
PARTE PRIMA

CAPITOLO PRIMO

IL DIRITTO EREDITARIO OGGI

SOMMARIO

1.1. Diritto ereditario ed evoluzione della società civile. – 1.2. Il diritto ereditario alla luce della Carta costituzionale. – 1.3. Il diritto successorio in relazione al diritto internazionale privato. Il reg. UE 4-7-2012, n. 650. Cenni. – 1.4. Il diritto successorio inglese. Cenni. – 1.5. La pubblicazione del testamento di *common law* nell'ordinamento italiano alla luce delle norme di diritto internazionale privato italiane e del reg. UE 650/2012.

1.1. *Diritto ereditario ed evoluzione della società civile.*

L'esigenza sociale sottesa al diritto ereditario è quella di dare assetto ai rapporti che non si estinguono con la morte del soggetto della cui successione si tratta, prevedendo il trasferimento di tutte quelle situazioni giuridiche oggettive e soggettive, di vantaggio o svantaggio, che siano giuridicamente dissolvibili dal loro titolare.

Questa esigenza di continuità nei rapporti e nelle posizioni giuridiche può essere scomposta in tre momenti distinti ai quali corrispondono distinte proposizioni normative:

a) una situazione iniziale per cui l'evento della morte determina la perdita del diritto e la generica necessità della successione come fonte designatrice di un nuovo titolare (art. 456 c.c.);

b) una situazione intermedia che consente al *de cuius* di indirizzare, con il testamento, – secondo modalità dipendenti dalla natura assegnata all'atto – la successione nel diritto verso un determinato soggetto (art. 457, co. 1, c.c.), provvedendo la legge, in mancanza, con norma dispositiva (art. 457, co. 2, c.c.);

c) una situazione finale nella quale la norma congiunge il diritto perduto al nuovo soggetto e così stabilisce una titolarità che prima non esisteva (artt. 565 ss. e 588 c.c.)¹.

L'intero procedimento assegna una funzione preminente al fatto giuridico della morte: «i singoli stadi del fenomeno si richiamano alla morte, come a presupposto ineliminabile e necessario»² e «la morte è un fatto naturale ed estrinseco alla fattispecie formativa [...] e legato a questa soltanto sotto il profilo funzionale»³.

Per il tramite della norma giuridica, che «scioglie il diritto da un soggetto e lo annoda in capo ad un altro»⁴, si attua l'effetto successorio. Lo scopo di tale gruppo di norme è, quindi, quello di stabilire i criteri per la designazione dei successibili che assumeranno la posizione giuridico-patrimoniale del precedente titolare, nella loro globalità. Difatti, tutto il ramo del diritto successorio è permeato dal favore del legislatore per l'identificazione dei successibili, si veda ad esempio il fenomeno della rappresentazione (artt. 328-332 c.c.) o la restrittiva disciplina dell'eredità giacente, così come la devoluzione dei beni allo Stato rappresenta l'estrema *ratio*.

Dall'art. 457 c.c. emerge un'ampia autonomia lasciata al soggetto nel disporre della propria successione, posto che la norma dispone che si fa luogo alla successione per legge, se non quando manchi, in tutto o in parte, il negozio testamentario. Il testamento è, infatti, l'unico atto *mortis causa* ammesso nel nostro ordinamento, a mezzo del quale si può disporre della propria successione, vuoi in alternativa, vuoi a fianco della successione *ex lege*.

Tuttavia l'autonomia privata nel diritto successorio, che si estrinseca attraverso il testamento, non è illimitata posto che il co. 3 dell'art. 457 c.c. stabilisce che si possono pregiudicare «i diritti che la legge riserva ai legittimari».

Quindi, considerata la riserva prevista in favore dei legittimari, un determinato patrimonio può essere trasferito, a seguito della morte del suo

¹ Cfr. E. Marmocchi, *La definizione di testamento (art. 587 cod. civ.)*, Riv. not., 2011, 731.

² N. Irti, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui* (Milano 1967), 180.

³ G. Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento* (Milano 1954), 65.

⁴ Irti, *Disposizione cit.*, 125 ss.

titolare, in favore del soggetto da questi indicato e, ove manchi in tutto o in parte tale volontà, oppure violi i diritti dei legittimari, sarà la legge ad assegnare il detto patrimonio ai soggetti indicati dalle norme dettate dal codice.

Dunque, accanto alla successione testamentaria, si pone la successione per legge, all'interno della quale si differenziano le sue due specie quella *ab intestato* e quella necessaria. Tuttavia nonostante la rilevanza del testamento all'interno della successione *mortis causa*, il legislatore ha mostrato di porre una non adeguata attenzione al rinnovamento generale della sua disciplina. Si ritiene infatti che la branca del diritto ereditario risulti essere non più adeguata, in quanto incapace di adattarsi alle esigenze dell'attuale società civile, in profonda trasformazione. È, comunque, da escludere una "funzione sociale" del regime ereditario così come nemmeno può ravvisarsi l'intento di scambio nella titolarità dei beni che l'idea liberale cercava di favorire e le costituzioni moderne riassumono nell'accessibilità di tutti alla proprietà privata. La vicenda ereditaria rimane espressione delle strutture e delle ideologie borghesi, tesa a consentire il mantenimento del potere e a perpetrare il controllo della ricchezza nell'ambito di famiglie e principi⁵.

Questa inadeguatezza è tanto più problematica in quanto il tessuto imprenditoriale italiano è caratterizzato da piccole imprese, per lo più di matrice familiare, in cui la ricchezza è fortemente concentrata nel capofamiglia. Ciò ha condotto questa stessa dottrina a rifugiarsi in figure contrattuali che, comunque in modo non del tutto soddisfacente, tentano di curare il passaggio della ricchezza, sia essa personale che oggetto dell'impresa esercitata dal *de cuius*, senza soluzione di continuità e nel rispetto della quota di legittima, indirizzandola verso soggetti scelti dallo stesso titolare.

Il diritto successorio, attraverso i suoi principi di tutela della famiglia del *de cuius*, si pone in una posizione antagonista rispetto alle soluzioni suggerite dalla dottrina per la trasmissione della ricchezza in vista della cessazione della vita umana.

In tale ambito, si è da più parti evidenziata la sostanziale incapacità del nostro ordinamento di fornire strumenti in grado di assecondare le scelte dell'imprenditore nell'allocazione della ricchezza, tenuto conto

⁵ Cfr. P. Rescigno, *Una breve premessa*, Tradizione e modernità nel diritto successorio, a cura di S. Della Monache (Padova 2007), 94.

della peculiarità del sistema imprenditoriale italiano, caratterizzato dalla prevalenza del modello della piccola e media impresa, il cui controllo è per lo più concentrato nelle mani del *dominus* o di un ristretto gruppo di familiari. Infatti, tanto la successione legittima, quanto quella testamentaria, entrambe fortemente limitate dalle disposizioni poste a tutela dei legittimari, sono recessive rispetto a strumenti alternativi individuati dalla dottrina.

La materia delle successioni a causa di morte è comunemente ritenuta strettamente legata ai temi della proprietà e della famiglia. Nel nostro ordinamento vige il principio del *favor familiare*, che è derogabile dalla diversa volontà del titolare del patrimonio durante la vita, fintanto che ad essere eredi non siano gli appartenenti alla cerchia familiare del disponente, i legittimari (coniuge, figli e, in mancanza dei figli, ascendenti), che gli dovessero sopravvivere.

