irrevocabile*

Un'altra questione strettamente connessa al problema della revocabilità della *professio iuris* è quella di capire cosa accade nel caso in cui la stessa sia contenuta in un patto successorio ovvero in un altro atto *mortis causa* irrevocabile, come ad esempio potrebbe essere un testamento reciproco divenuto irrevocabile in seguito alla morte di uno dei testatori.

Invero, occorre effettuare una premessa per ciò che attiene alla delimitazione della nozione di patto successorio e testamento congiuntivo, dove il primo andrebbe ricondotto nell'alveo di quanto dispone l'articolo 25, mentre il secondo dovrebbe rientrare nella nozione di cui all'articolo 24. In proposito l'articolo 3, al paragrafo 1, lettera b) definisce patto successorio «l'accordo, anche derivante da testamenti reciproci, che conferisce, modifica o revoca, con o senza corrispettivo, diritti nella successione futura di una o più persone parti dell'accordo» e alla lettera c) definisce congiuntivo «il testamento redatto in un unico documento da due o più persone». È evidente, dunque, che la delimitazione delle due nozioni potrebbe non essere sempre agevole, posto che, la prima si basa semplicemente sul dato formale della redazione congiunta, mentre la seconda disciplina

---

<sup>389</sup> In tal senso si è espressa anche la giurisprudenza svizzera, nei due gradi che hanno preceduto la ricordata sentenza del 23 febbraio 2009 che, da ultimo, non si è pronunciata specificamente sulla questione. D'altronde, come evidenziato, una previsione che contemplava tale effetto era stata avanzata nel progetto di regolamento presentato dal Consiglio nazionale del notariato italiano, v. *supra*, nota 127.

anche effetti e contenuto. Ne deriva quindi che essendo le due nozioni molto vicine, il rischio di sovrapposizioni non è affatto remoto.

Per ciò che riguarda esplicitamente la *professio iuris* si è già avuto modo di evidenziare che la scelta si risolve in un atto giuridico autonomo con un oggetto specifico ed effetti propri che, come tale, risulta del tutto autosufficiente rispetto ad altre disposizioni e ciò sia che la stessa risulti contenuta in un atto *ad hoc* che in un testamento e, anche, qualora sia riportata in un patto successorio. In tale ultimo caso la *professio iuris*, che è un negozio unilaterale, deve essere tenuta distinta dall'eventuale atto di scelta del diritto applicabile al patto successorio che, al contrario, è un atto pattizio (bilaterale o plurilaterale) – c.d. *pactum de lege utenda* –, che trova una specifica disciplina all'interno del regolamento, nell'articolo 25, paragrafo 3, ed avente ad oggetto, secondo il dettato della norma, la determinazione della legge competente a regolare «l'ammissibilità, la validità sostanziale e gli effetti vincolanti tra le parti» del patto, «comprese le condizioni per il suo scioglimento»<sup>390</sup>.

Ciò posto, come è stato osservato, «anche quando si trovi inserita in un patto successorio o sia a questo funzionalmente collegata»<sup>391</sup> la *professio iuris*, in quanto atto unilaterale del *de cuius*, deve considerarsi allo stesso modo unilateralmente revocabile da colui che l'ha validamente posta in essere, a differenza della legge regolatrice del patto successorio che, in quanto atto pattizio, necessita, per l'eventuale revoca dell'accordo di scelta, la partecipazione di tutte le parti coinvolte<sup>392</sup>. D'altronde ben potrebbe accadere che la revoca della *professio iuris* produca degli effetti negativi sulla stessa sopravvivenza del patto, mentre magari gli stessi beneficiari potrebbero aver eseguito delle prestazioni, effettuato rinunce o altri atti dispositivi<sup>393</sup>.

Il regolamento, che, come già evidenziato<sup>394</sup>, ammette i patti successori nonostante siano ignoti o addirittura proibiti in molti degli Stati vincolati dal regolamento stesso, ha ritenuto tuttavia preminente la necessità di non sacrificare sia la libertà di disporre del *de cuius* che la protezione dei legittimari. Il testo, infatti, non prevede restrizioni di alcun genere per ciò che attiene alla revocabilità della *professio iuris*. Nondimeno, esso privilegia i

---

<sup>390</sup> RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, *La ley aplicable a las sucesiones*, op. cit., p. 32. In senso contrario KHAIRALLAH, *La détermination de la loi applicable*, op. cit., p. 64, secondo cui la norma si limiterebbe a prevedere la possibilità che il patto successorio venga sottoposto, per ciò che attiene alla sua ammissibilità, la sua validità sostanziale e i suoi effetti vincolanti tra le parti, alla legge designata dal disponente come regolatrice della successione mediante un atto unilaterale di *professio iuris*.

<sup>391</sup> DAVÌ, ZANOBETTI, op. cit., p. 86.

<sup>392</sup> DAVÌ, *L'autonomie de la volonté*, op. cit., p. 495; BONOMI, *Successions internationales*, op. cit., p. 253.

<sup>393</sup> Al fine di proteggere i diritti di tali soggetti nel corso dei lavori preparatori era stato proposto di introdurre una disposizione specifica che stabilisse che una *professio iuris* contenuta in un patto successorio non potesse essere revocata se non con il consenso di tutte le parti coinvolte, tale proposta però non è stata accolta nel testo ufficiale licenziato dalle Istituzioni europee. V. sul punto DAVÌ, *Riflessioni*, op. cit., p. 330 ss.; BONOMI, *Successions internationales*, op. cit., pp. 307, 314. Peraltro proprio sulla base di tali considerazioni la Commissione nella proposta iniziale aveva limitato ai patti successori (art. 18) l'applicazione della legge successoria «anticipata» o «ipotetica». L'ipotizzato accoglimento di siffatta restrizione aveva però suscitato critiche soprattutto da parte della dottrina tedesca tradizionalmente legata al principio della legge successoria anticipata o *Errichtungsstatut*, la quale aveva insistito nel sottolineare che non tutti gli autori di disposizioni testamentarie sono poi in effetti consapevoli degli effetti che su di esse può avere un cambio di residenza abituale né della possibilità di scongiurarli attraverso il legittimo esercizio di una *professio iuris*. V. la presa di posizione al riguardo del Max Planck Institut, *Comments*, op. cit. p. 616 ss.; Dutta, *Successions and Wills*, op. cit., p. 586 ss.; KINDLER, *Vom Staatsangehörigkeits- zum Domizilprinzip: das Künftige internationale Erbrecht der Europäischen Union*, in *IPRax*, 2010, p. 47; e tra i commentatori del regolamento WILKE, *Das internationale Erbrecht*, op. cit., p. 606.

<sup>394</sup> V. *supra* p. 1.

diritti dei legittimari che discendono dalla legge regolatrice della successione rispetto ai diritti dei beneficiari del patto stesso. Particolarmente chiaro in tal senso è il considerando (50) dove si legge «la legge che, in base al presente regolamento, disciplinerà [...] per quanto riguarda i patti successori, gli effetti vincolanti di tali patti tra le parti, non dovrebbe pregiudicare i diritti di chiunque, in forza della legge applicabile alla successione, abbia diritto a una quota di legittima o abbia un altro diritto di cui non può essere privato dalla persona della cui successione si tratta».

D'altronde, i soggetti parti di un patto successorio non disporrebbero di nessuna tutela contro un mutamento della legge applicabile alla successione provocato da un trasferimento della residenza abituale da parte del *de cuius* o da una *professio iuris* effettuata in un momento successivo rispetto alla conclusione del patto. Ne deriva che lo stesso trattamento dovrebbe essere riservato al caso della revoca di una *professio iuris* effettuata contestualmente alla conclusione del patto<sup>395</sup>.

Per ciò che attiene specificamente ai testamenti congiuntivi, la definizione degli stessi non è sempre agevole e varia nei diversi sistemi nazionali<sup>396</sup>. Vi sono, infatti, i testamenti congiuntivi definiti tali solo in quanto le dichiarazioni dei co-testatori sono racchiuse in un medesimo documento, ma le volontà dei partecipanti all'atto rimangono giuridicamente distinte, oppure vi sono quegli atti in cui le volontà sono poste tra loro in rapporto di reciproca interconnessione, poiché le parti perseguono lo stesso obiettivo, oppure semplicemente si sono istituite reciprocamente eredi, o dispongono per un terzo soggetto.

---

<sup>395</sup> DAVI, ZANOBETTI, op. cit., p. 88, dove viene altresì evidenziato che la mancanza di previsioni specifiche volte a tutelare le ragioni dei beneficiari sul piano del diritto internazionale privato non esclude la possibilità che gli stessi possano trovare adeguato ristoro del danno subito sul piano del diritto materiale a seguito di un comportamento lesivo che, ricorrendone le dovute condizioni, potrebbe essere ritenuto fonte di responsabilità con conseguente obbligo di risarcimento del danno o magari dar luogo ad un'azione di ingiusto arricchimento. Di diverso avviso WISOCKA, *How can a valid professio iuris*, op. cit., p. 574, la quale ritiene che l'assenza di una norma di conflitto che conferisca il potere di scelta o comunque, nel sistema di diritto internazionale privato cui tale norma appartiene, della previsione di limiti alla revocabilità dell'atto di esercizio di quel potere, andrebbe interpretata come manifestazione della volontà implicita di lasciare la determinazione dei suddetti limiti alla stessa legge scelta. Di diverso avviso anche BONOMI, WAUTELET, op. cit., p. 266, che ritiene che nel silenzio del regolamento bisogna comunque riferirsi alla legge scelta dal *de cuius*, pertanto qualora il *de cuius* intenda revocare la scelta della legge tedesca contenuta in un patto successorio, la possibilità di revoca dipenderà dalla legge tedesca. Poiché però quest'ultima dispone che le disposizioni contrattuali contenute in un patto successorio siano irrevocabili (ma solo l'istituzione di eredi, i legati e gli oneri vanno ricompresi nella nozione di "disposizioni contrattuali") mentre le disposizioni unilaterali siano sempre liberamente revocabili, occorre interrogarsi su come deve essere intesa, in questi ambiti la *professio iuris*, se come disposizione contrattuale, come tale irrevocabile, o come disposizione unilaterale, e come tale sempre liberamente revocabile. La dottrina tedesca è attualmente divisa sul punto: in favore della revocabilità si sono espressi DÖRNER, nn. 548 e 550 e DUTTA, in *Münchener Kommentar*, Art. 22 EuErbVO, n. 19; in senso contrario, invece, BIRK, Art. 25, n. 58.

<sup>396</sup> In Italia vengono definiti «simultanei» i testamenti in cui la volontà dei soggetti viene espressa in un atto unico ma restano giuridicamente indipendenti, mentre vengono definiti «congiuntivi» quelli in cui le volontà non sono solo contenute nel medesimo atto ma sono tra loro connesse. In Germania il paragrafo 2270 BGB definisce disposizioni interdipendenti (*wechselseitigliche Verfügungen*) quelle contenute in un testamento congiuntivo e un *gemeinschaftliches Testament* quello in cui sostanzialmente si presume che i due consensi siano stati prestati proprio l'uno in ragione dell'altro. In Francia si distingue tra *testaments conjoints* e *testaments conjoints (réciproques o mutuels* in caso di istituzione reciproca). In Inghilterra si usano le espressioni *joint wills* e *mutual wills* in modo alternativo, ma a volte viene usata la più specifica espressione *joint and mutual wills*. In Spagna l'espressione testamento *mancomunado* è considerata riferibile promiscuamente ad entrambe le ipotesi. V. la nota *Les pactes successoriaux* redatta dal *Bureau permanent* della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato nella fase di elaborazione della Convenzione del 1989, in *Conférence de La Haye de Droit international privé, Actes e documents de la Seizième session (1988)*, vol. II, Successions-loi applicable, La Haye, 1990, p. 222, testo e nota 2.

Ora chiaramente se nel primo caso la revocabilità di un'eventuale *professio iuris* risulta chiaramente più agevole, nella seconda ipotesi la revocabilità separata potrebbe generare maggiori problematiche.

Nondimeno, nella sistematica del regolamento, la questione viene in qualche modo relativizzata da quanto dispone l'articolo 25, paragrafo 1, che sottopone la validità del patto e i suoi effetti vincolanti alla legge successoria ipotetica, ovvero alla legge che sarebbe stata applicabile se il *de cuius* fosse morto nel giorno della conclusione del patto stesso. In questo modo viene cristallizzata la legge applicabile al patto successorio evitando che la successiva revoca dell'atto di scelta, che evidentemente sarà del tutto legittima, possa rimettere in discussione la validità o gli effetti vincolanti<sup>397</sup>.

### *11. La scelta di legge limitata all'ammissibilità e alla validità sostanziale*

Due ipotesi di scelta di legge diverse da quella generale prevista dall'articolo 22 sono contenute negli articoli 24, paragrafo 2 e 25, paragrafo 3.

Queste disposizioni permettono al *de cuius* di designare la legge applicabile ad una disposizione a causa di morte (ovvero testamento, testamento congiuntivo, patto successorio) ma limitatamente a determinati aspetti. Differentemente da quanto prevede l'articolo 22, infatti, qui non si tratta di una scelta che riguarda l'intera successione, ma neppure una scelta parziale, che come evidenziato non è ammessa dal regolamento, ma si tratta di una scelta limitata ad alcuni aspetti formali riguardanti l'ammissibilità, la validità sostanziale e determinati effetti della disposizione *mortis causa*.

#### *11.1 (segue) di una disposizione a causa di morte diversa da un patto successorio*

L'articolo 24, paragrafo 2, consente al soggetto di designare, come legge volta a regolare l'ammissibilità e la validità sostanziale di una disposizione a causa di morte, la legge che avrebbe potuto scegliere per l'intera successione conformemente a quanto dispone l'articolo 22.

L'articolo 24, paragrafo 1, definisce la legge anticipata o ipotetica<sup>398</sup> come «la legge che, in forza del presente regolamento, sarebbe stata applicabile alla successione della persona

---

<sup>397</sup> BONOMI, WAUTELET, op. cit., p. 267. L'A. propone il seguente esempio pratico «Un cittadino tedesco con residenza abituale in Italia conclude con i suoi figli un patto successorio. Nell'atto è inserita la scelta della legge tedesca, che ammette la validità e gli effetti vincolanti del patto successorio. Se questa scelta viene successivamente revocata dal *de cuius* (e se la revoca è valida), la legge italiana diviene applicabile alla successione, ma l'ammissibilità e gli effetti vincolanti del patto restano soggetti alla legge tedesca, in qualità di legge successoria «ipotetica» al momento della conclusione del patto. Il patto successorio resta dunque valido ed irrevocabile, nonostante la revoca della *professio iuris*».

<sup>398</sup> L'espressione utilizzata in Germania è «*Errichtungsstatut*» v. DÖRNER. Art. 26, n. 23. Questa soluzione è piuttosto diffusa in diritto comparato. È rinvenibile nei sistemi di diritto internazionale privato di numerosi Stati membri Austria (§30 IPRG), Polonia (art. 32 l. dir. int. priv. 1965), Repubblica ceca (§ 18 l. dir. int. priv. 1963), Slovenia (art. 33, l. dir. int. priv. 1999), Spagna (art. 9.8 cod. civ.), Ungheria (§ 36, alinea 2, legge di diritto internazionale privato 1979). Altri sistemi, in particolare di *common law*, applicano tale soluzione soltanto per l'interpretazione degli atti a causa di morte. In Inghilterra, la legge del domicilio del testatore al momento dell'atto è applicabile all'interpretazione delle disposizioni a causa di morte, anche quando sono relative a beni immobili: CLARKSON, HILL, *The Conflict of Laws*, 3<sup>a</sup> ed., Oxford, 2006, pp. 448, 450 e 452. Per contro in altri ordinamenti, l'ammissibilità e la validità sostanziale delle disposizioni a causa di morte sono soggette alla legge applicabile alla successione determinata al momento della morte. Questa era anche la

che ha fatto la disposizione se fosse deceduta il giorno in cui è stata fatta la disposizione». Tale norma che *prima facie* sembrerebbe rimandare alla previsione generale contenuta nell'articolo 21, deve essere però necessariamente coordinata con quanto specificato all'interno del considerando 51 dove viene chiarito che tutte le volte in cui il regolamento richiama la legge che avrebbe dovuto applicarsi alla successione dell'autore di una disposizione a causa di morte, o della sua modifica o revoca, al momento del compimento dell'atto di scelta, deve intendersi che il richiamo sia stato effettuato in favore della «legge dello Stato in cui la persona risiedeva abitualmente in quel momento o, se avesse scelto una legge ai sensi del presente regolamento, di cui possedeva la cittadinanza in quel momento».

Pertanto dal tenore della norma e da quanto chiarisce il richiamato considerando, sembrerebbe doversi escludere la possibilità di applicare l'eccezione del collegamento più stretto di cui all'articolo 21 paragrafo 2<sup>399</sup>, essendo il richiamo limitato alla legge della residenza abituale al momento della redazione della disposizione ovvero, indirettamente, alla legge della cittadinanza visto che si fa riferimento nel dettato della norma alla legge che il de cuius avrebbe potuto designare sulla base dell'articolo 22 del regolamento.

Ciò posto, l'articolo 24, al paragrafo 2, prevede la possibilità di effettuare una *professio iuris* limitata alla disciplina delle questioni concernenti l'ammissibilità e la validità sostanziale delle disposizioni testamentarie.

Invero il regolamento ammette due diversi tipi di scelta: uno generale che comprende la successione nella sua interezza, previsto e disciplinato, come evidenziato nei paragrafi precedenti, dall'articolo 22, e uno di portata più ristretta che riguarda soltanto alcuni aspetti specifici. Chiaramente una ipotesi di scelta risulta alternativa all'altra, nel senso che qualora si effettui, ovviamente anteriormente o contestualmente all'adozione di una o più disposizioni testamentarie previste dall'articolo 24, una scelta conformemente a quanto dispone l'articolo 22, la scelta effettuata ricomprenderà anche le questioni che potrebbero essere, a loro volta, oggetto di scelta ai sensi di quanto dispone l'articolo 24, paragrafo 2.

Al contrario, qualora la *professio iuris* dovesse avvenire solo in un momento successivo, l'ammissibilità e la validità sostanziale delle disposizioni testamentarie rimarrebbero soggette alla legge successoria anticipata applicabile al momento della loro adozione, non potendo la scelta esplicare i propri effetti retroattivamente.

Una precisazione ulteriore richiede il richiamo contenuto nell'articolo 24 e rivolto all'articolo 22 del regolamento, dove si legge, infatti, che la scelta deve essere effettuata «conformemente all'articolo 22 alle condizioni ivi stabilite». Al riguardo il considerando (51) ancora una volta chiarisce la portata della disposizione evidenziandone la lettura corretta.

---

soluzione applicabile in Italia: nel sistema della legge 31 maggio 1995, n. 218, l'ammissibilità e la validità sostanziale di una disposizione a causa di morte sono regolate, alla stregua delle altre questioni successorie, dalla legge applicabile alla successione, determinata al momento della morte (art. 46). Soluzioni diverse sono previste soltanto per la capacità di testare e per la forma delle disposizioni testamentarie (art. 46 e 48). Pertanto l'articolo 24 rappresenta una novità per l'ordinamento italiano.

<sup>399</sup> Nello stesso senso DAVÌ, ZANOBETTI, op. cit., p. 100, dove peraltro si muove una critica nei confronti della scelta del legislatore europeo di inserire una precisazione che rappresenta un elemento di non poco rilievo della complessiva regolamentazione stabilita dall'art. 24 in un semplice considerando e non nel corpo del testo della disposizione, poiché ciò rende la reperibilità particolarmente difficoltosa, anche in considerazione dell'apparente chiarezza della norma che non induce il lettore a porsi particolari interrogativi. In senso contrario si esprimono BONOMI, WAUTELET, op. cit., pp. 320-321, e anche RODRÍGUEZ URÍA-SUÁREZ, *La ley aplicable a las sucesiones*, op. cit., p. 28 che invece ritengono che la clausola di eccezione debba ritenersi compresa in tale richiamo.

Precisando che la scelta deve essere riferita «alla legge dello Stato di cui possedeva la cittadinanza in quel momento» lascia intendere che la scelta che può essere effettuata ai sensi dell'articolo 24 ha una portata più ristretta rispetto alla previsione generale contenuta nell'articolo 22. Ciò in quanto mentre una *professio iuris* generale può rivolgersi tanto alla cittadinanza posseduta al momento della scelta quanto a quella che si prevederà di avere al momento della morte, la scelta effettuata ai sensi dell'articolo 24 potrà avere ad oggetto unicamente la legge della cittadinanza dello Stato che il suo autore possedeva al momento in cui la scelta viene effettuata.

La soluzione prevista dall'articolo 24, seppure condivisibile in quanto utile a scongiurare ipotesi di abusi e l'incertezza di affidare la scelta ad una condizione di dubbia futura realizzazione, si pone tuttavia in contrasto con la portata più ampia dell'articolo 22, con la conseguenza di causare disarmonia nelle soluzioni.

Al contrario, questa volta in linea con quanto stabilisce l'ipotesi generale, il rinvio che l'articolo 24 effettua nei confronti dell'articolo 22, deve portare a ritenere ammissibile, anche in caso di scelta limitata all'ammissibilità e alla validità sostanziale di una disposizione a causa di morte diversa da un patto successorio, una *professio iuris* implicita<sup>400</sup>.

#### *11.2. (segue) la scelta della legge applicabile ai patti successori*

Come evidenziato nel paragrafo precedente, l'ipotesi di *professio iuris* contemplata all'articolo 24 consente di effettuare una scelta limitatamente a ciò che concerne gli aspetti della ammissibilità e validità di una disposizione a causa di morte diversa dai patti successori.

Il legislatore europeo ha dunque scelto di disciplinare in altra sede, e nella specie all'interno dell'articolo 25, paragrafo 3, la possibilità di scegliere la legge regolatrice di un patto successorio<sup>401</sup>, che è per sua stessa natura, come evidenziato, non un atto unilaterale bensì bilaterale o multilaterale, un *pactum de lege utenda*. Coinvolgendo diverse parti, l'accordo risulterà vincolante per ciascuno dei partecipanti e sebbene sia sempre revocabile, magari a seguito di acquisto di una diversa cittadinanza, in quanto atto a formazione plurilaterale non potrà essere revocato se non con l'assenso di tutte le parti coinvolte.

Secondo quanto stabilisce l'articolo 25, paragrafo 3, la scelta può avere ad oggetto la «legge che la persona o una delle persone della cui successione si tratta avrebbe potuto scegliere ai sensi dell'articolo 22», ovvero la legge nazionale o una qualsiasi delle leggi nazionali di ciascun partecipante al patto stesso.

Pertanto, anche in questo caso, in maniera analoga a quanto previsto per la scelta di legge effettuata sulla base dell'articolo 24, ma diversamente da quanto prevede l'articolo 22 per la *professio iuris* generale, la scelta può cadere unicamente sulla cittadinanza posseduta al momento in cui la designazione viene effettuata e non anche in favore di una legge

---

<sup>400</sup> Per tutti i problemi connessi alla *professio iuris* implicita v. *supra* par. 5.

<sup>401</sup> Si è osservato che a diversi interrogativi darà luogo la delimitazione della nozione di patto successorio e cosa possa essere ricompreso al suo interno, posto che potrebbero esservi ricondotte una gamma considerevolmente vasta di figure, di cui alcune presentano elementi o caratteri comuni ad istituti rientranti in categorie diverse e per lo più escluse dall'ambito di applicazione del regolamento come ad esempio le donazioni, i *trusts* e gli accordi relativi ai rapporti patrimoniali tra coniugi rispettivamente esclusi dall'ambito di applicazione del regolamento dalle lettere d), g), e j) dell'art. 1, par. 2 v. DAVI, ZANOBETTI, op. cit., p. 105.

futura. La disposizione condivide dunque le soluzioni previste dall'articolo 24, per ciò che attiene alla scelta di legge contemplata per le disposizioni a causa di morte.

Quanto al coordinamento con la *professio iuris* di carattere generale valgono le considerazioni già svolte in relazione all'articolo 24<sup>402</sup>. Qualora la scelta risulti anteriore o contestuale alla conclusione del patto in questione, l'applicabilità della legge designata si dovrà considerare estesa anche alla disciplina del patto, posto che non è ammessa la possibilità di assoggettare gli effetti di un patto successorio ad una legge che non sia al tempo stesso designata per regolarne anche ammissibilità e condizioni di validità sostanziale<sup>403</sup>. Al contrario, una *professio iuris* effettuata solo in un momento successivo non potrebbe impedire che il patto resti soggetto alla medesima legge successoria anticipata o ipotetica.

Appare opportuno evidenziare che differenti sono le funzioni che sono alla base della *professio iuris* generale, che, come evidenziato, ha come obiettivo tanto di consentire al *de cuius* una pianificazione ereditaria maggiormente rispondente ai propri desideri quanto garantire la certezza e la prevedibilità delle situazioni successorie, così da sottrarle ad eventuali futuri cambiamenti, anche solo temporanei, della propria residenza abituale, e di quella contenuta nell'articolo 25, paragrafo 3. Quest'ultima, invero, non ha affatto il compito di garantire la certezza del diritto<sup>404</sup>, dal momento che il collegamento obiettivo della residenza abituale per gli stessi risulta a monte fissato dalla norma al momento della stipulazione e non è quindi soggetto a subire modifiche nel tempo, ma unicamente finalizzata ad ampliare le ipotesi di scelta. La funzione dell'accordo è dunque precipuamente materiale e consiste nel rendere disponibile, attraverso l'ampliamento delle possibilità di scelta, un maggiore novero di opzioni di leggi suscettibili di essere alternativamente applicabili, garantendo in questo modo maggiori possibilità di pianificare la propria successione.

Chiaramente, qualora il patto attenga alla successione di una sola persona, la sua utilità pratica diminuisce sensibilmente, posto che, venendo a mancare il novero di scelte ulteriori utilizzabili qualora si trattasse di regolare la successione di più soggetti, l'unica scelta disponibile sarebbe quella della cittadinanza posseduta dal disponente al momento della stipulazione. Di conseguenza, la rosa di scelta sarebbe persino più ridotta rispetto alla previsione generale contenuta nell'articolo 22, che prevede, al contrario, anche la possibilità di scegliere la cittadinanza posseduta al momento della morte. Con l'ulteriore aggravante, seppur solo formale, che mentre nel caso di *professio iuris* generale si verte nell'ambito di atti unilaterali, come tali autonomamente revocabili, nel caso del patto per procedere ad

---

<sup>402</sup> V. *supra* par. 11.1.

<sup>403</sup> Di diverso avviso KHAIRALLAH, *La détermination de la loi applicable*, cit., che non considerando la distinzione tra disposizioni a causa di morte e patti successori, evincibile dall'art. 25, par. 3, ritiene che la norma sarebbe limitata unicamente a concedere la possibilità che il patto successorio venga sottoposto, per ciò che riguarda la sua ammissibilità, la sua validità sostanziale e i suoi effetti vincolanti tra le parti, alla legge designata dal disponente come regolatrice della sua successione mediante un atto unilaterale di *professio iuris*.

<sup>404</sup> Come osservato in DAVÌ, ZANBOBETTI, op. cit., p. 120, l'unica ipotesi in cui alla scelta di legge regolatrice dei patti può essere attribuita una funzione di garanzia della certezza del diritto è quella «dei patti concernenti le eredità di più persone non aventi le rispettive residenze abituali nello stesso paese, per la disciplina della cui validità sostanziale e dei cui effetti occorre dunque individuare la legge, che potrebbe risultare a volte di problematica determinazione».

un'eventuale deroga o modifica, sarebbe, come già notato, necessario il consenso di tutte le parti<sup>405</sup>.

Nondimeno, la norma è connotata da un'impronta fortemente liberale. La stessa, infatti, consente di operare una scelta, per ciò che riguarda la legge regolatrice dei patti aventi ad oggetto la successione di due o più persone, non soltanto per ciò che concerne gli effetti ma anche e soprattutto la loro validità sostanziale e i loro effetti tra le parti e la loro ammissibilità, a una qualunque delle leggi nazionali possedute dalle persone le cui eredità si trovano ad essere coinvolte. Tale previsione apre alla possibilità che si verifichino ipotesi in cui a un soggetto potrebbe essere consentito di concludere, sulla base di una legge con cui non ha nessun legame e che non potrebbe diversamente designare, un patto concernente le rispettive successioni considerato inammissibile sia dalla propria legge nazionale che da quella della residenza abituale.

Come specifica l'incipit dell'articolo 25, paragrafo 3, la disposizione costituisce una «deroga» a quanto lo stesso articolo prevede nei primi due paragrafi. Al riguardo particolarmente degna di nota appare la disparità di regolamentazione prevista per la soluzione del concorso di leggi applicabili a titolo obiettivo, nel caso di patto che coinvolga la successione di più persone. Il paragrafo 2 richiede, infatti, che il patto che le parti intendono stipulare debba necessariamente risultare ammesso da tutte le leggi successorie implicate. Questa discordanza, che parrebbe addirittura una contraddizione, è spiegabile, secondo quanto è stato osservato in dottrina, con la volontà di coordinare le posizioni di quei Paesi che fanno un largo uso dello strumento del patto successorio e quanti al contrario ne vietano l'utilizzo<sup>406</sup>.

Poiché l'articolo 25 omette di disciplinare le varie problematiche che potrebbero sorgere con riferimento alla disciplina dell'accordo di scelta quale atto giuridico, si ritiene opportuno fare riferimento al richiamo che l'articolo 25 rivolge all'articolo 22.

Tale espresso rinvio, che stabilisce che la scelta della legge regolatrice dei patti successori venga effettuata «alle condizioni ivi indicate», deve far presumere che devono essere estese tutte le regole, anche quelle relative ad aspetti quali la validità formale e sostanziale, previste per la scelta di legge generale di cui all'articolo 22. Ne consegue che l'accordo di scelta dovrà essere stipulato nella forma di una disposizione a causa di morte, rispettando dunque le formalità richieste per la validità del patto successorio cui la scelta di legge inerisce, la sua validità sostanziale sarà regolata dalla legge scelta, e soluzioni

---

<sup>405</sup> BONOMI, *Successions internationales*, op. cit., p. 309; GONZÁLEZ, RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, *La ley aplicable a los pactos sucesorios*, op. cit. p. 5, par. 19; sottolineano che è priva di rilievo pratico la differenza tra le due possibilità di scelta rappresentata dal fatto che la *professio iuris* può essere revocata o modificata unilateralmente mentre la revoca o la modifica dell'atto di scelta relativo ai patti richiedono il consenso di tutte le parti. Sebbene appaia condivisibile nella sostanza tale rilievo, poiché la revoca o la modifica della *professio* non potrebbero comunque impedire la perdurante applicabilità ai patti della legge inizialmente designata, in quanto competente a regolare la successione al momento della conclusione, formalmente la possibilità di poter revocare unilateralmente le proprie volontà appare molto più rispondente alla portata liberale del regolamento, soprattutto laddove l'accordo di scelta non offra al disponente nessun beneficio di sorta.

<sup>406</sup> DAVI, ZANOBETTI, op. cit., p. 122, in particolare il compromesso è dovuto al fatto che essendo la cittadinanza delle persone molto meno soggetta a variazioni rispetto al criterio del collegamento principale della residenza abituale, la limitazione della facoltà di opzione alla sola legge nazionale di uno dei soggetti le cui eredità sono implicate permette ai Paesi che non permettono l'utilizzo dei patti di mantenere ancora una certa misura di controllo.

corrispondenti dovranno essere applicate alla validità formale e sostanziale di un'eventuale modifica o revoca dell'accordo.

Come osservato relativamente all'articolo 24, paragrafo 2<sup>407</sup>, anche in questo caso, in virtù del richiamo operato dall'articolo 25, paragrafo 3, all'articolo 22, una scelta di legge effettuata in modo implicito deve considerarsi ammissibile.

## 12. I limiti all'esercizio della *professio iuris*

Nonostante l'impronta marcatamente liberale del regolamento, vi sono delle ipotesi, del tutto marginali per la verità, in cui la scelta richiamata applicando il criterio di collegamento generale ovvero a seguito di *professio iuris* potrebbe non essere ritenuta ammissibile. Ci si riferisce ad un eventuale contrasto con l'ordine pubblico del foro, o al caso, ancor più remoto, in cui sia evidenziabile un'ipotesi di frode alla legge e abuso nell'esercizio della facoltà prevista dal regolamento.

### 12.1 (Segue) *Ordine pubblico*

Uno dei potenziali e ricorrenti strumenti che possono essere utilizzati per escludere l'applicazione della legge straniera richiamata è quello dell'ordine pubblico.

Tale limite, che ha natura generale, potrebbe condurre ad escludere la legge straniera tanto se ad essere richiamata sia la legge della residenza abituale del *de cuius*, individuata facendo applicazione del criterio principale, quanto nel caso in cui quest'ultimo si sia avvalso della possibilità di effettuare una scelta in favore della legge della propria cittadinanza ai sensi di quanto dispone l'articolo 22 del regolamento. Ricorrendo a tale presidio, l'ordinamento potrà disapplicare la legge designata in applicazione delle norme di conflitto contenute nel regolamento qualora questa conduca ad un risultato manifestamente incompatibile con i principi fondamentali del sistema giuridico del foro.

Nondimeno, come si avrà modo di evidenziare, la clausola dell'ordine pubblico potrà intervenire solo nei casi più gravi e non potrà essere utilizzata in modo sistematico per correggere eventuali risultati che ad esempio si pongano in contrasto con eventuali aspettative dei legittimari. Diversamente opinando, infatti, si metterebbe a dura prova lo spirito liberale che connota l'intero testo e si comprometterebbe la stessa utilità dello strumento.

Per comprendere l'effettiva portata del rimedio in ambito successorio e, specificamente per ciò che concerne l'esercizio dell'autonomia della volontà, appaiono opportune alcune considerazioni volte ad indagare tanto l'effettiva connotazione di tale limite quanto il valore che allo stesso è stato attribuito nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

La disciplina dell'istituto dell'ordine pubblico<sup>408</sup>, contenuta nell'articolo 35 del regolamento, non si discosta dalla nota formula utilizzata dagli altri strumenti di diritto

---

<sup>407</sup> V. *supra* par. 11.1.

<sup>408</sup> L'ordine pubblico, in quanto concetto puramente formale, non ha un contenuto predeterminato ma esso risulta «[...] variabile com'è variabile ogni fenomeno giuridico positivo. Sarebbe mera astrazione giusnaturalistica pretendere che il concetto di ordine pubblico possa consolidarsi in una istituzione a contenuto stabile ed universale» così QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli, 1961, p. 312.

internazionale privato sinora adottati dalle istituzioni europee<sup>409</sup>. La disposizione in esame riproduce altresì, in modo fedele, quanto disposto in via convenzionale in ambito internazionale e, particolarmente, in seno alla conferenza dell'Aja<sup>410</sup>.

Poiché in linea di principio, la necessità di salvaguardia dell'ordinamento del foro si potrebbe profilare ogni qualvolta si verifici, al suo interno, l'ingresso di valori giuridici stranieri, in linea con quella che è la prassi utilizzata negli altri strumenti internazionalprivatistici in Europa<sup>411</sup>, il rimedio si pone, anche nella sistematica del regolamento, oltre che come limite sostanziale all'applicazione di una legge straniera contrastante, anche come possibile motivo di diniego del riconoscimento di decisioni rese in un altro Stato<sup>412</sup>.

Invero, anche nell'ambito del regolamento, la funzione dell'ordine pubblico coincide con la necessità di evitare l'incidenza di quelle che sono state definite "esternalità negative"<sup>413</sup>. L'istituto opera quindi come limite generale all'adattamento e come ostacolo al normale funzionamento della norma di conflitto<sup>414</sup>. Vista la peculiarità della materia

---

<sup>409</sup> La disposizione riproduce il contenuto dell'art. 21 reg. (CE) n. 593/2008 (*Roma I*), dell'art. 26 reg. (CE) n. 864/2007 (*Roma II*) e dell'art. 12 del reg. (UE) n. 1259/2010 (*Roma III*).

<sup>410</sup> Art. 18 Conv. dell'Aja del 1989. In dottrina v. VON OVERBECK, *La contribution de la Conference de la Haye au développement du droit International privé*, in *Recueil des cours*, vol. 233, 1992, p. 47-48.

<sup>411</sup> A titolo di mero confronto cfr. l'art. 34, par. 1, del reg. (CE) 44/2001 (*Bruxelles I*), l'art. 22, lett. a e art. 23, lett. a, del reg. (CE) 2201/2003 (*Bruxelles II bis*), e anche l'art. 24, lett. a del reg. (CE) 4/2009.