Tutti gli ordinamenti, sebbene con differenti limiti, riconoscono al privato la libertà di disporre con testamento in favore di altri soggetti il passaggio di proprietà della ricchezza accumulata; così come sono diffuse nei diversi ordinamenti giuridici norme volte a garantire che specifiche quote o diritti sul patrimonio ereditario passino a favore di soggetti che al defunto erano legati da vincoli familiari.

In presenza di eredi legittimari il legislatore non consente che il disponente destini più di una certa quota, detta disponibile, a soggetti estranei a tale cerchia, predisponendo, in caso di violazione del divieto adeguate azioni reipersecutorie, uniche in Europa.

Dunque, dal principio di massima libertà del disponente di determinare le sorti del suo patrimonio attraverso il negozio testamentario, si passa al preminente principio di tutela dei familiari più stretti, dettato da una doppia esigenza: quella morale-alimentare, l'*officium pietatis* di romanistica memoria e penetrato attraverso la codificazione francese già nel codice civile del 1865, e quella di conservazione della posizione economico-sociale della famiglia, di tradizione consuetudinaria germanica⁶.

Se ciò è vero, è altresì opinione diffusa e senz'altro tangibile che la concezione della famiglia e della proprietà, istituti assunti da riferimento nell'ambito del fenomeno successorio, siano profondamente mutati

⁶ L. Mengoni, *Successione per causa di morte. Parte speciale, Successione necessaria*, Tratt. Cicu-Messineo (Milano 1999), 1 ss.

nel corso dell'ultimo secolo; cosicché come non esiste più la famiglia (nel senso di nucleo), appare superata la nozione di proprietà come fonte di potere e metro per misurare la posizione dell'individuo nella società.

Quanto al concetto di famiglia, il legislatore guarda a quella formale, ossia quella fondata sul matrimonio, non trovando alcuna tutela il convivente *more uxorio*, né nel libro II del codice civile, né altrove, riconoscendo invece al coniuge i massimi livelli di tutela nella successione per legge, sia legittima che necessaria, a prescindere dall'effettiva configurazione dei rapporti personali e affettivi.

La disciplina successoria nel codice del 1865 risente della rappresentazione riferita a tutte le materie di quella codificazione, di un sistema di diritti civili intesi come di carattere meramente privato e di ragione individuale; successione *mortis causa*, considerata come un modo di acquisto della proprietà (art. 720) garantito da una piena libertà testamentaria, limitata dai soli diritti dei legittimari e dalle scomparsa del fedecommesso considerato come un impedimento alla libera commerciabilità dei beni⁷.

Con la codificazione codicistica del 1942, vi è un diverso modo di concepire i diritti soggettivi del privato, specialmente quelli patrimoniali, la cui tutela sarebbe condizionata ad una positiva valutazione della compatibilità o funzionalizzazione di tali diritti con i fini sociali che andavano sviluppandosi⁸. Dal codice del '42, in cui si evidenzia una certa divaricazione tra disciplina della famiglia, quale istituto della società civile, e disciplina della eredità, quale momento di una vicenda economica, si passa alle innovazioni portate dalla l. 19-5-1975, n. 151 in cui trova esplicita conferma la connessione tra i valori e i criteri normativi che presiedono e regolano il diritto di famiglia e quello ereditario. Da tale evoluzione, alla vicenda successoria viene riconosciuta la funzione non più di conservazione e trasmissione della ricchezza, ma di elevazione economica dei soggetti più deboli del gruppo familiare.

Il disponente potrà considerare i detti rapporti attraverso il congegno testamentario o con altri strumenti contrattuali, ma dovrà sempre rispettare gli angusti limiti che il diritto ereditario pone a tutela di detti

⁷ A. Liserre, *Disposizioni generali sulle successioni. Introduzione*, Tratt. Rescigno, V (Torino 1982), 17 ss.

⁸ Cfr. G. Vismara, *La norma e lo spirito nella storia del diritto successorio*, *Studia et documenta historiae et iuris*, 1965, 31, 61-91; Id., *Famiglia e successioni nella storia del diritto* (Roma 1975), 62 ss.

soggetti. Lo stesso sistema della delazione legittima è oramai considerato “antiquato” in quanto posto su un modello di famiglia formale che non rispecchia più gli assetti socio-familiari ed economici della multiforme realtà sociale, in cui il grado di parentela va ben oltre a quello in cui corrisponde un reale rapporto effettivo e di solidarietà parentale⁹, fissato nel libro I, titolo VI del codice civile.

Il carattere assoluto della riserva in favore dei legittimari pone limiti invalicabili all'ereditando di disporre del proprio patrimonio con atti di liberalità, tra vivi o a causa di morte, oltre la quota disponibile stabilita dalla legge, ancorché sia riconosciuto al beneficiante di suddividere il proprio patrimonio tra i futuri legittimari.

Inoltre, la tutela dei familiari formali si estende anche oltre la previsione di una quota ideale riservata di patrimonio dell'ereditando, essendo previsti in loro favore una serie di diritti volti a far acquistare ulteriori porzioni di beni o altri valori patrimoniali dell'ereditando, che vengono identificati dalla dottrina con l'espressione di successioni anomale legali¹⁰.

La recessività del diritto ereditario italiano risiede, principalmente, nel principio di unitarietà della successione, nel senso che la legge predispone un unico meccanismo di allocazione delle situazioni giuridiche soggettive facenti capo al defunto, indipendente ed invariabile rispetto alla composizione del compendio ereditario e alle qualità soggettive sia del *de cuius* sia del successibile¹¹.

Cosicché, il detto principio di sistema, unitamente a quegli altri volti ad affermare il principio di equivalenza degli eredi del medesimo grado, della riserva per quota fissa, dell'irrinunciabilità anticipata dell'azione di riduzione, rende il modello legale di devoluzione del patrimonio inidoneo a salvaguardare l'integrità della ricchezza familiare, anche nell'interesse della stessa famiglia beneficiaria.

⁹ Cfr. A. D'Aloia, *La successione mortis causa nella Costituzione*, Tratt. di dir. delle successioni e donazioni, diretto da G. Bonilini, I, La successione ereditaria (Milano 2009), 58.

¹⁰ Cfr. G. Cattaneo, *Vocazione necessaria e legittima*, Tratt. Rescigno, V cit., 461 e 11.

¹¹ Cfr. Per un'approfondita analisi storica e concettuale G. De Nova, *Il principio di unità della successione e la destinazione dei beni alla produzione agricola*, Riv. dir. agr., 1979, I, 509; A. Galasso, *La rilevanza della persona nei rapporti privati* (Napoli 1974), passim.

1.2. *Il diritto ereditario alla luce della Carta costituzionale.*

«Il fenomeno successorio non è investito né chiamato a svolgere una funzione sociale voluta dal legislatore per la proprietà»¹², a differenza di quanto avviene in altre Costituzioni¹³, per cui altre ipotesi di delazione volontaria sarebbero precluse perché non conformi alla funzione sociale assolta dalla delazione legale e testamentaria¹⁴.

Si ritiene che il riferimento alla successione testamentaria e legale contenuto nell'art. 42 Cost. non pregiudichi né escluda ipotesi alternative di delazione ereditaria, ma impedisca, tutt'al più, al legislatore ordinario, di eliminare dall'ordinamento giuridico tali forme di delazione¹⁵. Cosicché è da escludere che il divieto in discorso costituirebbe principio di ordine pubblico¹⁶, identificato ora nei principi basilari del nostro ordinamento sociale ora in un principio generale, che si ricava da un sistema di norme imperative tenuto altresì conto che questi stessi principi, nel salvaguardare i valori fondamentali, non sono esplicitamente formulati dalla legge e si ricavano per implicito dal sistema legislativo, peraltro in continuo adeguamento in relazione all'evoluzione della società¹⁷.

¹² P. Rescigno, *Attualità e destino del divieto di patti successori*, La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successori, a cura di P. Rescigno (Padova 1995), 1-15; Id., *La successione a titolo universale e particolare*, Successioni e donazioni, a cura di P. Rescigno (Padova 2010), 5.

¹³ L'art. 14 della *Grundgesetz* tedesca afferma che «La proprietà e il diritto ereditario sono garantiti. Contenuti e limiti vengono stabiliti dalle leggi»; l'art. 33 della Costituzione del Regno di Spagna afferma che «1) Si riconosce il diritto alla proprietà privata e all'eredità. 2) La funzione sociale di questi diritti delimiterà i loro contenuti in conformità con le leggi».

¹⁴ In tal senso Rescigno, *Attualità cit.*, 7.

¹⁵ C. Ruperto, *La giurisprudenza sul codice civile*, a cura di C. Carnevale, t. I, libro II (Milano 2005), 500 ss.; negli stessi termini Rescigno, *Attualità cit.*, 7 ss.

¹⁶ Come è noto, alla accezione cosiddetta materiale di ordine pubblico, secondo la quale esso si identificherebbe con la "pace sociale" o con «l'assenza di perturbazioni che possono minacciare il buon funzionamento della società civile» [N. Palaia, *L'ordine pubblico internazionale. Problemi interpretativi sull'art. 31 delle disposizioni preliminari al codice civile* (Padova 1974), 35] si contrappone una concezione ideale che lo concepisce come un sistema di valori e di principi inderogabili in quanto indispensabili per la sopravvivenza dell'ordinamento (A. Pace, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, Arch. giur., 1963, 113).

¹⁷ F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, II (Padova 1993), 288.

Altra parte della dottrina rinviene, in tema di patti successori, il suo fondamento logico-giuridico, oltre che in motivazioni di carattere morale, anche nella previsione costituzionale di cui all'art. 42 Cost., la quale escluderebbe a priori quella contrattuale¹⁸.

È stato infatti affermato che il fenomeno successorio in parola riceverebbe una rilevanza diretta in base all'art. 42, ult. co., Cost. e una rilevanza indiretta in base agli artt. 29, co. 1 e 30, co. 3, Cost.¹⁹ «La successione è uno dei fattori che incentivano il risparmio, dando concretezza a questa finalità segnalata dalla Costituzione come elemento di costruzione di un assetto economico forte e diffuso»²⁰. Al contrario appare, senz'altro, da condividere quell'orientamento dottrinale che evidenzia la circostanza che la norma costituzionale non impone il testamento come il solo atto di autonomia negoziale consentito per regolare la vicenda dei rapporti della persona al di là della morte; parimenti, non è preclusiva la norma del codice civile, quest'ultima del resto modificabile con semplici procedure rispetto alla revisione costituzionale²¹. Dunque, il sistema non pone preclusioni ad ammettere, accanto alle disposizioni testamentarie, forme di regolamento private della successione diverse e anche a struttura non unilaterale, come sono i patti e le convenzioni, per usare i termini usati (e preferiti alla parola contratto) nella norma di divieto²². Si pensi all'introduzione del patto di famiglia²³, considerato

¹⁸ Cfr. P. Lotti, *L'ordine pubblico internazionale, La globalizzazione del diritto privato e i limiti di operatività degli istituti di origine estera nell'ordinamento italiano*, Il diritto privato oggi, a cura di P. Cendon (Milano 2005), 149 ss.; Giampiccolo, *Il contenuto cit.*, passim.

¹⁹ G. Gabrielli, *Rapporti familiari e libertà di testare*, Familia, 2001, 11.

²⁰ Cfr. D'Aloia, *La successione cit.*, 45. E.P. Perlingieri, *La funzione sociale del diritto successorio*, Rass. dir. civ., 2009, 134, il quale pur riconoscendo una funzione sociale del diritto ereditario non perfettamente coincidente con la funzione sociale della proprietà, vi sarebbe un limite all'esercizio della discrezionalità del legislatore nella disciplina delle conseguenze della morte di un soggetto rappresentato dalla solidarietà familiare e dal principio di contribuzione; nello stesso senso G. Panza-F. Panza, *Successioni in generale tra codice civile e Costituzione*, Tratt. C.N.N. (Napoli 2004), 10-20.

²¹ Rescigno, *La trasmissione cit.*, 10.

²² Ibidem.

²³ Disciplinato dagli art. 768 *bis* ss. c.c. è un istituto giuridico introdotto attraverso la l. 14-2-2006, n. 55, la quale lo ha disciplinato prevedendo un apposito capo, il V *bis*, nell'ambito del titolo IV del libro II nel codice civile. La nozione elaborata dal legislatore lo descrive come un contratto, compatibilmente con le disposizioni in materia di im-

da una parte della dottrina una deroga espressa al divieto *de quo*. Si è infatti rilevato come, a seguito della recente riforma, che ha introdotto nel nostro ordinamento il patto di famiglia, si sia avuto un ampliamento dell'autonomia privata in ambito successorio rilevante sul piano internazionale e privatistico²⁴.

1.3. *Il diritto successorio in relazione al diritto internazionale privato.* *Il reg. UE 4-7-2012, n. 650. Cenni.*

Il diritto successorio, oltre a doversi confrontare con i principi della nostra Carta costituzionale, deve altresì essere visto anche alla luce dei diritti degli altri ordinamenti europei, e soprattutto alla luce dei recenti interventi comunitari.

Sappiamo, infatti, che i patti successori, vietati in Italia, sono tuttavia leciti in molti paesi stranieri. Sono riconosciuti nei paesi di *common law*, così come la Germania²⁵, la Spagna e la Francia²⁶, Paesi geograficamen-

presa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, un imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti. Il patto di famiglia deve essere concluso per *atto pubblico* a pena di nullità.

²⁴ A.G. Cianci, *Soggetto straniero e attività negoziale. Il principio di reciprocità e la sua dimensione attuale nel diritto privato* (Milano 2007), 371 ss. In tal senso M.C. Lupetti, *Patto di famiglia: note a prima lettura*, www.CNNnotizie.it; A. Merlo, *Il Patto di famiglia*, www.CNNnotizie.it, 14-2-2006; A. Bolano, *Patti successori e l'impresa alla luce di una recente proposta di legge*, *Contratti*, 2006, 90 ss. e 104 ss.

²⁵ Con l'*Erbvertrag* il disponente (*Erblasser*) può istituire eredi (*Erbeinsetzung*) e legatari (*Vermachtnisse*), assegnando beni *mortis causa* al contraente o ad un terzo, senza essere poi limitato nell'eventuale successiva disposizione del bene in vita (salvo l'intento di danneggiare l'erede contrattuale), non potendo però disporre dei medesimi beni oggetto del contratto ereditario attraverso altri atti *mortis causa* (un altro *Erbvertrag* o un testamento). Cfr. B. Eccher, *Antizipierte Erbfolge* (Berlin 1980); H. Kollhauser, *Aktuelle Fragen der Vorweggenommenen Erbfolge*, *Archiv für Civ. Praxis*, 1994, 231 ss.; A. Roethel, *Law of succession and Testamental freedom in Germany*, in M. Andersen-E.A. Amayuelas, *The Law of succession. Testamentary Freedom* (Gröningen 2011), 165 ss.; H. Brox, *Erbrecht* (München 2003).