<sup>412</sup> V. art. 40, lett. a. Cionondimeno, in questa particolare funzione di tutela, l'ordine pubblico assurge al ruolo di estrema difesa, alla quale può farsi ricorso solo nei casi in cui sia effettivamente in gioco l'intima coerenza dell'ordinamento. La Corte di giustizia, tramite la propria opera esegetica, ha inciso profondamente sul diritto internazionale privato, sviluppandone alcuni principi o ridefinendo i confini di alcune questioni generali per meglio adeguarli ad un'ottica orientata all'integrazione, circa il ruolo dei contributi della Corte v. LENAERTS, *The contribution of the european court of justice to the area of freedom, security and justice*, in *Int. Comp. Law. Quart.*, 2010, p. 255 ss. Nella specie, in sede di interpretazione dell'art. 27 n. 1 della Conv. di Bruxelles del 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, poi sostituita dal regolamento (CE) 44/2001, la Corte di giustizia, nella sentenza *Hoffmann*, 4 febbraio 1988, causa C-145/86, in *Raccolta*, 1988, p. 645 ss., ha affermato che «il ricorso alla clausola di ordine pubblico [...] deve applicarsi solo in casi eccezionali». Nello stesso senso anche la sentenza *Hendrikmann*, 10 ottobre 1996, causa C-78/95, in *Raccolta*, 1996, I, p. 4943 ss., punto 23, e la sentenza *Krombach*, 28 marzo 2000, causa C-7/98, in *Raccolta*, 2000, I, p. 1933 ss., punto 21. In quest'ultima pronuncia la Corte ha altresì specificato (punto 37) che affinché l'ordine pubblico rilevi nel senso di impedire riconoscimento o l'esecuzione di una decisione nell'ambito dello spazio giuridico europeo, non è sufficiente una semplice divergenza tra la norma giuridica applicata dal giudice dello Stato di origine e quella che avrebbe applicato il giudice dello Stato richiesto; occorre invece che si tratti di un caso in cui «il riconoscimento o l'esecuzione della decisione pronunciata in altro Stato contraente contrasti in modo inaccettabile con l'ordinamento giuridico dello Stato richiesto, in quanto lesiva di un principio fondamentale». Nello stesso senso anche la sentenza *Régie Renault*, 11 maggio 2000, C-38/98, in *Raccolta*, 2000, I-3009, punto 30. In altre parole, in tali ipotesi, i parametri per invocare il limite dell'ordine pubblico appaiono più rigorosi, dovendo limitarsi a quelle situazioni eccezionali nelle quali determinati valori non trovino sufficiente tutela nell'ambito della legge straniera resa applicabile dalle norme di conflitto poiché, come è stato osservato, solo in siffatte circostanze si giustifica una deroga al normale funzionamento dei meccanismi di diritto internazionale privato. CONTALDI, (voce) *Ordine Pubblico*, in *Diritto internazionale privato* (a cura di) R. BARATTA, Milano, 2010, p. 274.

<sup>413</sup> Così CALVO CARAVACA, CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Granada, 2013, p. 498 ss.

<sup>414</sup> AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, AGUILAR GRIEDER, *Orden público y sucesiones (I) y (II)*, *Boletín de Información, Ministerio de Justicia*, núm. 1984 de 1 de marzo de 2005 (I) y núm. 1985 de 15 de marzo de 2005 (II), pp. 853-882 y 1123-1147. Resta discutibile la natura di tale limite e, poiché questa non è la sede idonea per ripercorrere i contenuti dell'annoso dibattito dottrinale in materia, ci si limiterà ad evidenziare che lo stesso riguarda la funzione negativa o positiva del rilievo e il suo atteggiarsi quale limite di carattere successivo. Un'analisi di quelle che sono le principali posizioni in materia di ordine pubblico in BADIALLI, *Ordine pubblico (diritto internazionale privato e processuale)*, in *Enc. giur.* Treccani, XXII, Roma, 1990, p. 3 ss. L'A. sottolinea che solo la valutazione del rapporto concreto e delle conseguenze cui la legge straniera conduce nel

successoria, il legislatore europeo ha poi introdotto, nell'impianto regolamentare, ulteriori ipotesi specifiche in cui può entrare in gioco il rilievo dell'ordine pubblico<sup>415</sup>.

La clausola dell'ordine pubblico utilizzata nel regolamento non si limita a salvaguardare i principi fondamentali propri di ciascun ordinamento ma è posta a tutela anche di altri valori, trattandosi, invero, di una nozione "allargata". Sebbene, infatti, nella formulazione dell'articolo 35 manchi l'epiteto «internazionale» o «europeo», i principi richiamati nel regolamento assumono un ruolo fondamentale nella delimitazione del limite, da tenere in considerazione per il raggiungimento degli obiettivi perseguiti in ambito europeo<sup>416</sup>.

In tal senso, ai fini del regolamento, l'ordine pubblico rappresenta lo strumento attraverso il quale l'ordinamento blocca l'applicazione di norme successorie straniere, non solo qualora le stesse risultino lesive dei valori fondamentali del foro, ma anche nel caso in cui conducano a risultati discriminatori che ledano i diritti fondamentali tutelati in ambito sovranazionale<sup>417</sup>. Tali principi, infatti, per effetto dell'adattamento dei singoli ordinamenti

---

disciplinarlo, consente di percepire se il "turbamento" provocato nella *lex fori* da tale disciplina sia o meno tollerabile. Per QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, cit., ricerche storiche più accurate hanno dimostrato che già in un'epoca anteriore al XIV secolo si aveva molto chiara la distinzione fra norme *ad litem ordinandam* (procedura) e norme *ad litem decidendam* (diritto materiale applicabile che poteva essere anche straniero).

<sup>415</sup> Nella specie, l'art. 59 par. 1, dove si riconosce la medesima valenza probatoria ad un atto pubblico redatto in un altro Stato membro salvo l'ipotesi in cui lo stesso risulti manifestamente contrario all'ordine pubblico del foro; l'art. 60 par. 3 ove si stabilisce, in materia di dichiarazione di esecutività di atti pubblici, che la stessa può essere rifiutata o negata solo qualora, dall'esecuzione dell'atto, derivi un contrasto manifesto con l'ordine pubblico dello Stato membro di esecuzione e l'art. 61 par. 3, dove si introduce il limite dell'ordine pubblico in materia di esecutività delle transazioni giudiziarie.

<sup>416</sup> Deve ormai considerarsi superato l'annoso dibattito sull'unitarietà delle nozioni di ordine pubblico interno e ordine pubblico internazionale. La distinzione tra i due concetti risale a BROCHER, *Cours de droit International privé suivant les principes consacrés par le droit positif français*, Paris-Genève, 1882-1885, p. 109. È ormai pacifico che l'unico ordine pubblico rilevante in ambito internazionalprivatistico è il cd. ordine pubblico internazionale. È peraltro evidente che tra ordine pubblico interno e ordine pubblico internazionale intercorre una differenza di carattere funzionale, rispondendo i due istituti a finalità nettamente distinte v. CONTALDI, (voce) *Ordine Pubblico*, cit., pp. 275-278 e SPERDUTI, *Ordine pubblico internazionale e ordine pubblico interno*, in *Riv. dir. int.*, 1954, p. 82 ss.. Contra PILLET, *De l'ordre public en droit International privé*, in *Mélanges A. Pillet*, Paris, 1929, p. 438 e ss. La stessa Corte di cassazione, nel celebre caso Colombo (Cass. Civ., 24 giugno 1996, n. 5832, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 164 ss.), ha chiarito la portata di tale distinzione in maniera pregevolmente chiara e precisa. Si trattava, nella specie, di un'azione di riduzione promossa dalla vedova (cittadina statunitense), dal figlio (anch'egli cittadino statunitense) e dalla figlia (cittadina italiana) di un cittadino canadese nei confronti di colei che il *de cuius* – in base al diritto dello Stato del Québec – aveva istituito come propria erede universale. La Corte di cassazione ha affermato che l'istituto della legittima (di cui all'art. 536 c.c.) è sicuramente espressione dell'ordine pubblico interno ma non rientra affatto tra gli istituti che costituiscono l'ordine pubblico internazionale, potendo il legislatore modificarlo o sopprimerlo in ogni momento e di conseguenza ha cassato la sentenza con la quale la Corte d'appello aveva dichiarato che il diritto canadese – dal momento che ignora l'istituto della successione necessaria e consente al testatore di disporre in maniera pienamente libera dei propri beni – si trova in irrimediabile contrasto con l'ordine pubblico internazionale italiano. Negli ultimi tempi si è anche iniziato a parlare di evoluzione in senso europeo dell'ordine pubblico internazionale. All'interno di tale nuova categoria andrebbero distinti l'"ordine pubblico dell'Unione europea", che costituisce il limite alla protezione dei diritti fondamentali dell'Unione europea tutelati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo che assurge a rango di testo costituzionale e l'"ordine pubblico europeo", che al contrario interviene nell'ambito dello sviluppo in senso europeo del diritto internazionale privato v. l'ampia analisi di FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, *passim*.

<sup>417</sup> Ci si riferisce in particolare alle norme che vietano le violazioni massicce e sistematiche dei diritti umani fondamentali o al divieto di discriminazione tra cittadini degli Stati membri. Il MAX PLANK INSTITUTE, *Comments on the European Commission's proposal*, op. cit. p. 522 ss, spec. p. 663, ha affermato che l'"art. 27 SP is not limited to the mere policies of the forum State, but also encompasses the public policy of the European Union as an integral part of the forum's policies. Hence, art. 27 SP must be applied by the courts

alle fonti del diritto dell'Unione europea e del diritto internazionale, sono ormai divenuti parte integrante degli ordinamenti nazionali.

Nondimeno, in ossequio a quella che è la *ratio* della cooperazione giudiziaria europea, la riserva deve operare in modo restrittivo anche, e forse soprattutto, in ambito successorio. Come chiarisce il dettato del considerando 58 infatti, solo «in presenza di circostanze eccezionali, per ragioni di interesse pubblico gli organi giurisdizionali e altre autorità competenti in materia di successione degli Stati membri dovrebbero poter disapplicare determinate disposizioni di una legge straniera qualora, in una precisa fattispecie, l'applicazione di tali disposizioni risultasse manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico dello Stato membro interessato. Tuttavia, agli organi giurisdizionali o alle altre autorità competenti non dovrebbe essere consentito di avvalersi dell'eccezione di ordine pubblico per disapplicare la legge di un altro Stato membro ovvero per rifiutare di riconoscere — o, se del caso, accettare, — o per eseguire una decisione, un atto pubblico o una transazione giudiziale emessi in un altro Stato membro, qualora ciò avvenisse in violazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare del suo articolo 21 che vieta qualsiasi forma di discriminazione».

Tale carattere di eccezionalità collima tanto con quella che è la tendenza insita nella maggior parte degli Stati membri<sup>418</sup> quanto con quella ormai cristallizzatasi nella giurisprudenza della Corte di giustizia, che attribuisce all'ordine pubblico un ruolo del tutto marginale<sup>419</sup>. Tale considerazione vale *a fortiori* laddove si consideri che il legislatore sovranazionale non ha ritenuto necessario approntare una diversa disciplina per ciò che riguarda il trattamento di Stati terzi e Stati membri, con la conseguenza che nessuna distinzione è prevista all'interno dell'articolo 35<sup>420</sup>.

Ad ogni buon conto *condicio sine qua non* per l'attivazione del rimedio è che l'applicazione della legge straniera, e non il suo contenuto materiale, risulti “manifestamente incompatibile” con l'ordine pubblico dello Stato membro di cui si tratta. L'applicazione della *lex causae* deve necessariamente condurre ad un risultato “manifestamente”

---

of the Member States in observance of the rights and the principles contained in the Charter of fundamental rights». Al riguardo vi è in dottrina chi ha individuato nella lettera della norma due livelli di operatività dell'istituto e, nella specie, un ordine pubblico interno e un ordine pubblico europeo, il primo volto a salvaguardare i principi essenziali del foro, il secondo diretto a proteggere i diritti umani fondamentali DEVAUX, *The European Regulations on Succession of July 2012: A Path Towards the End of the Succession Conflicts of Law in Europe, or not?* (March 8, 2013). *The International Lawyer*, vol. 47, Issue 2 (Fall 2013), available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2230663> or <http://dxdoi.org/10.2139/ssrn.2230663>.

<sup>418</sup> Per uno sguardo d'insieme in dottrina si veda l'esame generale di BOULANGER, *Droit International des successions*, Paris, 2004, p. 134 ss.

<sup>419</sup> La Corte di giustizia ha ritenuto che la nozione di ordine pubblico, quale deroga ad una libertà fondamentale “deve essere intesa in senso restrittivo, di guisa che la sua portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle Istituzioni dell'Unione europea” e il ricorso ad essa può giustificarsi “solo in caso di minaccia reale e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività”, Corte giust., 22 dicembre 2010, C-208/09, in Raccolta, *Sayn-Wittgenstein c. Landesbauptmann von Wien*, in Raccolta, 2010, p. I-13693 ss., e anche Corte giust., 14 ottobre 2004, C-36/02, *Omega*, in Raccolta, 2004, I-9606, punto 30; ma sulla nozione di ordine pubblico v. precedentemente, Corte giust., 14, 4 dicembre 1974, C-41/74, *Yvonne van Duyn*, in Raccolta, 1974, 1337 ss, punto 18; Corte giust., 28 ottobre 1975, C-36/75, *Rutili*, in Raccolta, 1975, punti 26 ss. In dottrina anche ANGELINI, *Ordine pubblico nel diritto comunitario*, in *Dig. Disc. Pubbl. – Aggiornamento*, Torino, 2005, p. 503 ss. e *amplius*; ID., *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, 2007.

<sup>420</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, *En Reglemento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012*, op.cit., p. 260.

incompatibile con i principi fondamentali dell'ordinamento del foro<sup>421</sup>. La formula, ormai classica, è volta a sottolineare che, per poter ricorrere al “meccanismo” di difesa insito nel richiamo all'ordine pubblico, non è sufficiente una mera difformità di discipline tra la *lex fori* e la *lex causae*, ma occorre che vi sia un contrasto insanabile di quest'ultima con i valori di natura etica, economica, politica e sociale che, in un dato momento storico, sono considerati irrinunciabili dal punto di vista dell'ordinamento del foro, alla luce dell'interpretazione sistematica delle norme costituzionali e di taluni principi fondamentali desumibili dal diritto internazionale ed europeo<sup>422</sup>. Motivo per cui la sussistenza di un contrasto tra la *lex successionis*, anche individuata mediante l'esercizio di una *professio iuris*, e i principi fondamentali dell'ordinamento del foro dovrà valutarsi in concreto e non in astratto<sup>423</sup>.

Ad ogni buon conto, al fine di garantire un'applicazione più estesa possibile del regolamento – così da assicurare una maggiore uniformità nello spazio giuridico europeo in materia – è ipotizzabile anche il ricorso alla tecnica insita nell'ordine pubblico “parziale” o “attenuato”. Tale teoria prevede l'applicazione di quelle disposizioni straniere che non

---

<sup>421</sup> È indicativa la circostanza che, nella proposta di regolamento, l'ordine pubblico fosse disciplinato all'art. 27 in maniera diversa rispetto a quella che è stata poi la versione definitiva adottata dal testo. In particolare l'art. 27 par. 1 prevedeva che l'«applicazione della legge designata dal presente regolamento può essere esclusa solo qualora tale applicazione risulti incompatibile con l'ordine pubblico del foro». Il par. 2 dello stesso articolo precisava che «non può essere considerata contraria all'ordine pubblico del foro l'applicazione di una norma della legge designata dal presente regolamento per il solo fatto che le modalità da questa previste in relazione alla legittima differiscono dalle modalità vigenti nel foro». Tale formulazione è stata oggetto di critiche in dottrina. In primo luogo in quanto ometteva l'ormai classica dicitura della “manifesta incompatibilità” (in realtà questa omissione è stata interpretata come una mera dimenticanza e non come espressione di una volontà legislativa<sup>421</sup>) e, in secondo luogo, per l'ambiguità e l'eccessiva specificità con cui era formulato il secondo paragrafo della norma, viste le possibili diverse interpretazioni a cui avrebbe potuto dare luogo<sup>421</sup>. Proprio tali considerazioni hanno indotto il legislatore europeo ad eliminare completamente il par. 2 e a mantenere unicamente la dicitura più generica del par. 1, ancorché sottoposta a qualche modifica.

<sup>422</sup> In giurisprudenza la Corte di cassazione italiana ha chiarito che «l'ordine pubblico internazionale, che preclude l'applicazione di norme straniere richiamate dal diritto internazionale privato, va identificato con i principi fondamentali che caratterizzano l'ordinamento in un determinato periodo storico e trovano la loro espressione nei principi costituzionali e in quelli contenuti nelle convenzioni o nelle dichiarazioni internazionali comuni a tutti gli Stati», Cass., Sez. I, 8 marzo 1999, n. 1951, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 130 ss. In questa stessa sentenza la Suprema Corte ha ritenuto principi di ordine pubblico internazionale il divieto di riconoscimento e dichiarazione giudiziale di paternità in contrasto con lo stato di figlio legittimo o legittimato, i limiti posti al riconoscimento dei figli incestuosi nonché la valutazione preventiva di ammissibilità dell'azione di dichiarazione giudiziale di paternità e della sua corrispondenza all'interesse del figlio minore.

<sup>423</sup> Secondo l'insegnamento di Battifol e Lagarde «c'est moins la loi étrangère en elle-même, dans l'abstrait, qui doit heurter l'ordre juridique du for, que le résultat de son application concrète dans le litige», BATTIFOL, LAGARDE, *Droit International privé*, t. 1, 8<sup>e</sup> ed., LGDJ, 1993, n. 358. In Italia la Cassazione si è espressa in questo senso: «l'ordine pubblico internazionale comprende tutti quei principi che, in ragione del fondamentale valore che assumono nella *lex fori*, operano come limite all'inserimento di norme straniere che appaiono in contrasto con essi. I principi di ordine pubblico internazionale vanno ricavati dal contesto dell'ordinamento positivo e da ogni sua branca, ed in particolare dalla Costituzione, che esprime i valori supremi a cui si ispira l'ordinamento italiano. Si tratta di ricercare i principi basilari che costituiscono un limite invalicabile all'introduzione nell'ordinamento interno di norme straniere, in relazione al caso concreto. Invero, la valutazione non può essere data con riguardo alla norma straniera in astratto, ma con riguardo al risultato che avrebbe la sua applicazione in concreto», Cass., Sez. I, 10 marzo 1995, n. 2788, in *Riv. dir. int.*, 1996, p. 1068 ss. Occorre evidenziare altresì che non sussiste per il giudicante alcun obbligo di invocare l'ordine pubblico per bloccare l'applicazione di una legge successoria contrastante, trattandosi di un giudizio di opportunità (*rule of discretion*) che dovrà essere effettuato, volta per volta, dall'organo giudiziario deputato, all'esito di un complesso processo esegetico.

violano i principi fondamentali dell'ordinamento del foro, espungendo, al contrario, unicamente le norme contrastanti<sup>424</sup> così da ricorrere alla *lex fori* solo ed esclusivamente come *extrema ratio*<sup>425</sup>.

Ora poiché, come evidenziato<sup>426</sup>, uno sguardo d'insieme mostra che, da un punto di vista comparatistico, il diritto successorio presenta divergenze anche molto marcate all'interno degli Stati membri è evidente che se ogni volta che si consenta al *de cuius* di esercitare una *professio iuris* si ammettesse, allo stesso modo, che lo Stato interessato possa ricorrere al limite dell'ordine pubblico qualora la legge richiamata consti di regole successorie differenti, si svuoterebbe di ogni significato lo stesso articolo 22 e si snaturerebbe la portata liberale del regolamento. Coesistono, infatti, in materia, esigenze diverse alle quali ciascun ordinamento, nel rispetto delle proprie tradizioni giuridiche e culturali, appronta una diversa forma di tutela. La necessità di garantire la conservazione del patrimonio familiare, la protezione degli stretti congiunti del *de cuius* e dunque il problema della riserva ereditaria, il trattamento di figli legittimi, naturali e adottivi, la stessa libertà di scelta e i limiti alla pianificazione ereditaria e la questione dell'ammissibilità dei patti successori, sono tutte ipotesi che, astrattamente, alla luce delle divergenze che caratterizzano le normative materiali di ciascun ordinamento, potrebbero fornire terreno fertile per l'intervento della riserva di ordine pubblico<sup>427</sup>.

In realtà, allo stato attuale, la tendenza della prassi non è orientata in questo senso. I casi in cui maggiormente si assiste all'intervento del rimedio dell'ordine pubblico riguardano la collisione con i valori essenziali del foro solo qualora la *lex causae* comporti una intollerabile discriminazione nei confronti di alcuni individui in ragione della loro confessione religiosa, del sesso, o del loro orientamento sessuale. Escluse tali ipotesi discriminatorie particolarmente odiose, nella pratica è assai raro che il diritto successorio

---

<sup>424</sup> SBORDONE, *Discrezionalità e tradizioni costituzionali (ordine pubblico, margine di apprezzamento, ponderazione tra valori, comparazione tra principi)*, disponibile all'indirizzo [http://www.academia.edu/1831127/Discrezionalità\\_e\\_tradizioni\\_costituzionali\\_ordine\\_pubblico\\_margine\\_d\\_i\\_apprezzamento](http://www.academia.edu/1831127/Discrezionalità_e_tradizioni_costituzionali_ordine_pubblico_margine_d_i_apprezzamento) Tale possibilità è riconducibile alla visione dell'ordine pubblico quale limite negativo e positivo insieme. Da diverso tempo infatti, grazie anche al contributo di una parte della dottrina internazionalprivatistica tedesca, si sostiene che l'ordine pubblico sembra non assolvere soltanto una funzione di limite successivo (diversamente dalle norme di c.d. applicazione necessaria le quali costituiscono, viceversa, un limite preventivo in funzione inibitoria dell'efficacia della stessa norma di conflitto ma anche positiva, nel senso che, accertato il contrasto tra la norma straniera (per come applicata alla fattispecie) con il principio di ordine pubblico, l'interprete dovrebbe: a) o "depurare" la norma straniera invocata dagli elementi di contrarietà; b) o ricorrere ad altra norma straniera analoga (sempre priva di elementi di contrarietà e comunque nell'ambito della legge applicabile secondo la regola di conflitto); c) oppure valersi, in via residuale, della legge del foro (disapplicazione della norma di conflitto – c.d. ultrattività della legge del foro). Così RAAPE, *Internationales Privatrecht*, 4<sup>a</sup> ed., Berlino, 1955, p. 96 ss. Per una prospettiva di superamento della distinzione tra «limiti successivi» (ordine pubblico) e «preventivi» (norme di applicazione necessaria) nel funzionamento delle disposizioni di diritto internazionale privato, v. BONOMI, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato: considerazioni sulla Convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 nonché sulle leggi italiana e svizzera di diritto internazionale privato*, Zurigo, 1998, p. 195 ss.

<sup>425</sup> Per un'interpretazione restrittiva del limite dell'ordine pubblico, specialmente quando debba essere applicato il diritto di un altro Stato membro dell'Unione, v. CALVO VIDAL, *El Derecho de sucesiones en la Unión Europea. Ley aplicable y carácter universal de la nueva normativa en materia de sucesiones*, in *Noticias de la Unión Europea*, n. 328, 2012, pp. 104-105. L'A. suggerisce, ove operi l'eccezione, di anteporre all'applicazione della legge del foro le disposizioni più appropriate della legge straniera designata, mutuando la soluzione accolta dal codice di diritto internazionale privato belga o dal codice civile del Portogallo.

<sup>426</sup> V. *supra* cap. II.

<sup>427</sup> OTHENIN-GIRARD, *La réserve d'ordre public en droit international privé suisse*, Zurich, 1999, p. 585 e ss.

straniero venga respinto invocando il limite dell'ordine pubblico<sup>428</sup> posto che, come evidenziato, la clausola riveste nel sistema del regolamento in esame, per voluta scelta legislativa, un ruolo del tutto marginale.

A tale riguardo, appare altresì opportuno evidenziare che la tendenziale coincidenza tra *forum* e *ius* perseguita dal regolamento dovrebbe rendere il ricorso all'ordine pubblico ancora meno frequente di quanto non sia accaduto finora<sup>429</sup>. Tuttavia il problema potrebbe porsi proprio nel caso di una *professio iuris* effettuata da un soggetto, ai sensi dell'articolo 22, paragrafo 1, del regolamento, nei confronti di una legge di uno Stato terzo, la cui applicazione, in quanto produttiva di effetti discriminatori distorsivi, conduca ad un risultato inaccettabile per l'ordinamento del foro.

Per ciò che attiene specificamente al problema della riserva ereditaria e della protezione degli interessi dei legittimari appare opportuno evidenziare alcuni aspetti specifici della problematica. Sebbene manchi una prassi significativa all'interno degli ordinamenti nazionali<sup>430</sup> da cui poter desumere una posizione incontrovertibile, nondimeno si può ritenere che la giurisprudenza sia orientata, salve alcune trascurabili eccezioni per particolari categorie di soggetti considerate vulnerabili, a ritenere non invocabile l'eccezione dell'ordine pubblico nel caso in cui la legge successoria individuata come applicabile risulti lesiva degli interessi di eventuali legittimari.

Invero, per ciò che riguarda specificamente l'esercizio dell'autonomia della volontà, come già evidenziato, una delle obiezioni e, al contempo, delle preoccupazioni che hanno accompagnato la stesura del regolamento, è stato il profilarsi dell'idea che l'accordata possibilità di effettuare una *professio iuris* in capo al *de cuius* si risolvesse, da parte dell'autore, in un tentativo di sottrarsi al rispetto delle norme imperative<sup>431</sup> della legge applicabile relative alla riserva ereditaria e, in particolare, quelle poste a tutela del coniuge e dei discendenti. In alcuni Stati membri, infatti, le disposizioni sulla legittima sono considerate norme di applicazione necessaria così da assicurarne il rispetto anche in fattispecie transnazionali<sup>432</sup>.

Nondimeno, già in risposta ai quesiti del Libro verde della Commissione su successioni e testamenti<sup>433</sup>, il Gruppo europeo di diritto internazionale privato (GEDIP) aveva espresso una posizione netta che auspicava di assoggettare la quota di legittima alla stessa legge a cui

---

<sup>428</sup> BOULANGER, *loc. ult. cit.*

<sup>429</sup> DAVÌ, ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni*, op. cit., p. 112.

<sup>430</sup> Circostanza evidenziata anche nello studio preliminare compiuto dal *Deutsches NotarInstitut*, su incarico della Commissione europea, dove si è rilevata la quasi totale assenza di giurisprudenza in materia all'interno degli ordinamenti nazionali e la discordanza tra le poche pronunce esistenti oggetto spesso di critiche anche serrate, v. *Etude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de L'Union européenne*, op. cit., p. 89.

<sup>431</sup> Cfr. *amplius* DAVÌ, *L'autonomie de la volonté* op. cit., p. 473.

<sup>432</sup> I diritti successori dei singoli ordinamenti nazionali divergono particolarmente proprio sulla questione della riserva ereditaria. Mentre i paesi di *civil law*, sebbene con marcate differenze, contemplano l'istituto, i paesi di *common law*, che non pongono limite alcuno alla libertà testamentaria, non conoscono la riserva ereditaria pur prevedendo, in alcuni casi, altri meccanismi per garantire il sostentamento dei prossimi congiunti del *de cuius*. Nondimeno tali divergenze non hanno riscontri significativi nella prassi. Invero, i Paesi il cui ordinamento non si fa carico di garantire quanto meno le necessità alimentari del coniuge e dei parenti più stretti del defunto, anche attraverso strumenti giuridici diversi dalla riserva ereditaria, sono perlopiù inesistenti in Europa e, in generale, anche al di fuori dei confini europei, sono comunque piuttosto rari.

<sup>433</sup> Libro verde sulle successioni e testamenti, Bruxelles 1 marzo 2005, COM (2005) 65, disponibile all'indirizzo: <http://europa.eu.int/eur-lex/it/archive/index.html>.

doveva essere sottoposta la successione, individuata applicando le norme di conflitto uniformi, escludendo il possibile intervento dell'ordine pubblico<sup>434</sup>.

Invero, la questione più rilevante, nello studio dell'incidenza dell'ordine pubblico con riguardo alla protezione da accordare ai legittimari, si può ricondurre alla necessità di verificare se le disposizioni dettate dalle singole leggi nazionali, circa la determinazione dell'ampiezza della quota di riserva e l'individuazione degli aventi diritto alla medesima, abbiano effettivamente un carattere tale da essere considerate di osservanza obbligatoria anche nell'ambito di situazioni giuridiche di carattere transnazionale<sup>435</sup>. La limitata prassi dei Paesi europei è orientata nel senso di non ritenere contrarie all'ordine pubblico internazionale le leggi straniere che non limitano la libertà del testatore di disporre dei suoi beni<sup>436</sup>. Al contrario le posizioni in dottrina sulla questione non sono ancora orientate in modo univoco su una soluzione.

---

<sup>434</sup> *Réponse du GEDIP au livre vert de la Commission européenne sur les successions et testaments*, risposta alla domanda n. 10 reperibile sul sito [http://ec.europa.eu/justice\\_home/news/consulting\\_public/successions/news\\_contribution\\_successions\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/successions/news_contribution_successions_en.htm)

<sup>435</sup> KHAIRALLAH, *La détermination de la loi applicable à la succession*, op. cit., pp. 47-56. Secondo l'A. l'ordine pubblico internazionale non deve intervenire in tali ipotesi.

<sup>436</sup> Nella giurisprudenza italiana la contrarietà all'ordine pubblico della legge straniera che non prevede la riserva è stata affermata da Trib. Sanremo, 31 dicembre 1984, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1986, p. 341 ss. Tale pronuncia è tuttavia rimasta isolata visto che l'altra sentenza - ovvero App. Milano, 4 dicembre 1992, *ibidem*, 1994, p. 821 ss. - è stata poi cassata dalla Suprema Corte, che ha chiarito, in una fattispecie regolata dal diritto del Québec, già con riferimento all'art. 31 delle preleggi, che «poiché la Carta costituzionale, all'art. 42, non fa riferimento alcuno ai legittimari, la quota riservata ai medesimi rappresenta un limite della successione legittima, ovvero delle disposizioni testamentarie, che il legislatore ordinario può modificare ed anche sopprimere; pertanto l'istituto non rientra tra quelli che costituiscono l'ordine pubblico» Cass., 24 giugno 1996, n. 5832, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, pp. 167-169 con nota di CALÒ. In senso contrario si erano espressi CANTELMO, *Fondamento e natura dei diritti dei legittimari*, Napoli, 1972, p. 26 ss. Id., *L'istituto della riserva*, in *Successioni e donazioni* (a cura di Rescigno), vol. I, Padova 1994, p. 470 e VITTA, *Diritto internazionale privato*, vol. III, Torino, 1975, p. 132. Sul punto si veda anche CALÒ, *La successione mortis causa in diritto comparato*, in FRANZINA, LEANDRO (a cura di), op. cit., p. 233. In senso conforme alla pronuncia della Cassazione anche Trib. Termini Imerese, 15 luglio 1965, in *Giur. sic.*, 1965, p. 784 ss. e Trib. Chiavari, 25 febbraio 1974, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1977, p. 379 ss. La giurisprudenza tedesca è orientata nel senso di escludere che l'assenza nel diritto straniero di disposizioni che istituiscano un diritto alla riserva possa determinare una lesione dell'ordine pubblico tedesco. V. *amplius* BRANDI, *Das Haager Abkommen*, op. cit., pp. 278-279. Tuttavia la Corte costituzionale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*) ha sostenuto l'obbligatorietà del rispetto del principio della riserva in due casi. Qualora l'esigenza sia giustificata dalla necessità di proteggere lo stato contro le pretese di eredi diseredati versanti in stato di indigenza ovvero nel caso in cui riservatari siano dei bambini poiché la loro partecipazione alla successione, sebbene minima, è un principio da considerarsi garantito dalla Costituzione federale, indipendentemente dalle condizioni economiche, BVerfG, 19 aprile 2005, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, p. 1561. In dottrina si veda WILKE, *Das internationale Erbrechnachdenken*, op. cit., p. 607. Nella giurisprudenza svizzera l'esclusione del rimedio dell'ordine pubblico in questi casi è stato affermato nel noto caso *Hirsch c. Coben*, in *Arrêts du Tribunal Fédéral*, cit. Il caso riguardava un cittadino in origini tedesche che, a seguito delle persecuzioni razziali, si era temporaneamente trasferito in Inghilterra dove, nonostante l'esiguo tempo di permanenza, aveva acquistato la cittadinanza inglese. Si era poi trasferito in Svizzera, dove risiedeva stabilmente da oltre un ventennio. Utilizzando una clausola del diritto inglese (nonostante non avesse mantenuto con l'Inghilterra alcun rapporto) lo stesso aveva diseredato, in favore della seconda moglie, la figlia ed i nipoti, cittadini svizzeri e ivi residenti. Il legislatore elvetico ha ritenuto legittimo il comportamento del *de cuius*. V. *amplius* OTHENIN-GIRARD, *La réserve d'ordre public*, op. cit., p. 595. In Spagna la giurisprudenza ha evidenziato in più di un'occasione la necessità di rispettare le legislazioni proprie degli altri ordinamenti al fine di assicurarne un'armonica coesistenza, al riguardo v. le due decisioni del Tribunal supremo del 15 novembre 1966 e del 21 maggio 1999, in *Revista española de derecho int.*, 1997, p. 264 ss., e 1999, p. 756 ss. nonché in dottrina VIRGÓS SORIANO, RODRIGUEZ PINEAU, *Succession Law and Renvoi: the Spanish Solution*, in *Festschrift für Erik Jayme*, I, München, 2004, p. 977 ss.; AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, AGUILAR GRIEDER, *Orden público y sucesiones* op.

Un primo orientamento ha evidenziato, in modo del tutto condivisibile, che qualsiasi sia l'importanza che si voglia attribuire all'esigenza di proteggere, sul piano del diritto internazionale privato, le aspettative dei legittimari, in un sistema basato sull'impiego del criterio di collegamento obiettivo della residenza abituale del *de cuius*, tali aspettative non sarebbero comunque tutelate contro l'eventualità che il testatore stabilisca e conservi, sino al momento della morte, la propria residenza in un Paese il cui diritto materiale non le riconosce o le riconosce solo in parte<sup>437</sup>. In tal senso l'unica esigenza che potrebbe ravvisarsi è quella di proteggere i potenziali legittimari dal rischio di un trasferimento temporaneo di residenza messo in atto al solo fine di instaurare con un determinato Paese un collegamento idoneo a permettere la volontaria sottoposizione della successione al diritto ivi vigente. D'altronde, tale ipotesi appare trascurabile, posto che, all'interno dei singoli ordinamenti, esistono già strumenti di più facile attuazione che consentono al testatore di sottrarre i beni ereditari ad aspettative successorie che si intendono eludere, ciò che spiegherebbe anche la quasi totale assenza di prassi a livello internazionale in tal senso<sup>438</sup>. All'uopo è stato peraltro convincentemente dimostrato<sup>439</sup> che la tutela dei legittimari non costituisce, in generale, un obiettivo necessario della regolamentazione internazionalprivatistica delle successioni. Di conseguenza, la sola garanzia che i parenti del *de cuius* potrebbero legittimamente aspettarsi dalla disciplina della facoltà di scelta è la sua ragionevolezza intrinseca, ovvero che le opzioni offerte all'autore rimangano confinate entro un ristretto numero di leggi, in qualche modo prevedibili. Ciò in quanto sarebbe assai meno giustificabile pretendere, che nel bilanciamento dei due potenziali interessi, ovvero quello del testatore a pianificare anticipatamente la propria successione nel modo più soddisfacente e quello dei prossimi congiunti alla sottoposizione della successione alla legge che maggiormente tutela le loro aspettative, il diritto internazionale privato debba sempre propendere in favore del secondo<sup>440</sup>.

---

cit., p. 873 ss. e MC KNIGHT, *Spanish Legitim in the United States: Its survival and decline*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1996, pp. 75-108. La Francia è stato il paese in cui vi sono state maggiori critiche sull'argomento, già a partire dalla proposta del regolamento. Una richiesta di risoluzione dei dubbi interpretativi che hanno accompagnato la formulazione dell'art. 27 par. 2 è stata presentata proprio alla Presidenza del Senato francese il 2 dicembre 2009 dalla Commissione des Lois. Tuttavia, ad oggi, manca una presa di posizione chiara da parte della giurisprudenza e della dottrina v. AUDIT, *Droit International privé*, Paris, 2000, p. 750 ss.

<sup>437</sup>A. DAVI, *Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni*, op. cit., p. 324 ss.