²⁶ G. Zanchi, *Percorsi del diritto ereditario attuale e prospettive di riforma del divieto dei patti successori*, *Jus civile*, 2013, 746, nota 164, nella quale ricorda come il «Code Civil vieta i patti successori, prevedendo tuttavia salvezza per una serie di eccezioni legali (art. 722), che sono proliferate negli anni: dalla *clause commerciale* alla *donation-partage*, che restano tuttavia collegate alla dimensione endo-familiare della trasmissione del-

te e culturalmente vicini all'Italia²⁷, lo ignorano o, pur ammettendolo²⁸, prevedono ciononostante una disciplina dei patti successori, seppur limitata dai principi di ordine pubblico loro propri²⁹.

Ciò pone il problema della riconoscibilità, nel nostro ordinamento, di patti successori stipulati secondo le norme di un diritto straniero che li riconosca ovvero il dubbio se il divieto in discorso presieda principi irrinunciabili del nostro sistema successorio tali da impedire, *ex art. 16, l. 218/1995*³⁰, il riconoscimento di una norma straniera che

la ricchezza». Da segnalare che la l. 728/2006 «*portant reforme des successions et des liberalités*», ha introdotto anche in Francia, ai novellati artt. 929 ss., il patto rinunciativo nella configurazione di rinuncia anticipata è espressa a promuovere l'azione di riduzione (oltre ad aver introdotto le *libéralités-partage* e il *mandat a effect postume*). Sulle riforme che hanno interessato il diritto francese delle successioni cfr. A. Fusaro, *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio, nei recenti interventi legislativi francesi e italiani*, Contr. impr. Europa, 2009, 427 ss.

²⁷ G. Bonilini-U. Carnevali, voce *Successione*. IX) *Diritto comparato e straniero*, Enc. giur., XXX (Roma 1993), 1; E. Calò, *Patto di famiglia e norme di conflitto*, Fam. pers. e succ., 2006, 629.

²⁸ Cfr. Zanchi, *Percorsi cit.*, 746, nota 166: Nel diritto svizzero i patti successori istitutivi (art. 494 c.c. svizzero, ma anche quelli rinunciativi art. 495 c.c. svizzero) sono regolati come mezzo generale di delazione dei beni residui del disponente accanto al testamento. Così l'art. 481, co. 1, «Ognuno può disporre di tutti i suoi beni, o di parte di essi, per testamento o per contratto successorio, nei limiti della porzione disponibile». Da notare, tuttavia, che il patto istitutivo è un contratto obbligatorio, nel senso che da esso non discende l'effetto traslativo al verificarsi dell'evento della morte del disponente, ma solo l'impegno a trasferire. Art. 494 c.c. svizzero: «Il disponente può obbligarsi, mediante contratto successorio, a lasciare la sua successione od un legato alla controparte o ad un terzo. Egli conserva la libera disposizione del suo patrimonio. Le disposizioni a causa di morte e le donazioni incompatibili con le sue obbligazioni derivanti dal contratto successorio possono essere contestate». Vedi, E. Calò, *Le successioni nel diritto internazionale privato* (Milano 2007), 203 ss.

²⁹ V. Tagliaferri, *Il divieto dei patti successori fra autonomia e ordine pubblico*, Notariato, 2003, 434.

³⁰ Le norme di diritto internazionale privato sono previste dalla l. 31-5-1995, n. 218, e sono l'insieme delle norme interne di uno Stato, create al fine di regolare fattispecie che presentano elementi di estraneità rispetto al nostro ordinamento giuridico. Le disposizioni normative di diritto internazionale privato italiane, prevedono solo due tipi di successione, quella testamentaria, regolata dal *de cuius* in vita attraverso il testamento, e quella legittima, che ha luogo in mancanza di testamento, o quando questo sia nullo, annullato, o nel caso in cui disponga solo per una parte dei beni. Non si fa invece alcun cenno ai patti successori.

Ai sensi dell'art. 46, l. 218/1995 «La successione per causa di morte è regolata dalla legge nazionale del soggetto della cui eredità si tratta, al momento della morte. Il sog-

consenta la successione contrattuale.

In uno studio della Commissione studio civilisti del Consiglio Nazionale del Notariato, avente ad oggetto l'istituto del patto successorio olandese, si è evidenziato che «sarebbe davvero arduo ipotizzare che le norme di altri Stati che disciplinano ipotesi di patti successori siano contrarie ai fondamenti della nostra civile convivenza»³¹. Sotto tale profilo, la dottrina³² e giurisprudenza unanimi sono concordi nel non ravvisare nel divieto in parola un presidio di ordine pubblico internazionale.

La giurisprudenza di legittimità, in un recente passato, nel dover decidere se fosse dovuta ritenere valida una disposizione del *de cuius* di nazionalità canadese in conseguenza della quale erano stati lesi i diritti del legittimario, ha affermato che «ai legittimari non fa riferimento la Carta costituzionale e la quota riservata ai medesimi rappresenta un li-

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

È discusso se il co. 2 dell'art. 46, l. 218/1995 costituisca norma di ordine pubblico internazionale o meno. Secondo parte della dottrina (P. De Cesari, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni* (Milano 2001), 201 ss.; F. Trombetta Panigadi, *La successione mortis causa nel diritto internazionale privato*, in Bonilini, *Trattato cit.*, 33) il limite avrebbe natura comparabile alle cc.dd. Norme imperative "semplici" tipiche della Convenzione di Roma del 1980 (cfr. artt. 5 e 6); esse cioè avrebbero carattere sostanziale, nel senso che non opererebbero necessariamente ma solo quando la disciplina straniera applicabile in ragione della scelta di legge del disponente non offra ai legittimari residenti in Italia la medesima protezione che la tutela della legittima assicurerebbe loro.

³¹ Studio n. 2886 della Commissione studi civilistici del Consiglio Nazionale del Notariato approvato il 3-5-2000. La Corte di Cassazione, con la sentenza 24-6-1996, n. 5832, Nuova giur. civ. comm., 1997, 167, ha affermato che non sono contrarie al c.d. ordine pubblico internazionale le norme di altri Stati che non prevedono la successione necessaria.

³² L. Ferri, *Disposizioni generali sulle successioni. Art. 456-511*, Comm. Scialoja-Branca (Bologna 1964), 103; A. Palazzo, *Le successioni* (Milano 2000); P. Mengozzi, *La riforma del diritto internazionale privato italiano* (Napoli 1996), 216 ss.; S. Bariatti (a cura di), *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Nuove leggi civ. comm., 1996, 1353; P. Picone, *La legge applicabile alle successioni*, in AA.VV., *La riforma del diritto internazionale privato e i suoi riflessi sull'attività notarile* (Milano 1991), 95 ss.; F. Magliulo, *Il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale*, Riv. not., 1992, 1411 ss.

mite della successione legittima o delle disposizioni testamentarie, e che il legislatore italiano può modificare e anche sopprimere. Pertanto, l'istituto non può qualificarsi tra quelli che costituiscono espressione del principio di ordine pubblico cui si riferisce l'art. 31 delle preleggi al codice civile»³³.

Va aggiunto che, a conferma di tale interpretazione, l'art. 46, l. 218/1995 prevede un limite di diritto materiale all'operatività della *electio iuris* in favore della legge del Paese di residenza del *de cuius*, solo nel caso in cui l'opzione sia stata effettuata dal cittadino italiano in favore di una legge straniera che pregiudica i diritti successori degli eredi necessari, residenti in Italia al momento della morte del disponente³⁴.

Un analogo limite, invece, non è previsto per l'operatività in Italia di patti successori contratti in applicazione di una legge straniera che li prevede, sicché solo la tutela della legittima, e nei limiti di cui all'art. 46, co. 2, l. 218/1995³⁵, acquista valore di norma imperativa nei rapporti

³³ Cass. 24-6-1996, n. 5832, Giust. civ., I, 1238; conforme anche Cass. 6-10-1955, n. 2860, Rep. Foro it., 1955, voce *Successione*, n. 8; Trib. Bolzano 8-3-1968, Rep. Foro it., 1969, voce *Successione*, n. 34; Cass. 5-4-1984, n. 2215, Foro it., 1984, I, c. 2253.

Una nota pronunzia della Cassazione ha ritenuto il divieto del patto successorio espressione di un principio di ordine pubblico. In particolare si afferma che il patto successorio ponendosi in contrasto con il principio fondamentale (e pertanto di ordine pubblico) del nostro ordinamento della piena libertà del testatore di disporre dei propri beni fino al momento della sua morte, è per definizione non suscettibile della conversione *ex art. 1424 c.c.* in un testamento mediante la quale si realizzerebbe proprio lo scopo, vietato dall'ordinamento, di vincolare la volontà del testatore al rispetto di impegni, concernenti la propria successione, assunti con terzi (Cass. 14-7-1983, n. 4827, Riv. not., 1984, 245). Tale sentenza è stata tuttavia contraddetta dalla recente sentenza sopra menzionata.

³⁴ L'art. 46 della citata legge stabilisce che l'intera successione sia disciplinata dal criterio di collegamento della *c.d. lex personae*, ossia dalla legge nazionale del defunto al momento della morte, sia per ciò che concerne i beni mobili che per i beni immobili. Al contrario, la maggior parte dei sistemi di *common law* utilizza il principio risalente all'epoca feudale della scissione della successione; quest'ultima sarà quindi regolata da due leggi differenti, quella nazionale del defunto per i beni mobili, e quella del luogo in cui si trova il bene, la *c.d. lex loci*, per il trasferimento *mortis causa* degli immobili [cfr. P. Rescigno, *Trattato breve delle successioni e donazioni* (Milano 2010), 729].

³⁵ Tale comma tratta della *professio iuris*, istituto in base al quale il disponente attraverso una dichiarazione espressa in forma testamentaria può decidere che la legge da applicare all'intera successione sia quella dello Stato in cui egli risiedeva con *animus manendi*. Attraverso la *professio iuris*, l'istituto del rinvio è quindi escluso, e sarà applicato solo il diritto materiale dell'ordinamento straniero scelto. Se invece la persona non

successori internazionali, confermando, per contro, la non essenzialità del divieto dei patti successori nel sistema successorio vigente³⁶.

L'approvazione del reg. UE 4-7-2012, n. 650³⁷, 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, si iscrive nel più ampio interessamento dell'Unione europea al diritto successorio³⁸.

Lo scopo del regolamento è quello di sancire una disciplina di conflitto uniforme, valida *erga omnes*, che non sia cioè limitata a regolare solo i rapporti all'interno dell'Unione bensì anche quelli con Stati terzi, come si evince chiaramente dal disposto dell'art. 20 del regolamento³⁹.

Il regolamento si ispira al principio dell'unità della successione (il c.d. metodo monista) e sottopone l'intera successione (art. 23 del regolamento) – dall'apertura di quest'ultima fino al trasferimento della proprietà dei beni che fanno parte dell'eredità ai beneficiari comprendendo anche «l'amministrazione dell'eredità e la responsabilità per i beni ere-

determina preventivamente la legge applicabile alla sua successione, come dispone l'art. 15, le norme dell'ordinamento al quale il giudice nazionale rinvierà devono essere applicate nella loro interezza e secondo i loro criteri d'interpretazione e d'applicazione nel tempo.

³⁶ Zanchi, *Percorsi cit.*, 737.

³⁷ Il regolamento è entrato in vigore il 17 agosto del 2015. Il Regno Unito, così come l'Irlanda e la Danimarca, hanno optato per la non partecipazione all'adozione del regolamento sull'esecuzione del testamento inglese in rapporto al diritto internazionale privato italiano vedi *infra* § 1.5.

³⁸ Nella relazione alla proposta di regolamento al § 1.2 si legge che «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 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. La presente proposta è diretta a consentire a chi risiede nell'Unione europea di organizzare in anticipo la propria successione e di assicurare in maniera efficace i diritti degli eredi e/o dei legatari e degli altri congiunti del defunto, nonché dei creditori della successione».

³⁹ L'art. 20 del reg. (UE) 650/2012 stabilisce: «La legge designata dal presente Regolamento si applica anche ove non sia quella di uno Stato membro».

ditari» – alla legge della residenza abituale del *de cuius* al momento della morte (art. 21 del regolamento).

Il principio cardine che regola la competenza e la legge applicabile a tali successioni è quello della residenza abituale del defunto al momento della morte che, a differenza del principio della cittadinanza di origine del *de cuius*, che viene applicato nella gran parte dei paesi europei (Austria, Germania, Grecia, Italia, Polonia, Portogallo, Slovenia, Spagna, Svezia, Ungheria), dovrebbe rivelare un collegamento stretto e stabile del defunto con lo Stato interessato.

Gli artt. 4 e 21 del regolamento individuano, infatti, la residenza abituale del defunto al momento della morte quale criterio generale di determinazione, rispettivamente, della competenza giurisdizionale e della legge applicabile alla successione del *de cuius*. Per residenza abituale si intende il luogo ove il defunto aveva la connessione più forte in termini di centro degli affetti e di interessi e non va necessariamente a coincidere con la residenza fiscale⁴⁰. Il suo accertamento, da effettuarsi al momento della morte, impone però una valutazione caso per caso e implica, dunque, una valutazione globale delle circostanze della vita del defunto negli anni precedenti la morte e al momento della morte.

Il *considerando* n. 24, in termini generali, chiarisce, poi, 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».

L'art. 22 ha lasciato, comunque, uno spazio di autonomia al testatore, poiché dispone che una persona può scegliere, come legge che regola la sua intera successione, la legge dello Stato di cui ha la cittadinanza al momento della scelta o della morte. La validità sostanziale dell'atto con cui è stata fatta la scelta di legge è disciplinata dalla legge scelta e la modifica o la revoca della scelta devono soddisfare le condizioni di forma previste per la modifica o la revoca di una disposizione a causa di morte.

Autorevole dottrina⁴¹ rileva che, in tema di scelta di legge, è bene subito ricordare anche la regola introdotta in materia di patti successori,

⁴⁰ Si veda a tal fine il *considerando* n. 23.

⁴¹ P. Pasqualis, *Successioni, certificato di eredità e circolazione in Europa dell'atto pubblico notarile*, Notariato, 2012, 496.

laddove si prevede che, nel caso in cui il patto sia concluso per regolare la successione di più di una persona, esso possa essere disciplinato secondo la legge scelta tra quelle che avrebbero potuto essere scelte anche da uno solo degli interessati.