<sup>438</sup>A. DAVI, *loc. ult. cit.* L'A. al riguardo evidenzia che, oltre al citato caso svizzero *Hirsch c. Coben* l'altra ipotesi di sfruttamento (peraltro a differenza del primo non andato a buon fine) del carattere internazionale della fattispecie e del diverso regime proprio dei singoli ordinamenti per eludere le aspettative dei legittimari, è il celebre caso francese *Caron*, nel quale il *de cuius*, già cittadino francese e poi naturalizzato americano, domiciliato nelle Virgin Islands e proprietario di un immobile in Francia, aveva costituito nelle Virgin Islands una società nella quale aveva confluito la proprietà del bene, di modo che nel suo patrimonio personale detta proprietà fosse sostituita da quella delle azioni che, in quanto valori mobiliari, a differenza del bene, venivano assoggettati relativamente alla loro trasmissione ereditaria, alla *lex domicilii* invece che a quella francese del *situs rei*. Tale complessa manovra posta in essere dal *de cuius* per cercare di sottrarsi all'applicazione delle disposizioni della legge francese concernenti il diritto alla riserva dei suoi due figli sull'immobile (e del *droit de prelevement* nei confronti della figlia di cittadinanza francese) venne vanificata dai giudici francesi che dichiararono l'atto di trasferimento del bene alla società inefficace in Francia perché compiuto in frode alla legge: cfr. App. Aix-en-Provence, 9 marzo 1982, in *Revue critique de droit int. privé*, 1983, p. 296 ss, con nota di DROZ e Cass., 20 marzo 1985, *ibidem*, 1986, p. 66 ss. con nota di LEQUETTE.

<sup>439</sup> BRANDI, *Das Haager Abkommen*, op. cit., p. 277 ss.

<sup>440</sup> DAVI, *loc. ult. cit.*

Altra parte della dottrina si è mostrata particolarmente critica nei confronti della natura obbligatoria dell'istituto della riserva ereditaria, in special modo con riguardo alla posizione assunta dalla classe notarile francese<sup>441</sup> che, in controtendenza, ne ha sostenuto il carattere imperativo<sup>442</sup>. Secondo un altro orientamento<sup>443</sup>, che nega la natura obbligatoria dell'istituto ma solo entro certi limiti, il valore delle pronunce svizzere, italiane e spagnole sarebbe stato sovrastimato ai fini della corretta identificazione della natura della riserva ereditaria in ambito sovranazionale. Il caso spagnolo è in effetti a se stante posto che la Spagna è organizzata secondo un sistema plurilegislativo caratterizzato da un regionalismo avanzato, dove molti dei diritti successori regionali o non conoscono per nulla l'istituto della riserva ereditaria oppure contemplano unicamente una riserva formale. La ragionevole obiezione è che sarebbe del tutto illogico che un diritto straniero, che segue il medesimo approccio, giudichi una legge straniera, che utilizza gli stessi criteri, come contraria all'ordine pubblico del foro. Per ciò che attiene alla pronuncia italiana della Corte di cassazione, il già citato caso *Colombo*<sup>444</sup>, è stato invece osservato che la questione riguardava un caso in cui il *de cuius* era sì di origini italiane ma naturalizzato canadese e che comunque la legge internazionalprivatistica italiana ha sempre mostrato di voler proteggere i diritti dei riservatari anche attraverso le norme di conflitto<sup>445</sup>. In Germania, come evidenziato, le regole interne che garantiscono una quota di riserva in favore dei bambini sono state considerate espressione di un principio costituzionale. In Francia, il rimedio del diritto di prelevamento gioca un ruolo importante nella protezione dei legittimari di nazionalità francese, rendendo superfluo, in talune occasioni, anche il ricorso all'ordine pubblico<sup>446</sup>.

Su un aspetto la dottrina appare tuttavia concorde. Lo spirito liberale che anima il regolamento deve necessariamente limitare ai casi di stretta necessità l'intervento del rimedio dell'ordine pubblico anche con riguardo al principio della riserva ereditaria, per

---

<sup>441</sup> Nel corso dei lavori preparatori del regolamento, il Senato francese, dopo aver constatato che *«le principe de la réserve héréditaire, traduction juridique d'un véritable devoir moral, constitue une règle essentielle du droit français»* aveva adottato, il 21 febbraio 2006, una risoluzione che demandava al governo il compito di *«veiller à ce que le texte finalement adopté garantisse que l'application des règles déterminant la loi applicable ne puisse permettre à un ressortissant français de faire échapper sa succession au mécanisme de la réserve héréditaire»*. Gli auspici relativi alla protezione della riserva mediante il ricorso all'ordine pubblico nei confronti di una legge successoria straniera che non dovesse prevederla erano contenuti nelle proposte formulate dal 108° congresso dei notai in Francia. Nelle stesse, preso atto dell'entrata in vigore del regolamento, si afferma il carattere essenziale della riserva e la sua natura di ordine pubblico per salvaguardarne la funzione sociale e, dopo aver premesso che *«il faudrait, pour que la réserve héréditaire puisse être opposée à l'application d'une loi étrangère, qu'elle soit considérée comme faisant partie de l'ordre public international»*, si indica ai notai francesi il criterio generale di condotta consistente nel cercare di fare rispettare la riserva mediante un accordo fra gli eredi e, nel caso questo si rivelasse impossibile, nell'invitare le parti a rivolgersi al tribunale competente. Il testo di tali proposte disponibile all'indirizzo: <http://2012.congresdesnotaries.fr/l-ouvrage-du-108eme-congres>, v. DAVI, ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, op. cit., p. 175.

<sup>442</sup> DEVAUX, *loc. ult. cit.*

<sup>443</sup> BONOMI, WAUTELET, *Le droit européen des successions*, p. 538 ss.

<sup>444</sup> Cass., 24 giugno 1996, n. 5832, *Amato c. Colombo*, in NGCC, cit.

<sup>445</sup> V. Art. 46, comma 2, l. n. 218/1995. Per alcune riflessioni sulla portata della norma v. CLERICI, *sub art. 46*, in Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato – Commentario, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, p. 1140.

<sup>446</sup> Si vedano altresì, in favore dell'intervento dell'ordine pubblico internazionale in caso di esclusione della riserva ereditaria v. GRIMALDI, *Brèves réflexions sur l'ordre public*, op. cit., p. 755 ss., dove l'A. sostiene che l'intervento dell'ordine pubblico deve essere ammesso in Francia se *«la loi étrangère ne connaît qu'une réserve très inférieure à celle du for»*; contro l'intervento dell'ordine pubblico internazionale in questi casi invece, REVILLARD, *Droit international privé et communautaire: pratique notariale*, 7° ed., 2010, Paris, n° 716; BUREAU, MUIR-WATT, *Droit international privé*, t. II, PUF, Paris, 2007, n° 843.

evitare che ne venga snaturata la *ratio* e ne venga compromesso l'obiettivo di ricerca di una maggiore uniformità. D'altronde gli stessi ordinamenti sono ormai orientati verso un maggiore liberalismo. Se, infatti, prima la materia successoria veniva interamente sottratta, almeno nei paesi di tradizione civilistica, alla libera iniziativa contrattuale dei singoli, oggi i nuovi strumenti introdotti consentono, in molti casi, al testatore di pianificare in anticipo la devoluzione della massa dei beni ereditari. Nel caso della riserva ereditaria, peraltro, l'ordine pubblico internazionale continua ad essere un concetto di matrice nazionale<sup>447</sup> che si atteggia diversamente nei singoli Stati membri. Nella dialettica tra ordinamenti, da un punto di vista strettamente internazionalprivatistico, è evidente che non è possibile attribuire prevalenza ad un valore piuttosto che ad un altro, in considerazione del fatto che il singolo ordinamento fissa, nel proprio diritto, una certa scala di valori.

Alla luce delle suesposte considerazioni, è di tutta evidenza che il rimedio dell'ordine pubblico non potrà intervenire allorquando sono in discussione unicamente le modalità con cui si garantisce, all'interno del singolo ordinamento, la protezione ai prossimi congiunti del *de cuius*, non incidendo la questione sul principio della riserva ereditaria, bensì unicamente sui criteri con cui la stessa viene assicurata. D'altronde, come evidenziato, la proposta di regolamento all'articolo 27, paragrafo 2<sup>448</sup>, stabiliva espressamente l'impossibilità di considerare contraria all'ordine pubblico del foro l'applicazione di una norma della legge designata dal regolamento per il solo fatto che le modalità da questa previste, in relazione alla legittima, risultassero differenti dalle modalità vigenti nel foro. E *a fortiori*, pertanto, non è ipotizzabile che un ordinamento consideri contrarie all'ordine pubblico norme che disciplinano la riserva ereditaria in modo differente qualora il diritto del Paese in questione preveda al suo interno strumenti specifici alternativi idonei a perseguire le medesime finalità protettive.

Occorre tuttavia tenere a mente quanto dispone il considerando 50, sebbene con riferimento alla validità sostanziale di una disposizione a causa di morte e agli effetti vincolanti dei patti successori, laddove si chiarisce che la legge individuata per regolare tali ipotesi «non dovrebbe pregiudicare i diritti di chiunque in forza della legge applicabile alla successione, abbia diritto ad una quota di legittima o abbia un altro diritto di cui non può essere privato dalla persona della cui successione si tratta». Così facendo, il legislatore europeo mostra comunque di non voler del tutto ignorare le eventuali aspettative di coloro che sono chiamati alla successione.

Si è già detto peraltro, che nella sistematica del regolamento la nozione di ordine pubblico si rivela atta a ricomprendere anche i valori a vocazione universale ormai recepiti da tutti gli Stati membri<sup>449</sup> e non è certamente casuale che il legislatore abbia inserito un esplicito richiamo all'articolo 21 della Carta di Nizza<sup>450</sup>.

---

<sup>447</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, *En Reglemento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012*, op. cit., p. 265.

<sup>448</sup> Questa disposizione, come evidenziato, ha dato origine a diverse interpretazioni in dottrina. C'è chi ha sostenuto, in modo categorico, l'impossibilità di invocare l'ordine pubblico a protezione dei legittimari, quantunque l'ordinamento richiamato non preveda alcuna tutela, DÖRNER, *Der Entwurferiner*, op. cit., p. 227 ss.

<sup>449</sup> «Despite its intractable character [...] there is a general agreement that public policy is meant to ward off foreign law if the result of its application would violate fundamental domestic values or public interests. Its function is therefore limited to the displacement or negation of foreign law, and in that respect it has a negative effect» DE BOER, *Unwelcome Foreign law, Public Policy and other means to protect the fundamental values and*

Ciò posto, pertanto, alcuni problemi potrebbero porsi qualora la scelta di legge effettuata dal *de cuius* conduca a risultati discriminatori.

Per cominciare, il divieto di discriminazione sulla base del sesso e dell'orientamento sessuale sancito dalla Carta di Nizza dovrebbe imporre il riconoscimento degli effetti successori delle unioni fra persone dello stesso sesso, contratte sia in forma di matrimonio che in forma di unione civile o di partenariato, nonché dei diritti ereditari spettanti ai figli, anche adottivi, di coppie omosessuali: e ciò malgrado le notevoli divergenze sussistenti a questo proposito fra le posizioni degli ordinamenti degli Stati membri. L'esame dell'incidenza dell'ordine pubblico in tali situazioni non può tuttavia prescindere da quanto sostenuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Nella specie la Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sentenza *Schalk e Kopf c. Austria*<sup>451</sup>, sebbene non occupandosi specificamente di questioni successorie, aveva preso atto della profonda diversità di soluzioni approntate in materia dai singoli ordinamenti. Su tale presupposto la stessa Corte, seppur ribadendo che il dettato dell'articolo 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che enuncia il diritto fondamentale di sposarsi e di fondare una famiglia, non possa più intendersi limitato alle sole coppie di soggetti eterosessuali, ha chiarito che è rimessa ai legislatori nazionali la valutazione in ordine all'opportunità di prevedere o meno, all'interno del proprio ordinamento, l'estensione dell'istituto matrimoniale alle unioni tra persone dello stesso sesso. Cionondimeno, la Corte europea nella stessa pronuncia ha evidenziato che, in nessun caso, il mancato riconoscimento del vincolo matrimoniale contratto tra persone dello stesso sesso potrebbe comportare una violazione dell'art. 8 della stessa Convenzione, che riconosce sempre, anche a coppie formate da persone dello stesso sesso, di vedersi riconosciuta la propria unione alla stregua di una forma di vita familiare e vieta all'articolo 14 ogni discriminazione nel godimento dei diritti tutelati in base, tra gli altri fattori, all'orientamento sessuale<sup>452</sup>. La questione va poi affrontata anche tenendo a mente i futuri sviluppi della materia in ambito europeo e, nella specie, la disciplina dell'ordine pubblico così come prevista nella proposta di regolamento sulle coppie internazionali, dove si esclude espressamente che l'applicazione di una norma della legge designata dal regolamento possa essere considerata contraria all'ordine pubblico per il solo motivo che la legge del foro non contempli l'istituto dell'unione registrata<sup>453</sup>. L'attenzione alle esigenze

---

*public interest of the European Community, The External Dimension of EC Private International Law in Family and succession matters*, 2008, p. 1, disponibile al seguente indirizzo <http://dare.uva.nl/document/2/58767>.

<sup>450</sup> La Carta, che inizialmente era priva di forza obbligatoria, è poi divenuta, a seguito dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, parte integrante del diritto primario dell'Unione europea. L'art. 6 del TUE infatti recita «l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000 [...] che ha lo stesso valore giuridico dei trattati». L'art. 21 in questione vieta qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale.

<sup>451</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 14 giugno 2009, *Schalk e Kopf c. Austria*, n. 30141/04, disponibile anche all'indirizzo [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>452</sup> MARONGIU BUONAIUTI, *Il riconoscimento dei matrimoni e delle unioni tra persone dello stesso sesso alla luce dei più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, (2014), pp. 629-636.

<sup>453</sup> V. *supra* nota 4. In particolare si prevede che le autorità giurisdizionali non potranno far ricorso all'eccezione di ordine pubblico per disapplicare la legge di un altro Stato membro o per rifiutarsi di eseguire una decisione qualora l'eccezione di ordine pubblico violi la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e in particolare l'art. 21 che vieta qualsiasi forma di discriminazione. Inoltre alle autorità giurisdizionali non

della libera circolazione all'interno del territorio dell'Unione peraltro impone di sacrificare il principio dell'unità degli *status*<sup>454</sup> solo in presenza di motivi imperiosi. E tale non può considerarsi la circostanza che in alcuni Paesi<sup>455</sup> venga negato, alle coppie formate da due persone dello stesso sesso, il diritto a vedersi riconosciuta una simile forma di unione e, dunque, un effettivo rispetto della vita privata e familiare<sup>456</sup>. Ciò posto, se permane in capo allo Stato la discrezionalità di non riconoscere il vincolo matrimoniale e di invocare, all'uopo, la clausola dell'ordine pubblico per ciò che attiene alla celebrazione o alla trascrivibilità, è da escludersi che l'ordinamento possa utilizzare tale rimedio per non riconoscere agli interessati i diritti di natura patrimoniale acquisiti su base successoria, anche discendenti da una scelta di legge effettuata, in quanto tale attribuzione non potrà considerarsi alla stregua di un risultato intollerabile per l'ordinamento del foro<sup>457</sup>.

---

potrà essere consentito di disapplicare la legge applicabile alle unioni registrate per il solo motivo che la legge del foro non riconosce le unioni registrate.

<sup>454</sup> VITUCCI, *Lo status di coppia omosessuale tra Strasburgo e Lussemburgo*, in *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, (a cura di) E. TRIGGIANI, Bari, 2011, pp. 466-468.

<sup>455</sup> In Italia è finalmente intervenuta una legge volta a regolamentare le unioni civili. Dopo un iter legislativo piuttosto travagliato, il ddl Cirinnà, una delle leggi certamente più discusse ed attese, è stato convertito nella legge 76/2016 entrata in vigore lo scorso giugno. D'altronde la Corte costituzionale già nella pronuncia n. 138 del 14-15 aprile 2010 (in GU 21 aprile 2010, n. 16, serie 1<sup>a</sup> speciale e sul sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)) aveva tentato di colmare in via interpretativa il vuoto legislativo, affermando che l'art. 2 della Costituzione italiana, posto a tutela dei valori fondamentali dell'individuo nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità, si applica anche all'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza fra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri». La Corte ha osservato che tale riconoscimento può non avvenire in tutti gli Stati con le stesse modalità ma deve essere garantito un «trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale». È stato osservato che l'interpretazione dell'art. 2 della Costituzione italiana fornita dalla Corte consente di attribuire alle coppie di persone dello stesso sesso il diritto a un «trattamento omogeneo» potrebbe risultare anche più pregnante del diritto alla protezione familiare che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto alle coppie omosessuali nella sentenza *Schalk e Kopf c. Austria*, cit., A. DAVI, A. ZANOBETTI, *loc. ult. cit.*, p. 174. La Corte di cassazione italiana peraltro nella sentenza 15 marzo 2012, n. 4184, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, p. 747, nell'affermare la non trascrivibilità in Italia di matrimoni contratti all'estero da cittadini italiani appartenenti allo stesso sesso ha fondato la propria decisione unicamente sulla «loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio appunto, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano» ha però ribadito che i «componenti della coppia omosessuale (...) quali titolari del diritto alla vita familiare e nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di diritti fondamentali, possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza appunto di specifiche situazioni, il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata». Queste pronunce, come osservato in, fanno ritenere che il limite dell'ordine pubblico non dovrebbe essere considerato opponibile dal giudice italiano alla possibilità di una persona di succedere al coniuge o al *partner* dello stesso sesso. Ancora più recentemente la Corte costituzionale nella sentenza 11 giugno 2014, n. 170 disponibile su [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), ha chiaramente ribadito che la differenza di sesso tra i coniugi costituisce un requisito essenziale del matrimonio per l'ordinamento italiano, v. al riguardo il commento di MARONGIU BUONAIUTI, op. cit., p. 629 ss. Tale pronuncia non si discosta peraltro da quanto precedentemente stabilito anche dalla Corte di cassazione (sent. n. 4184/2012 cit.) cfr. F. MARONGIU BUONAIUTI, *Il riconoscimento dei matrimoni tra persone dello stesso sesso secondo un provvedimento recente del Tribunale di Grosseto*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, p. 403 ss., nel quale l'A. affronta la problematica del riconoscimento dei matrimoni tra persone dello stesso sesso, contratti in Stati che ne ammettono la conclusione, in paesi che, come l'Italia, non prevedano tale forma di matrimonio, alla luce di un recente provvedimento del Tribunale di Grosseto (ordinanza 3 – 9 aprile 2014), col quale era stata ordinata la trascrizione nei registri dello stato civile del locale Comune di un siffatto matrimonio contratto all'estero.

<sup>456</sup> V. l'analisi di MAGI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il diritto alla vita familiare e al matrimonio fra individui dello stesso sesso*, in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 396 ss.

<sup>457</sup> Questa è peraltro ormai la tendenza all'interno dei confini europei e, al riguardo, è utile richiamare alla mente la risoluzione dell'*Istitut de droit International* nella sessione di Cracovia dove è stato evidenziato che

Un altro profilo di contrasto con l'ordine pubblico che potrebbe profilarsi, discende dal caso in cui, la legge successoria resa applicabile attraverso l'esercizio di una *professio iuris* contempli al proprio interno istituti che, in ragione della loro forte connotazione discriminatoria, non sono riconosciuti negli ordinamenti della maggior parte degli Stati occidentali. Ci si riferisce in particolare ai matrimoni poligamici<sup>458</sup> in cui si riconosce al marito il diritto unilaterale di ripudiare la moglie e che, in ragione di tale forte squilibrio di posizioni, possono produrre effetti discriminatori. Tale rischio, effettivamente esistente, è accentuato dalla natura *erga omnes* delle regole contenute nel regolamento e nella portata della *professio iuris* che ben può indirizzarsi, come già osservato, alla legge di un Paese terzo, dato che il regolamento considera sufficiente come indice di un collegamento sufficientemente stretto con la successione, il fatto obiettivo che la legge scelta sia quella del Paese di cui il *de cuius* possiede la cittadinanza.

Nondimeno la giurisprudenza, in tali casi, si è mossa in maniera particolare, tentando, ove possibile, di salvaguardare eventuali effetti successori, talora addirittura ricorrendo agli opportuni adattamenti della pertinente normativa interna<sup>459</sup>, per evitare di peggiorare situazioni già intrinsecamente discriminatorie.

---

«that the systematic reciprocal exclusion of laws from different cultures by the invocation of public policy fails to take into account the need to coordinate legal system». È stato osservato che tanto è vero a condizione che i bambini del defunto non restino privi di protezione BONOMI, WAUTELET, *Le droit européen des successions*, op. cit., p. 548, Tuttavia, alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, non sembra comunque plausibile che l'ordinamento blocchi l'applicazione della legge straniera che riconosce diritti patrimoniali al *partner* attivando il rimedio dell'ordine pubblico anche nel caso di discendenti minori, poiché entrambi i diritti assurgono alla categoria di fondamentali dal punto di vista della Corte, pertanto, considerando la portata della nozione di ordine pubblico contemplata dal regolamento, occorrerebbe necessariamente subordinare un diritto ad un altro posto sullo stesso piano.

<sup>458</sup> Nell'affrontare il problema della validità del matrimonio islamico che, prevedendo istituti quali la poligamia ed il ripudio, non potrebbe produrre alcun effetto nell'ordinamento giuridico italiano per contrarietà all'ordine pubblico e al buon costume, essendo un vincolo privo del requisito dell'assunzione dell'obbligo reciproco di fedeltà da ritenersi essenziale per la configurabilità giuridica del matrimonio nell'ordinamento italiano, la Corte di Cassazione ha chiarito che, al matrimonio contratto da cittadino italiano all'estero pur secondo una legge che consenta la poligamia e/o il ripudio, ma nel rispetto delle forme ivi stabilite e ricorrendo i requisiti sostanziali di stato e capacità delle persone, non è possibile negarne l'idoneità a produrre effetti nell'ordinamento, sino a quando non se ne deduca la nullità e non intervenga una pronuncia sul punto, Cass. civ., sez. I, 2 marzo 1999, n. 1739, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1999, p. 613 ss.; Cass. civ., sez. I, 13 aprile 2001, n. 5537, *ibidem*, 2002, p. 149; Cass. civ., sez. I, 19 ottobre 1998, n. 10351, *ibidem*, 1999, p. 595.

<sup>459</sup> In Spagna la giurisprudenza ammette gli effetti successori del matrimonio poligamico in applicazione della teoria del c.d. *orden público internacional atenuado* (CALVO CARAVACA, CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, op. cit., p. 488) generalmente accolta anche in Francia). In Italia la Corte di cassazione (Cass., 2 marzo 1999, n. 1739 *cit.*) ha seguito anche recentemente la vecchia dottrina secondo la quale, nella successione del figlio musulmano poligamo, la presa in considerazione delle norme straniere relative al rapporto di filiazione o al rapporto matrimoniale nell'ordinamento giuridico interno non implica il loro inserimento in quest'ultimo, ma costituisce unicamente «un elemento del processo di interpretazione della norma straniera sulla successione» per cui il problema della contrarietà all'ordine pubblico non si porrebbe neanche, così sosteneva AGO, *Teoria del diritto internazionale privato*, Padova, 1934, p. 322). In realtà tale tesi deve ormai ritenersi superata. Le norme straniere non costituiscono soltanto un elemento dell'interpretazione delle norme che regolano la questione principale, ma concorrono anch'esse alla complessiva disciplina della fattispecie, v. DAVI, *L'adozione nel diritto internazionale privato*, Milano, 1981, p. 335. Peraltro in alcuni casi l'applicazione della normativa straniera in concorso con quella della normativa nazionale può richiedere particolari adattamenti. Nel famoso caso *Beneddouche* (3 gennaio 1980, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1980, p. 331) risolto dalla Corte di cassazione francese riguardante la successione di un musulmano poligamo, in cui la Corte dovette dividere la quota riservata dal diritto francese al coniuge superstite (pari ad un terzo dell'eredità) in parti uguali tra le due mogli del defunto, che ricevertero dunque ognuna un sesto del totale.

Per ciò che concerne il coordinamento tra un'eventuale *professio iuris* e il rispetto dei legami di filiazione, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha stigmatizzato l'applicazione di una legislazione francese considerata<sup>460</sup> discriminatoria in quanto prevedeva un trattamento deteriore per i figli nati al di fuori del vincolo matrimoniale<sup>461</sup>, facendo applicazione del limite dell'ordine pubblico per proteggere gli eredi. In molti Paesi membri la legislazione successoria è notevolmente mutata a seguito dell'equiparazione, avvenuta all'interno di diversi ordinamenti, tra figli legittimi, adottivi e naturali a cui sono adesso riconosciuti eguali diritti<sup>462</sup>. Pur essendo stata abolita qualsiasi differenziazione di trattamento all'interno dei confini europei, spesso tale impostazione non trova riscontro in molti Stati terzi e, soprattutto, in quelli di tradizione islamica ove, nella maggior parte dei casi, al figlio nato al di fuori del matrimonio non viene riconosciuto alcun diritto successorio. La connotazione fortemente discriminatoria di tali legislazioni conduce ad un risultato intollerabile nel sistema europeo, al punto che viene addirittura escluso che debbano sussistere collegamenti particolarmente forti con l'ordinamento per bloccare l'applicazione della legge straniera<sup>463</sup>.

Problemi ulteriori potrebbero porsi in relazione ad una *professio iuris* esercitata in favore della legge di uno Stato di tradizione musulmana. Ciò in quanto le discriminazioni per motivi religiosi sono ancora all'ordine del giorno in tali Paesi. In molti di questi Stati vige una netta distinzione tra successibili di fede musulmana e coloro che invece non professano tale fede: quest'ultimi vengono esclusi dalla successione<sup>464</sup>. Per il sentimento europeo, dove si è ormai diffusa una connotazione fortemente laica dello Stato, la discriminazione insita in tale distinzione appare intollerabile, tanto per il rispetto del principio di uguaglianza quanto per la salvaguardia del diritto alla libertà religiosa<sup>465</sup>. A motivo di ciò è plausibile ritenere che, vagliato il caso concreto e individuata la sussistenza di un rapporto sufficientemente stretto con l'ordinamento del foro, l'ordine pubblico potrà essere chiamato ad intervenire per bloccare l'applicazione di una legge straniera discriminatoria per motivi religiosi.

D'altronde un'ulteriore ipotesi discriminatoria che si verifica spesso, ancora una volta particolarmente nei Paesi di tradizione musulmana, riguarda il diverso trattamento dei successibili a seconda del sesso. Secondo le regole coraniche, infatti, l'attribuzione

---

<sup>460</sup> La legge filippina, ad esempio, discrimina i figli in base alla nascita, distinguendo tra legittimi e illegittimi, art. 176 del codice della famiglia come modificato dal Republic Act (R.A.) n. 9255.

<sup>461</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, *Mazurek v. France*, 1 febbraio 2000, n. 34406/97 e più di recente *Fabris v. France*, 7 febbraio 2013, n. 16574/08.

<sup>462</sup> In Italia ad esempio tale equiparazione è avvenuta ad opera della legge n. 219/2012. In dottrina per alcune riflessioni proprio in ambito successorio si veda MAGNANI, *Il principio di unicità dello Stato giuridico di figlio. Il nuovo concetto di parentela. Riflessi successori*, disponibile al seguente indirizzo [http://www.ca.milano.giustizia.it/allegato\\_corsi.aspx?File\\_id\\_allegato=1040](http://www.ca.milano.giustizia.it/allegato_corsi.aspx?File_id_allegato=1040).

<sup>463</sup> La Corte di giustizia ha affermato, con riferimento al diritto di usare un cognome così come formulato secondo il diritto dello Stato membro nel quale l'interessata lo aveva acquistato per adozione, (sentenza *Sayn-Wittgenstein c. Landesbauptmann von Wien*, cit.) che debba considerarsi giustificato l'intervento dell'ordine pubblico e dunque una limitazione derivante dall'applicazione di una norma nazionale che materialmente ostacoli la continuità dello *status* giuridico dell'interessata solo in quanto questa tuteli un interesse da considerarsi essenziale per lo Stato membro in questione e nella misura in cui il fine di tutelare l'interesse rilevante non possa essere soddisfacentemente raggiunto mediante il ricorso a mezzi meno restrittivi della libertà di circolazione.

<sup>464</sup> La Corte di cassazione francese in una sentenza del 21 novembre 2002 n. 10-17.365, 10-30.845, *Juris Data* n. 2012-026552, ha stabilito che l'eredità condizionata alla conversione religiosa, punibile con olo diseredazione in caso di mancata conversione non è conforme con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Per questo le regole islamiche che prevedono che un non musulmano non possa ereditare da un musulmano non può essere applicato in nessuno Stato membro poiché contrario all'ordine pubblico europeo.

<sup>465</sup> BONOMI, WAUTELET, *Le droit européen des successions*, op. cit., p. 534.

dell'eredità ai prossimi congiunti del *de cuius* è diversa a seconda che si tratti di un soggetto di sesso femminile o maschile. Nella specie, vi sono differenze se il coniuge superstite sia lo sposo o la sposa oppure se, parlando di discendenti, a succedere al *de cuius* sia un figlio o una figlia<sup>466</sup>. È stato osservato che in questi casi, in virtù del principio di prossimità (*Inlandsbeziehung*), si tratterebbe di una discriminazione che genera un *vulnus* concreto al principio di uguaglianza e pertanto il rimedio dell'ordine pubblico dovrebbe agire in maniera più rigorosa di quanto non farebbe in caso di una discriminazione da considerarsi indiretta. Mentre in quest'ultima ipotesi infatti, l'ordine pubblico potrebbe intervenire solo previa verifica dell'esistenza di legami sufficientemente forti con l'ordinamento del foro<sup>467</sup>, qualora si tratti di una discriminazione concreta l'esigenza di connessione con la *lex fori* viene avvertita in maniera meno intensa. In questi casi infatti, solo l'idea di un certo tipo di trattamento ingiustificatamente discriminatorio tra i successibili genera, all'interno degli Stati parti del regolamento, un sentimento di rifiuto e un risultato certamente intollerabile per l'ordinamento, che deve necessariamente essere evitato attraverso l'intervento del rimedio dell'ordine pubblico.

La maggiore o minore libertà accordata al testatore si riflette anche sulla possibilità di concludere patti successori o di organizzare altre forme di anticipazione successoria. Tale prassi riconosciuta in alcuni ordinamenti, ignota o, addirittura, esclusa in altri, ha dato origine ad alcuni interrogativi per ciò che concerne la possibilità di invocare, a salvaguardia dell'ordinamento, il rimedio dell'ordine pubblico. Particolarmente, in considerazione del fatto che l'articolo 25 del regolamento ammette tali patti e il considerando 49 stabilisce che, sebbene l'ammissibilità e l'accettazione degli stessi possa variare nei diversi Stati membri, il legislatore europeo ha inteso agevolare l'accettazione nei Paesi contraenti dei diritti ereditari acquisiti per effetto di un patto successorio. Sebbene dunque permanga nel diritto interno di alcuni Stati membri, come è stato rilevato dal Libro verde successioni e testamenti, il divieto di stipulare patti successori – sancito per contrasto con l'ordine pubblico, nella sua accezione strettamente interna, posto a presidio della libertà testamentaria, al fine di impedire atti di prodigalità o atti abdicativi di rilevanza economica troppo avventati o a tutela del sentimento comune perché magari aventi ad oggetto beni appartenenti a terzi

---

<sup>466</sup> Ad esempio la legge islamica applicata in Marocco prevede “to the male twice the share of the female” Qur'an iv:11; iv: 176.

<sup>467</sup> BONOMI, WAUTELET, *Le droit européen des successions*, op. cit. p. 536 e giurisprudenza ivi citata. In particolare (note 25 e 27). Corte di cassazione francese, 17 febbraio 2004, in *Rev. crit. droit. int. privé*, 2004, p. 423 con nota di HAMMJE in *Clunet*, 2004, p. 1200, con nota di GANNAGÉ. Il caso riguardava il ripudio da parte di un marito nei confronti della moglie, atto che è generalmente considerato contrario all'ordine pubblico anche se preordinato ad ottenere il divorzio. In quel caso la Corte ha evidenziato che la richiesta unilaterale di divorzio (purché nel rispetto delle garanzie procedurali minime) non è di per sé un'ipotesi intollerabile per l'ordinamento ma lo diventa poiché è il risultato dell'applicazione di una regola discriminatoria. In Germania, la *Landgericht Hamburg*, con una decisione del 12 febbraio 1991 (LG Hamburg *IPRspr.*, 1991, n. 142), ha deciso di applicare comunque la regola iraniana, che prevede un trattamento deteriore in linea di successione tra figli e figlie, in considerazione dei rapporti stretti che la famiglia aveva mantenuto con l'Iran e la religione musulmana. La decisione è stata tuttavia oggetto di critiche in dottrina cfr. YASSARI, *The application of Iranian Succession Law in German Courts and its Compatibility with German Public Policy*, in J. Basedow, N. Yassari, *Iranian Family and Succession Law and their Application in the German Courts*, Tübingen, MohrSiebeck, 2005, p. 47 e ss. Ancora in Germania la *Oberlandesgericht Hamm* in una pronuncia (OLG Hamm, 24 aprile 1992, *IPRax*, 1994, p. 49), ha scelto di applicare le regole iraniane, discriminatorie nei confronti della sposa del defunto, adducendo la mancanza di un collegamento sufficientemente stretto con la Germania.

ancora in vita – tanto la prassi<sup>468</sup> quanto la dottrina<sup>469</sup> sembrano concordi nel ritenere che il divieto di concludere patti successori non assurga a valore fondamentale dell'ordinamento tale da consentire, in ambito internazionalprivatistico, l'intervento del rimedio dell'ordine pubblico<sup>470</sup>. Peraltro, una simile possibilità, era già prevista dalla Convenzione dell'Aja sulle successioni a causa di morte<sup>471</sup>, a cui il regolamento dimostra di ispirarsi in modo evidente.

Alla luce delle suesposte considerazioni, come è stato osservato<sup>472</sup>, un eventuale esclusione della validità di un patto successorio, ovviamente stipulato sulla base di una *lex successionis* che lo consente, per contrasto con l'ordine pubblico comporterebbe oltre ad una limitazione ed un ostacolo alla libera circolazione delle persone nel territorio europeo, posto che la validità del patto potrebbe dipendere proprio dallo spostamento della residenza abituale, anche un rischio concreto di compromettere l'effetto utile del regolamento. Pertanto, si può concludere nel senso di ritenere che il *favor* dimostrato dal legislatore europeo nei confronti di queste modalità di espressione dell'autonomia privata debba condurre a superare ogni eventuale incompatibilità con i principi degli ordinamenti interni<sup>473</sup>. D'altronde, la scelta è stata effettuata dal legislatore europeo in via preliminare e generale: ammettendo la possibilità per il *de cuius* di indicare la legge applicabile alla propria successione, da questa scelta consegue indirettamente la necessità di prevedere la disciplina dei patti successori e dei testamenti congiuntivi.

Un'ultima considerazione di carattere generale attiene alla mancata precisazione, nel dettato dell'articolo 35, di quelle che potrebbero essere in concreto le conseguenze

---

<sup>468</sup> «Il patto successorio, nullo secondo il nostro ordinamento, e valido secondo l'ordinamento germanico, non è contrario all'ordine pubblico e al buon costume nel nostro Stato», Trib. Bolzano, 8 marzo 1969, in *Foro it.*, Rep., 1969, Successione, n. 34. Peraltro è stato sottolineato che il divieto di patti successori viene applicato dalla giurisprudenza con un'elasticità maggiore di quanto il testo di legge lascerebbe ipotizzare, PICONE, *La legge applicabile alle successioni*, in *La riforma del diritto internazionale privato e i suoi riflessi sull'attività notarile* (Atti Convegno di studi in onore di Mario Marano) Milano, 1991, p. 99 e DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, op. cit., p. 171. Nel senso della pronuncia italiana in Francia, *Aix-en-Provence*, 16 ottobre 2003, in *Rev. crit. droit. int. privé*, p. 589 con nota di LAGARDE.

<sup>469</sup> In particolare è stato evidenziato che il discreto numero di legislazioni straniere che ammettono simili forme di regolamentazione successoria su base contrattuale inducono ad escludere che siano sempre e comunque contrarie all'ordine pubblico, CLERICI, *Riforma del sistema italiano*, cit., p. 1140. E ancora «la validità dei patti successori ammessi dalla legge che regola la successione (...) è ora pacificamente ammessa dalla giurisprudenza italiana (...) e dalla dottrina più recente» MIGLIAZZA, Successione – VII), *Diritto internazionale privato e processuale*, in *Enc. giuridica*, XXX, Roma, 1993, p. 6. In Italia la non contrarietà dei patti successori all'ordine pubblico è stata sostenuta anche da DAVI, *Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni*, op. cit., p. 330. In Francia, si è preso atto del fatto che non sia giustificabile, il carattere di ordine pubblico internazionale attribuito al divieto di patti successori, REVILLARD, *Droit International privé*, op. cit. p. 781 ma, *contra* GRIMALDI, op. cit., pp. 757-760, per la quale l'ordine pubblico potrà essere invocato in Francia per difendere il divieto di patti successori nel caso in cui il *de cuius* sia di nazionalità francese. Nello stesso senso, sebbene con una posizione meno netta, FOYER, in Khairallah e Revillard, op. cit., p. 148. In Spagna invece è stato accolto l'orientamento in base al quale i patti successori non sono contrari all'ordine pubblico, v. CASTELLANOS RUIZ, *Sucesión hereditaria*, in A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLES, *Derecho internacional privado*, 11ª ed., Granada, 2010, p. 377, anche in considerazione del fatto che, i patti successori sono ammessi dai diritti regionali (*derechos forales*) delle Isole Baleari, della Catalogna e dell'Aragona cfr. S. CÀMARA LAPUENTE, *New Developments in the Spanish Law of Succession*, *InDret*, 2007, p. 28 ss.