In altre parole, se anche uno solo di coloro, che partecipano al patto successorio, può scegliere una legge che consente e disciplina il patto stesso, anche per gli altri paciscenti il patto sarà valido conformemente a tale legge. Così, la coppia italo-tedesca, ad esempio, potrà fare la scelta per la legge tedesca e concludere così un patto successorio che regolerà anche la successione del coniuge italiano.

Da ciò ne consegue la piena validità di un *Erbvertrag* concluso tra l'avente diritto e un cittadino tedesco stabilitosi da tempo in Italia o del *pacto sucesorio*, valido ed efficace per il *Derecho Civil* Navarro⁴².

Va, peraltro, precisato che, proprio al fine di eliminare ogni ipotesi di incertezza normativa, il criterio generale della residenza abituale del defunto, al fine di determinare la legge regolatrice della successione, non è applicabile ai patti successori, in quanto detti negozi sono produttivi di effetti giuridici per le parti contraenti fin dal momento della loro conclusione.

Per quanto qui direttamente interessa, l'art. 25 del regolamento prevede, con riferimento, ai patti successori, *il favor validitatis*, stabilendo che questi siano regolati dalla legge applicabile alla successione al momento della conclusione degli stessi secondo le regole generali contenute nel regolamento stesso (c.d. *statuto successorio ipotetico*).

Tuttavia, se il regolamento favorisce i patti successori, non permette, però, che essi siano causa di esclusione della quota di legittima negli Stati membri in cui questa è prevista. Infatti, è necessario evidenziare che, sebbene al *considerando* (n. 50) del regolamento viene stabilito che la legge che disciplinerà l'ammissibilità e la validità sostanziale di una disposizione a causa di morte e gli stessi patti successori sia quella determinata dalle stesse parti in base ai criteri dettati dal regolamento, gli effetti vincolanti di tali patti tra le parti, non dovrebbero pregiudicare i diritti di chi, 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. Va, tuttavia, rilevato che non vi è alcuna disposizione a tutela degli

⁴² Gli esempi citati si trovano in Zanchi, *Percorsi* cit., 760.

eredi necessari⁴³ trasfusa nel regolamento definitivo.

Tale circostanza, frutto evidentemente di un preciso scopo, trova probabilmente la ragione giustificativa nel fatto che l'istituto della successione necessaria non è contemplato in tutti gli ordinamenti dei Paesi membri dell'Unione europea, poiché frutto di scelte politiche del legislatore piuttosto che derivante da principi morali o da tesi giusnaturalistiche⁴⁴.

Le disposizioni normative di diritto internazionale privato italiane prevedono, infatti solo due tipi di successione, quella testamentaria, regolata dal *de cuius* in vita, attraverso il testamento, e quella legittima, che ha luogo in mancanza di testamento, o quando questo sia nullo, annullato, o nel caso in cui disponga solo per una parte dei beni. Non si fa, invece, alcun cenno ai patti successori.

L'art. 46 della citata legge stabilisce che l'intera successione sia di-

⁴³ All'art. 18 della proposta, co. 4, poi non trasfuso nel testo definitivo, si legge che «l'applicazione della legge prevista dal presente articolo non pregiudica i diritti di chi non è parte del patto, e in forza della legge designata agli articoli 16 o 17 ha diritto alla quota di legittima ovvero ha altri diritti di cui non può essere privato dalla persona della cui successione si tratta». Nel commento all'art. 18 è chiarito che «occorre stabilire regole sulla legge applicabile ai patti successori e ai testamenti congiuntivi, utilizzati al fine di organizzare, per esempio, il trasferimento di un'impresa o di permettere al coniuge superstite di beneficiare del patrimonio comune».

⁴⁴ Nel Regno Unito ad esempio, salvo la Scozia, la legittima non è prevista. Sono però presenti regole assimilabili, nei risultati, alla nostra successione necessaria, contenute nell'*Inheritance Act. Provision for Family and Dependants* del 1975, cfr. M. Graziadei, *Diritti nell'interesse altrui. Undisclose agency e trust nell'esperienza giuridica inglese* (Trento 1995), 327. Una cerchia ristretta di soggetti (ad es. i figli, quelli trattati come tali, il coniuge e l'ex coniuge purché non risposato, i *dependants* del defunto, il convivente *more uxorio* se la convivenza è perdurata per due anni precedentemente alla morte del *de cuius* e il partner omosessuale registrato), qualora non adeguatamente considerati nel testamento, possono agire dinanzi al giudice inglese per denunciare la successione di un patrimonio ereditario che privi di *reasonable financial provisions*, ossia di un importo ragionevole, il ricorrente.

In Olanda è stata notevolmente rafforzata la figura del coniuge superstite, poiché a esso sarà attribuito il patrimonio ereditario, mentre ai figli spetterà solo un credito che potrà essere riscosso soltanto in seguito alla morte del coniuge superstite; questo modello ci ricorda quello di alcuni Stati nordamericani.

In Francia la legittima assicura la solidarietà della famiglia ed ha da un lato un valore storico e simbolico e dall'altro forti implicazioni economiche per l'ordinamento francese, tanto che la possibilità di escludere i legittimari dalla successione rappresenterebbe «una terribile minaccia per il Paese», così come disse il Guardasigilli francese al tempo della discussione in Parlamento della proposta di regolamento.

sciplinata dal criterio di collegamento della c.d. *lex personae*, ossia dalla legge nazionale del defunto al momento della morte sia per ciò che concerne i beni mobili che per i beni immobili⁴⁵.

Il co. 2 del medesimo articolo prevede inoltre l'istituto della *professio iuris*, in base al quale il disponente attraverso una dichiarazione espressa in forma testamentaria può decidere che la legge da applicare all'intera successione sia quella dello Stato in cui egli risiedeva con *animus manendi*⁴⁶.

Ciononostante, la medesima norma, garantisce una tutela a favore dell'erede necessario cittadino italiano, salvo che questi, al momento della morte del disponente, risieda fuori dall'Italia⁴⁷.

Si ritiene, comunemente, che uno dei principali ostacoli normativi al libero esplicarsi dell'autonomia privata nella pianificazione successoria sia rappresentato dal divieto dei patti successori.

La violazione di tale divieto viene, infatti, sanzionato con la nullità del patto, che non potrebbe essere neanche convertito *ex art. 1424 c.c.* in un altro negozio valido⁴⁸; così non è, invece, per le violazioni di altre norme inderogabili del diritto ereditario, che lasciano al soggetto destinatario della tutela la libertà di rendere inefficace nei suoi confronti la disposizione lesiva dei suoi diritti⁴⁹.

⁴⁵ Al contrario, la maggior parte dei sistemi di *common law* utilizza il principio risalente all'epoca feudale della scissione della successione; quest'ultima sarà quindi regolata da due leggi differenti, quella nazionale del defunto per i beni mobili, e quella del luogo in cui si trova il bene, la c.d. *lex loci*, per il trasferimento *mortis causa* degli immobili (Rescigno, *Trattato breve cit.*, 729).

⁴⁶ Attraverso la *professio iuris*, l'istituto del rinvio è quindi escluso, e sarà applicato solo il diritto materiale dell'ordinamento straniero scelto. Se invece la persona non determina preventivamente la legge applicabile alla sua successione, come dispone l'art. 15, le norme dell'ordinamento al quale il giudice nazionale rinvierà devono essere applicate nella loro interezza e secondo i loro criteri d'interpretazione e d'applicazione nel tempo.