<sup>470</sup> BAREL, *La disciplina dei patti successori*, in P. FRANZINA, A. LEANDRO (a cura di), op. cit., pp. 136-138.

<sup>471</sup> Convenzione dell'Aja del 1° agosto 1989, cit., – Capitolo III (Successioni contrattuali), artt. 8, 9, 10, 12.

<sup>472</sup> BAREL, *loc. ult. cit.*

<sup>473</sup> MARINO, *La proposta di regolamento sulla cooperazione giudiziaria in materia di successioni*, in *Riv. dir. int.*, 2010, p. 469.

dell'utilizzo del rimedio dell'ordine pubblico. La norma, infatti, omette di chiarire quale sia, in questo caso, la legge da applicare alla successione. Si tratta di una questione particolarmente delicata che ha già dato origine a diverse ipotesi in dottrina.

Una prima possibile soluzione, orientata a perseguire in misura maggiore l'unità del sistema, prevede, nel silenzio della norma, che qualora la legge straniera, richiamata attraverso il criterio di collegamento principale previsto dal regolamento, tramite la clausola di eccezione, ovvero attraverso una *professio iuris*, dovesse risultare contraria all'ordine pubblico del foro, vada applicata la legge richiamata mediante un criterio di collegamento secondario, ove previsto (ad esempio se la legge scelta a seguito di *professio iuris* effettuata dal *de cuius* dovesse risultare contraria all'ordine pubblico dell'ordinamento del foro, andrebbe applicata la legge dell'ultima residenza abituale) e così a seguire, fintanto che esista un collegamento possibile ai sensi del regolamento, ritenendo che l'applicazione della *lex fori* debba considerarsi l'ultima strada percorribile.

Una seconda interpretazione, maggiormente volta alla protezione dell'ordinamento del foro e concentrata in misura minore sul perseguimento dell'uniformità del sistema, ritiene al contrario che il silenzio del legislatore europeo sul punto debba interpretarsi come una "lacuna esplicita" o un "silenzio eloquente" così che, a seguito dell'intervento del rimedio dell'ordine pubblico, debba essere la legge dello Stato del foro ad indicare quale sia la legge deputata a regolare il caso controverso in quanto solo in questo modo sarebbero definitivamente garantiti gli interessi pubblicistici che la *lex fori* esige di preservare<sup>474</sup>.

#### 12.2(Segue) Frode alla legge e abuso di diritto

Un altro limite, di natura però del tutto residuale, che potrebbe porsi con riguardo all'esercizio dell'autonomia della volontà è l'ipotesi che questa si risolva in un abuso della facoltà riconosciuta dal regolamento europeo. A tale proposito appaiono opportune alcune considerazioni.

Non è evidentemente possibile stigmatizzare, a priori, la possibilità di effettuare una *professio iuris*. Quando infatti un soggetto dispone di un diritto esercitato sulla base di una libertà europea, non può presumersi che si tratti di un esercizio fraudolento o abusivo. Al contrario, il soggetto che, in virtù dell'articolo 22 del regolamento, scelga la legge della cittadinanza per regolare la propria successione, non abusa del sistema giuridico né della legislazione dell'ordinamento prescelto ma, più semplicemente, si limita ad esercitare un diritto.

Come è noto, si discute tuttora in ambito sovranazionale circa la possibile configurabilità dell'abuso di diritto quale principio generale del diritto dell'Unione europea e ciò sebbene la Corte di giustizia abbia sempre dimostrato grande prudenza nel ricorrere anche a tale nozione per limitare l'esercizio di libertà riconosciute a livello europeo<sup>475</sup>.

---

<sup>474</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, *En Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012*, op. cit., p. 262.

<sup>475</sup> BONOMI, *Prime considerazioni sulla proposta di regolamento*, op. cit., 2010, p. 892. L'A. evidenzia che il ricorso alle nozioni di abuso del diritto e di frode alla legge appare poco probabile alla luce della giurisprudenza europea. L'A. afferma che benché tali istituti facciano parte dei principi generali del diritto comunitario, la Corte di giustizia si è mostrata piuttosto riluttante ad utilizzarli, in particolare quando una persona abbia fatto uso di una libertà riconosciuta dal diritto dell'Unione europea" v. anche VRELLIS, «Abus» et «Fraude» dans la jurisprudence de la Cour de justicedes Communautés européennes, in *Liber amicorum H. Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, pp. 636-646.

Per tracciare i limiti che connotano l'abuso di diritto, particolarmente significativa appare l'espressione "*le droit cesse où l'abus commence*"<sup>476</sup>, con ciò volendo evidenziare che una situazione di abuso del diritto si palesa nel limite esterno all'esercizio, potenzialmente pieno e assoluto, di un diritto soggettivo il cui riconoscimento implica l'attribuzione di una determinata libertà. In pratica una libertà, che viene riconosciuta come tale può integrare una pratica abusiva nel momento in cui un'azione, sebbene positivamente ammessa e riconosciuta, si ponga in contrasto con gli scopi ultimi - economici e sociali - della norma, o meglio, dell'ordinamento di riferimento per i quali la libertà in questione è concessa. Quindi sostanzialmente l'abuso di diritto si pone come la sintesi del binomio libertà di azione o di scelta e scopo ultimo dell'azione o scelta.

Ora se da un lato i Trattati istitutivi dell'Unione europea attribuiscono ai soggetti nell'ambito delle riconosciute libertà fondamentali diritti da poter utilizzare in uno spazio giuridico senza frontiere, chiaramente dall'altro si potrebbe palesare l'esigenza di arginare tutti quei fenomeni in cui il formale esercizio del diritto attribuito sia del tutto incoerente con l'obiettivo della norma, dando vita a possibili forme di contrasto tra quanto concesso e quanto effettivamente realizzato. L'interesse per la tematica in oggetto nasce dal fatto che, soprattutto in giurisprudenza, è stato più volte affermato il principio secondo cui non è possibile avvalersi in maniera abusiva o fraudolenta del diritto europeo. Due sono le considerazioni che si possono trarre da tale formula. In *primis*, che il singolo individuo, utilizzando le libertà a lui attribuite, può "sfruttarle" a suo vantaggio ed ha, quindi, la concreta possibilità di ottenere risultati che si pongono in contrasto con il fine ultimo del sistema, sebbene il comportamento sia formalmente conferente con la lettera della disposizione che autorizza quell'azione. In secondo luogo, analizzando la richiamata espressione secondo un'interpretazione letterale, la Corte di Giustizia sembra quasi voler individuare un principio generale che caratterizza l'intero ordinamento europeo, che dovrebbe ergersi a clausola di salvaguardia per tutelare un sistema che, proprio per la sua complessità, potrebbe essere oggetto di un utilizzo improprio.

Per ciò che attiene specificamente al ruolo dell'autonomia della volontà all'interno del regolamento, v'è da dire che in casi particolarmente gravi e certamente remoti, la scelta di legge potrebbe in teoria essere ritenuta in contraddizione con il divieto della frode alla legge e dell'abuso di diritto. A tale proposito occorre far riferimento a quanto evidenzia il considerando 26 in base al quale «nulla nel (presente) regolamento dovrebbe impedire a un organo giurisdizionale di applicare meccanismi intesi a contrastare l'elusione della legge, come la frode alla legge nel contesto del diritto internazionale privato».

Posto che la scelta della legge applicabile alla successione ha come obiettivo ultimo di assicurare la prevedibilità e la stabilità della legge applicabile, è poco probabile che tale scelta possa essere considerata come abusiva, per il solo fatto che il *de cuius* presenti dei contatti labili con lo Stato la cui legge è stata scelta<sup>477</sup>.

D'altronde, v'è da dire che la libertà di scelta conferita al *de cuius* si muove entro binari prestabiliti, i cui rischi sono già stati valutati a monte dal legislatore europeo ed, evidentemente, da questo accettati. Ora, poiché la libertà di scegliere la legge della propria cittadinanza non presuppone una verifica dell'effettività del legame, ne deve

---

<sup>476</sup> L'espressione è attribuita in dottrina a PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1939, p. 269 ss.

<sup>477</sup> Così BONOMI, WAUTELET, op. cit., p. 269.

necessariamente conseguire che la scelta che si rivolga ad una cittadinanza con cui il soggetto non ha che debolissimi e remoti legami, purché il requisito formale del possesso della suddetta cittadinanza risulti verificato, non potrà essere tacciato di essere abusivo<sup>478</sup>.

È stata ipotizzata una timida possibilità di riconoscere un abuso di diritto nel caso in cui il soggetto acquisti scientemente la cittadinanza di un dato Paese al solo fine di sottoporre la propria successione allo Stato di tale Paese<sup>479</sup>.

In realtà tale considerazione non appare condivisibile per due ordini di motivi. In primo luogo in quanto le ipotesi di acquisto abusivo della cittadinanza sono alquanto remote, posto che, a parte le ipotesi di Stati particolarmente prodighi nel concedere la propria cittadinanza (ci si riferisce in particolare a Malta, Cipro, alcuni stati delle Antille dove la stessa viene concessa semplicemente effettuando degli investimenti *in loco*), la maggior parte dei Paesi possiede procedure piuttosto articolate per consentire ad un soggetto straniero di divenire proprio cittadino. In secondo luogo poiché, anche laddove si presuma che il soggetto abbia acquisito una data cittadinanza in modo fraudolento, fornire la relativa prova di tale abuso risulterebbe pressoché impossibile.

A ciò si deve aggiungere che qualora si censurasse l'acquisto di una cittadinanza con cui il soggetto non ha nessun legame al solo scopo di sottoporvi la propria successione ma si consentisse, al contrario, ad un altro soggetto di scegliere la legge di un Paese di cui magari ha acquisito regolarmente, in tempi assai remoti, la cittadinanza per altri scopi, ma con cui non ha nessun tipo di legame, si rischierebbe di dare origine ad ipotesi discriminatorie, in cui una situazione, venendo sottoposta al vaglio di effettività, risulterebbe censurata, mentre l'altra, al contrario, verrebbe ammessa.

Un altro possibile caso di abuso è stato ravvisato nell'ipotesi in cui una scelta di legge venga effettuata con l'unico scopo di privare di effetti un patto successorio anteriore<sup>480</sup>.

Da ultimo, ci si è chiesti, ma anche in questo caso si ritiene di dover dare una risposta negativa, se al di fuori dei casi di acquisto abusivo della cittadinanza, la scelta possa essere considerata abusiva quando il *de cuius*, a parte la cittadinanza, non abbia nessun contatto con lo Stato la cui legge è stata scelta. È il caso, ad esempio degli immigranti di seconda o terza generazione, a cui i genitori trasmettono, per il principio dello *ius sanguinis*, la propria cittadinanza, ma senza che essi abbiano alcun tipo di contatto con tale Paese. Se ne deve dedurre che, poiché la Corte di giustizia ha più volte chiarito che le regole che sovrintendono all'acquisto e alla perdita della cittadinanza sono di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro<sup>481</sup>, visto che il legame parentale è considerato un contatto sufficiente con il Paese in discussione per l'attribuzione della cittadinanza, allo stesso modo il possesso della cittadinanza deve considerarsi condizione sufficiente per il valido esercizio di una *professio iuris* ai sensi del regolamento.

---

<sup>478</sup> D'altronde in questo modo si è espresso anche il Tribunale federale svizzero nel celebre caso *Hirsch c. Cohen*, cit., in cui è stato escluso il carattere abusivo di una *professio iuris* effettuata dal soggetto in favore della cittadinanza inglese Paese con il quale, a parte il dato formale della nazionalità, il soggetto non aveva più legami da tempo essendosi stabilito in Svizzera.

<sup>479</sup> BONOMI, WAUTELET, loc. ult. cit. ma lo stesso A. sottolinea che è un'ipotesi remota e difficilmente provabile.

<sup>480</sup> RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, op. cit., p. 269 ss.

<sup>481</sup> V. *supra*, in nota 57, la giurisprudenza della Corte sul punto.

## **Capitolo IV – Il ruolo della volontà delle parti nella disciplina della giurisdizione nel regolamento n. 650/2012**

SOMMARIO. 1. La competenza giurisdizionale nel regolamento (UE) 650/2012. Considerazioni introduttive. 2. La nozione estesa di «organo giurisdizionale» nel regolamento (UE) 650/2012 3. I titoli di giurisdizione previsti dal regolamento (UE) 650/2012. 3.1 (*Segue*) L'ultima residenza abituale come titolo generale di giurisdizione. Il perseguimento di una tendenziale coincidenza tra *forum* e *ius* (*Gleichlauf*) 3.2 (*Segue*) I criteri di competenza sussidiaria in base all'articolo 10 del regolamento (UE) 650/2012 4. Il ruolo della volontà delle parti. La perdita di coincidenza tra *forum* e *ius* nel caso di esercizio della *professio iuris* in favore della legge nazionale del defunto e il rimedio contenuto nell'articolo 6 del regolamento 5. (*Segue*) Accordi di scelta del foro. Il recupero della coincidenza tra *forum* e *ius* attraverso la *professio fori* 6. La competenza in caso di scelta di legge, la chiusura d'ufficio del procedimento in caso di scelta di legge e l'accettazione tacita della giurisdizione in caso di mancata contestazione: gli articoli 7, 8 e 9 del regolamento (UE) 650/2012

### *1. La competenza giurisdizionale nel regolamento (UE) 650/2012. Considerazioni introduttive*

In tema di competenza giurisdizionale il regolamento n. 650/2012 tende a sottoporre tanto i procedimenti contenziosi quanto quelli di volontaria giurisdizione ad autorità e giudici individuati, in linea di massima, sulla base di collegamenti effettivi tra la successione e il territorio di uno Stato membro, tenendo conto, per quanto possibile, di quelli che sono i caratteri propri di ciascuna operazione successoria sul piano sostanziale<sup>482</sup>.

Invero, l'impronta fortemente unitaria che il legislatore europeo ha inteso conferire al regolamento si evidenzia anche nella scelta del titolo generale utilizzato al fine di procedere all'individuazione della giurisdizione competente. Così come già visto per ciò che concerne la determinazione della legge applicabile, infatti, anche per ciò che riguarda la giurisdizione, il criterio utilizzato dal regolamento è costituito dalla residenza abituale del *de cuius*<sup>483</sup>. A tale riguardo vale la pena di rilevare che il capo del regolamento sulla giurisdizione appare estremamente connesso con quello sulla legge applicabile proprio nell'ottica di assicurare, per quanto possibile, la coincidenza tra *forum* e *ius*.

Al contrario, è possibile rilevare, nel capo del testo dedicato alla competenza giurisdizionale, uno spiccato carattere di autonomia rispetto alle singole discipline nazionali. La disciplina, infatti, si presenta come autosufficiente ed è volta a perseguire l'obiettivo di individuare e designare le autorità di un unico Stato come competenti a regolamentare l'intera successione, evitando in questo modo il moltiplicarsi di fori alternativi che andrebbero a minare la certezza delle situazioni giuridiche.

Il regolamento sottopone la successione ad una giurisdizione a vocazione tendenzialmente universale, nell'intento di perseguire il c.d. «*monisme jurisdictionelles*». Il foro generale, infatti, che sia quello individuato applicando il criterio della residenza abituale oppure quello che discende applicando i previsti ulteriori criteri che fondano le ipotesi di

---

<sup>482</sup> LEANDRO, *La giurisdizione nel regolamento dell'Unione europea sulle successioni mortis causa*, in P. Franzina, A. Leandro (a cura di), cit., pp. 59, 60.

<sup>483</sup> V. *infra* par. 2.

competenza sussidiaria, è preposto a decidere sull' «intera successione». Si ottiene in questo modo quella «*unité de compétence juridictionnelle*»<sup>484</sup> auspicata e già preconizzata in strumenti precedenti in materia<sup>485</sup>, sebbene con l'inserimento di alcune deroghe necessarie ad accompagnare ed agevolare lo svolgimento delle vari fasi della successione. Attraverso questa scelta viene altresì garantito il perseguimento di quello che è il *leitmotiv* che ha ispirato l'intero regolamento, ovvero consentire di poter effettuare una sicura ed anticipata pianificazione ereditaria.

Le norme che disciplinano la competenza giurisdizionale, così come concepite nel regolamento, escludono il ricorso alle regole nazionali in materia, a cui, di conseguenza, non viene lasciato nessun margine residuale, a differenza di quanto accade in altri strumenti internazionalprivatistici adottati dal legislatore europeo<sup>486</sup>. Così disponendo, come è stato opportunamente osservato in dottrina, il regolamento ha inaugurato una nuova generazione di atti dell'Unione europea<sup>487</sup>, in cui alle regole nazionali viene sottratto quel carattere suppletivo che le contraddistingueva nei primi atti europei in materia di diritto internazionale privato<sup>488</sup>. Proprio questa è la ragione che ha indotto il legislatore sovranazionale ad inserire una serie di ulteriori titoli di giurisdizione o meccanismi attraverso i quali è possibile procedere all'attribuzione della giurisdizione ogniqualvolta il criterio generale non possa operare perché, ad esempio, il *de cuius* non abbia, al momento della morte, la residenza abituale in uno degli Stati membri, ovvero sia intervenuta una *professio fori*, preceduta da una valida scelta di legge.

Un limite del regolamento potrebbe essere rinvenuto, come già evidenziato nel capitolo dedicato alla legge applicabile, nel fatto che solo le norme di conflitto sono dotate di carattere *erga omnes*, mentre le disposizioni dettate in materia di giurisdizione, di efficacia delle decisioni e degli atti pubblici stranieri ne sono sprovviste, quanto meno nel significato proprio che tale espressione comporta<sup>489</sup>. Logica conseguenza di questo stato di cose è che,

---

<sup>484</sup> Questa è secondo LAGARDE, *Présentation du règlement*, cit., p. 7, la «*idée première*» che anima il regolamento, nello stesso senso si è espresso lo studio del DEUTSCHES NOTARINSTITUT, *Étude de droit comparé*, cit., p. 44.

<sup>485</sup> L'opportunità di concentrare tutti gli aspetti riguardanti una stessa successione dinanzi ad un'unica autorità era già stata messa in luce da DROZ, *Orientation des études*, cit., p. 17. Tale soluzione connota la Convenzione dell'Aja del 1973 sull'amministrazione internazionale delle successioni ispirata, come osservato da FRAGISTAS, *La Convention de La Haye sur l'administration internationale des successions*, in *Anuario de derecho int.*, 1974, p. 3, ad un «*monisme jurisdictionelle*».

<sup>486</sup> Ci si riferisce, nella specie, al regolamento (CE) 44/2001 per ciò che concerne la materia civile e commerciale, ovvero, in materia matrimoniale, al regolamento (UE) 2201/2003. Entrambi prevedono l'applicazione residuale delle norme nazionali, rispettivamente agli articoli 4 e 7, laddove i contemplati criteri di collegamento non consentano l'individuazione di un giudice che possa dichiararsi competente.

<sup>487</sup> Si veda al riguardo BONOMI, *La compétence des juridictions des Etats membres de l'Union européenne dans les relations avec les Etats tiers à l'aune des récentes propositions en matière de droit de la famille et des successions*, in *Festschrift für Ivo Schwander*, Zürich/St. Gallen, 2011, p. 665-681. Dello stesso parere anche DAVI, ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, cit., p. 201.

<sup>488</sup> Ciò sebbene un precedente in tal senso debba essere rinvenuto nel regolamento 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari.

<sup>489</sup> In dottrina diversi autori si sono già espressi in favore dell'opportunità che anche le norme che disciplinano la giurisdizione rivestano carattere *erga omnes*, si veda BONOMI, *The Opportunity and the Modalities of the Introduction of Erga Omnes Rules on Jurisdiction*, in *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, in A. Maletesta, S. Bariatti, F. Pocar (a cura di), Padova, 2008, p. 149 ss. Si veda anche MARONGIU BUONAIUTI, *The EU Succession Regulation and Third Country Courts*, in *Journal of Private International Law*, 2016, p. 545 ss. In proposito è stato osservato che il ricorso in ambito giurisdizionale a norme che possiedano carattere *erga omnes* consentirebbe di evitare conflitti positivi e negativi di giurisdizione,

chiaramente, rispetto a decisioni o atti pubblici provenienti da Stati terzi, dovranno applicarsi le norme nazionali interne. Tuttavia non si può sottacere al riguardo che, come è stato osservato in dottrina, alla portata delle norme sulla competenza giurisdizionale, sia quelle contenute nella convenzione di Bruxelles che nel regolamento Bruxelles I-*bis*, anche in seguito alla giurisprudenza interpretativa della Corte di giustizia, è stato conferito un ambito di applicazione più ampio, che travalica i confini del contenzioso intracomunitario.

Nel caso *Omisu* e nel parere relativo alla conclusione della nuova convenzione di Lugano concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, la Corte, infatti, ha esplicitamente chiarito che l'ambito di applicazione delle norme sulla competenza contenute nella convenzione di Bruxelles e del regolamento Bruxelles I<sup>490</sup> non deve considerarsi limitato alle situazioni puramente intracomunitarie. Pertanto, in via estensiva, considerando che la disciplina contenuta in altri regolamenti relativi alla procedura civile internazionale ha un contenuto simile, a cui si uniforma anche quella del regolamento sulle successioni transnazionali, deve dedursi che, anche in questo caso, l'ambito di applicazione non sarà meramente intracomunitario.

Sul punto è stato correttamente osservato che le norme sulla competenza giurisdizionale, nell'ambito del regolamento, non sono subordinate alla sussistenza di una condizione di applicabilità *ratione personae*, come avviene invece nel sistema di regolamento (CE) n. 44/2001 o del regolamento (CE) n. 2201/2003, né è previsto un richiamo espresso a regole nazionali di giurisdizione residue<sup>491</sup>. Ciò posto, poiché il sistema delle competenze giurisdizionali dettato dal regolamento sulle successioni è sostanzialmente autonomo ed è stato concepito come sistema di titoli di giurisdizione completo ed elaborato per andare a sostituire integralmente le norme interne degli Stati membri, ne consegue che in mancanza

---

eviterebbe l'incertezza derivante dal diverso trattamento di situazioni intra-europee, soggette ad una disciplina uniformata, e situazioni che vedano coinvolti Stati terzi, per cui risulterebbero applicabili criteri nazionali residuali. Inoltre la previsione di norme a carattere *erga omnes* eviterebbe la sperequazione che si potrebbe creare disciplinando in modo diverso, situazioni simili. Da ultimo una simile uniformazione sarebbe garanzia di un miglior coordinamento tra le norme sulla competenza giurisdizionale e quelle sul riconoscimento delle decisioni, DAVÌ, ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, cit., p. 196, spec. nota 3. Nondimeno, tale ambizioso obiettivo non è stato raggiunto, sebbene auspicato durante i lavori preparatori, neppure con il regolamento (UE) 1215/2012 di revisione del regolamento (CE) 44/2001 e divenuto applicabile a partire dal 10 gennaio 2015. La proposta di eliminare il ricorso in via residuale alle norme nazionali degli Stati membri non ha trovato accoglimento. Si veda in proposito l'analisi comparatistica contenuta nello «Study on Residual Jurisdiction (Review of the Member States' Rules concerning the 'Residual Jurisdiction' of their Courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Bruxelles I and II Regulations)» svolto su incarico della Commissione da A. NUYTS E K. A. SZYCHOWSKA e pubblicato nel 2007, consultabile al seguente indirizzo [http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study\\_residual\\_jurisdiction\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_residual_jurisdiction_en.pdf). In tale studio si sottolinea l'opportunità di tale scelta ma anche le difficoltà connesse al perseguimento di un simile obiettivo.

<sup>490</sup> Nondimeno, la maggior parte delle regole di competenza uniformi contenute nel regolamento Bruxelles I-*bis* sono applicabili soltanto se il convenuto è domiciliato in uno Stato membro (artt. 4 e 5 del regolamento Bruxelles I bis, che hanno sostituito gli artt. 2 e 3 del regolamento Bruxelles I) mentre le norme di competenza nazionali continuano ad essere determinati per regolamentare la posizione di un convenuto domiciliato in uno Stato terzo (art. 6 del regolamento Bruxelles I-*bis*, art. 4 del regolamento Bruxelles I). Si veda BONOMI, WAUTELET, *Il regolamento europeo sulle successioni*, cit., pag. 10.

<sup>491</sup> FERACI, *La nuova disciplina europea della competenza giurisdizionale in materia di successioni mortis causa*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013, Vol. 5, N° 2, pp. 291-314, disponibile al seguente indirizzo <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1818/849>.

della designazione di un giudice internazionalmente competente sulla base del regolamento, rispetto ad una determinata controversia, nessun giudice potrà conoscerne.

A ciò si aggiunga che le regole dettate dal regolamento non hanno come unico scopo quello di ripartire la *potestas iudicandi* tra le autorità degli Stati membri, ma hanno anche l'obiettivo di chiarire in quali casi questa possa ritenersi sussistente anche nei rapporti con Stati terzi.

Ciò posto se il *de cuius* aveva la propria residenza abituale in uno Stato vincolato dal regolamento, i giudici di tale Stato saranno chiamati a statuire sull'intera successione, secondo quanto dispone l'articolo 4. Nondimeno, se il *de cuius* aveva la sua ultima residenza abituale in uno Stato terzo, la competenza di uno degli Paesi vincolati potrebbe comunque sussistere applicando i criteri che disciplinano le ipotesi di competenza sussidiaria contenuti nell'articolo 10, ovvero sulla base del criterio del *forum necessitatis* previsto dall'articolo 11.

Vi sono poi le ipotesi in cui il tribunale adito deve o può rimettere la competenza ad altro foro, a seconda che ricorra l'ipotesi disciplinata dall'articolo 5 (che prevede un espresso accordo di scelta del foro tra le parti interessate alla successione in seguito ad una valida *professio iuris* da parte del *de cuius*) ovvero quella dell'articolo 6 (che in caso di *professio iuris*, in mancanza di espressa *professio fori*, lascia al giudice la discrezionalità di decidere se rimettere la competenza dinanzi al giudice dello Stato la cui legge è stata scelta per regolamentare la successione nei suoi profili sostanziali). Vi sono poi le ipotesi contemplate dagli articoli 10, paragrafo 2, e 12 in cui il giudice può decidere di limitare la propria competenza e la procedura ad alcuni beni della successione, escludendone altri<sup>492</sup>.

Ne consegue che il regolamento successioni non lascia più alcun margine per l'applicazione delle norme nazionali relative alla competenza giurisdizionale. Se i giudici di uno degli Stati vincolati dal regolamento non risultano competenti in base a nessuno dei titoli previsti dal testo europeo, dovranno declinare la loro competenza, ai sensi dell'articolo 15, non potendo ricorrere alle norme nazionali di fonte interna.

Tutto quanto sopra porta quindi a concludere che, sebbene il capo dedicato alla legge applicabile abbia espressamente portata *erga omnes* e quello sulla competenza giurisdizionale sia sfornito di tale carattere, l'effetto che ne discende sarà il medesimo, essendo entrambe le tipologie di norme destinate a sostituire interamente, ovviamente nell'ambito *rationae materiae* di riferimento, le norme in vigore all'interno dei singoli Stati membri, facendo salve in ambo i casi le convenzioni internazionali in vigore, nei limiti di quanto dispone al riguardo l'articolo 75<sup>493</sup>.

Per ciò che attiene alla tipologia di competenza che il regolamento è deputato a disciplinare, soccorre il contenuto dell'articolo 2, ove si evidenzia che è «impregiudicata la competenza delle autorità degli Stati membri a trattare questioni di successione».

Ne discende che la disciplina sovranazionale si occupa unicamente della competenza internazionale e non anche la competenza interna, per la quale non risulterebbe di alcuna utilità, e che, pertanto, continuerà ad essere regolata dalle norme processuali di ciascuno

---

<sup>492</sup> Si vedano al riguardo i commenti di MARONGIU BUONAIUTI, Art. 10, in Calvo Caravaca, Davì, Mansel (eds.), *The Eu Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge, 2016, p. 186 ss.; ID., Art. 12, in Calvo Caravaca, Davì, Mansel (eds.), *The Eu Succession Regulation*, cit., p. 209 ss.; BONOMI, WAUTELET, *Le Droit Européen des Succession. Commentaire du Règlement n°650/2012 du 4 juillet 2012*, II ed., Bruxelles, 2016, p. 228 ss.

<sup>493</sup> ZANOBETTI, Art. 75, in Calvo Caravaca, Davì, Mansel (eds.), *The EU Succession Regulation*, cit., p. 831 ss.

Stato membro<sup>494</sup>. Invero, le stesse considerazioni valgono per le ipotesi di litispendenza e connessione internazionale previste dal regolamento, ovvero gli articoli 17 e 18, sebbene in termini non strettamente analoghi<sup>495</sup>, nonché quelle relative al riconoscimento delle decisioni e degli altri atti, la cui disciplina è contenuta negli articoli da 39 a 61, le quali sono deputate a regolamentare delle questioni che presentino degli elementi di estraneità<sup>496</sup>.

Invero, il regolamento fa chiaramente riferimento agli organi giurisdizionali di uno Stato membro e non ad uno specifico tribunale di un dato luogo, poiché sono norme che tendono ad individuare l'ordinamento a cui appartiene l'organo giurisdizionale che risulta munito, facendo applicazione dei previsti titoli, della relativa competenza, ovvero, secondo la terminologia comune, giurisdizione, a regolare e dirimere le varie questioni successorie. Ne consegue che quale sia il giudice competente dal punto di vista del diritto interno, è una questione che andrà risolta sulla base delle norme procedurali nazionali<sup>497</sup>.

Parimenti per ciò che riguarda le norme di diritto internazionale privato materiale contenute nel regolamento, ovvero quelle che introducono e disciplinano il nuovo certificato successorio europeo, previsto dagli articoli 61 e seguenti, le considerazioni che si impongono, alla luce di quanto dispone l'articolo 62, sono della medesima natura. Il certificato viene rilasciato unicamente «per essere utilizzato in un altro Stato membro». Ne consegue che per ciò che riguarda le situazioni puramente interne, queste saranno documentabili facendo ricorso ad atti previsti da ciascun ordinamento interno.

Per ciò che attiene all'applicazione *ratione temporis* delle norme concernenti la competenza giurisdizionale soccorre ancora una volta l'articolo 4, laddove viene

---

<sup>494</sup> La dottrina sul punto è concorde e non sembrano poter residuare dubbi di sorta. D'altronde tale interpretazione discende anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Sempre nel caso *Onusu*, 1 maggio 2005, aff. C-281/02, in *Racc.*, 2005, p. I-1383, punto 25, la Corte ha riconosciuto che l'applicazione delle regole di competenza della convenzione di Bruxelles «presuppone l'esistenza di un elemento di estraneità». Questa conclusione si impone, *a fortiori*, come evidenziato da BONOMI, WAUTELET, *Il Regolamento europeo sulle successioni*, cit., p. 13, nel caso del regolamento, «le cui regole di competenza intendono regolare unicamente la competenza internazionale (o giurisdizionale) dei tribunali degli Stati membri, queste regole in genere non riguardano la competenza territoriale interna e, come indicato all'art. 2, lasciano impregiudicata la competenza delle autorità degli Stati membri a trattare questioni relative alla successione (competenza interna *ratione materiae*)». L'aspetto era stato già evidenziato anche per ciò che riguarda la legge applicabile e i conflitti di legge sia *supra* cap. II, che dalla dottrina sul punto. Come osservato da DAVÌ, ZANOBBETTI, *Il nuovo diritto internazionale europeo delle successioni*, cit., p. 25, «è [...] evidente che il presupposto dell'esistenza di un conflitto di leggi è implicito nella funzione stessa del regolamento». Nello stesso senso si sono espressi MARONGIU BUONAIUTI, Art. 4, in *The EU Succession Regulation*, in Calvo Caravaca, Davì, Mansel (eds.), cit., p. 150 ss.; NOURISSANT, in G. Khairallah, M. Revillard, p. 20, che ha osservato come un'indicazione in tal senso è contenuta nel regolamento nel considerando 7 laddove si fa riferimento alle successioni «con implicazioni transfrontaliere». Dello stesso avviso anche BIAGIONI, *L'ambito di applicazione del regolamento sulle successioni*, in P. Franzina, A. Leandro (a cura di), cit., p. 52 ss. e DUTTA, in *Münchener Kommentar*, Art. 1, EuErbVO, n. 36.

<sup>495</sup> Se, infatti, casi di litispendenza e connessione possono porsi anche tra procedimenti pendenti innanzi a due giudici dello stesso paese, il riconoscimento delle decisioni o atti stranieri non si pone, ovviamente, nelle situazioni puramente interne.

<sup>496</sup> D'altronde le questioni di connessione e litispendenza internazionale si pongono proprio in quanto, come osservato da MARONGIU BUONAIUTI, *Litispendenza e connessione internazionale*, Napoli, 2008, p. 1, «pur in presenza di iniziative volte ad una integrazione sempre più ampia tra gli ordinamenti giuridici statali, [...] rimane insuperato il dato della pluralità e indipendenza reciproca degli ordinamenti giuridici, riflesso della struttura della comunità internazionale come insieme di Stati indipendenti». Si vedano anche le riflessioni di generali di GAUDEMET-TALLON, *Le pluralisme in droit international privé: richesses et faiblesses*, *Cours général de droit international privé*, in *Recueil des cours*, t. 312, 2005, p. 25 ss; nonché di NIBOYET M.-L., *La globalisation du procès civil international dans l'espace judiciaire européen net mondial*, in *Journal du droit international*, 2006, p. 937 ss.

<sup>497</sup> DÖRNER, *EuErbVO: Die Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht ist in Kraft*, in *ZEV*, 2012, p. 509.

chiaramente indicato che le autorità competenti sono unicamente quelle del Paese in cui il *de cuius* aveva la residenza abituale al «momento della morte». Ne consegue che tutto quanto riguarda controversie di accertata natura successoria che dovessero insorgere quando la morte non è ancora sopraggiunta e, dunque, prima dell'apertura della successione, come potrebbe essere la validità di un patto successorio o una preventiva rinuncia all'eredità, esulano dal campo di applicazione del regolamento. Lo stesso, infatti, disciplina esclusivamente la competenza per i procedimenti di natura successoria, ovvero che si fondi sulle regole di diritto successorio e che quindi, normalmente, presuppongono che una successione si sia effettivamente aperta<sup>498</sup>.

Ciò posto, per le questioni riconducibili alla materia successoria ma prima che una successione si sia effettivamente aperta, il foro competente dovrà essere individuato sulla base di altri titoli di giurisdizione<sup>499</sup> previsti dai rispettivi diritti nazionali.

Occorre altresì aver riguardo al coordinamento tra lo strumento in esame e i due nuovi regolamenti, di recente adozione, rispettivamente in materia di regimi patrimoniali tra coniugi<sup>500</sup> e di effetti patrimoniali delle unioni registrate<sup>501</sup>.

Per ciò che attiene al primo dei due strumenti, ovvero il regolamento (UE) 1103/2016, come indicato espressamente all'articolo 1, che ne delinea l'ambito di applicazione, alla lettera *d*), è subito chiarito che la successione a causa di morte del coniuge risulta esclusa dall'ambito di applicazione del regolamento. Nondimeno, è stata inserita nel testo, proprio

---

<sup>498</sup> BONOMI, WAUTELET, *Il regolamento europeo sulle successioni*, cit. pp. 116-117. Come osservano gli Autori per comprendere cosa rientri nella nozione di diritto successorio, si potrebbe prendere a prestito, *mutatis mutandis*, il ragionamento che la Corte di giustizia ha più volte argomentato con riguardo alla materia fallimentare, esclusa rispettivamente dalla Convenzione di Bruxelles e dal regolamento Bruxelles I. Secondo questa giurisprudenza, un'azione deve considerarsi accessoria ad una procedura fallimentare, così da sfuggire al campo di applicazione dei due menzionati strumenti, quando derivi «direttamente dal fallimento» e si inserisca «strettamente nell'ambito del procedimento fallimentare o di amministrazione controllata così caratterizzato», C. giust. CE, 22 febbraio 1979, 133/78, *Gourdain*, in *Racc.*, 1979, p. 733, punto 4; C. giust. UE, 2 luglio 2009, C-111/08, *SCT Industrie*, in *Racc.*, 2009, p. I-5655, punti 21-23). Lo stesso criterio di appartenenza e se si vuole di pregiudizialità e connessione sono stati usati dalla Corte per definire l'oggetto del regolamento insolvenza nel caso *Seagon*, C-339/07, in *Racc.*, 2009, p. I-767, punti 19-20. Non pare effettivamente che vi siano motivi al momento per ritenere che la Corte non continui a fare riferimento a tale impostazione anche, quando, in un prossimo futuro, sarà chiamata a pronunciarsi circa le questioni che possono essere ricomprese nella nozione di materia successoria ai fini del regolamento.

<sup>499</sup> DAVÌ, ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, cit., p. 198, spec. nota 6, ove si osserva che il MAX PLANCK INSTITUT, *Comments*, cit. pp. 568-570, aveva proposto di inserire una norma apposita che avesse ad oggetto la regolamentazione di questioni relative alla successione prima dell'apertura della stessa, individuando come competenti le autorità del Paese di residenza abituale della persona stessa, onde evitare di creare una lacuna nel costruendo diritto internazionale privato europeo, dato che tali questioni non rientrano né nell'ambito di applicazione del regolamento in esame, né in quello del regolamento 44/2001, che nel proprio ambito di applicazione *ratione materiae* esclude quella successoria. La proposta non ha però trovato accoglimento, con la conseguenza che, inevitabilmente, dovrà farsi ricorso alle norme nazionali in materia, con conseguente aumento del rischio di incrementare l'incertezza giuridica e il contenzioso giudiziario.

<sup>500</sup> Regolamento (UE) del Consiglio del 24 giugno 2016, n. 1103 che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, pubblicata nella GUUE dell'8 luglio 2016, L 183. Testo disponibile al seguente indirizzo [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2016.183.01.0001.01.ITA&toc=OJ:L:2016:183:TOC](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.183.01.0001.01.ITA&toc=OJ:L:2016:183:TOC).

<sup>501</sup> Regolamento (UE) del Consiglio del 24 giugno 2016, n. 1104, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, pubblicata in GUUE 8 luglio 2016, L 183. Testo disponibile al seguente indirizzo [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2016.183.01.0030.01.ITA](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.183.01.0030.01.ITA)

per ciò che riguarda la competenza giurisdizionale, una norma di coordinamento con il regolamento successioni. L'articolo 4, rubricato "competenza in caso di morte di un coniuge" chiarisce che «se un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro è adita in merito alla successione di un coniuge ai sensi del regolamento (UE) n. 650/2012, le autorità giurisdizionali di tale Stato sono competenti a decidere sulle questioni inerenti al regime patrimoniale tra coniugi correlate alla causa di successione in questione»<sup>502</sup>.

Ne consegue che il foro competente a decidere sulla successione, individuato facendo applicazione dei titoli di giurisdizione previsti dal regolamento, sarà altresì competente, a decidere su tutte le questioni inerenti al regime patrimoniale dei coniugi correlate. Si verifica una sorta di attrazione, nella sfera di competenza del giudice della successione, di tali questioni, la cui risoluzione si pone in ordine di pregiudizialità rispetto a quelle successorie e che, pertanto, risulterebbe imprescindibile. Diversamente opinando, si rischierebbe di frammentare la giurisdizione e giungere, qualora il foro non coincida, a generare pronunce potenzialmente discordanti, foriere di dare vita ad incertezza giuridica. Tale norma appare altresì fortemente opportuna, oltre che per ragioni di economia processuale, anche per consentire un corretto coordinamento ed analoghe statuizioni tanto per ciò che concerne gli assetti patrimoniali discendenti dal matrimonio quanto per il regime successorio<sup>503</sup>.

Analoghe previsioni sono altresì contenute nel secondo strumento europeo di recente adozione ovvero il regolamento (UE) 1104/2016, in materia di unioni registrate. Sebbene ancora una volta l'articolo 1 è chiaro nell'escludere dal campo di applicazione *ratione materiae* dello strumento la successione del partner, questa norma va comunque letta con uno sguardo rivolto a quanto dispone il successivo articolo 4, il cui tenore è pressoché identico a quello del già citato regolamento (UE) 1103/2016. Rubricato "competenza in caso di morte di un partner", la norma stabilisce che «se un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro è adita in merito alla successione di un partner ai sensi del regolamento (UE) n. 650/2012, le autorità giurisdizionali di tale Stato sono competenti a decidere sulle questioni inerenti agli effetti patrimoniali dell'unione registrata correlate alla causa di successione in questione».

Ancora una volta dunque l'espresso coordinamento tra i due strumenti consentirà di concentrare la giurisdizione nelle mani di unico foro, scongiurando il rischio del moltiplicarsi di procedure e di contrasti tra decisioni.

## *2. La nozione estesa di «organo giurisdizionale» nel regolamento (UE) 650/2012*

La materia successoria si caratterizza e si differenzia all'interno dei vari ordinamenti nazionali anche per ciò che riguarda le procedure formali di amministrazione, per le modalità di devoluzione e per i soggetti investiti del ruolo di gestione delle stesse.

In molti Paesi, infatti, le questioni successorie sono trattate unicamente in sede stragiudiziale con l'intervento di soggetti muniti di particolari qualifiche, a cui l'ordinamento riconosce un potere ed un ruolo di garanzia del tutto precisi. Nella maggior parte dei casi

---

<sup>502</sup> Vedi al riguardo anche MARONGIU BUONAIUTI, *The EU Succession Regulation and third country Courts*, cit., p. 547.

<sup>503</sup> DAVÌ, ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, cit., p. 199.

si giunge dinanzi ad un'autorità giudiziaria solo come *extrema ratio*, qualora non vi sia altro modo per superare gli eventuali dissidi insorti.

Ne consegue che chiaramente, in ciascun ordinamento, gli organi preposti ad occuparsi di questioni successorie non sono identici. Ogni sistema nazionale, infatti, si differenzia profondamente sia per la normativa di riferimento che per le procedure da applicarsi.

Tale eterogeneità è stata una delle sfide che il regolamento si è prefisso di affrontare. Nondimeno, la stessa è stata foriera di problemi anche nel momento in cui si è reso necessario individuare e circoscrivere, ai fini del nuovo strumento europeo, la nozione di «organo giurisdizionale».

Nella specie, uno dei problemi che si è posto nel corso dei lavori preparatori, è stato quello di capire se si potessero o meno ritenere, *sic et simpliciter*, applicabili le norme sulla competenza giurisdizionale anche ad autorità di natura non giurisdizionale<sup>504</sup> e quale fosse l'ampiezza della nozione di «organo giurisdizionale» da dover accogliere nel regolamento perché il sistema risultasse il più possibile uniforme ma, soprattutto, in grado di funzionare ed operare autonomamente<sup>505</sup>.

Ne è discesa, nella versione definitiva, una nozione di «organo giurisdizionale» molto estesa e articolata. La stessa deve essere desunta da quanto dispone, al riguardo, l'articolo 3. Al paragrafo 2 viene definito «organo giurisdizionale» «qualsiasi autorità giudiziaria e tutte le altre autorità e i professionisti legali competenti in materia di successioni, che esercitano funzioni giudiziarie o agiscono su delega di un'autorità giudiziaria o sotto il controllo di un'autorità giudiziaria».

Ne consegue che vi rientrano *tout court* le autorità che esercitano funzioni giudiziarie in senso stretto, ma dovranno esservi altresì ricomprese anche quelle autorità o professionisti che agiscono «su delega di un'autorità giudiziaria» ovvero «sotto il controllo di un'autorità giudiziaria». Così notai, uffici del registro o altre autorità o professionisti che in alcuni Stati membri, per determinate successioni, siano chiamati a svolgere funzioni giudiziarie, nonché

---

<sup>504</sup> Sul punto interessanti appaiono le risposte fornite dal GEDIP al libro verde del 2005 (*Réponse du Groupe européen de droit international privé au livre vert de la Commission européenne sur les successions et testaments*) reperibile al seguente indirizzo: <http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-15rlv.html>.

<sup>505</sup> Il gruppo di studiosi del MAX PLANCK INSTITUT nel commentario alla proposta di regolamento del 2009, *Comments on the European Commission's Proposal*, cit., pp. 34-36 aveva suggerito di enunciare la seguente nozione di organo giurisdizionale: «The provisions of this Chapter shall apply to all courts in the Member States but shall apply to non-judicial authorities and notaries public only where their involvement is required with respect to rulings in matters of succession» (article 3). Anche il Consiglio del notariato italiano aveva risposto positivamente al quesito formulato dal questionario del Libro verde sul punto: v. Consiglio nazionale del notariato - Commissione Affari Europei e Internazionali, *Reponses au questionnaire en matiere de successions et testaments. Livre Vert de la Commission Européenne* (COM (2005) 65 final du 1<sup>er</sup> mars 2005) avec un avant-projet de règlement communautaire concernant les conflits de lois e de juridictions, et l'institution du certificate successoral européen, Milano, 2005, p. 44. Il progetto di regolamento comunitario che era stato redatto dal Gruppo di lavoro nominato dal Consiglio nazionale del notariato nel 2005 («Reponses au questionnaire», cit., p. 69 ss) proponeva, infatti, la seguente nozione di «jurisdiction» (art. 2): «toute autorité judiciaire ou toute autre autorité publique ou tout délégataire desdites autorités, notamment les notaires, des Etats membres compétentes dans les matières relevant du champ d'application du present règlement». Esso stabiliva, altresì, al suo articolo 7, par. 1, la competenza delle autorità dello Stato membro di situazione di un bene: «Lorsque la loi de l'Etat member de situation d'un bien exige l'intervention de ses juridictions pour prendre des mesures concernant l'administration ou la transmission de ce bien, les juridictions de l'Etat member sur le territoire duquel est situé le bien son seules compétentes pour prendre les dites mesures». Si veda altresì WELLER, Art. 3, in Calvo Caravaca, Davì, Mansel (eds.), *The Eu Succession Regulation*, cit., p. 114 ss.

i notai o altri professionisti a cui è previsto che, in alcuni Stati membri, l'autorità giudiziaria possa delegare delle funzioni.

Ciò posto, per poter effettivamente concludere per l'applicazione o meno delle norme contenute nel regolamento, nel caso di autorità non giudiziarie in senso stretto, occorrerà andare a verificare in concreto, quale sia l'attività esercitata e se la stessa venga svolta su delega dell'autorità giudiziaria o, quanto meno, con carattere di subordinazione, nel senso di rispetto di direttive impartite. Al di fuori di queste ipotesi, le funzioni svolte da professionisti nell'ambito di una successione, ma al di fuori di un vincolo con l'autorità giudiziaria, non devono ritenersi ricomprese nella nozione di «organo giurisdizionale» ai fini del regolamento.

Del resto tanto è confermato anche dal tenore dei considerando 20, 21 e 22. La lettura del considerando 20 aiuta a circoscrivere la portata dell'articolo 3 laddove evidenzia, ancora una volta, la necessità di attribuire un significato ampio all'espressione «organo giurisdizionale» nel rispetto di quelli che sono – all'interno dei singoli Stati membri – «i diversi sistemi che trattano questioni di successione». Il considerando chiarisce esplicitamente che dovrebbero esservi ricompresi non solo gli organi giurisdizionali veri e propri che esercitano funzioni giudiziarie, ma anche i notai o gli uffici del registro che, in taluni casi di successione, esercitano funzioni giudiziarie al pari degli organi giurisdizionali, nonché i notai e i professionisti legali che, in alcuni Stati membri, esercitano funzioni giurisdizionali in una data successione per delega di competenza da parte di un organo giurisdizionale. Ancora nel considerando 21 si legge che «i notai di un determinato Stato membro sono vincolati o meno dalle norme di competenza previste dal regolamento a seconda che rientrino o meno nella definizione di «organo giurisdizionale» ai fini del regolamento stesso». Parimenti, anche quanto si legge nel considerando 22 deve portare a propendere per tale conclusione, solo i notai che «esercitano funzioni giudiziarie, sono vincolati dalle norme di competenza e le decisioni da essi emesse dovrebbero circolare conformemente alle disposizioni relative al riconoscimento, all'esecutività e all'esecuzione delle decisioni», al contrario i notai «quando non esercitano funzioni giudiziarie, non sono vincolati dalle norme di competenza e gli atti pubblici da essi rilasciati dovrebbero poter circolare conformemente alle disposizioni relative agli atti pubblici».

Il rischio che tale definizione di organo giurisdizionale, tanto ampia e complessa, si potesse risolvere in una lesione dei principi che sono alla base dell'equo processo<sup>506</sup> sarebbe scongiurata dalla specificazione dei requisiti che le eventuali decisioni assunte da autorità o professionisti debbono possedere. È, infatti, necessario, come specifica l'articolo 3, che siano offerte adeguate garanzie di imparzialità e di rispetto del principio del contraddittorio. A ciò si aggiunga che l'articolo in questione si premura altresì di precisare che le autorità e i professionisti che operano in qualità di organo giurisdizionale ai fini del regolamento rendono decisioni idonee a produrre effetti equivalenti a quelle pronunciate da un'autorità giudiziaria (articolo 3, paragrafo 2, lettera *b*), come tali suscettibili di essere soggetti ad impugnazione (articolo 3, paragrafo 2, lettera *a*).

### *3. I titoli di giurisdizione previsti dal regolamento (UE) 650/2012*

---

<sup>506</sup> LEANDRO, cit., p. 60.

Il titolo del regolamento dedicato alla giurisdizione prevede un criterio generale, ovvero quello della residenza abituale, ed alcuni titoli ulteriori<sup>507</sup> che sono in grado, qualora non possa operare il criterio generale, di fondare comunque la giurisdizione di un'autorità di uno degli Stati vincolati al regolamento<sup>508</sup>.

Nella specie, oltre al criterio generale previsto dall'articolo 4<sup>509</sup>, vi è la previsione contenuta nell'articolo 5 che prevede la possibilità per le parti interessate alla successione di effettuare una *professio fori*, se preceduta da una valida *professio iuris* posta in essere dal *de cuius*, in favore delle autorità del Paese la cui legge è stata scelta nonché quella dell'articolo 6 che fonda la competenza sulla maggiore idoneità, nel caso vi sia stata una scelta di legge precedente, di una diversa autorità giurisdizionale a statuire sulla successione. Da ultimo, sono poi previste soluzioni per il caso di impossibilità di applicare il titolo generale di giurisdizione allorché il *de cuius*, al momento della morte, non aveva la residenza abituale in uno degli Stati vincolati dal regolamento. In questa situazione soccorre la competenza sussidiaria disciplinata nell'articolo 10<sup>510</sup>, ovvero, ove non vi sia nessun giudice che sulla base delle norme del regolamento possa ritenersi competente a giudicare la controversia, si può attivare, ricorrendone i presupposti, il meccanismo del *forum necessitatis* previsto dall'articolo 11<sup>511</sup>.

---

<sup>507</sup> Si veda *infra* par. 3.2.

<sup>508</sup> La soluzione finale accolta dal regolamento si discosta in realtà da quella che era stata ipotizzata durante i lavori preparatori. In tale sede, infatti, era in discussione l'opportunità che venisse predisposto un unico foro competente per le questioni successorie in modo da ridurre i fori competenti e mantenere, al più, la previsione di fori esclusivi legati alla localizzazione dei beni immobili facenti parte dell'asse ereditario, così come si legge nel Libro Verde redatto dalla Commissione, al quesito 14. Ne consegue che la disciplina adottata dal regolamento, andando oltre i progetti iniziali, ha dato vita ad un sistema, definito «ibrido» e complesso, ove la centralità del titolo generale della residenza abituale del *de cuius* al momento della morte risulta, in alcuni casi, ridimensionata. Al contrario è stata in qualche modo ridimensionata la necessità di tenere conto della localizzazione materiale dei beni immobili appartenenti all'asse ereditario. Tale considerazione è stata limitata all'ipotesi in cui la decisione potenzialmente adottata dal giudice individuato e designato sulla base del titolo generale di giurisdizione soffri del rischio di non essere riconosciuta, ovvero eseguita, all'interno dello Stato in cui i beni oggetto della pronuncia siano allocati. È il caso in cui sebbene l'ultima residenza abituale del *de cuius* al momento della morte risulti effettivamente in uno Stato membro ma, nondimeno, alcuni dei beni costituenti l'asse ereditario siano situati in uno Stato terzo. Secondo quanto chiarisce, al riguardo l'articolo 12 del regolamento, «se l'eredità comprende beni situati in uno Stato terzo, l'organo giurisdizionale adito per decidere sulla successione può, su richiesta di una delle parti, astenersi dal decidere su uno o più di tali beni qualora si possa supporre che la sua decisione sui beni in questione non sarà riconosciuta né, se del caso, dichiarata esecutiva in tale Stato terzo». Per ragioni di mera opportunità, ispirate all'economia procedurale e alla celerità, tale disposizione appare particolarmente opportuna anche per evitare che il mantenimento di un foro fondato genericamente sul *locus rei sitae* comportasse, di fatto, una proliferazione di fori competenti in caso di successioni particolarmente complesse, ove i beni immobili siano situati in più Stati, anche terzi, e dunque, una frammentazione della fattispecie, decisamente contraria al principio di unità della successione, tra gli obiettivi conclamati del regolamento. Fuori dall'ipotesi dell'art. 12 la situazione di un bene ereditario, nel quadro delle norme regolamentari sulla competenza giurisdizionale, viene in rilievo non come titolo autonomo di giurisdizione ma, più semplicemente, come indizio dell'esistenza di un collegamento sufficientemente rilevante o, comunque, apprezzabile (insieme ad altri fattori di specie) con un certo Stato membro; collegamento quest'ultimo che risulta utile a radicare la *potestas iudicandi* nei giudici di tale Stato, per effetto del trasferimento della competenza giurisdizionale prescritta dall'art. 6, lett. a) o del foro sussidiario dell'art. 10, FERACI, *La nuova disciplina europea della competenza giurisdizionale*, cit. pp. 299-300.

<sup>509</sup> Si veda il commento di CALVO CARAVACA, Art. 4, in Calvo Caravaca, Davì, Mansel (eds), *The EU Succession Regulation*, cit., p. 150 ss.

<sup>510</sup> Ancora MARONGIU BUONAIUTI, Art 10, , in Calvo Caravaca, Davì, Mansel (eds), *The Eu Succession Regulation*, cit., p. 186 ss.

<sup>511</sup> FERACI, *La nuova disciplina europea della competenza giurisdizionale*, cit. pp. 299-300.

Un'ulteriore deroga alla competenza unitaria del giudice la si ritrova, oltre che negli articoli 10, paragrafo 2 e all'articolo 12 sopra menzionati, sebbene non per ciò che concerne la competenza nel merito ma unicamente per quella di carattere provvisorio e cautelare, nell'articolo 19 del regolamento che stabilisce la competenza dei fori esorbitanti ad adottare in situazioni di necessità e urgenza, sul modello della disciplina contenuta nel regolamento Bruxelles I. Invero, in base a quanto stabilisce l'articolo 19 «i provvedimenti provvisori o cautelari previsti dalla legge di uno Stato membro possono essere richiesti agli organi giurisdizionali di tale Stato anche se, in forza del presente regolamento, la competenza a conoscere nel merito è riconosciuta agli organi giurisdizionali di un altro Stato membro». Nel caso, dunque, della competenza cautelare residua un margine di applicazione per le norme interne. In realtà però tale margine concerne unicamente i rimedi processuali cautelari interni poiché, anche in questo caso, la legittimazione ad adottare provvedimenti cautelari promana dal regolamento che consente al giudice incompetente di adottare comunque dei provvedimenti in situazioni di "urgenza". Peraltro l'esercizio di tale competenza attribuita dal diritto nazionale alle autorità giurisdizionali di un dato Stato membro deve intendersi come rimedio eccezionale e deve essere subordinato, come ha chiarito la Corte di giustizia nel caso *Van Uden*<sup>512</sup>, all'esistenza di un effettivo nesso di collegamento fra l'oggetto del provvedimento richiesto e la competenza territoriale dello Stato contraente del giudice adito, nonché nel caso *Denilauer*<sup>513</sup>, la Corte ha altresì specificato che tale nesso dovrebbe sussistere, in particolare, con lo Stato in cui sono situati i beni che formano oggetto della misura<sup>514</sup>.

3.1 (Segue) *L'ultima residenza abituale come titolo generale di giurisdizione. Il perseguimento di una tendenziale coincidenza tra forum e ius (Gleichlauf)*

La norma che regola la competenza generale, ovvero l'articolo 4 del regolamento, stabilisce che «sono competenti a decidere sull'intera successione gli organi giurisdizionali dello Stato membro in cui il defunto aveva la residenza abituale». La disposizione si limita quindi a fornire il titolo necessario ad attribuire la competenza internazionale agli organi giurisdizionali di un dato Stato membro. Come già rilevato, quale sarà poi sul piano interno il giudice specificamente competente andrà determinato sulla base delle regole procedurali nazionali, poiché, come evidenziato, il regolamento si limita a statuire sulla competenza internazionale.

L'intero impianto dell'atto è costruito in modo da rendere più certa possibile la coincidenza tra legge applicabile e competenza giurisdizionale (*Gleichlauf*). In questo modo si tende a garantire, nel più ampio ventaglio di ipotesi possibile, che l'autorità investita delle questioni successorie possa applicare la propria legge del foro, così da semplificare e rendere più agevole la risoluzione di eventuali controversie. Ciò in quanto, agendo sulla base di un diritto che gli è già noto, che è abituato ad applicare e di cui conosce a fondo gli istituti, l'organo giurisdizionale sarà in grado di fornire risposte più consapevoli ma, soprattutto, auspicabilmente più celeri. D'altronde che questa coincidenza sia uno tra gli

---

<sup>512</sup> Corte di giustizia, 17 novembre 1998, *Van Uden*, causa C-391/95, *Raccolta*, 1988, p. I-7091, par. 40.

<sup>513</sup> Corte di giustizia, 21 maggio 1980, *Denilauer*, causa 125/79, *Raccolta*, 1980, p. 1553

<sup>514</sup> FERACI, *loc. ult. cit.*; FARINA, Art. 19, in Calvo Caravaca, Davi, Mansel (eds), *The EU Succession Regulation*, cit., p. 280 ss.

obiettivi più rilevanti perseguiti dal legislatore europeo, è evidenziato anche dal tenore del considerando 27, dove si chiarisce che «le disposizioni del presente regolamento sono concepite in modo da far sì che l'autorità che si occupa della successione applichi, nella maggior parte delle situazioni, la propria legge».

Attenendosi al dato normativo, tale coincidenza discende, in prima battuta ed in via generale, dall'applicazione del criterio dell'ultima residenza abituale del *de cuius*, che funge al tempo stesso, come evidenziato, da titolo generale di giurisdizione, secondo quanto stabilisce l'articolo 4, nonché da criterio di collegamento per ciò che concerne l'individuazione della legge applicabile, in base a quanto chiarisce l'articolo 21, paragrafo 1.

Ciò posto, la competenza a decidere sull'intera successione è attribuita, secondo l'articolo 4, a titolo principale, agli organi giurisdizionali dello Stato membro in cui il defunto aveva la residenza abituale al momento della morte. Non vi sono altre condizioni di applicabilità, il possesso della residenza abituale in uno Stato vincolato dal regolamento al momento della morte è condizione sufficiente perché si attivi il titolo generale di giurisdizione e la competenza sia disciplinata dalle norme dettate dal regolamento.

In ossequio al principio di unità della successione che connota il regolamento e secondo quanto si legge nell'articolo 23, la circostanza che anche l'articolo 4 faccia riferimento alla «intera successione» o come nella versione inglese «the succession as a whole», è finalizzata a sottolineare che il regolamento ha adottato un approccio monista, a differenza di quanto dispongono al momento diverse legislazioni internazionalprivatistiche nazionali in materia successoria<sup>515</sup>.

Ne discende che le norme sulla competenza si applicano, salvo eccezioni, a tutte le questioni che possono presentarsi in ogni fase della successione, a prescindere che si tratti di beni mobili o immobili. Pertanto gli organi giurisdizionali dello Stato di residenza abituale saranno competenti a decidere sull'intera massa ereditaria, risultando del tutto indifferente il luogo di situazione dei beni, poiché la competenza, una volta incardinata, si estenderà anche nei confronti dei beni situati in Stati terzi, oltre che, evidentemente, in quelli ubicati in Stati membri.

Per ciò che attiene all'interpretazione della nozione di residenza abituale, giova ribadire che, secondo quella che è la giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>516</sup>, questa deve essere definita autonomamente<sup>517</sup>, alla luce di quelli che sono le specificità e gli scopi del regolamento<sup>518</sup>. D'altronde lo stesso considerando 23 evidenzia tale aspetto laddove chiarisce che la residenza abituale deve essere determinata «tenendo conto degli obiettivi specifici» del regolamento. Non esiste, infatti, come già evidenziato a proposito della legge applicabile, allo stato attuale, una nozione unitaria di residenza abituale in ambito europeo e sebbene sia ormai uno dei collegamenti più utilizzati dal legislatore non è stata mai fornita una definizione specifica. Ciò in quanto ciascun atto adottato dall'Unione è costruito, sebbene si inserisca in un progetto di creazione e consolidamento di un sistema omogeneo

---

<sup>515</sup> V. *supra* cap. II.

<sup>516</sup> Corte di giustizia CE, 2 aprile 2009, C-523/07, A., in *Racc.*, 2009, p. I-2805, punti 34-35.

<sup>517</sup> Di diverso avviso KINDLER, *Vom Staatsangehörigkeits- zum Domizilprinzip: das künftige internationale Erbrecht der Europäischen Union*, in *IPRAX*, 2009, p. 46, per il quale la nozione deve essere interpretata secondo il diritto dello Stato membro del foro.

<sup>518</sup> Si vede al riguardo CALVO CARAVACA, Art. 4, in Calvo Caravaca, Davì, Mansel (eds.), *The EU Succession Regulation*, cit., p. 127 ss. e ID., Art. 21, in Calvo Caravaca, Davì, Mansel (eds.), *The EU Succession Regulation*, cit., p. 298 ss.

di diritto internazionale privato europeo, secondo specificità proprie che rispondono ad esigenze e caratteristiche diverse. Quindi la nozione di residenza abituale risulta separata ed indipendente da quella accolta dai singoli Stati membri, ma anche da quella utilizzata in altri strumenti di diritto internazionale privato che regolano materie e situazioni diverse.

Il criterio della residenza abituale, come si è già avuto modo di sottolineare, è espressione di un collegamento di tipo fattuale, per cui in dottrina si parla al riguardo di «carattere funzionale» del criterio<sup>519</sup>. La residenza abituale deve essere determinata tenendo conto degli «elementi di fatto che bisogna prendere in considerazione i quali variano a seconda della situazione»<sup>520</sup>.

Appare evidente che determinare la residenza abituale del *de cuius* potrebbe rivelarsi un'operazione ricostruttiva non facile<sup>521</sup>. Nondimeno, il regolamento non omette del tutto di fornire elementi ed indicazioni utili ad individuare la residenza abituale del *de cuius*. Alcune precisazioni si possono rinvenire, nei considerando 23 e 24.

Per definire la residenza abituale deve farsi riferimento al luogo in cui la persona ha fissato il centro stabile dei suoi interessi. Come evidenzia il considerando 23, deve effettuarsi una «valutazione globale delle circostanze della vita del defunto negli anni precedenti la morte e al momento della morte». Tra gli elementi di fatto che tradizionalmente vengono presi in considerazione per determinare quello che è il «centro di vita» del soggetto sempre il considerando 23 menziona «la durata e la regolarità del soggiorno del defunto nello Stato interessato nonché le condizioni e le ragioni dello stesso». Circostanze di fatto rilevanti che normalmente vengono tenute in considerazione sono lo stabilimento della famiglia, lo svolgimento della vita domestica, gli interessi personali e patrimoniali della persona interessata, la locazione di un appartamento. Come noto, la nozione di residenza abituale non è necessariamente connessa ad un soggiorno particolarmente duraturo, nondimeno la durata del soggiorno è anch'esso un indice di cui si può tenere conto e da cui desumere la volontà del soggetto di stabilirsi in un dato luogo. In casi particolarmente complessi anche la cittadinanza di un soggetto può essere tenuta in considerazione, ai sensi di quanto chiarisce al riguardo il considerando 24 la cittadinanza del defunto potrebbe «costituire un elemento speciale per la valutazione generale di tutte le circostanze fattuali». Tra i vari indicatori da tenere in considerazione è possibile ipotizzare una sorta di pseudo gerarchia nel senso che andrebbero considerati in prima battuta i legami personali e familiari che dovrebbero quindi prevalere sulla condizione professionale dell'interessato<sup>522</sup>. A ciò si aggiunga che come indica il considerando 24 «qualora per motivi professionali o economici il defunto fosse andato a vivere all'estero per lavoro, anche per

---

<sup>519</sup> KHAIRALLAH, in G. Khairallah, M. Revillard, p. 50.

<sup>520</sup> LAGARDE, n. 7. Chiaramente in attesa che la Corte di giustizia sia chiamata a pronunciarsi sull'interpretazione della nozione di residenza abituale ai fini del regolamento, ci si potrà, *medio tempore*, riferire alla pregressa giurisprudenza della stessa, anche se riferita ad altri regolamenti, quali ad esempio C. giust. CE, 2 aprile 2009, C-523/07, A., cit., p. I-2805; C. giust. UE, 22 dicembre 2010, C-497/10, PPU, *Mercredi*, in *Racc.*, 2010, p. I-14309 e ciò sebbene debba ribadirsi l'assoluta autonomia e specificità di tale nozione in ambito successorio. In dottrina BONOMI, WAUTELET, *Il regolamento europeo sulle successioni*, cit., p. 125.

<sup>521</sup> Alcuni commentatori vista la complessità della materia, per facilitare il compito degli organi giurisdizionali, avevano proposto di inserire una nozione di residenza abituale nel regolamento, HARRIS, *The proposed EU Regulation on Succession and Wills: Prospects and Challenges*, in *Trust International Law*, 2008, pp. 211 ss. Più opportunamente, secondo BONOMI, WAUTELET, *loc. ult. cit.* e LAGARDE, *loc. ult. cit.*, il compito di circoscrivere i confini è stato lasciato alla giurisprudenza.

<sup>522</sup> DÖRNER, *loc. ult. cit.*, p. 510.

un lungo periodo, ma avesse mantenuto un collegamento stretto e stabile con lo Stato d'origine [...] si potrebbe ritenere che il defunto, alla luce delle circostanze della fattispecie, avesse ancora la residenza abituale nello Stato di origine in cui è situato il centro degli interessi della sua famiglia e della sua vita sociale».

Ovviamente un altro elemento fondamentale da tenere in considerazione per ciò che riguarda la residenza abituale di un soggetto è la propria volontà di stabilirsi in un dato luogo. Laddove per volontà deve intendersi un comportamento esteriore che sottolinei in maniera certa la scelta del soggetto di stabilirsi in un dato luogo mentre non rileva un mero moto interiore che poi non si estrinsechi in una effettiva vita sociale dello stesso nello Stato prescelto<sup>523</sup>. D'altronde, la stessa Corte di giustizia ha più volte mostrato particolare considerazione per la volontà del soggetto di fissare la propria residenza abituale in un dato luogo<sup>524</sup>.

La competenza giurisdizionale è dunque determinata sulla base della residenza abituale del *de cuius* da individuarsi temporalmente al momento della morte. Ne consegue che il solo trasferimento della residenza abituale del soggetto in un altro Stato membro in un momento antecedente la morte è idoneo a determinare uno spostamento della competenza in capo ad un'altra autorità giurisdizionale. Le autorità dello Stato membro della previa residenza abituale perderanno pertanto la loro *potestas indicandi* in favore di quelle del nuovo Stato di residenza abituale del *de cuius*. Se effettivamente il soggetto ha spostato la propria residenza abituale in un altro luogo, non rileverà che tale trasferimento sia avvenuto anche in un momento di non molto precedente al sopraggiungimento dell'evento morte, purché sussistano i caratteri di stabilità che connotano la nozione stessa di residenza abituale. Le norme sulla competenza giurisdizionale contenute nel regolamento, infatti, non consentono, a differenza di quanto accade per la legge applicabile (*ex* articolo 21 paragrafo 2) di non tenere conto della residenza abituale fissata dal soggetto interessato, per il solo motivo che sussiste, in concreto, un collegamento manifestamente più stretto con un altro Stato membro. Il regolamento, infatti, non adotta la teoria del *forum non conveniens* in termini generali ma ne prevede unicamente alcune applicazioni puntuali, disciplinate agli articoli 6, lettera a) e 12. Al di fuori di queste ipotesi specifiche<sup>525</sup>, secondo quanto ha statuito la Corte

---

<sup>523</sup> Negli ultimi tempi è sempre più frequente che soggetti una volta ritirati dalla vita lavorativa scelgano di andare a risiedere in luoghi in cui il clima più clemente e le condizioni di vita più appetibili, KUNZ, *Die neue Europäische Erbrechtsverordnung – Ein Überblick (Teil I)*, in GPR, 2012, p. 211, che si riferisce ai pensionati tedeschi a Maiorca («Mallorca-Rentner»). In simili casi per valutare se vi sia stato effettivamente anche un caso di modifica e spostamento della residenza abituale del soggetto, andrà valutato il livello di integrazione nel Paese ospitante nonché la volontà dello stesso di permanervi senza prospettiva di rientrare nella precedente dimora.

<sup>524</sup> C. giust. UE, 22 dicembre 2010, C-497/10 PPU, *Mervredi*, cit., punto 51. D'altronde in diverse legislazioni nazionali la volontà del soggetto di stabilire il proprio domicilio in un dato luogo costituisce il discrimine per distinguere il domicilio dalla residenza abituale, come ad esempio accade in Svizzera, v. art. 20 LDIP, BONOMI, WAUTELET, *Il regolamento europeo sulle successioni*, cit., p. 128.

<sup>525</sup> Come pure del caso contemplato dall'art. 15 del regolamento n. 2201/2003, si veda al riguardo MARONGIU BUONAIUTI, Art. 6, in Calvo Caravaca, Davi, Mansel (eds.), *The EU Succession Regulation*, cit., p. 162 e, del tutto recentemente, C. giust. UE, sent. 27 ottobre 2016, causa C-428/15, *Child and Family Agency c. J. D.*

testo	disponibile	al	seguito	link
-------	-------------	----	---------	------

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=184896&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=881780> dove la Corte di giustizia si è pronunciata proprio sull'interpretazione dell'art. 15 del regolamento n. 2201/2003.

di giustizia nel caso *Owusu*, tale teoria non sarà applicabile nel contesto dello spazio giudiziario europeo<sup>526</sup>.

La residenza abituale posseduta prima dell'eventuale sopraggiunto trasferimento potrà ritornare a costituire titolo idoneo a fondare la competenza giurisdizionale unicamente qualora il soggetto abbia trasferito la propria residenza abituale in uno Stato non membro ovvero non vincolato dal regolamento<sup>527</sup>. Sulla base delle regole di competenza sussidiaria dettate nell'articolo 10, paragrafo 1, lettera *b*, gli organi giurisdizionali dello Stato membro di precedente residenza abituale del *de cuius* resteranno competenti a decidere sull'insieme della successione «purché nel momento in cui l'organo giurisdizionale è adito non sia trascorso un periodo superiore a cinque anni dal cambiamento di tale residenza abituale». Chiaramente essendo la residenza abituale determinante per fondare la competenza giurisdizionale, e considerato che ai fini del regolamento un soggetto può avere un'unica residenza abituale<sup>528</sup>, dovrà essere valutato in quale Paese il soggetto ha effettivamente deciso di fissare il proprio «centro di vita»<sup>529</sup>.

In alcuni casi potrebbe risultare effettivamente complesso capire quale sia la residenza abituale del *de cuius* e potrebbe quindi verificarsi l'ipotesi in cui i giudici di due Stati si ritengano entrambi competenti a decidere sulla successione, dando vita ad un conflitto positivo di giurisdizione. In tali situazioni di non pronta soluzione soccorre la norma sulla litispendenza, ovvero l'articolo 17 del regolamento<sup>530</sup>. Tale norma stabilisce che «qualora davanti a organi giurisdizionali di Stati membri differenti e tra le stesse parti siano state proposte domande aventi il medesimo oggetto ed il medesimo titolo, l'organo giurisdizionale successivamente adito sospende d'ufficio il procedimento». Ciò ovviamente, seguendo il modello offerto dal regolamento Bruxelles I, fino a quando non sia intervenuta una decisione volta ad accertare la competenza dell'organo giurisdizionale preventivamente adito.

Come si evince dal tenore letterale dell'articolo, dunque, la norma sulla litispendenza troverà applicazione unicamente qualora vi sia non solo identità di parti ma anche a condizione che la controversia presenti il medesimo oggetto e titolo.

In tutti i casi in cui questa sovrapposizione non risulti perfetta e dunque magari la controversia non coinvolga gli stessi soggetti, o tutte le stesse parti, e salvo che i procedimenti debbano ritenersi connessi ai fini dell'articolo 18 del regolamento<sup>531</sup>, si deve concludere che i procedimenti regolarmente instaurati dinanzi ad autorità giurisdizionali di diversi Stati membri dovranno proseguire indipendentemente dalle sorti degli altri e le decisioni rese dovranno essere riconosciute sulla base delle norme che nel regolamento

---

<sup>526</sup> Corte di giust. CE, 1° marzo 2005, C-281/02, *Owusu*, cit., p. I-1383, punti 37-46.