⁴⁷ E. Calò, *La professio iuris straniera nel diritto internazionale privato italiano delle successioni*, CNN, 2005, 3, il quale evidenzia come tale norma possa generare incompatibilità con il principio di non discriminazione stabilito dall'art. 18 TFUE e può compromettere il principio della libera circolazione delle persone nel territorio europeo fissato dall'art. 26 TFUE.

⁴⁸ Si vuole evitare che si realizzi proprio lo scopo vietato. Cass. 14-7-1983, n. 4827, *Vita not.*, 1984, 829, con nota di A. Lepre, *Sull'applicabilità dell'art. 1424 cod. civ. ai patti successori istitutivi*; Cass. 19-11-2009, n. 24450, *Giust. civ.*, I, 2010, 1985.

⁴⁹ L. Mengoni, *Conclusioni*, *Jus*, 1997, 309 afferma che «vi sono delle rigidità nella

Nel sanzionare con la nullità il divieto in parola non si vuole certo perseguire la difesa di un principio di ordine pubblico, ma si risponderebbe ad una scelta di politica legislativa di limitare gli atti *mortis causa* al solo atto di ultima volontà, in cui la morte assurge a causa dell'attribuzione.

E, infatti, proprio per dotare l'impianto successorio di coerenza rispetto anche all'intero ordinamento giuridico, in virtù del richiamato principio vigente in materia testamentaria, non si poteva che sanzionare con la nullità contratti a causa di morte.

Il riferimento esclusivo alla successione legittima e testamentaria, che si legge nell'ultimo comma dell'art. 42 Cost., non esclude di per sé che possano essere previste altre forme di devoluzione alternative alla legge e al testamento, né può essere attribuita alle due menzionate ipotesi di delazione ereditaria una funzione sociale, alla stregua del co. 2 dell'art. 42, donde poter concludere che altre ipotesi di delazione volontaria sarebbero precluse perché non conformi alla funzione sociale assolta dalla delazione legale e testamentaria⁵⁰.

Si è posto il dubbio se il divieto dei patti successori presieda principi irrinunciabili del nostro sistema successorio tali da impedire, *ex art.* 16, l. 218/1995, il riconoscimento di una norma straniera che consenta la successione contrattuale.

Va aggiunto, a conferma di tale interpretazione, che l'art. 46, l. 218/1995⁵¹ prevede un limite di diritto materiale all'operatività della *electio iuris*, in favore della legge del Paese di residenza del *de cuius*, solo nel caso in cui l'opzione sia stata effettuata dal cittadino italiano in favore di una legge straniera che pregiudica i diritti successori dei legittimari residenti in Italia al momento dell'apertura della successione.

legge. La principale è in divieto dei patti successori: la giurisprudenza cerca di allentarlo, ma la lettera dell'art. 458 è quella che è, e l'interprete non può fare più di tanto».

⁵⁰ In tal senso Rescigno, *Attualità* cit., 7 ss.

⁵¹ È discusso se il co. 2 dell'art. 46, l. 218/1995 costituisca norma di ordine pubblico internazionale o meno. Secondo parte della dottrina (De Cesari, *Autonomia* cit., 201 ss.; Trombetta Panigadi, *La successione* cit., 226, nota 42) il limite avrebbe natura comparabile alle cc.dd. Norme imperative "semplici" tipiche della Convenzione di Roma del 1980 (cfr. artt. 5 e 6); esse cioè avrebbero carattere sostanziale, nel senso che non opererebbero necessariamente ma solo quando la disciplina straniera applicabile in ragione della scelta di legge del disponente non offra ai legittimari residenti in Italia la medesima protezione che la tutela della legittima assicurerebbe loro.

Un analogo limite, invece, non è previsto per l'operatività in Italia di patti successori contratti in applicazione di una legge straniera che li prevede, sicché solo la tutela della legittima, e nei limiti di cui all'art. 46, co. 2, l. 218/1995, acquista valore di norma imperativa nei rapporti successori internazionali, confermando, per contro, la non essenzialità del divieto dei patti successori nel sistema successorio vigente⁵².

Ponendoci nell'ottica comunitaria, non si può fare a meno di considerare che i patti successori sono ammessi in diversi ordinamenti europei e in altri sistemi giuridici storicamente e culturalmente prossimi al nostro.

Si pensi alla Germania⁵³, l'Austria, la Francia, la Svizzera e la Spagna, oltre al Regno Unito⁵⁴.

Alcuni ordinamenti ammettono, accanto al testamento, il contratto ereditario come il diritto tedesco e svizzero mentre altri ordinamenti lo ammettono solo in via d'eccezione come nel caso del diritto francese⁵⁵ e austriaco⁵⁶.

Il reg. 650/2012 si iscrive nel più ampio interessamento dell'Unione europea al diritto successorio. La scelta del criterio della residenza abituale favorisce l'integrazione del cittadino straniero nel paese ospitante estendendogli il trattamento giuridico del cittadino (residente), sempre che non abbia manifestato la volontà per l'applicazione della legge di cittadinanza ai sensi dell'art. 25, co. 3, come nel caso in cui il diritto del paese di residenza vieti i patti successori eventualmente stipulati nel paese d'origine.

⁵² Zanchi, *Percorsi cit.*, 737.

⁵³ Vedi *supra* nota 38.

⁵⁴ Vedi *supra* nota 41.

⁵⁵ Zanchi, *Percorsi cit.*, 746, nota 164, nella quale ricorda come il "Code Civil" vieta i patti successori, prevedendo tuttavia salvezza per una serie di eccezioni legali (art. 722), che sono proliferate negli anni: dalla *clause commerciale* alla *donation-partage*, che restano tuttavia collegate alla dimensione endo-familiare della trasmissione della ricchezza. Da segnalare che la l. 728/2006 «*portant réforme des successions et des libéralités*», ha introdotto anche in Francia, ai novellati artt. 929 ss., il patto rinunciativo nella configurazione di rinuncia anticipata è espressa a promuovere l'azione di riduzione (oltre ad aver introdotto le *libéralités-partage* e il *mandat a effect postume*). Sulle riforme che hanno interessato il diritto francese delle successioni cfr. A. Fusaro, *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio*, Contr. impr. Europa, 2009, 427 ss.

⁵⁶ *Erbverträge unter Ehegatten*, §§ 602 e 1249 del codice civile austriaco del 1811 [ABGB].

Da tale contesto normativo ne consegue che «Il riconoscimento giudiziario del diritto straniero e, per tale via, del patto successorio valido ed efficace in base alla legge straniera, non troverà ostacolo nel limite dell'ordine pubblico. E ciò non solo per l'atteggiamento liberale della nostra giurisprudenza, ma anche perché il reg. 650/2012 non lo consente»⁵⁷.

Peraltro, se da un lato, il detto regolamento auspica che gli Stati agevolino «l'accettazione negli Stati membri dei diritti successori acquisiti per effetto di un patto successorio»⁵⁸, dall'altro lato, precisa che il riconoscimento dei patti successori «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»⁵⁹.