<sup>527</sup> Non si concorda con la dottrina che invece ritiene che debba parlarsi di Stati non membri dell'Unione europea, BONOMI, WAUTELET, *Il regolamento europeo sulle successioni*, cit., p. 129. Ai fini del regolamento, infatti, devono considerarsi come Stati membri, unicamente gli Stati vincolati dal regolamento. Per cui un trasferimento della residenza abituale in uno Stato non vincolato dal regolamento sortisce gli stessi effetti di uno spostamento di residenza che avvenga in uno Stato non membro dell'Unione europea.

<sup>528</sup> DÖRNER, cit., p. 510.

<sup>529</sup> BONOMI, *loc. ult. cit.*

<sup>530</sup> Si veda il commento di MARONGIU BUONAIUTI, Art. 17, in Calvo Caravaca, Davì, Mansel (eds), *The EU Succession Regulation*, p. 251 ss e spec. 254 ss.

<sup>531</sup> MARONGIU BUONAIUTI, Art. 18, in Calvo Caravaca, Davì, Mansel, *The EU Succession Regulation*, cit., p. 268 ss.

disciplinano il riconoscimento delle decisioni (articolo 39, sulla base del quale le decisioni rese nel rispetto delle regole di competenza dettate dall'articolo 4 beneficiano di un riconoscimento di pieno diritto negli altri Stati vincolati dal regolamento, con la riserva dei soli motivi tassativi di rifiuto previsti dall'articolo 40, ovvero la contrarietà all'ordine pubblico internazionale<sup>532</sup> e l'incompatibilità con una decisione precedente suscettibile di riconoscimento o con una decisione resa nello stesso Paese in cui si richiede il riconoscimento<sup>533</sup>).

### 3.2 (Segue) *I criteri di competenza sussidiaria in base all'articolo 10 del regolamento (UE) 650/2012*

Oltre al criterio generale previsto dall'articolo 4 il regolamento detta, come si è osservato, dei criteri di competenza sussidiari elencati all'articolo 10. In particolare, tale disposizione stabilisce che «Se, al momento della morte, il defunto non risiedeva abitualmente in uno Stato membro, gli organi giurisdizionali di uno Stato membro in cui si trovano i beni ereditari sono comunque competenti a decidere sull'intera successione». Pertanto la condizione dettata dalla norma riguarda il caso in cui il defunto non avesse la residenza abituale in uno stato membro al momento della morte. In tal caso la disposizione prevede che le autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui si trovano i beni ereditari sono competenti a decidere sull'intera successione se *a)* il defunto possedeva la cittadinanza di quello Stato membro al momento della morte; ovvero, in mancanza, *b)* la precedente residenza abituale del defunto era stabilita in quello Stato membro, purché nel momento in cui l'organo giurisdizionale è adito non siano trascorsi più di cinque anni dal mutamento della residenza abituale. L'articolo chiarisce altresì, al paragrafo 2, che qualora nessun organo giurisdizionale dovesse risultare competente in base alle condizioni appena elencate, i giudici dello Stato membro in cui si trovano i beni ereditari siano comunque competenti a decidere su tali beni.

Tali criteri devono considerarsi tassativi, pertanto non sarà possibile ricorrere ai titoli di giurisdizione propri di ciascun ordinamento<sup>534</sup> per incardinare la competenza di un determinato organo giurisdizionale. Tale lettura si impone anche avendo riguardo a quanto chiarisce il considerando 30 laddove si evidenzia, in modo espresso, che «il presente

---

<sup>532</sup> Si veda, per un'analisi del ruolo dell'ordine pubblico nella sistematica del regolamento, CONTALDI, GRIECO, Art. 35, in Calvo Caravaca, Davì, Mansel (eds), *The Eu Succession Regulation*, cit., p. 505 ss.

<sup>533</sup> Si rimanda al commento di D'ALESSANDRO, Art. 39, in Calvo Caravaca, Davì, Mansel (eds), *The Eu Succession Regulation*, cit., p. 551 ss.

<sup>534</sup> A differenza di quanto previsto da altri regolamenti europei, ovvero l'art. 6 del regolamento Bruxelles I-bis e gli artt. 7 e 14 del regolamento Bruxelles II-bis. La dottrina è pressoché unanime sul punto cfr., tra gli altri, BONOMI, WAUTELET, Art. 10, in *Le droit européen des successions. Commentaire du règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, cit., p. 229 ss.; BONOMI, DI IORIO, Art. 10, in Bonomi Wautelet (a cura di), *Il Regolamento europeo sulle successioni*, cit.; DAVÌ, ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni*, cit., p. 12 ss.; DAVÌ, ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, cit., p. 195 ss.; MARONGIU BUONAIUTI, Art. 10, in Calvo Caravaca, Davì, Mansel, *The Eu Succession Regulation*, cit., pag. 187 ss.; DUTTA, *Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union – Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung*, in *FamRZ*, 2013, p. 4 ss.; GAUDEMET-TALLON, *Les règles de compétence judiciaire dans le règlement européen sur les successions*, cit., p. 127 ss.; HESS, *Die internationale Zuständigkeit nach der Erbrechtsverordnung*, in A. Dutta and S. Herrler (a cura di), *Die Europäische Erbrechtsverordnung*, München, 2014, p. 131 ss.

regolamento dovrebbe elencare, tassativamente, in ordine gerarchico, i motivi in base ai quali è possibile esercitare la competenza sussidiaria»<sup>535</sup>.

Si parla di competenza sussidiaria perché tali criteri entreranno in gioco qualora non possa operare il criterio generale previsto dall'articolo 4, poiché il *de cuius* non aveva l'ultima residenza abituale in uno Stato membro vincolato dal regolamento al momento della morte.

In tutti i casi disciplinati dall'articolo 10 la competenza è attribuita *ex lege* ai giudici del luogo in cui sono situati i beni ereditari. Le ipotesi si differenziano tra loro in quanto la portata di questa competenza non è sempre la stessa. Nell'ipotesi contemplata nel paragrafo 1, infatti, sia nel caso della lettera *a*) che in quello della lettera *b*), il giudice individuato facendo applicazione dei criteri stabiliti nell'articolo 10, dovrà decidere sull'intera successione. Al contrario, nell'ipotesi contemplata al paragrafo 2, è prevista una competenza residuale che prescrive che, qualora non possa operare il criterio generale previsto dall'articolo 4, né ricorra l'ipotesi contemplata dall'articolo 10, paragrafo 1, lettere *a*) e *b*), i giudici dello Stato in cui si trovano dei beni ereditari saranno comunque sempre competenti a statuire su tali beni<sup>536</sup>.

È evidente nella norma la volontà di evitare vuoti di giurisdizione e un eventuale diniego di giustizia. Peraltro, nell'ipotesi disciplinata dal paragrafo 1 la competenza è di tipo generale perché si estende all'intera successione mentre nel secondo caso, ovvero quello riportato al paragrafo 2, la competenza è limitata, riguardando unicamente i beni presenti all'interno dei confini dello Stato membro in questione.

Nondimeno, è stato osservato in dottrina che l'articolo 10 potrebbe presentare degli inconvenienti a seconda che si considerino i criteri contemplati come posti in concorso alternativo o successivo. Nel primo caso, infatti, potrebbero crearsi dei conflitti positivi di giurisdizione tra Stati membri poiché i criteri elencati ben potrebbero verificarsi contemporaneamente in diversi Paesi vincolati dal regolamento, con la conseguenza che

---

<sup>535</sup> La soluzione accolta nel regolamento non è nuova in quanto era già stata adottata dal regolamento 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari, oltre ad aver ispirato l'iniziale proposta di revisione del regolamento Bruxelles I sebbene poi non sia stata accolta. Si vedano gli articoli 6 e 7 del regolamento (CE) 4/2009 del 18 dicembre 2008 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, in GU L 7 del 10 gennaio 2009. In dottrina si vedano i commenti di MARONGIU BUONAIUTI, Art. 10, in Calvo Caravaca, Davì, Mansel, cit., *The Eu Succession Regulation*, p. 205 ss.; CASTELLANETA, LEANDRO, *Il regolamento CE n. 4/2009 relativo alle obbligazioni alimentari*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2009, p. 1051 ss. spec. p. 1073 ss.; POCAR, VIARENGO, *Il Regolamento (CE) n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari*, in *Riv. Dir. Int. Priv. e Proc.*, 2009, p. 805; MARINO, *Il nuovo regolamento comunitario sulla cooperazione giudiziaria civile in materia di obbligazioni alimentari*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2009, II, p. 599; ANCEL, MUIR-WATT, *Aliments sans frontières. Le règlement n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires*, in *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2010, p. 457 ss. e spec. p. 463 ss. Doc. COM(2010) 748 final, del 14 dicembre 2010, articolo 4.2. In dottrina si vedano POCAR, *Révision de Bruxelles I et ordre juridique international: quelle approche uniforme?*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 591 ss.; WEBER, *Universal Jurisdiction and Third States in the Reform of the Brussels I Regulation*, in *RabelsZ*, 2011, p. 619 ss.. Si veda altresì l'articolo 6 del regolamento (UE) 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (rifusione), in GU L 351, del 20 dicembre 2012, p. 1 e in dottrina GAUDEMET-TALLON, KESSEDJIAN, *La refonte du règlement Bruxelles I*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2013, p. 435 ss.; LEANDRO, *Prime osservazioni sul regolamento (UE) n. 1215/2012 ("Bruxelles I bis")*, in *Il giusto processo civile*, 2013, p. 583 ss.; NUYTS, *La refonte du règlement Bruxelles I*, in *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2013, p. 1 ss.; SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (UE) n. 1215/2012 (rifusione)*, 4th ed., Padova, 2015, p. 81 ss.

<sup>536</sup> MARONGIU BUONAIUTI, Art. 10, in Calvo Caravaca, Davì, Mansel (eds.), *The Eu Succession Regulation*, cit., p. 207, ma anche BONOMI, WAUTELET, Art. 10, *Le Droit Européen des Successions*, cit. p. 229 ss. e DUTTA, Art. 10 EuErbVO, in *Münchener Kommentar*, cit., n. 4 ss.

potrebbe essere invocata ed incardinata la competenza di più giudici. È stato osservato altresì che tali situazioni potrebbero comunque agevolmente essere risolte attraverso le regole sulla litispendenza e la connessione previste dagli articoli 17 e 18 del regolamento<sup>537</sup>. Diversamente, come sostiene altra parte della dottrina, se si considera il carattere successivo del concorso tra i due criteri, questa evenienza risulta tendenzialmente scongiurata<sup>538</sup>.

Nondimeno, i problemi più importanti si pongono con riguardo alla competenza di Stati terzi. Ben potrà accadere, infatti, che Paesi non vincolati dal regolamento, per i quali chiaramente nessun valore hanno i criteri di competenza sussidiaria elencati all'articolo 10, e Stati membri, per cui al contrario operano tali criteri, si trovino a statuire sulla stessa successione, esercitando una giurisdizione di tipo concorrente. In questa ipotesi le regole di litispendenza e connessione non potranno operare<sup>539</sup> e si rischia dunque di avere una moltiplicazione di giudicati, potenzialmente contrastanti tra loro. Il Regolamento, infatti, tiene conto solo indirettamente della possibilità che uno Stato non vincolato al regolamento si trovi a statuire su una determinata successione, come ad esempio accade nell'ambito dell'articolo 12 laddove è consentito al giudice di uno Stato vincolato dal regolamento di operare una scissione volontaria della successione omettendo di pronunciarsi su beni situati in Stati terzi, laddove vi sia la ragionevole probabilità che tale statuizione non venga poi riconosciuta<sup>540</sup>.

Invero, un'altra difficoltà che presenta l'articolo 10 è quella di non garantire la coincidenza tra *forum* e *ius*, con la conseguenza che i giudici si troveranno spesso a dover applicare una legge straniera, solitamente quella di uno Stato terzo, con tutte le difficoltà pratiche che ne derivano. Ciò in quanto la legge applicabile alla successione, facendo applicazione del criterio generale previsto dall'articolo 21, rimane quello della residenza abituale del *de cuius* al momento della morte, che troverà applicazione pur trattandosi della legge di uno Stato terzo. Questa soluzione rompe dunque la *liason* che, invece, l'intero impianto del regolamento e il legislatore europeo hanno in tutti i modi cercato di garantire e si pone in contrasto con quanto auspicato all'interno del più volte richiamato considerando 27.

---

<sup>537</sup> Si vedano al riguardo GAUDEMET-TALLON, *Les règles de compétence judiciaire*, cit., p. 139, secondo cui il problema non si porrebbe neppure poiché l'art. 10 stabilisce una gerarchia tra il foro della cittadinanza e quello residenza abituale e anche LAGARDE, *Les principes de base*, cit., p. 702, che giunge alla stessa conclusione ma con argomentazioni diverse ritenendo, nella specie, che il conflitto di giurisdizione può porsi soltanto dinanzi ai fori delle due o più cittadinanze europee del *de cuius* e, comunque, anche in questo caso, il conflitto sarebbe sempre risolto in base al meccanismo della litispendenza perché il foro individuato dall'art. 10 ha competenza sull'intera successione. Di diverso avviso LEANDRO, *LA GIURISDIZIONE*, cit., p. 19 nota 32 che evidenzia, a tale ultimo riguardo, che sul funzionamento dei meccanismi della litispendenza e della connessione non incide direttamente il fatto che i fori individuabili dall'art. 10 abbiano competenza sull'«intera successione» ciò in quanto i presupposti dei due citati meccanismi sono di altro genere la litispendenza opera rispetto a «domande» (identiche) e la connessione rispetto a «cause» (strettamente collegate). Inoltre l'A. evidenzia che l'art. 10 detta non la competenza del foro della cittadinanza o di quello della residenza, ma del foro in cui si trovano i beni e, pertanto, solo in via interpretativa il foro della cittadinanza potrebbe beneficiare di una sorta di priorità.

<sup>538</sup> Così MARONGIU BUONAIUTI, Art. 10, in Calvo Caravaca, Davì, Mansel (eds.), *The Eu Succession Regulation*, cit., p. 186 ss.

<sup>539</sup> BONOMI, WAUTELET, Art. 10, cit., p. 229 ss. L'A. sottolinea che le ipotesi più frequenti si verificheranno nel caso di quegli ordinamenti, monisti o dualisti la cui competenza si fonda sul criterio del domicilio o della residenza abituale, come ad esempio i Paesi di *Common Law*, ma anche Svizzera, Norvegia e vari Stati dell'America Latina.

<sup>540</sup> Si veda MARONGIU BUONAIUTI, *The Succession Regulation and Third Country Courts*, cit., p. 7 e spec. nota 19.

Nondimeno, all'interno del regolamento sono rinvenibili dei meccanismi di correzione che però non sono sempre disponibili ed applicabili. Uno di essi è certamente il rinvio previsto dall'articolo 34, che riduce, senza però eliminarli del tutto, i casi di dissociazione tra giurisdizione e legge applicabile<sup>541</sup>. Un altro rimedio può essere individuato nella clausola di eccezione prevista dall'articolo 21 al paragrafo 2 che può condurre a scartare la legge della residenza abituale qualora risulti un collegamento più stretto con un altro Stato. Da ultimo, ancora una volta un correttivo, potrebbe riposare nell'articolo 22. Qualora, infatti, il *de cuius*, abbia effettuato una scelta di legge, il giudice adito sulla base dei criteri elencati all'articolo 10, paragrafo 1, lettera *a*), consentirà di ripristinare il *Gleichlauf*.

A ciò si aggiunga, che il giudice adito sulla base dell'articolo 10 ha la possibilità di declinare la competenza ai sensi dell'articolo 6. Tale declinatoria, come si avrà modo di evidenziare nel paragrafo che segue, è possibile solo in favore dei giudici di uno Stato membro e, pertanto, non è in grado di prevenire i conflitti di giurisdizione con gli Stati terzi. Più utile a tal fine potrebbe essere l'articolo 12 del regolamento che prevede una limitazione del procedimento. In tal caso infatti, su richiesta delle parti e qualora siano presenti beni situati all'estero, il giudice può astenersi dal decidere qualora, vi sia una ragionevole probabilità di supporre che la decisione non verrebbe riconosciuta nello Stato terzo in questione. Con tutta evidenza, tale disposizione è finalizzata a ridurre i conflitti potenziali di giurisdizione, in particolare con lo Stato di situazione dei beni, pur potendo porre problemi in termini di rottura dell'unità della successione.

L'articolo 10 contiene un elenco di criteri sussidiari di giurisdizione modulati sulla base di un denominatore comune. Condizione prima perché possa, infatti, trovare applicazione la disposizione è la presenza di beni ereditari in un determinato Stato. Non è importante stabilire di che tipo di beni si parli, anche se più spesso si tratterà probabilmente di beni immobili, è sufficiente la presenza di beni che rientrano nell'asse ereditario per poter richiamare le regole di competenza sussidiaria. Inoltre nessuna considerazione è posta al valore dei beni in questione. Quando sussistono le altre condizioni previste all'articolo 10, paragrafo 1, ovvero cittadinanza o residenza abituale in un altro Stato, i giudici del Paese in cui si trova una parte dei beni, anche se questi siano di valore o di importanza nettamente inferiore rispetto ai beni situati all'estero, saranno competenti a decidere sull'intera successione. A partire da tale condizione imprescindibile il legislatore detta poi tre criteri di collegamento ulteriori elencati in modo gerarchico, così come chiarisce anche il considerando 30, e che funzionano in modo alternativo.

In base al primo, secondo quanto dispone l'articolo 10, paragrafo 1, lettera *a*), i giudici dello Stato in cui si trovano i beni ereditari sono competenti a decidere sull'intera successione se il defunto possedeva, al momento della morte, la cittadinanza di quello Stato. La cittadinanza dello Stato del foro, unitamente alla presenza di beni ereditari in quel Paese, sono condizioni sufficienti per fondare la competenza giurisdizionale sull'intera successione.

V'è da dire, con riguardo a tale norma, che vi sono alcune incongruenze rispetto ad altre previsioni del regolamento. In particolare, come precisato all'articolo 10, paragrafo 1, lettera *a*), per fondare la competenza è necessario che la cittadinanza sia posseduta al

---

<sup>541</sup> V. DAVÌ, Art. 34, in Calvo Caravaca, Davì, Mansel (eds.), *The EU Succession Regulation*, cit., p. 469 ss.

momento della morte. Pertanto una cittadinanza posseduta in vita ma poi persa prima della morte non potrà essere presa in considerazione ai fini di quanto dispone l'articolo 10, par. 1, lettera *a*). Questa soluzione diverge da quella adottata dall'articolo 22, in base al quale il *de cuius* può scegliere non solo la legge della cittadinanza posseduta al momento della morte ma anche quella che possiede al momento della scelta e anche nel caso in cui nel prosieguo la dovesse perdere, la scelta rimarrebbe comunque valida. Pertanto, l'articolo 10, paragrafo 1, lettera *a*), non consente di fondare la competenza quando il *de cuius* ha designato la legge di uno Stato di cui possedeva la cittadinanza al momento della scelta ma non la possiede più al momento della morte. In tal modo dunque, potrebbe ancora una volta accadere che il giudice investito della questione sulla base di criteri alternativi, si trovi ad applicare un diritto straniero, venendo nuovamente meno la coincidenza tra *forum* e *ius*.

Il secondo criterio sussidiario previsto dall'articolo 10 paragrafo 1 lettera *b*), è la precedente residenza abituale del *de cuius*. In particolare, è previsto che in mancanza di competenza fondata sulla cittadinanza, i giudici dello Stato in cui si trovano i beni ereditari sono comunque competenti a decidere sull'intera successione se il defunto aveva precedentemente la residenza abituale in quello Stato membro, purché nel momento in cui il giudice è adito non sia trascorso un periodo superiore a cinque anni dal cambiamento della residenza abituale. Tale competenza, come anche quella fondata sulla cittadinanza, è generale e si estende dunque all'intero asse successorio.

Come si evince dal dettato normativo solo “in mancanza<sup>542</sup>” della competenza dei giudici in un altro Stato membro, stabilita sulla base dell'articolo 10, paragrafo 1, lettera *a*), potrà farsi ricorso al criterio successivo previsto dall'articolo 10, paragrafo 1, lettera *b*).

In pratica quindi diverrà applicabile il criterio della precedente<sup>543</sup> residenza abituale se il *de cuius* ha lasciato uno o più beni in uno o più Stati membri, ma non aveva, al momento della morte, la cittadinanza di uno di questi Stati perché persa o, magari, mai acquisita.

La norma si riferisce alla residenza abituale precedente del defunto che deve quindi essere naturalmente diversa da quella attuale altrimenti la competenza si fonderebbe comunque sull'articolo 4. Si tratta, pertanto, della residenza abituale che il *de cuius* aveva in uno Stato membro prima di trasferirla nello Stato terzo dove risultava abitualmente residente al momento della morte. Dal cambiamento di tale residenza abituale non devono però essere trascorsi più di cinque anni dal momento in cui l'organo giurisdizionale è adito.

Come osservato, sarebbe stato più opportuno, per garantire una maggiore certezza giuridica, prendere come *dies a quem* la data della morte e non quella in cui l'organo giurisdizionale è stato adito<sup>544</sup>.

Ci si è chiesto inoltre se la residenza abituale che debba essere presa in considerazione sia ogni residenza abituale che il *de cuius* abbia avuto durante i cinque anni precedenti lo spostamento della sua residenza abituale in un Paese terzo, oppure solamente l'ultima. A parere di chi scrive appare opportuno propendere per tale ultima soluzione, sia per evitare le difficoltà relative alla ricostruzione di tante diverse residenze abituali e quindi la necessità di andare ad indagare le abitudini di vita del *de cuius* in ciascun Paese che in quanto il regolamento non offre alcun criterio per stabilire quale, una volta che ne siano state

---

<sup>542</sup> Particolarmente chiara risulta la traduzione tedesca del testo «*wenn dies nicht der Fall ist*».

<sup>543</sup> In traduzione *previous, vorbergebender, antérieure*.

<sup>544</sup> BONOMI, WAUTELET, *loc. ult. cit.*; MARONGIU BUONAIUTI, Art. 10, in Calvo Caravaca, Davi, Mansel (eds.), *The EU Succession Regulation*, cit., p. 195.

individuare diverse, debba prevalere sull'altra, in questo modo si andrebbe a creare una moltiplicazione di autorità giurisdizionali potenzialmente competenti<sup>545</sup> e una situazione di incertezza che si porrebbe in contrasto con gli obiettivi del regolamento.

Nondimeno, anche in questa ipotesi, il giudice si troverebbe a decidere sulla base di una legge straniera, ovvero quella dello Stato della residenza abituale del *de cuius* al momento della morte. Ciò è vero nei limiti in cui, come già evidenziato con riguardo all'articolo 10 paragrafo 1 lettera *a*), non intervengano i menzionati correttivi, quali la clausola di eccezione (articolo 21 paragrafo 2), la scelta di legge (articolo 22), o il rinvio (articolo 34, paragrafo 1, lettera *a*).

Da ultimo, se non ricorrono le condizioni previste dall'articolo 10 paragrafo 1, dovrà farsi ricorso a quanto dispone, in via residuale, l'articolo 10, questa volta al paragrafo 2.

Secondo tale norma i giudici dello Stato di situazione dei beni sono sempre e comunque competenti limitatamente a statuire con riguardo ai soli beni presenti sul loro territorio e non sull'intera successione. Questa è una competenza residuale e sussidiaria rispetto a tutte le altre previste dagli articoli 4, 7 e 10 paragrafo 1, il paragrafo 2 esordisce, infatti, chiarendo che la disposizione si applicherà solo «se nessun organo giurisdizionale di uno Stato membro (sia) competente ai sensi del paragrafo 1». Tale competenza può dunque essere invocata solo nel caso in cui il *de cuius* non aveva l'ultima residenza abituale, o una residenza abituale precedente in un Paese membro da oltre cinque anni ovvero la cittadinanza di uno Stato membro o ancora pur avendo la residenza abituale oppure la cittadinanza di uno Stato membro, non vi abbia lasciato beni ereditari.

Chiaramente applicando la disposizione dell'articolo 10 paragrafo 2 la successione subirà una scissione posto che si incardineranno, potenzialmente, tante giurisdizioni competenti quanti sono i Paesi in cui si trovano uno o più beni ereditari<sup>546</sup>.

Ancora una volta inoltre, a meno dell'intervento dei correttivi sopra menzionati, il giudice si troverà a decidere sulla base di una legge straniera.

*6. Il Ruolo della volontà delle parti. La perdita di coincidenza tra forum e ius nel caso di esercizio della professio iuris in favore della legge nazionale del defunto e il rimedio contenuto nell'articolo 6 del regolamento*

La scelta di legge ha un impatto sostanziale anche per ciò che concerne la determinazione della competenza giurisdizionale. Il criterio soggettivo della volontà delle parti, infatti, svolge un ruolo determinante e rilevante, posto che, per effetto di questa, sarà possibile, in base a quanto dispongono al riguardo gli articoli 5 e 6, uno spostamento della competenza generale ovvero della competenza sussidiaria incardinate rispettivamente sulla base degli articoli 4 e 10 del regolamento. Nella specie, l'articolo 5 regola la *professio fori* e consente alle parti interessate di attribuire la competenza a statuire su tutte le questioni

---

<sup>545</sup> In senso conforme BONOMI, WAUTELET, Art. 10, cit., p. 229; MARONGIU BUONAIUTI, Art. 10, in Calvo Caravaca, Davì, Mansel (eds.), *The EU Succession Regulation*, cit., p. 196. In senso critico DAVÌ, ZANOBBETTI, *Il nuovo diritto internazionale europeo delle successioni*, cit., p. 203 e nota 19.

<sup>546</sup> È stato osservato che per evitare eventuali conflitti positivi di giurisdizione con Stati non membri si sarebbe potuto pensare di rendere questa competenza sussidiaria rispetto a quella delle autorità terzo dell'ultima residenza abituale del defunto, subordinandola all'incompetenza o all'inattività delle autorità di questo Stato, così come prevede il diritto svizzero, BONOMI, WAUTELET, Art. 10, cit., p. 229 ss.

legate alla successione ai giudici dello Stato in favore della legge del quale sia stata effettuata una valida scelta di legge ad opera del defunto a norma dell'articolo 22<sup>547</sup>.

Ora, sebbene il regolamento abbia adottato un approccio certamente liberale e, allo scopo, abbia riservato al criterio soggettivo della volontà delle parti uno spazio del tutto considerevole, v'è da dire che nella norma contenuta all'interno dell'articolo 5 non è prioritariamente finalizzata a garantire una scelta alle parti. Invero, assecondare quanto le parti intendano statuire in relazione ad una successione rimane comunque un obiettivo secondario rispetto a quello, che è il principale scopo dell'intero regolamento, di garantire il perseguimento della coincidenza tra *forum* e *ius* e l'intento di consentire all'autorità giurisdizionale adita di applicare la propria legge del foro<sup>548</sup>.

La possibilità di effettuare una *professio iuris* da parte del *de cuius*, infatti, se non fossero state introdotte alcune previsioni complementari ed in qualche modo correttive, si sarebbe risolta in una perdita di coincidenza tra *forum* e *ius* che avrebbe comportato per l'autorità giurisdizionale, individuata secondo il titolo generale contenuto nell'articolo 4 o facendo applicazione dei titoli di competenza sussidiaria previsti all'articolo 10, l'obbligo di decidere sulla base di un diritto straniero.

Tale ipotesi, come evidenziato, è guardata con particolare sfavore dal legislatore europeo che ha concepito l'impianto del regolamento in modo da far sì che l'autorità che si occupi della successione applichi, almeno nella maggior parte delle situazioni, la propria legge (considerando 27) e scongiurando, ove possibile, ipotesi di scissione della successione.

Lasciando al paragrafo successivo l'analisi degli accordi di scelta del foro disciplinati dall'articolo 5, appare particolarmente interessante la previsione contenuta nell'articolo 6, che prevede due ipotesi di spostamento della competenza giurisdizionale da parte del giudice in caso sia stata effettuata da parte del *de cuius* una valida *professio iuris*. Tali ipotesi prevedono che i giudici possano, nel caso disciplinato alla lettera *a*), o debbano, nel caso successivo contenuto nella lettera *b*), declinare la propria competenza in presenza di una valida scelta di legge effettuata dal *de cuius*.

La prima ipotesi, prevista all'articolo 6 lettera *a*, lascia al giudice, la cui competenza sia stata incardinata facendo applicazione del titolo generale previsto all'articolo 4 o dei titoli

---

<sup>547</sup> V. *infra* paragrafo 4.

<sup>548</sup> Così MARONGIU BUONAIUTI, Art. 5, in Calvo Caravaca, Davì, Mansel (eds.), *The EU Succession Regulation*, cit., p. 150. L'A. evidenzia che: «Within this framework, the main function of a *professio fori* by the parties concerned consists of the re-establishment of a so-called Gleichlauf, i.e. a parallelism between jurisdiction and applicable law, which, absent a *professio juris* by the deceased, would have been granted by having resort to the last habitual residence of the latter, both as a general rule of jurisdiction [ref: art. 4] and as a general choice of law rule». L'opportunità di creare una disciplina successoria che fosse tesa a mantenere il più possibile la coincidenza tra *forum* e *ius* era già stata sottolineata da alcuni Autori prima dell'adozione del regolamento BAJONS, *Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht in grenzüberschreitenden Erbrechtsfällen innerhalb des europäischen Justizraums*, in *Festschrift für Andreas Heldrich zum 70 Geburtstag*, München, 2005, p. 495 ss.; DAVÌ, *Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni*, cit., p. 297 ss.; BONOMI, *Successions internationales: conflits de lois et de juridictions*, in *Recueil des cours*, vol. 350 (2010), p. 71 ss. Successivamente all'adozione dell'atto normativo, l'impostazione adottata dal legislatore europeo è stata accolta con favore dai commentatori si veda al riguardo, DAVÌ, ZANOBBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione europea*, cit., p. 5 ss., 29 ss., 114 ss.; DAVÌ, ZANOBBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, cit., p. 44 ss., p. 199 ss.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de Julio 2012: Análisis crítico*, Granada, 2014, p. 78 ss.; FRANZINA, *Ragioni, valori e collocazione sistematica della disciplina internazionaleprivatistica delle successioni mortis causa*, in *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, cit. p. 1 ss. e p. 10 ss.

sussidiari di cui all'articolo 10<sup>549</sup>, il potere, su richiesta di una delle parti del procedimento, di «dichiarare la propria incompetenza se ritiene che gli organi giurisdizionali dello Stato membro della legge scelta siano più adatti a decidere sulla successione tenuto conto delle circostanze pratiche di quest'ultima, quali la residenza abituale delle parti e il luogo in cui sono situati i beni».

Si tratta di una valutazione di opportunità, lasciata alla piena discrezionalità dell'organo giudicante, che decide sulla base di evidenti criteri di prossimità e di maggiore idoneità di un'altra autorità giurisdizionale, appartenente ad un altro Stato membro, di decidere le questioni legate ad una determinata successione. La norma, infatti, fa espresso riferimento alla residenza abituale del *de cuius* ovvero alla presenza di beni ereditari in un determinato luogo. In questo caso, però la dichiarazione di incompetenza è facoltativa ed è evidente in tale previsione l'influenza della dottrina anglo-americana del *forum non conveniens*<sup>550</sup>, in base alla quale il fatto che una legge straniera sia applicabile al merito della questione costituisce uno degli elementi che possono giustificare la declinatoria della giurisdizione<sup>551</sup>.

Il principale inconveniente a cui potrebbe dare adito tale previsione è di generare un'incertezza circa la determinazione della competenza giurisdizionale. V'è da dire, tuttavia, che la declaratoria di incompetenza, nel caso disciplinato dal regolamento, si muove all'interno di argini ben determinati potendo prodursi unicamente a vantaggio dei giudici dello Stato nazionale del *de cuius*, la cui legge è stata da lui scelta per disciplinare la successione, pertanto il rischio di ingenerare incertezza è decisamente limitato.

La novità più rilevante del regolamento riguarda però la seconda ipotesi, prevista sempre all'articolo 6, questa volta alla lettera *b*).

Ciò in quanto, mentre nel primo caso appena esaminato, è nella piena discrezionalità del giudice scegliere se declinare o meno la propria competenza in favore dell'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro, l'articolo 6, lettera *b*), pone a carico dell'organo giudicante un vero e proprio obbligo. Qualora, infatti, le parti abbiano convenuto, a norma dell'articolo 5, di conferire la competenza agli organi giurisdizionali dello Stato membro della legge scelta, il giudice la cui competenza sia fondata su un diverso titolo di

---

<sup>549</sup> In questo il testo definitivo si è discostato da quanto prevedeva l'articolo 5 della proposta di regolamento che si riferiva unicamente al giudice dello Stato di residenza abituale del *de cuius*, adito sulla base dell'articolo 4, e non anche ad un giudice adito in virtù di un titolo sussidiario previsto dall'articolo 10.

<sup>550</sup> Lo strumento del *forum non conveniens* negli strumenti europei non è nuova, una prima applicazione si ritrova, infatti, nell'articolo 15 del regolamento Bruxelles II-*bis* e una norma analoga si ritrova nel regolamento successioni all'articolo 12 v. per una comparazione LEIN, *A Further Steps Towards a European Code of Private International Law: The Commission Proposal for a Regulation on Succession*, in *Yearbook of Private International Law*, 2009, p. 119 ss. Al di fuori delle ipotesi previste però, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, la dottrina del *forum non conveniens* non si applica, si veda ancora Corte giust. CE, 1° marzo 2005, C-281/02, *Onusu*, in Racc., 2005, p. I-1383, punti 37-46. Tale dottrina tipica dei sistemi di *common law* non trova invece riscontro nella maggior parte dei sistemi nazionali vincolati dal regolamento e costituisce, dunque, un'interessante novità.

<sup>551</sup> BONOMI, *Il regolamento europeo sulle successioni*, cit., p. 142; così NUYTS, *L'exception de «forum non conveniens»*, Bruxelles, 2003, p. 366 ss. Si vedano i timori espressi da TROCKER, in FAWCETT (a cura di), *Declining Jurisdiction in Private International Law, Reports to the XVIth Congress of the International Academy of comparative Law* Atene, Oxford, 1995, p. 300 ss. secondo cui: «in countries where the doctrine of *forum non conveniens* is recognized, experience shows that the doctrine is costly in terms of delay, expense, uncertainty and a substantial loss of judicial accountability». Si veda inoltre l'obiezione di GOTTFELD, cit., pp. 278 e 282 secondo cui «chi si approssima ai casi di controversie internazionali in una prospettiva processuale, ... nota gli accresciuti quando non raddoppiati costi cui si trova esposto in prima battuta l'attore, e che in definitiva però aggravano entrambe le parti, per il fatto che si sia provveduto al "reindirizzamento" della controversia ai giudici di un altro stato».

giurisdizione (generale o sussidiaria) avrà l'obbligo di declinare la propria competenza in favore di tali autorità, senza che allo stesso sia riservato alcun potere discrezionale circa la valutazione di circostanze ulteriori. Ne consegue che un'eventuale pronuncia emessa omettendo di osservare tale obbligo risulterebbe affetta da un vizio di incompetenza.

Ad ogni buon conto, presupposto comune per entrambe le ipotesi è l'esistenza di una valida scelta di legge effettuata dal *de cuius*.

Per ciò che attiene alla prima ipotesi, di declaratoria di incompetenza discrezionalmente rimessa al giudice, le circostanze che l'organo designato dovrà valutare, secondo il tenore della norma, sono di natura pratica, ovvero la residenza abituale e l'eventuale presenza di beni ereditari nel Paese.

A motivo di ciò, è agevole rilevare che lo scopo che la norma persegue non è tanto quello di garantire la celerità dei procedimenti e neppure di favorire le parti, ma è quello di consentire, ancora una volta, la coincidenza tra competenza giurisdizionale e legge applicabile. Ne consegue che il giudice dovrà valutare attentamente le difficoltà che discenderebbero dall'applicazione della legge prescelta, sia per ciò che attiene al contenuto della stessa che alle questioni pratiche, quali ad esempio la lingua.

Invero, la declaratoria di incompetenza in favore di un'autorità diversa sarà pressoché atto dovuto quando la legge scelta preveda per la successione una procedura particolarmente complessa estranea alla cultura giuridica del giudice chiamato a statuire sulla successione (ci si riferisce, ad esempio, alla procedura di *probate* tipica del sistema anglo americano ovvero agli ordinamenti ad influenza musulmana in cui oltre alle chiare difficoltà linguistiche vi sarebbero anche gravi difficoltà ad applicare istituti che nella maggior parte dei casi hanno matrice religiosa).

Di contro, però, all'organo preposto in questo primo caso, spetterà anche una valutazione esattamente opposta che sia volta a soppesare i risultati a cui potrebbe condurre l'applicazione della legge straniera. Al giudice, quindi, nelle ipotesi in cui conservi un margine di discrezionalità, competerà anche di valutare, a monte, se la legge prescelta, in quanto discriminatoria, possa condurre a risultati contrastanti con l'ordine pubblico<sup>552</sup>.

Nell'ipotesi disciplinata sempre nel medesimo articolo 6, ma alla successiva lettera *b*), come evidenziato, il meccanismo è leggermente differente in quanto non si prevede che venga lasciata all'organo giudicante alcuna discrezionalità. L'articolo, infatti, pone in capo al giudice un vero e proprio obbligo<sup>553</sup>. In questo caso, oltre all'esistenza di una valida scelta di legge da parte del *de cuius*, è richiesto che vi sia stato anche un accordo di scelta del foro concluso dalle parti interessate alla successione, volto a conferire la competenza giurisdizionale agli organi dello Stato della legge scelta.

---

<sup>552</sup> V. *supra* cap. III par. 12.1.

<sup>553</sup> Tale previsione riproduce in parte quanto già previsto, in caso di proroga della competenza, dal regolamento Bruxelles I-bis all'art. 25, v. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar*, Francoforte, 9<sup>a</sup> ed., 2011, art. 23 EuGVO, n. 96. BONOMI, DI IORIO, in Bonomi, Wautelet (a cura di), *Il regolamento europeo sulle successioni*, cit., p. 146, osservano però che la dichiarazione di incompetenza nell'ambito del regolamento Bruxelles I-bis ha luogo d'ufficio solo se il convenuto non compare (art. 28), visto che il convenuto chiamato a comparire dinanzi ad un tribunale incompetente può sempre scegliere di accettare la competenza. Al contrario nella sistematica del regolamento successioni tale verifica della competenza e, dunque la dichiarazione di incompetenza, avrebbe luogo d'ufficio, poiché l'accettazione della competenza non sarebbe in linea di principio ammessa (v. art. 15). In realtà non pare condivisibile tale osservazione in quanto l'articolo 7, lettera c, consente espressamente all'organo giurisdizionale di ritenersi competente qualora le parti del procedimento abbiano espressamente accettato la competenza giurisdizionale dell'organo adito.

Nondimeno, alcuni problemi potrebbero porsi in caso di contestazione. Il regolamento, infatti, omette di chiarire quale tra le due autorità giurisdizionali sia quella competente a decidere nel caso in cui la questione risulti oggetto di contestazione, se quella adita per prima ovvero quella designata dalle parti. Un aiuto in tal senso proviene da quanto statuito all'interno dell'articolo 7<sup>554</sup> laddove si prevede che gli organi giurisdizionali dello Stato membro la cui legge sia stata scelta dal defunto conformemente all'articolo 22 siano competenti a decidere sulla successione, qualora l'autorità preventivamente adita abbia declinato la propria competenza in loro favore ovvero qualora le parti del procedimento abbiano effettuato una *professio fori* nei confronti delle autorità giudiziarie appartenenti allo Stato della legge prescelta. Poiché la norma parla direttamente di declinatoria di competenza e non anche di sospensione del giudizio, sembra doversi concludere che, in entrambi i casi, il primo a pronunciarsi sarà il giudice adito prioritariamente, il quale deciderà di declinare la propria competenza sulla base di una valutazione volta ad accertare l'esistenza di un valido accordo di scelta del foro<sup>555</sup>. Come chiarisce, infatti, l'articolo 7 alla lettera *a*, una volta intervenuta tale declaratoria i giudici successivamente aditi non potranno più rimettere in discussione la loro competenza sulla base di una valutazione che rilevi un eventuale vizio nell'accordo di scelta del foro. In questo modo si eviterà un conflitto negativo di giurisdizione che si potrebbe configurare qualora il primo giudice rimetta la propria competenza sulla base dell'esistenza di un accordo di scelta del foro ma in seguito, a sua volta, il giudice in favore del quale la competenza viene rimessa non ritenga tale *professio fori* valida<sup>556</sup>.

---

<sup>554</sup> La proposta di regolamento, all'articolo 5, per evitare che la dichiarazione di incompetenza si risolvesse in un blocco della procedura, prevedeva condizioni restrittive per poter arrivare ad emettere una simile pronuncia. Tali condizioni non sono però state trasfuse nel testo definitivo del regolamento. L'articolo 7 si limita a stabilire che i giudici dello Stato la cui legge è stata scelta sono competenti nel caso in cui l'organo giudicante adito in base agli artt. 4 e 10 ha declinato la propria giurisdizione sulla base dell'articolo 6. Nulla però viene disposto per il caso in cui le autorità giurisdizionali dello Stato della legge scelta restino semplicemente inattive. In tal caso è stato sostenuto, BONOMI, *Il regolamento europeo sulle successioni*, cit., p. 146, che il giudice preventivamente adito dovrebbe potersi riappropriare della competenza rimessa, per evitare di dare origine a vuoti di giustizia, ammettendo dunque una dichiarazione di incompetenza di tipo condizionale. V. anche MARONGIU BUONAIUTI, Art. 6, in Calvo Caravaca, Davì, Mansel (eds.), *The EU Succession Regulation*, cit., p. 167, con riferimento al principio di reciproca fiducia; ID., Art. 7, in Calvo Caravaca, Davì, Mansel (eds.), *The EU Succession Regulation*, cit., p. 172 s.

<sup>555</sup> Precedentemente, la Corte di giustizia nella sentenza *Gasser*, 9 dicembre 2003, C-116/02, in *Racc.*, 2003, p. I-14693, relativa ad un caso di litispendenza, aveva chiarito che il giudice adito per secondo doveva sospendere il procedimento, come previsto dall'articolo 27, par. 1, regolamento Bruxelles I, senza potersi pronunciare sulla competenza del giudice adito per primo, e ciò anche in presenza di una scelta del foro. Il giudice adito per primo deve, infatti, avere la possibilità di pronunciarsi sulla propria competenza. L'impostazione offerta in tale pronuncia in seguito è stata abbandonata, in seguito alla modifica del Regolamento Bruxelles I, che nel testo modificato, all'art. 31, par. 2 del regolamento Bruxelles I-bis, prevede che, in caso di accordo di scelta del foro, la competenza a decidere le contestazioni relative alla validità dell'accordo appartenga prioritariamente ai giudici designati dalle parti. Né l'una né l'altra impostazione possono essere adottate per il regolamento successioni che adotta un diverso approccio.

<sup>556</sup> BONOMI, *loc. ult. cit.*; KUNZ, *Die neue Europäische Erbrechtsverordnung – Ein Überblick (Teil I)*, in *GPR*, 2012, p. 209; WILKE, *Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung*, in *RIW*, 2012, p. 603 ss. Ciò posto, non potrebbe applicarsi, neppure in via analogica la soluzione che è stata accolta nel testo modificato del regolamento Bruxelles I, dove si prevede che nel caso di accordo di scelta del foro, la competenza a decidere le contestazioni relative alla validità dell'accordo appartiene prioritariamente ai giudici designati dalle parti. V. Art. 31, par. 2, regolamento Bruxelles I-bis. Si veda MARONGIU BUONAIUTI, Art. 7, in Calvo Caravaca, Davì, Mansel (eds.), *The EU Succession Regulation*, cit., p. 173.

Per ciò che concerne gli effetti della dichiarazione di incompetenza l'articolo 6 prevede che il giudice possa, ricorrendone i presupposti, declinare la giurisdizione. Si tratta di una decisione che ha un effetto molto grave in quanto pone fine al procedimento<sup>557</sup>. Il regolamento omette però di chiarire a quali condizioni il giudice preventivamente adito possa effettivamente dichiararsi incompetente.

Una parte della dottrina ha sostenuto che il giudice adito dovrebbe potersi dichiarare incompetente a condizione che le parti adiscano effettivamente le autorità dello Stato nazionale e che queste prendano le misure necessarie entro un termine ragionevole<sup>558</sup>.

Nondimeno, tale soluzione non sembra condivisibile. In realtà, nel momento in cui il giudice preventivamente adito dovesse decidere di declinare la propria competenza, l'eventuale riassunzione della causa è totalmente rimessa all'iniziativa delle parti, non essendovi, all'interno del regolamento, alcuna norma che impone al giudice dello Stato della legge scelta di riattivarsi, poiché non è previsto alcun meccanismo di coordinamento tra giurisdizioni<sup>559</sup>. Probabilmente la questione va risolta alla luce del principio della reciproca fiducia, per quanto attiene ai rapporti tra i giudici di diversi Stati membri, nonché alla luce del principio dell'interesse, per cui sarà onere della parte interessata alla prosecuzione della lite proporre una nuova domanda dinanzi al giudice competente. Chiaramente se nessuna parte provvede a riassumere la causa, dato che il processo non può continuare dinanzi al giudice preventivamente adito in quanto incompetente, se ne deve desumere che sia venuto meno l'interesse della parte alla prosecuzione del contenzioso<sup>560</sup>.

Dubbi si pongono anche con riguardo alla validità di provvedimenti eventualmente adottati dal giudice preventivamente adito.

A parere di chi scrive la possibile validità extra processo di tali provvedimenti dipenderà dal fatto che si ritenga, sulla base delle norme del regolamento, sussistente o meno un'iniziale competenza in capo al giudice preventivamente adito. Invero, occorrerà distinguere se ci si trovi nell'ipotesi disciplinata dall'articolo 6 lettera *a*), ovvero in quella prevista dalla successiva lettera *b*). Nel primo caso, infatti, si deve ritenere che i provvedimenti adottati dal giudice preventivamente adito dovrebbero mantenere la propria validità anche nel caso in cui, a seguito di successiva declaratoria di incompetenza, le parti non provvedano a riassumere la causa dinanzi al giudice individuato come competente. Ciò in quanto nell'ipotesi disciplinata dall'articolo 6 lettera *a*), il giudice adito può scegliere discrezionalmente se declinare o meno la propria competenza, che quindi deve ritenersi a

---

<sup>557</sup> Il presupposto di tale decisione, però, è che vi sia altro giudice competente. Infatti, le due norme dell'art. 6 e dell'art. 7 vanno lette in stretta correlazione. È stato osservato che sarebbe stato preferibile dare al giudice, almeno in prima battuta, la possibilità di sospendere la procedura, per poi declinare la propria competenza sono una volta che i giudici dello Stato della legge scelta si siano dichiarati competenti e abbiano dimostrato la loro volontà di occuparsi della successione, così come si prevede per i casi di litispendenza e connessione (artt. 17 e 18), BONOMI, DI IORIO, in Bonomi, Wautelet (a cura di), *Il regolamento europeo sulle successioni*, cit., p. 145.

<sup>558</sup> BONOMI, DI IORIO, *loc. cit.* Sul punto anche DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte*, cit., p. 61 ss., secondo il quale dal combinato disposto degli artt. 6 lett. b e 7 lett. b, nonché dall'art. 6 lett. a, sembrerebbe potersi ricavare l'effetto di realizzare il trasferimento di competenza senza soluzione di continuità tra processi.

<sup>559</sup> In senso analogo DAVÌ, ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, cit., p. 207 e MARONGIU BUONAIUTI, Art 6, in Calvo Caravaca, Davì, Mansel (eds.), *The EU Succession Regulation*, cit., *The Eu Succession Regulation*, cit., p. 162 ss.

<sup>560</sup> Così MARONGIU BUONAIUTI, Art. 6, in Calvo Caravaca, Davì, Mansel (eds.), *The Eu Succession Regulation*, cit., p. 167.

tutti gli effetti sussistente nel momento in cui la stessa autorità viene investita della questione. Non allo stesso modo può argomentarsi per ciò che riguarda l'ipotesi disciplinata all'articolo 6 lettera *b*). In questo caso, infatti, la norma non riserva in capo all'autorità adita sulla base degli articoli 4 o 10 alcun margine di discrezionalità essendo il provvedimento di declinatoria dovuto in caso di *professio fori*, senza che il giudice possa subordinarlo a valutazioni discrezionali. Ne consegue che in questa ipotesi deve ritenersi *ab origine* non sussistente la competenza dell'autorità adita la quale dunque, ad eccezione del provvedimento di declaratoria di incompetenza, non avrà titolo per assumere ulteriori provvedimenti e ciò anche se, per avventura, le parti non dovessero in seguito riassumere la causa dinanzi all'autorità giudiziaria competente ai sensi del regolamento.

Nondimeno, a norma di quanto dispone l'articolo 19 del regolamento, non è esclusa la possibilità di adottare provvedimenti provvisori e cautelari, per i quali la competenza è riconosciuta in capo agli organi giurisdizionali di uno Stato membro, anche se, in forza del regolamento, la competenza a conoscere il merito della questione spetti ai giudici di un altro Paese membro vincolato dal regolamento<sup>561</sup>.

Chiaramente per poter procedere ad una declinatoria di competenza, nei casi previsti dall'articolo 6, senza differenza tra le ipotesi contemplate alla lettera *a*) e alla lettera *b*), nel momento in cui l'autorità adita sulla base degli articoli 4 o 10 declini la propria competenza in favore dell'autorità giudiziaria dello Stato la cui legge è stata scelta, in base all'articolo 6, tali giudici diventeranno automaticamente competenti. Pertanto, non rientrerà tra i loro compiti né una nuova valutazione delle circostanze che hanno portato il primo giudice a rimettere la propria competenza in loro favore, ovvero l'esistenza e la validità della *professio iuris* né, nel caso degli articoli 5 e 6, lettera *b*), dell'esistenza e validità dell'accordo di scelta del foro. A ciò consegue, però, che qualora l'esistenza o la validità della scelta di legge risulti contestata, il giudice preliminarmente adito potrà declinare la propria competenza in base all'articolo 6 solo dopo essersi pronunciato circa la validità dell'atto di scelta. A tale riguardo il regolamento omette di chiarire se tale esame debba essere a cognizione piena o possa limitarsi ad un carattere di sommarietà. Dovrebbe concludersi, considerato che al giudice successivamente adito sarà preclusa una nuova valutazione di tali circostanze, propendere per un esame preliminare che sia quanto più possibile compiuto e definitivo, anche in considerazione del fatto che l'esistenza di una valida *professio iuris* è un presupposto che il giudice deve accertare al fine di pronunciarsi sulla propria giurisdizione<sup>562</sup>.

7. (*Segue*) Accordi di scelta del foro. Il recupero della coincidenza tra *forum* e *ius* attraverso la *professio fori*, l'articolo 5 del regolamento (UE) 650/2012

L'articolo 5 introduce nel regolamento la possibilità per le parti interessate alla successione di effettuare, a determinate condizioni, una *professio fori*. La norma recita, in particolare, che «Se la legge scelta dal defunto per regolare la propria successione conformemente all'articolo 22 è la legge di uno Stato membro, le parti interessate possono

---

<sup>561</sup> Si rinvia a FARINA, Art. 19, in Calvo Caravaca, Davì, Mansel (eds), *The EU Succession Regulation*, cit., p. 280 ss.

<sup>562</sup> V. MARONGIU BUONAIUTI, Art. 6, in Calvo Caravaca, Davì, Mansel (eds), *The EU Succession Regulation*, p. 167 ss. e ID., Art. 7, in Calvo Caravaca, Davì, Mansel (eds), *The EU Succession Regulation*, p. 173 ss., con riferimento al principio della reciproca fiducia.

convenire che un organo giurisdizionale o gli organi giurisdizionali di tale Stato membro hanno competenza esclusiva a decidere su qualsiasi questione legata alla successione».

Pertanto la libertà riconosciuta alla parti di effettuare una *professio fori* così da sottoporre tutte le questioni legate ad una successione alla cognizione degli organi giurisdizionali di un determinato Stato non ha portata autonoma ma è subordinata alla circostanza che il *de cuius* abbia effettuato una *professio iuris*.

Inoltre il potere di scelta del foro competente non è indiscriminato ma può essere esercitato unicamente qualora la scelta di legge sia stata indirizzata ad uno Stato membro vincolato dal regolamento, in caso contrario la possibilità di effettuare una *professio fori* rimane, evidentemente, preclusa<sup>563</sup>.

La scelta della legge applicabile alla successione romperebbe la coincidenza tra *forum* e *ius*, imponendo al giudice della residenza abituale, che risulterebbe competente sulla base del criterio generale contenuto nell'articolo 4, ovvero delle regole di competenza sussidiaria contenute nell'articolo 10, di applicare una legge straniera, circostanza che, come più volte evidenziato, il regolamento tenta in ogni modo di scongiurare<sup>564</sup>.

Ne consegue che, con tutta evidenza, la possibilità di effettuare una *professio fori* non si risolve in una mera esaltazione del ruolo della volontà delle parti, che comunque riveste nell'ambito della dinamica del regolamento un ruolo di tutto rilievo, ma è finalizzata prioritariamente a consentire il ristabilimento della coincidenza tra *forum* e *ius*<sup>565</sup>, per evitare che il giudice si trovi ad applicare un diritto che gli è ignoto, con tutte le difficoltà del caso.

D'altronde, sebbene non appartenga alle parti la designazione dell'ufficio giudiziario competente, posto che questo naturalmente avverrà sulla base delle regole interne di ripartizione della competenza, è altrettanto vero che se non vi fosse la necessità di garantire al giudice la possibilità di applicare il proprio diritto nazionale, specialmente in una materia complessa come quella successoria, a differenza di quanto avviene per la scelta di legge che garantisce alle parti la facoltà di predisporre sulla base di regole certe ed in anticipo la propria successione, la facoltà di effettuare una *professio fori* non avrebbe probabilmente ragione di esistere.

Una questione che vale la pena porsi è se la possibilità di effettuare una *professio fori* sia implicitamente riconosciuta anche al *de cuius*. Occorre ciò chiedersi se nell'effettuare una *professio iuris* il *de cuius* possa anche statuire, ai sensi dell'articolo 5, in ordine alla giurisdizione, effettuando una sorta di *professio fori* preventiva, che preveda che tutte le

---

<sup>563</sup> A tale riguardo è stato osservato da MARONGIU BUONAIUTI, *The Eu Succession Regulation and Third Country Courts*, cit., p. 10, che nulla nel testo del regolamento può escludere che le parti, che abbiano interesse nella successione, si astengano dall'adire i giudici di uno Stato membro e si rivolgano direttamente alla giurisdizione dello Stato terzo la cui legge sia stata scelta per regolamentare la successione, se questa dovesse sussistere sulla base della propria legge. Nondimeno però, se una delle parti si rivolge al giudice di uno Stato membro in base al regolamento il giudice non potrà declinare la propria competenza in favore del giudice dello Stato terzo la cui legge sia stata scelta. L'A. critica tale scelta del legislatore europeo sottolineando, al contrario, l'opportunità di consentire al giudice di declinare la propria competenza in favore dei giudici di uno Stato terzo la cui legge sia stata scelta mediante *professio iuris* qualora quest'ultimo sia in grado di esercitare la propria competenza sull'intera successione.

<sup>564</sup> In questo senso si esprimono i considerando 27 e 28.

<sup>565</sup> Così anche BONOMI, WAUTELET, cit., p. 135. Gli Autori sottolineano che normalmente la scelta del foro «corrisponde in genere all'interesse pratico delle parti della procedura. Tuttavia, non è la protezione di questo interesse il motivo principale per l'ammissione dell'accordo sulla competenza, che è possibile solo se permette di far coincidere *forum* e *ius*».

eventuali controversie che dovessero insorgere con riguardo alla propria successione siano devolute al giudice dello Stato la cui legge sia stata scelta.

Pare non vi siano ragioni per negare una simile possibilità nel caso in cui ovviamente il *de cuius* abbia effettuato anche una *professio iuris*<sup>566</sup>. Dubbi potrebbero porsi poiché il giudice (nel senso chiaramente di giurisdizione e non ancora di ufficio giudiziario) sarà eventualmente chiamato a regolare la successione solo dopo che il *de cuius*, ovvero colui che ha effettuato la scelta, sarà deceduto. Ciò potrebbe comportare, per gli altri soggetti interessati, ovvero gli eredi designati, i legatari o altri soggetti ad altro titolo coinvolti nel procedimento successorio, di dover sopportare gli oneri di una scelta effettuata da altro soggetto. In dottrina si è paventata l'idea che tale imposizione possa comportare una restrizione dei diritti processuali dei soggetti chiamati a succedere al *de cuius*<sup>567</sup>.

Ora, certamente una scelta effettuata da un soggetto e che vada ad incidere, peraltro solo dopo la sua scomparsa, sui diritti processuali di altri parti distogliendoli da quello che sarebbe il giudice competente facendo applicazione dei criteri generali di giurisdizione, potrebbe far sorgere delle perplessità. D'altronde, però, occorre anche considerare che la vicenda successoria riguarda in primo luogo il *de cuius* e solo eventualmente altri soggetti possibili chiamati alla successione, che restano pur sempre liberi di non accettare l'eredità e, dunque, di liberarsi di ogni onere ad esso connesso, anche in ordine ad eventuali vicende giudiziarie. Invero, anche in questo caso, si tratta di trovare un bilanciamento tra gli interessi in gioco, che non può omettere di considerare che attore principale del processo successorio resta pur sempre il *de cuius* a cui il regolamento ha voluto garantire la possibilità di pianificare accuratamente la propria successione, sebbene entro certi limiti.

In senso favorevole a tale impostazione dovrebbe propendersi anche in considerazione del fatto che la possibilità di effettuare una *professio fori*, come evidenziato, nei piani del legislatore europeo non ha come primo obiettivo quello di garantire alle parti di effettuare una scelta ma, al contrario, ha come scopo primario quello di garantire il ristabilimento della coincidenza tra *forum* e *ius*, persa a seguito di *professio iuris* effettuata dal *de cuius* in favore della legge di una delle cittadinanze possedute qualora questa non coincida con la residenza abituale al momento della morte, ovvero non sia possibile riottenere tale coincidenza applicando i criteri di competenza sussidiaria previsti dall'articolo 10. Ammettendo che anche il *de cuius* stesso, qualora abbia scelto la legge applicabile alla propria successione, possa effettuare una *professio fori*, magari inserendola nello stesso atto di scelta della legge applicabile, si eliminerebbe a monte anche tale problema.

Invero, una disparità di trattamento si potrebbe evidenziare laddove il soggetto decida di disporre della propria successione istituendo un *trust*<sup>568</sup>. In tal caso, infatti, la scelta del

---

<sup>566</sup> Diversamente si sono espressi BONOMI, WAUTELET, *loc. ult. cit.*, e MARONGIU BUONAIUTI, Art. 5, in Calvo Caravaca, Davì, Mansel, *The Eu Succession Regulation*, cit., p. 150 s. che evidenziano che gli autori della *professio iuris* e della *professio fori* devono essere necessariamente diversi. Sembrano invece ipotizzare una tale possibilità HESS, *Die internationale Zuständigkeit nach der Erbrechtsverordnung*, in A. Dutta and S. Herrler (eds), *Die Europäische Erbrechtsverordnung*, München, 2014, p. 131 ss.; MAGNUS, *Gerichtsstandsvereinbarungen im Erbrecht?*, in *IPRax*, 2013, p. 393 ss.

<sup>567</sup> MARONGIU BUONAIUTI, *loc. ult. cit.*, e bibliografia ivi citata e, particolarmente, MAGNUS, *Gerichtsstandsvereinbarungen im Erbrecht?*, cit., p. 393 ss. e COESTER-WALTJEN, *Parteiautonomie in der internationalen Zuständigkeit*, in *Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag*, München, 2005, p. 549 ss.

<sup>568</sup> In merito all'articolo 23 par. 2 del regolamento 44/2001 si vedano CONTALDI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, cit., p. 303 ss.; DUTTA, *Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union – Eine*

foro competente sarebbe sempre possibile sulla base dell'articolo 25.2 del regolamento *Bruxelles I bis*<sup>569</sup>, rielaborazione del regolamento *Bruxelles I*<sup>570</sup>.

Nondimeno la giurisdizione designata mediante *professio fori* è esclusiva<sup>571</sup> con la conseguenza che, qualsiasi altra autorità adita dovrebbe dichiararsi incompetente, anche avendo riguardo a quanto stabilisce espressamente l'articolo 6, paragrafo 1, lettera *b*), che sancisce l'obbligo<sup>572</sup> per l'autorità adita, in presenza di una *professio fori* effettuata dalla parti in favore di altra autorità di declinare la propria competenza in favore delle autorità giurisdizionali della legge scelta.

Quanto alle tempistiche in cui la *professio fori* può essere effettuata dalle parti, non vi sono indicazioni temporali specifiche nel regolamento. Ne consegue che normalmente essa avverrà dopo l'apertura della successione, quando le disposizioni di ultima volontà del *de cuius* vengono rese note nondimeno, sebbene solo in via eccezionale e residuale, qualora le parti siano anticipatamente a conoscenza della *professio iuris* operata dal *de cuius*, nulla vieta, nel regolamento, che questa venga effettuata prima dell'apertura della successione<sup>573</sup>.

Ciò posto, benché in base a quanto dispone il regolamento, non c'è nessun ostacolo a che una *professio fori* venga effettuata prima dell'apertura della successione, ma perché questa abbia poi effettivamente valore occorrerà accertare l'esistenza di una *professio iuris* e sarà altresì necessario verificare, ovviamente, che i giudici designati attraverso la *professio fori* appartengano allo Stato la cui legge è stata designata a mezzo di *professio iuris*. In assenza di tale coincidenza, la *professio fori* effettuata dalle parti interessate dovrà considerarsi *tamquam non esset*, posto che non è riconosciuto in capo alle parti un generale potere di individuazione di una giurisdizione preferita.

Occorrerà inoltre accertare se la legge scelta per regolare la successione sia quella di uno Stato membro poiché qualora la designazione sia stata effettuata in favore della legge di uno Stato terzo, non sarà possibile alcuna *professio fori* o se effettuata questa risulterà inefficace<sup>574</sup>, pertanto se il *de cuius* ha effettuato una *professio iuris* in favore della legge di uno Stato terzo, di cui possedeva la cittadinanza, inevitabilmente né l'articolo 5 né l'articolo 6 potranno trovare valida applicazione e tale circostanza non avrà alcun effetto sulla

---

*erste Lektüre der Erbrechtsverordnung*, in *FamRZ*, 2013, p. 4 ss.; HESS, *Die internationale Zuständigkeit nach der Erbrechtsverordnung*, cit., p. 131 ss.

<sup>569</sup> Regolamento (EU) n. 1215/2012 del Parlamento e del Consiglio del 12 dicembre 2012 sulla giurisdizione, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, *GUUE L 351*, 20 dicembre 2012, pp. 1–32.

<sup>570</sup> Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, *GUCE L 12*, 16 gennaio 2001, pp. 1–23.

<sup>571</sup> In senso contrario DUTTA, Art. 5 *EuErbVO*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 6th ed., München, 2015, para. 16, che sostiene, al contrario, che le parti possono concordare quale giudice investire di giurisdizione sebbene non illimitatamente, bensì nel senso di prevedere che la giurisdizione derivante dalla *professio fori* presenti carattere concorrente con quella dei giudici competenti in base ai criteri obiettivi. Come osservato da MARONGIU BUONAIUTI, Art. 5, in Calvo Caravaca, Davì, Mansel (eds), *The EU Succession Regulation*, cit., p. 152, spec. nota 7, questo appare inconciliabile con il dovere sancito dall'art. 6 par. 2, che grava sul giudice divenuto incompetente a causa di valida *professio fori* di declinare la propria competenza.

<sup>572</sup> V. *supra* par. 3.

<sup>573</sup> Cfr. MARONGIU BUONAIUTI, Art. 5, in Calvo Caravaca, Davì, Mansel (eds.), *The Eu Succession Regulation*, cit., p. 149 ss.

<sup>574</sup> Cf. BONOMI, WAUTELET, Art. 5, in Bonomi, Wautelet (a cura di), cit., p. 188 ss.; DUTTA, Art. 5 *EuErbVO*, cit., para. 19. Sul punto si vedano altresì DAVÌ, ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni*, cit. p. 113 e ss.; DAVÌ, ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, cit., p. 198 ss.

competenza<sup>575</sup>. Invero, in ipotesi del genere, non sarà possibile ristabilire la tanto auspicata coincidenza tra *forum* e *ius* ed, inevitabilmente, a meno che lo Stato di cittadinanza del *de cuius* non sia anche quello della residenza abituale e il *de cuius* abbia voluto effettuare una *professio iuris* nel timore di perdere la cittadinanza o spostare la propria residenza abituale fissando così in maniera tendenzialmente immutabile la legge regolatrice della successione, l'autorità giudiziaria, adita sulla base del criterio generale indicato all'articolo 4 o sulla base dei criteri di competenza sussidiaria disciplinati dall'articolo 10, si troverà a statuire sulla successione sulla base di un diritto che non gli è proprio.

Ci sono due problematiche che possono porsi a questo riguardo. Una riguarda il fatto che la *professio fori* effettuata dalle parti interessate possa essere validamente esercitata solo se il *de cuius* aveva l'ultima residenza abituale in uno Stato membro. Ciò in quanto, se così non fosse, e dunque se il *de cuius*, pur cittadino di uno Stato membro, aveva la sua ultima residenza abituale in uno Stato terzo, in realtà nessun giudice risulterebbe competente secondo lo schema del regolamento se non in circostanze eccezionali e residuali come quelle contemplate dagli articoli 10 e 11. Ciò posto, se il *de cuius* che ha effettuato una *professio iuris* aveva la propria residenza abituale in uno Stato non vincolato dal regolamento, la cittadinanza del Paese la cui legge è stata scelta dal defunto non sembrerebbe un legame sufficiente per consentire alle parti di effettuare una *professio fori* ed incardinare la giurisdizione dinanzi ai giudici di quel Paese, ai sensi dell'articolo 5 del regolamento. A ciò si aggiunga che ben potrebbe accadere che il Paese terzo con cui la successione è più strettamente collegata potrebbe rifiutare, non essendo gravato di nessun obbligo in tal senso, il riconoscimento di eventuali decisioni assunte dal giudice del Paese di cui il *de cuius* aveva la cittadinanza<sup>576</sup>.

Sulla base di queste considerazioni, appare doversi ritenere che, la possibilità per le parti interessate di scegliere il foro competente ai sensi dell'articolo 5 presuppone necessariamente, come evidenziato, una precedente *professio iuris* effettuata dal *de cuius*, ai sensi dell'articolo 22, in favore della legge di uno Stato vincolato al regolamento.

A tale riguardo non potrebbe ritenersi assimilabile ad una valida *professio iuris* effettuata in base all'articolo 22, una scelta di legge che sia realizzata, ai sensi dell'articolo 25 paragrafo 3, per regolamentare un patto successorio. Ne consegue che una tale scelta di legge esaurirà i suoi effetti unicamente all'interno del patto successorio stesso, statuendo con riguardo alla

---

<sup>575</sup> GAUDEMET-TALLON, in G. Khairallah, M. Revillard, cit., p. 132. Si veda anche MARONGIU BUONAIUTI, *The EU Succession Regulation and Third Country Courts*, cit., p. 553 ss. Parte della dottrina si è interrogata circa la possibilità di ammettere una proroga della competenza del giudice di uno Stato terzo risulti possibile in base alle norme nazionali in vigore in uno Stato membro. La risposta che è stata ipotizzata, e che appare del tutto condivisibile, al contrario di quanto generalmente è ammesso nelle materie regolate dal regolamento Bruxelles I-bis, è stata negativa per due ragioni. In primo luogo perché ammettere una simile possibilità contrasterebbe con l'approccio volutamente prudente adottato dal legislatore europeo, in secondo luogo poiché l'applicazione delle norme nazionali potrebbe portare ad ammettere la scelta del foro in favore degli organi giurisdizionali in modo più "liberale" rompendo la coerenza del sistema del regolamento. Da ultimo, occorre evidenziare che il legislatore europeo ha conferito al regolamento carattere esaustivo per cui non ha lasciato alcun margine di applicazione residuo delle norme internazionalprivatistiche interne proprio per evitare il rischio di minare l'uniformità del sistema, così BONOMI, WAUTELET, Art. 5, in Bonomi, Wautelet (a cura di), cit., pp. 134-135.

<sup>576</sup> MARONGIU BUONAIUTI, Art. 6, in Calvo Caravaca, Davì, Mansel (eds), *The EU Succession Regulation*, cit., pp. 153-154.

legge destinata a regolamentarlo<sup>577</sup>. Tale circostanza ben potrebbe essere fonte di scissioni e creare ipotesi di contrasto di giurisdizioni, laddove sia altresì consentito alle parti di effettuare una *professio fori* ai sensi dell'articolo 5 del regolamento. Ciò in quanto, inevitabilmente, si troveranno a coesistere più giurisdizioni, situazione che potrebbe dare vita a decisioni tra loro contrastanti. Analoghe considerazioni valgono per la scelta della legge effettuata ai sensi dell'articolo 24 paragrafo 2, norma che consente, come ampiamente evidenziato nel capitolo precedente, di scegliere la legge regolatrice di una disposizione a causa di morte limitatamente all'ammissibilità e alla validità della stessa. Tale considerazione si impone laddove si osservi che in entrambi i casi si tratta di scelte di leggi parziali (*id est* specifiche) finalizzate a regolamentare solo determinate questioni e risultano efficaci solo limitatamente ad esse. Ne consegue che non si potrà riconoscere la generale possibilità di effettuare una *professio fori* ai sensi di quanto dispone l'articolo 5 del regolamento, ciò in quanto tale disposizione ha la medesima portata generale che contraddistingue l'articolo 22. Conseguentemente, un'interpretazione estensiva, sebbene potrebbe forse ricondurre a ristabilire una parziale coincidenza tra *forum* e *iuris*, non risulterebbe coerente con il dato del regolamento che non offre giuridicamente nessuna base per poter sostenere una simile ipotesi.

Per ciò che attiene ai requisiti di validità formale della *professio fori* nonché alle modalità e tempistiche con cui la stessa può validamente essere esercitata, l'articolo 5, paragrafo 2, evidenzia che «L'accordo relativo alla scelta del foro è concluso per iscritto, datato e firmato dalle parti interessate. Si considera equivalente alla forma scritta qualsiasi comunicazione elettronica che consenta una registrazione durevole dell'articolo».

La formulazione un po' laconica della norma apre diverse questioni, a cominciare dal momento in cui una *professio fori* può essere effettuata dalle parti interessate alla successione e, come si è visto, non preventivamente dal *de cuius*, fino alla forma che l'atto che la contiene deve avere.

Posto che una *professio fori* richiede necessariamente come requisito fondamentale l'esistenza di una valida *professio iuris*, ne consegue che nessuna scelta del foro competente potrà essere effettuata se manca tale prerequisite e in più nessuna *professio fori* potrà avvenire al di fuori dei confini tracciati dalla scelta di legge effettuata dal *de cuius*.

Invero, a meno anche l'elezione del foro competente non venga effettuata direttamente dal *de cuius*, nel qual caso sarà presumibilmente contenuta nella disposizione a causa di morte che include anche la scelta della legge applicabile, negli altri casi, ovvero nell'ipotesi in cui sia effettuata dalle parti interessate, la *professio fori* presuppone l'esistenza di un accordo specifico tra le parti<sup>578</sup>.

Ciò posto, per ciò che attiene alla validità formale, secondo quanto specifica la norma, l'accordo relativo alla scelta del foro deve essere concluso per iscritto e deve essere munito

---

<sup>577</sup> Si vedano al riguardo DAVÌ, ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale*, cit., p. 206 ss.; JANZEN, *Die EU-Erbrechtsverordnung*, in *DNotZ*, 2012, p. 491, nota 22; MARONGIU BUONAIUTI, Art. 5, in Calvo Caravaca, Davì, Mansel (eds), *The EU Succession Regulation*, cit., p. 154 ss.

<sup>578</sup> È stato evidenziato che quanto la proroga della competenza investe una procedura a carattere non contenzioso, ove non si possa, a causa dell'assenza di pluralità di parti, configurare un accordo di scelta del foro, sarà da ritenersi sufficiente la manifestazione di volontà proveniente unicamente dal ricorrente, DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 63 ss.

di data e firma. Può essere equiparata alla forma scritta qualsiasi «comunicazione elettronica che consenta una registrazione durevole dell'accordo»<sup>579</sup>.

Ora si impongono alcune semplici considerazioni di natura materiale. In pressoché tutti gli ordinamenti accordi di questo tipo o comunque inerenti alla materia successoria richiedono la forma scritta *ad substantiam* e non solo *ad probationem* per garantire la certezza delle situazioni giuridiche. Nella stessa prospettiva si pone la richiesta di sottoscrizione e di apposizione della data al documento, la prima garantisce l'appartenenza del documento alle parti effettivamente coinvolte e cristallizza la volontà così come espressa e il consenso così come prestato nel corpo del documento, la seconda contribuisce a garantire la certezza del diritto consentendo di collocare, da un punto di vista temporale, il documento in un dato momento storico<sup>580</sup>.

Ora, per ciò che attiene alla validità sostanziale, una questione risulta sicuramente giuridicamente più interessante e complessa. Occorre domandarsi, infatti, così come avvenuto per la validità delle disposizioni a causa di morte e dei patti successori<sup>581</sup>, quale sia la legge applicabile per discernere se il consenso per la conclusione dell'accordo sia stato validamente prestato o meno, posto che il regolamento, ancora una volta in modo criticabile, tace sulle condizioni di validità sostanziale dell'accordo.

Così come osservato con riguardo all'articolo 22 paragrafo 3, che sottopone la validità sostanziale della *professio iuris* da parte del defunto alla legge scelta, non pare potersi dubitare che anche in questo caso la validità sostanziale della scelta del foro dovrà essere valutata sulla base della legge dell'ordinamento a cui appartiene il giudice prescelto (che sarà evidentemente anche la legge designata a mezzo di *professio iuris* per regolare la successione). Ciò, in quanto, obiettivo primario di questo tipo di accordi è quello di ripristinare la corrispondenza tra *forum* e *ius* interrotta a causa dell'intervenuta scelta di legge operata dal defunto a favore del suo diritto nazionale. Sembra quindi del tutto logico sostenere che la validità del contenuto dell'accordo in questione debba essere determinata in conformità alla legge dello stesso ordinamento giuridico<sup>582</sup>.

Per ciò che attiene al momento in cui la *professio fori* può validamente essere esercitata non è rinvenibile nel regolamento alcuna indicazione. Ciò deve portare a concludere che non vi sia nessuno ostacolo a che la *professio fori* venga esercitata prima

---

<sup>579</sup> I requisiti richiesti sono in effetti più restrittivi rispetto a quelli previsti dal regolamento Bruxelles I e Bruxelles I bis. Sembrano, infatti, maggiormente ispirati da quelli previsti per la scelta del foro competente dal regolamento (CE) 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari, oppure da quelli contenuti per ciò che attiene alla scelta di legge nel regolamento (EU) 1259/2010 che stabilisce una cooperazione rafforzata in materia di legge applicabile alla separazione e al divorzio, MARONGIU BUONAIUTI, Art. 5, in Calvo Caravaca, Davì, Mansel (eds.), *The EU Succession Regulation*, cit., p. 175.

<sup>580</sup> Nello stesso senso GAUDEMET-TALLON, *Les règles de compétence judiciaire dans le règlement européen sur les successions*, cit., p. 127 ss.; al contrario ritengono la firma digitale non necessaria SCHMIDT, *EuErbVO Artikel 5*, in C. Budzikiewicz, M. Weller and W. Wurmnest (a cura di), *Beck-online Grosskommentar, EuErbVO*, München, 2014, para. 16.

<sup>581</sup> V. *supra* cap. III.

<sup>582</sup> In senso favorevole a tale prospettazione MARONGIU BUONAIUTI, Art. 5, in Calvo Caravaca, Davì, Mansel (eds.), *The EU Succession Regulation*, cit., p. 159; DAVÌ, ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale*, cit., p. 205 ss., nota 21; LEANDRO, *La giurisdizione*, cit., p. 69, secondo cui la validità sostanziale dell'accordo dipende «dal sistema di diritto internazionale privato del foro adito (sia o meno quello prorogato ed è immaginabile che essa sia regolata dalla *lex fori* in qualità di legge notoriamente richiamata per disciplinare gli effetti processuali della proroga». In senso contrario BONOMI, WAUTELET, Art. 5, cit., p. 136; KUNZ, *Die neue Europäische Erbrechtsverordnung – Ein Überblick* (Teil I), in *GPR*, 2012, p. 210; DUTTA, cit., p. 6.

dell'apertura della successione, magari perché il *de cuius* ha condiviso con gli eredi la propria volontà di effettuare una *professio iuris* in favore della sua legge nazionale. In pratica sarà un atto sottoposto ad un termine iniziale ed ad una condizione sospensiva, ovvero l'apertura della successione e l'esistenza di una valida *professio iuris* in favore della legge di uno Stato membro. L'apertura della successione, infatti, configura un termine iniziale in quanto è certo l'*an* ma è incerto il *quando* (*dies certus an, incertus quando*), è infatti sicuro che la successione si aprirà ma è incerto il momento in cui si verificherà l'evento morte e dunque la conseguente apertura della successione.

Al contrario, il fatto che sia stata effettuata o meno una *professio iuris* è una condizione sospensiva poiché ben le parti interessate potrebbero essere state tenute totalmente all'oscuro dal *de cuius* riguardo alla propria volontà di pianificare anticipatamente la propria successione effettuando una scelta di legge.

Nondimeno entrambe le circostanze devono verificarsi ed, inoltre, la scelta di legge deve possedere determinate caratteristiche, ovvero deve essere chiaramente valida ed essere indirizzata verso la legge di uno Stato membro vincolato dal regolamento.

*8. La competenza in caso di scelta di legge, la chiusura d'ufficio del procedimento in caso di scelta di legge e l'accettazione tacita della giurisdizione in caso di mancata contestazione, ai sensi degli articoli 7, 8 e 9 del regolamento (UE) 650/2012*

Oltre alla pronuncia di declinatoria della giurisdizione prevista dall'articolo 6 e gli accordi di scelta del foro disciplinati all'articolo 5, vi sono degli ulteriori articoli a corredo di tali due norme principali che si occupano di chiarire come deve comportarsi l'autorità giudiziaria in caso di scelta di legge. Ci si riferisce in particolare agli articoli 7 e 8 e, in parte, anche all'articolo 9.

In realtà l'articolo 7 è una norma di coordinamento perché va a stabilire quali siano gli effetti di una *professio iuris* sulla competenza giurisdizionale dei giudici dello Stato membro la cui legge sia stata scelta come applicabile alla successione.. In particolare viene chiarito che «gli organi giurisdizionali dello Stato membro la cui legge sia stata scelta dal defunto conformemente all'articolo 22 sono competenti a decidere sulla successione: a) se un organo giurisdizionale preventivamente adito ha dichiarato la propria incompetenza nella stessa causa ai sensi dell'articolo 6; b) se le parti del procedimento hanno convenuto, ai sensi dell'articolo 5, di conferire la competenza a un organo giurisdizionale o agli organi giurisdizionali di tale Stato membro; oppure c) se le parti del procedimento hanno espressamente accettato la competenza dell'organo giurisdizionale adito».

Ciò posto dunque, mentre l'articolo 6 determina le condizioni della dichiarazione di incompetenza da parte del giudice adito a favore degli organi giurisdizionali dello Stato membro la cui legge è stata scelta, l'articolo 7 precisa in quali ipotesi i giudici di tale Stato diventano effettivamente competenti.

I primi due casi sono costituiti da una dichiarazione di incompetenza in virtù dell'articolo 6, lettere *a)* e *b)*, nelle due ipotesi già previste, la prima a discrezione del giudicante, la seconda che, al contrario, non lascia nessun margine di manovra al giudice adito, che deve necessariamente rimettere la competenza. In tale caso i giudici dello Stato membro la cui legge è stata scelta diventano automaticamente competenti per la medesima causa e, pertanto, non sarà nei loro compiti, come evidenziato, riesaminare l'esistenza o la

validità della scelta di legge. Chiaramente la norma tende ad evitare che si crei un conflitto negativo di giurisdizione a cui potrebbe conseguire un diniego di giustizia<sup>583</sup>.

Nell'ipotesi prevista all'articolo 7, lettera *b*), si ribadisce, ancora una volta, che in presenza di un accordo di scelta del foro i giudici dello Stato la cui legge è stata scelta sono muniti di competenza giurisdizionale in base alla scelta stessa. Tale norma non aggiunge nulla in realtà alla disciplina già prevista ma evidenzia unicamente, in maniera forse ridondante, che in presenza di un accordo di scelta del foro il giudice designato è competente.

Più interessante e con portata innovativa risulta la lettera *c*) laddove si prevede la possibilità per le parti di accettare espressamente anche la competenza di un giudice che, sulla base del dato letterale della norma, risulterebbe, almeno in prima battuta, incompetente. Qui, dunque, non c'è nessun previo accordo di scelta del foro, ma nonostante questo il giudice viene comunque investito di una domanda per effetto di un accordo sopravvenuto tra le parti. Tale competenza può dunque essere incardinata e mantenuta qualora tutte le parti in causa non solo non eccepiscano l'incompetenza, bensì dichiarino espressamente di accettarla. Questa ipotesi si differenzia da quella prevista all'articolo 9, laddove l'accettazione della competenza è tacita. Questa accettazione produce, in ultima analisi, gli stessi effetti di una *professio fori*, con la sola differenza che mentre un accordo di scelta del foro avrebbe portata generale, questa accettazione spiegherà i suoi effetti unicamente nell'ambito del procedimento in cui è esercitata dinanzi al giudice adito attraverso una dichiarazione di accettazione orale pronunciata in udienza ovvero contenuta nel primo atto difensivo in osservanza a quanto dispone la legge processuale nazionale. Nondimeno, potrebbe altresì accadere che tale accettazione espressa di competenza si ponga in contrasto con un previo accordo di scelta del foro effettuato sulla base dell'articolo 5. In tale caso un'accettazione tacita ai sensi dell'articolo 9 ovvero espressa ai sensi dell'articolo 7 lettera *c*) della giurisdizione esercitata da tutte le parti dovrà essere letta come implicita rinuncia al precedente accordo.

Potrebbe altresì accadere che le parti inizialmente coinvolte non siano a conoscenza a priori di tutti i soggetti interessati alla successione, per cui magari un accordo di scelta del foro concluso inizialmente potrebbe aver omesso di includere tutte le parti. In tal caso si deve notare che l'accettazione espressa delle parti del procedimento, che non erano parti di un accordo concluso in base all'articolo 5, produce un effetto equivalente a quello prodotto da un'accettazione implicita ai sensi dell'articolo 9. Per di più, vale la pena considerare che l'accettazione espressa ai sensi dell'articolo 7 lettera *c*), costituita da una dichiarazione unilaterale, può anche essere richiesta in procedimenti particolari, come ad esempio in materia di volontaria giurisdizione come previsto per la maggior parte nei Paesi di tradizione civilistica.

Per ciò che concerne l'ipotesi disciplinata dall'articolo 9, come evidenziato, essa configura un'accettazione tacita della competenza fondata sulla comparizione<sup>584</sup>. In pratica,

---

<sup>583</sup> WILKE, *Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung*, in *RIW*, 2012, pp. 603 ss.; KUNZ, *Die neue Europäische Erbrechtsverordnung – Ein Überblick (Teil I)*, cit., p. 209 ss.

<sup>584</sup> Anche in questo caso non siamo in presenza di una novità posto che previsioni analoghe sono contenute in altri atti europei come ad esempio l'articolo 26.1 del regolamento 1215/2012 p. 1 (Brussels I-bis), il quale riproduce la previsione già contenuta nell'articolo 24 del regolamento 44/2001 (Brussels I), che poi è stata riproposta anche nel regolamento 4/2009. Una previsione simile, sebbene con portata più limitata,

si prevede che nel caso in cui sia intervenuto un accordo di scelta del foro, e dunque il giudice sia stato adito sulla base dell'articolo 7, lettera *b*), ma non tutte le parti del procedimento abbiano sottoscritto tale accordo, il giudice continua ad esercitare la propria competenza qualora le parti che non avevano sottoscritto l'accordo compaiono in giudizio e non contestino<sup>585</sup> la competenza dell'organo giurisdizionale. Al contrario di quanto avviene per l'accettazione implicita disciplinata dall'articolo 9, un'accettazione espressa esercitata sulla base di quanto dispone l'articolo 7 lettera *c*) può avvenire indipendentemente da una scelta del foro precedente che sia stata effettuata da tutte le parti<sup>586</sup>.

Al contrario, chiaramente, come specificato dall'articolo 9 paragrafo 2, se una qualsiasi delle altre parti del procedimento che non hanno partecipato all'accordo di scelta del foro dovessero contestare la competenza del giudice adito, l'accordo diverrà inefficace e il giudice adito sarà obbligato a declinare la propria competenza. In tal caso, la competenza ritornerà in capo ai tribunali che risultano competenti o sulla base della regola generale contenuta nell'articolo 4 ovvero applicando i criteri di competenza sussidiari previsti dall'articolo 10. Il regolamento rimane però silente, nuovamente, per ciò che concerne le sorti di eventuali provvedimenti che il giudice designato nell'accordo di scelta del foro potrebbe aver adottato nel frattempo, prima di dichiararsi incompetente. Anche in questo caso ci si dovrebbe interrogare circa la possibilità, sulla base di quanto dispone il regolamento, di ritenere che il giudice adito sia almeno inizialmente munito di competenza. In realtà la competenza sussiste fino a che una delle parti non la contesti. Cosa che potrebbe anche non verificarsi, con la conseguenza che il giudice risulterebbe definitivamente competente sulla base della designazione avvenuta a mezzo di *professio fori*. A ciò si aggiunga che la possibilità di sollevare l'eccezione di incompetenza sussiste in ciascun ordinamento secondo tempistiche proprie, che però generalmente, anche per garantire la certezza delle situazioni processuali e anche in ossequio ad un principio di economia processuale<sup>587</sup>, non è consentita oltre la prima difesa utile<sup>588</sup>.

È stato osservato che potrebbe accadere che l'accordo sottoscritto soltanto da alcune parti riguardi una questione o più questioni, comuni unicamente a tali parti, in tal caso la declinatoria di incompetenza non sarebbe dovuta<sup>589</sup>. Vale la pena aggiungere però che in questo caso si darebbe vita ad una scissione della successione.

---

è stata inserita anche nel regolamento n. 2201/2003 (Brussels II-bis), che consente di accettare implicitamente la giurisdizione in circostanze specifiche previste all'articolo 9.2.

<sup>585</sup> La nozione di comparizione senza contestazione è la stessa utilizzata in altri testi europei ed, in particolare, all'art. 26 del Regolamento Bruxelles I-bis.

<sup>586</sup> Così MARONGIU BUONAIUTI, Art. 9, in Calvo Caravaca, Davi, Mansel (eds.), *The Eu Succession Regulation*, cit., p. 202; BONOMI, WAUTELET, Art. 9, cit., p. 208; DUTTA, Art. 9, *EuErbVO*, cit., no. 10.

<sup>587</sup> Per evitare che si svolga attività che poi verrebbe vanificata da una simile eccezione con inutile dispendio di tempo e di denaro.

<sup>588</sup> Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia e le regole proprie di molti sistemi processuali interni, l'eccezione di incompetenza deve necessariamente essere sollevata al più tardi con «l'atto considerato, dal diritto processuale nazionale, come la prima difesa rivolta al giudice adito», Corte Giust. CE, 24 giugno 1981, 150/80, *Elefanten Schuh*, in *Racc.*, 1981, p. 1671; C. Giust. CE, 22 ottobre 1981, 27/81, *Rohr*, in *Racc.*, 1981, p. 2431.

<sup>589</sup> Così MARONGIU BUONAIUTI, Art. 5, in Calvo Caravaca, Davi, Mansel (eds.), *The Eu Succession Regulation*, cit., p. 160 ss. e, ID., Art. 9, p. 185. Così si legge anche nel considerando 28: « Uno di detti meccanismi dovrebbe permettere alle parti interessate alla successione di concludere un accordo relativo alla scelta del foro a favore degli organi giurisdizionali dello Stato membro della legge scelta. Dovrebbe essere determinato, caso per caso, in base, in particolare, alla questione oggetto dell'accordo relativo alla scelta del foro, se l'accordo debba essere concluso tra tutte le parti interessate alla successione o se alcune di esse

Al di fuori delle ipotesi contemplate nell'articolo 9, le parti del procedimento non possono accettare tacitamente la competenza giurisdizionale del giudice adito, ciò in quanto, ad esclusione dei casi di scelta della legge applicabile, le competenze stabilite dal regolamento sono imperative. Come stabilisce, in modo generale l'articolo 15, infatti, il giudice investito di una questione sulla quale non ha giurisdizione per statuire, secondo le regole dettate dal regolamento, deve dichiarare d'ufficio la propria incompetenza<sup>590</sup>.

Per ciò che concerne l'articolo 8, è prevista la chiusura del procedimento aperto d'ufficio in caso di scelta di legge. In pratica la norma chiarisce che qualora un organo giurisdizionale, individuato sulla base degli articoli 4 o 10 del regolamento, abbia aperto d'ufficio<sup>591</sup> un procedimento in materia di successioni, dovrà chiuderlo qualora le parti del procedimento abbiano convenuto di regolare la questione stragiudizialmente nello Stato membro la cui legge sia stata scelta dal defunto, conformemente all'articolo 22.

In questo caso, dunque, in capo al giudicante incombe un vero e proprio obbligo di porre fine al procedimento aperto d'ufficio per garantire che non si vada avanti a dispetto di quella che è la volontà delle parti. In questo caso però non si tratterà di una pronuncia in rito, che si limiti a rilevare l'incompetenza. Nell'ipotesi disciplinata dall'articolo 8, infatti, la procedura richiederà una pronuncia sul merito posto che le parti hanno convenuto, mediante accordo, di comporre la lite in modo bonario. È evidente, però, che per avere l'effetto di provocare una pronuncia di chiusura del procedimento, è necessario che l'accordo sia stato voluto e dunque sottoscritto da tutte le parti in causa, altrimenti il procedimento dovrà necessariamente proseguire per evitare che la o le parti che non vi abbiano aderito subiscano un diniego di giustizia. L'articolo non specifica quali sono le condizioni di validità dell'accordo, pertanto si dovrà ancora una volta far riferimento alle regole proprie della legge scelta.

La previsione contenuta nell'articolo 8 è un ulteriore via attraverso la quale il legislatore europeo, ponendo in capo al giudice un vero e proprio obbligo, consente di ristabilire la coincidenza tra *forum* e *ius*. Ci si è interrogati in merito alla possibilità di ricomprendervi l'arbitrato. In particolare ci si è chiesti se il compromesso arbitrale, che consente di deferire la lite già insorta in arbitrato, possa rientrare nelle ipotesi contemplate nell'articolo 8. La dottrina non è unanime sul punto ma forse sarebbe opportuno propendere per una risposta positiva posto che l'arbitrato rimane uno dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie più diffusi. Allo stesso modo dovrebbe essere possibile includervi anche altri meccanismi di *alternative dispute resolution*, come la negoziazione o la mediazione, soprattutto qualora si verta su questioni che attengano a diritti disponibili<sup>592</sup>.

---

possano convenire di sottoporre una specifica questione all'organo giurisdizionale scelto dove la decisione di quell'organo su tale questione non incida sui diritti delle altre parti interessate alla successione».

<sup>590</sup> V. MARONGIU BUONAIUTI, Art. 15, *The Eu Succession Regulation*, in Calvo Caravaca, Davi, Mansel (eds.), cit., p. 240 ss. e BONOMI, WAUTELET, Art. 15, in Bonomi, Wautelet, *Le droit européen des successions*, p. 269 ss.

<sup>591</sup> Tale ipotesi è possibile in alcuni sistemi giuridici come ad esempio quello austriaco "Verlassenschaftsverfahren", cfr. FUCIK, *Das neue Verlassenschaftsverfahren*, Vienna, 2005, p. 103.

<sup>592</sup> Esclude una simile possibilità MARONGIU BUONAIUTI, Art. 8, in Calvo Caravaca, Davi, Mansel (eds.), *The Eu Succession Regulation*, cit., p. 178 ss. sostenendo che in tal senso propende anche il regolamento sulla base della lettura del considerando 29 secondo cui «Se l'organo giurisdizionale non è investito d'ufficio, il presente regolamento non dovrebbe impedire alle parti di regolare la successione amichevolmente in sede stragiudiziale, per esempio davanti a un notaio, in uno Stato membro di loro scelta ove ciò sia ammesso dalla legge di tale». Diversamente ritiene HESS, *Die international Zuständigkeit nach der Erbrechtsverordnung*, cit., p. 131

È stato anche osservato che dovrebbe ritenersi, in ultima analisi, irrilevante il luogo in cui l'accordo stragiudiziale con cui viene regolata la successione venga ad essere stipulato ai sensi dell'articolo 8. Ciò in quanto qualora le parti decidano di comporre bonariamente la controversia attraverso un accordo di natura stragiudiziale non si porrebbe neppure un vero e proprio problema di coincidenza tra *forum* e *ius*. Poiché a differenza di quanto può avvenire nell'ambito di una conciliazione giudiziaria, che necessita dell'approvazione del giudice istruttore, un accordo transattivo che venga concluso del tutto al di fuori del controllo dell'organo giudiziario non rileva in termini di competenza dello stesso. Di conseguenza il luogo in cui lo stesso è concluso difficilmente assumerà rilevanza in termini di *forum*. È stato evidenziato, infatti, anche sulla base di quanto chiarisce il considerando 29<sup>593</sup>, che il luogo in cui un accordo stragiudiziale viene siglato potrà avere rilevanza in termini di legge applicabile e solo per quanto riguarda le questioni relative alla sua validità formale. Il fatto del suo essere stato concluso nello Stato membro della legge scelta dal defunto, così come specifica l'articolo 8, non sembra dare diritto ad un trattamento diverso, ai sensi di quanto dispone il regolamento, rispetto ad un accordo analogo stipulato altrove. Invero, gli effetti prodotti da un accordo stragiudiziale riguardante la successione verrà ad essere governato dalla *lex successionis*, pertanto qualsiasi giudice adito potrebbe in effetti limitarsi a chiudere il procedimento una volta verificato che sia stato soddisfatto il requisito della validità dell'accordo. Ciò posto, l'unica ragione che verosimilmente giustifica il riferimento contenuto all'interno dell'articolo 8 allo Stato membro la cui legge è stata scelta dal defunto, sembra riposare nella necessità di garantire che la controversia sia suscettibile di essere risolta stragiudizialmente in base alla legge scelta. Cioè occorrerà verificare se sulla base della *lex successionis* l'accordo che le parti intendono sottoscrivere riguardi o meno diritti disponibili di modo da evitare ipotesi di nullità. Per questa conclusione fa propendere anche il tenore del considerando 29 che chiarisce che le parti sono certamente libere di comporre la controversia amichevolmente, al di fuori delle aule di un tribunale, ma solo a condizione che questa possibilità non sia esclusa o comunque vietata dalla legge deputata a regolare la successione.

Al riguardo è stata sottolineata la formulazione poco felice del considerando stesso, dal momento che sarebbe stato forse più corretto sostenere che la questione dell'ammissibilità e la validità sostanziale di un accordo stragiudiziale riguardante la successione, essendo una questione che attiene al merito, è regolata dalla *lex successionis*, e non dalla legge del luogo in cui l'accordo stragiudiziale viene concluso. Invero, il luogo di conclusione dell'accordo potrebbe rilevare, con riguardo alla validità formale dell'accordo stesso, così come avviene per la validità formale delle disposizioni a causa di morte o di

---

ss. e, con qualche dubbio, anche MAGNUS, *Gerichtsstandsvereinbarungen im Erbrecht?*, cit., p. 393 ss. Inoltre DUTTA, Art. 8, EuErbVO, cit., n. 11, evidenzia che dovrebbe escludersi tale possibilità visto che l'arbitrato non può qualificarsi come risoluzione amichevole della controversia. Tanto è certamente vero ma è altrettanto vero che l'arbitrato costituisce un modo di risolvere la questione in via stragiudiziale.

<sup>593</sup> Il considerando recita «L'organo giurisdizionale investito d'ufficio di una successione, come accade in alcuni Stati membri, dovrebbe chiudere il procedimento se le parti convengono di regolare la successione amichevolmente in sede stragiudiziale nello Stato membro della legge scelta. Se l'organo giurisdizionale non è investito d'ufficio, il presente regolamento non dovrebbe impedire alle parti di regolare la successione amichevolmente in sede stragiudiziale, per esempio davanti a un notaio, in uno Stato membro di loro scelta ove ciò sia ammesso dalla legge di tale Stato membro. Questo dovrebbe valere anche qualora la legge applicabile alla successione non sia la legge di tale Stato membro».

patti successori, di cui all'articolo 27 del regolamento. Allo stesso modo, non sembra essere molto giustificato tenere conto di un accordo stragiudiziale concluso nel rispetto della legge scelta solo se il Paese in questione è vincolato dal regolamento. Ciò in quanto, come si è già detto, gli accordi stragiudiziali non pongono un vero e proprio problema di competenza ed inoltre bisogna tenere a mente l'applicazione *erga omnes* delle norme sulla legge applicabile così come chiarisce l'articolo 20. Ciò posto, sembra più ragionevole propendere per la possibilità di tenere conto di accordi stragiudiziali anche qualora siano conclusi in un Paese terzo nel caso in cui la legge di tale Paese è stata scelta dal defunto come applicabile alla successione<sup>594</sup>.

---

<sup>594</sup> Si veda al riguardo *amplius* MARONGIU BUONAIUTI, Art. 8, in Calvo Caravaca, Davì, Mansel (eds.), *The Eu Succession Regulation*, cit., pp. 177-181. Ma anche BONOMI, WAUTELET, Art. 8, in Bonomi, Wautelet (eds), *Le droit européen des successions*, cit., pp. 223 e 224; DUTTA, Art. 8, EuErbVO, cit., n. 15-16, che sottolinea come la previsione contenuta all'interno dell'art. 8 non attribuisce *tout court* la competenza ai giudici dello Stato membro la cui legge sia stata scelta (*keine Prorogationswirkung*). ID., *Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union – Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung*, in *FamRZ*, 2013, p. 4 ss.; BAJONS, *Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht in Erbsachen*, in M. Schauer and E. Scheuba (eds), *Europäische Erbrechtsverordnung*, 2012/650/EU vom 4. Juli 2012, Wien, 2014, p. 29 ss.

### **Conclusioni**

Le nuove regole sul diritto internazionale privato delle successioni, che hanno iniziato ad applicarsi a partire dal 17 agosto 2015 tra gli Stati membri che risultano vincolati dal nuovo regolamento, hanno profondamente modificato il panorama delle successioni transfrontaliere, dando vita ad una disciplina internazionalprivatistica uniforme e sostituendo le rispettive norme interne in materia. Tale sostituzione è integrale, come osservato all'interno del capitolo III, nel caso della legge applicabile, avendo le norme del regolamento efficacia *erga omnes*, ma solo parziale in materia di giurisdizione, come evidenziato nel capitolo IV, non essendo le rispettive norme dotate del medesimo carattere. Nondimeno, l'armonizzazione nel settore del diritto internazionale privato europeo, come è stato più volte osservato nel corso di questo lavoro, non può ancora dirsi completa. Le lacune che emergono a livello sovranazionale a causa della mancata armonizzazione di settori contigui risulta particolarmente evidente nel campo delle successioni poiché, al suo interno, vi confluiscono aspetti che coinvolgono diverse settori del diritto. A ben vedere, dunque, il nuovo testo europeo, lungi dal potersi definire perfetto, presenta delle inevitabili criticità ma configura, di certo un'innovazione per tutti quei sistemi nazionali in cui la regolamentazione del settore successorio risultava tradizionalmente accentrata nelle mani del legislatore ed estranea al riconoscimento di ampi margini di autonomia privata ai singoli.

L'analisi compiuta nel presente lavoro si è focalizzata proprio sulla crescente importanza che il legislatore sovranazionale ha mostrato di voler riservare all'iniziativa dei singoli nel diritto internazionale privato europeo, in diversi settori, non ultimo quello successorio. Ciò in quanto, mentre la possibilità di scegliere la legge applicabile e il foro competente è tradizionalmente radicata nel diritto internazionale privato delle obbligazioni contrattuali, ad oggi tale possibilità ha iniziato a diffondersi anche all'interno degli strumenti europei in materia di obbligazioni extracontrattuali, diritto di famiglia e successioni. Tale atteggiamento di *favor* ha posto l'attenzione sull'opportunità di soffermarsi sul ruolo cruciale che tale criterio soggettivo di collegamento sta assumendo a livello europeo, ciò che si traduce nell'espressione di una precisa scelta di politica legislativa, confermata anche nei due più recenti atti in materia di diritto internazionale privato adottati a livello europeo, uno in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi e l'altro in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate. Le rispettive norme diverranno applicabili a partire dal 29 gennaio 2019, pur dovendo tenersi presente che questi due regolamenti, come osservato, a differenza di quello sulle successioni, sono stati adottati attuando un procedimento di cooperazione rafforzata e vincolano pertanto, allo stato, soltanto 17 Stati membri (Austria, Belgio, Bulgaria, Repubblica ceca, Cipro, Croazia, Finlandia, Francia, Germania, Italia, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Portogallo, Slovenia, Spagna e Svezia).

Per comprendere come l'autonomia della volontà si sia evoluta come criterio soggettivo di collegamento appare imprescindibile sviluppare un'analisi da un punto di vista storico e giuridico. Peraltro, come osservato, a tutt'oggi non è ancora emersa una soluzione unitaria condivisa da tutti gli autori in dottrina, volta ad attribuire la paternità

dell'individuazione della norma che facoltizza la scelta della legge applicabile come norma di conflitto agli statutisti del Medioevo piuttosto che ai giuristi della metà dell'Ottocento. Da Domoulin, che utilizzava il criterio della volontà presuntiva delle parti unicamente per legittimare una deroga alla *lex loci contractus* già posta in essere (a cui è stato però obiettato che questo tipo di ricorso alla volontà delle parti, rilevata come criterio oggettivo, non può considerarsi assimilabile all'autonomia della volontà intesa come norma di conflitto ovvero come potere delle parti di designare liberamente la legge applicabile al rapporto dedotto in causa), si è passati al Wächter, il cui pensiero prendeva le mosse dalla confutazione della teoria statutaria, che intendeva l'importanza dell'autonomia privata, intesa come libertà di dare vita ad un rapporto giuridico tra soggetti privati (dunque nel campo del diritto delle obbligazioni) che fungeva come completamento del contenuto del contratto e che imponeva al giudice l'obbligo di rispettare la volontà espressa dalle parti stesse nell'ambito delle norme dispositive. Un altro autore, il cui pensiero ha avuto un peso fondamentale nell'orientare le posizioni dottrinali successive sulla questione, è stato certamente Savigny. Nella sua prospettiva il metodo corretto si fondava sull'individuazione dell'esatta collocazione spaziale del rapporto giuridico (ovvero la sua sede - *Sitz*). Ugualmente fondamentale, per spiegare l'evoluzione storica della norma sulla scelta di legge, appare la posizione espressa dal Mancini, che ha classificato l'intero ordinamento giuridico in diritto privato e pubblico e ne ha circoscritto il campo di applicazione, chiarendo che il diritto privato segue la persona ovunque essa si sposti, anche al di fuori dei propri confini nazionali, mentre il diritto pubblico è destinato ad operare unicamente all'interno del territorio dello Stato.

Ora non si può sottacere che, a partire da tali teorie, il ruolo riconosciuto all'autonomia della volontà è mutato, e certamente si è accresciuto, sebbene non allo stesso modo nei diversi settori del diritto. Invero, da un punto di vista non più solo teorico, la legittimazione delle parti all'esercizio dell'autonomia della volontà nella scelta della legge regolatrice, allo stato attuale di sviluppo del diritto internazionale privato europeo, almeno nel caso del diritto delle obbligazioni, contrattuali e non contrattuali (regolamenti Roma I, Roma II) e in tema di giurisdizione (regolamenti Bruxelles I e Ibis) ben si accorda con un'idea di un diritto che sia quasi a totale appannaggio delle parti e la cui disciplina sia in qualche modo riservata alle stesse. Può dirsi altresì che in tali settori l'esercizio dell'autonomia è tesa a, e contribuisce a, perseguire il miglioramento dell'efficienza dei sistemi giuridici.

Non può dirsi lo stesso per ciò che riguarda il diritto di famiglia e delle successioni, dove i margini di esercizio dell'autonomia della volontà risultano comunque più ristretti, per molteplici ragioni, ricollegabili per lo più, come evidenziato, alla diversità che caratterizza i singoli sistemi nazionali.

Non può revocarsi in dubbio che risulti evidente, nell'atteggiamento del legislatore europeo, una precisa scelta di politica legislativa, che persegue la volontà di affievolire il potere dello Stato sul singolo soggetto, obiettivo perseguito già prediligendo il criterio della residenza abituale in luogo di quello della cittadinanza, necessariamente più connesso ad un'idea di appartenenza nazionale. Nondimeno, il campo di applicazione riservato alla possibilità di effettuare una *professio iuris* è circoscritto entro limiti ben definiti e, in alcuni casi, criticabili, come ad esempio, nel caso della scelta del legislatore europeo di escludere la

possibilità di effettuare una *professio iuris* in favore della legge della propria residenza abituale. La scelta di legge nell'ambito del diritto di famiglia e in quello delle successioni sembra ancora seguire, almeno in linea di principio, l'idea che l'autonomia delle parti sia un correttivo necessario ogniqualvolta sorgano dei dubbi circa l'opportunità di far ricorso ad altri criteri di collegamento o, semplicemente, come nel caso del regolamento sulle successioni, quando si consideri obiettivo fondamentale garantire la coincidenza tra *forum* e *iuris* per scongiurare il rischio che il giudice si trovi ad applicare un diritto che gli è scarsamente familiare.

Il criterio principale e generale che è applicato nel caso del diritto successorio, come evidenziato nel corso del presente scritto, non è quello dell'autonomia della volontà delle parti, come avviene, al contrario, nel caso delle obbligazioni contrattuali, ma è quello della residenza abituale. L'autonomia della volontà si pone unicamente come criterio secondario che può venire in rilievo, peraltro unicamente con riguardo alla legge della/e cittadinanza/e, se vi è una manifestazione in tal senso da parte del *de cuius* o, limitatamente alla *professio fori*, delle parti coinvolte.

Si può quindi evidenziare che gli strumenti internazionalprivatistici adottati a livello europeo non adottano un approccio uniforme per ciò che concerne l'autonomia delle parti e la sua legittimazione intrinseca. Tale divergenza emerge anche dalla lettura dei regolamenti che precedono il testo dei vari regolamenti. Mentre l'autonomia delle parti, infatti, è considerata "una pietra miliare" nel caso delle obbligazioni contrattuali (considerando 11 del regolamento Roma I), o, un principio nel caso delle obbligazioni extracontrattuali (considerando 31 del regolamento Roma II), nel caso del diritto di famiglia e di quello successorio la scelta di legge diviene un'opzione che deve trovare una giustificazione specifica. Ad esempio, secondo il considerando 15 del regolamento Roma III, concernente la legge applicabile alla separazione personale e al divorzio, «per aumentare la mobilità dei cittadini è necessario rafforzare la flessibilità e garantire una maggiore certezza del diritto. A tal fine, il presente regolamento dovrebbe potenziare l'autonomia delle parti in materia di divorzio e separazione personale riconoscendo una limitata possibilità di scelta in ordine alla legge applicabile al divorzio o alla separazione personale»; oppure, in base al considerando 38 del regolamento sulle successioni, «il presente regolamento dovrebbe consentire ai cittadini di organizzare in anticipo la loro successione scegliendo la legge applicabile alla stessa. Tale scelta dovrebbe essere limitata alla legge di uno Stato di cui abbiano la cittadinanza al fine di assicurare un collegamento tra il defunto e la legge scelta e di evitare che una legge sia scelta nell'intento di frustrare le aspettative legittime di persone aventi diritto ad una quota di legittima».

Non può negarsi, dunque, che il legislatore europeo riservi un ruolo importante all'anticipazione successoria e alla pianificazione ereditaria, e certamente questa è una delle ragioni che ha suggerito l'opportunità di inserire una norma sulla scelta di legge all'interno del regolamento. A parere di chi scrive, tuttavia, questo non può considerarsi il motivo principale dell'accoglimento di tale soluzione, avuto riguardo al tenore complessivo del regolamento e leggendo i considerando introduttivi. La preoccupazione principale che si evince, infatti, è quella di evitare che il giudice si trovi ad applicare un diritto straniero, soprattutto in considerazione del fatto che, avendo il regolamento per ciò che riguarda il capo dedicato alla legge applicabile portata *erga omnes*, se non si fosse prevista la possibilità

per il giudice (*ex art. 6 lett. a*) di declinare la propria competenza in caso di *professio iuris* in favore dei giudici dello Stato della legge scelta, questi potrebbe trovarsi nella situazione di dover applicare il diritto di un Paese che gli è totalmente sconosciuto, con istituti ignoti, e, dunque, con un rischio di errore esponenzialmente elevato.

Pertanto, sebbene sia innegabile che il diritto moderno abbia accreditato la libertà di scelta come uno dei principi basilari del diritto internazionale europeo e che il legislatore sovranazionale abbia operato una precisa scelta di politica legislativa che rispecchia la tendenza inesorabile verso la contrattualizzazione del diritto internazionale privato, che porta l'attività dei privati al di là dei confini statali, non può negarsi che tale considerazione non può considerarsi ancora pienamente valida per ciò che concerne il diritto di famiglia e quello delle successioni.