E, infatti, nella Proposta della Commissione Europea al Parlamento di adozione dell'emanando reg. UE 650/2012, trattando del rapporto tra diritto di famiglia e successioni, si afferma che la funzione del primo «si sostanzia nella protezione dei legami familiari. Inoltre, contrariamente al diritto di famiglia, in cui la volontà degli individui assume una rilevanza marginale e la grande maggioranza dei rapporti è disciplinata da disposizioni di ordine pubblico, il diritto successorio resta una materia in cui la volontà del titolare dei diritti riveste un ruolo considerevole».

Appare, dunque, evidente l'importanza che potrà assumere la giurisprudenza, chiamata a svolgere un ruolo decisivo nel processo di diffusione dei modelli regolativi e di omogeneizzazione dei diritti nazionali, soprattutto laddove vi è un'assenza del legislatore a farsi attuatore delle istanze sociali di “ammodernamento” del diritto ereditario, svecchiandolo da retaggi del passato non più attuali e percepiti come espressivi di valori non più in linea con l'odierna conformazione della società civile.

1.4. *Il diritto successorio inglese. Cenni.*

Il sistema successorio inglese e in genere quelli basati sul *Common Law*, non conosce il diritto alla legittima e l'assenza della successione ne-

⁵⁷ *Ibidem.*

⁵⁸ *Considerando* n. 49 del regolamento.

⁵⁹ *Considerando* n. 50 del regolamento.

cessaria costituisce proprio lo strumento per la realizzazione della libertà testamentaria⁶⁰.

Gli storici sostengono che la piena libertà di testare risalirebbe a *Sir Edward Coke*, il grande giurista inglese del diciassettesimo secolo, il quale, rimasto vedovo, si era invaghito di una vicina di casa appena ventenne ma già vedova, mentre in precedenza non vi era la possibilità di fare testamento e le successioni avvenivano in conformità alle consuetudini prenormanne di origine germanica⁶¹.

In realtà, la possibilità di fare testamento si è evoluta gradualmente seguendo linee evolutive differenti a seconda che si tratti di *real* o di *personal property*. In origine, in conformità alle consuetudini prenormanne di origine germanica, in caso di morte del capofamiglia, i beni immobili venivano attribuiti al primogenito; i beni mobili venivano viceversa divisi in tre parti, una delle quali veniva devoluta ai figli, un'altra alla moglie, e l'ultima a favore della chiesa per il bene dell'anima del defunto⁶².

Le dichiarazioni di ultima volontà venivano rese al confessore in punto di morte e debitamente omologate dalle Corti ecclesiastiche, cui era stata attribuita la competenza esclusiva dal sovrano per i beni mobili. In tale contesto si innestò l'istituto dello *use* e successivamente il *trust*, che, come in precedenza visto, erano stati conati al fine di eludere i divieti alla capacità di testare.

È regola cardine del sistema inglese che «*an Englishman still remains at liberty at his death to dispose of his property in whatever way he pleases*»⁶³ ma se ciò costituisce il dato caratterizzante il diritto inglese rispetto a quello europeo continentale, non può non evidenziarsi che anche nel sistema anglosassone esistono dei meccanismi rimediali che conducono ad esiti vicini ai nostri.

⁶⁰ U. Mattei, *La successione contro la volontà del testatore: radici profane di una contrapposizione sacra fra common law e sistemi romanisti*, Studi in onore di Rodolfo Sacco, a cura di P. Cendon, 1994, I, 765 ss.; A. Miranda, *Il testamento nel diritto inglese. Fondamento e sistema* (Padova 1995), 5 ss.

⁶¹ C.D. Bowen, *The Lion and the Throne. The Life and Times of Sir Edward Coke, 1552-1634* (London 1985); Mattei, *La successione* cit., 763.

⁶² P. Gallo, voce *Successioni in diritto comparato*, Dig. disc. priv., sez. civ., Agg., XIX (Torino 2011), 187.

⁶³ *Re Coventry (deceased)* [1980] Capitoli da 461 a 474.

I parenti più stretti e i c.d. *dependents*⁶⁴, se pretermessi o beneficiari di beni in misura insufficiente a soddisfare i bisogni alimentari, possono chiedere al Tribunale una “*financial provision*”⁶⁵ alimentare, determinata in ragione del patrimonio e di altre circostanze discrezionalmente valutabili dal giudice⁶⁶.

Rispetto al modello romanistico-continentale, in cui si prevede una quota di eredità alla ristretta cerchia degli eredi legittimari, in quello anglosassone il richiedente la quota non ha un diritto in ragione di un determinato *status familiare*, ma una mera aspettativa di ottenere dalla Corte una parte del patrimonio purché riesca a provare che il testamento e, ove manchi, le norme sulla successione legittima, lo abbia privato di una “*reasonable financial provision*”.

Inoltre, nel sistema inglese si assiste ad una tutela di alcune situazioni di fatto, quali le convivenze *more uxorio*, del tutto sconosciute al nostro diritto ereditario, che, solo recentemente, attraverso lo strumento del *trust*, laddove istituito, si riescono a dotarle di regolamentazione, in cui gli interessi patrimoniali di ciascun *partner* assumono giuridica rilevanza, benché nei limiti della quota disponibile e nel rispetto dei diritti ereditari riservati ai legittimari di ciascun soggetto beneficiante.

Con riguardo ai figli⁶⁷, qualora siano stati pretermessi o scarsamente

⁶⁴ Fanno parte dei *dependents*, oltre al coniuge, anche i conviventi e, a fianco dei figli consanguinei, anche i figliastri e i coloro considerati tali.

⁶⁵ È una espressione che varia in relazione al soggetto richiedente. Può infatti avere finalità di mantenimento (ad esempio per i soggetti diversi dal coniuge superstite) o può fare riferimento al fabbisogno quotidiano. In alcuni i giudici possono stabilire anche il pagamento di debiti, purché ne possano conseguire prospettive di introiti, o ordinare la messa a disposizione di un alloggio.

⁶⁶ La disciplina è contenuta nell'*Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act del 1975*, indicato quale “*Family Provisions*”: v. Graziadei, *Diritti nell'interesse altrui* cit., 327 ss.; A. Zoppini, *Le successioni in diritto comparato* (Torino 2002), 74 ss. Con l'*Act del 1975*, che ha ampliato la gamma dei provvedimenti adottabili dalla Corte ed ha incrementato il novero dei soggetti considerati, includendovi i figli di ogni età, quelli trattati come tali, nonché i “*dependants*” dal defunto. Nel 1995 (*Law Reform (Succession) Act 1995*, s 2) è stato aggiunto il convivente *more uxorio*, purché la coabitazione risalga ad oltre un biennio rispetto al decesso; è comparso infine il partner omosessuale registrato. Per gli ampi riferimenti vedi A. Fusaro, *I diritti successori dei figli: modelli europei e proposte di riforma a confronto*, Nuova giur. civ. comm., 2012, 747-765.

⁶⁷ L'*Inheritance Act del 1975* non fa distinzioni aprioristiche tra figli minori e maggiori d'età ed entrambi sono tenuti a dimostrare la necessità di una *financial provision*. L'adulto, abile al lavoro e che non possa dimostrare altre “*circostanze particolari*”, nor-

beneficiari, l'ordinamento inglese, a differenza della tutela incondizionata dell'ordinamento italiano, non offre tutela in quanto tali, ma solo se "vulnerabili" (minori d'età, disabili), titolari di aspettative o "moralmente" in credito nei confronti del genitore defunto.

Si tratta in ogni caso di una valutazione del caso concreto che il giudice inglese dovrà fare nel momento in cui gli si porrà la questione da risolvere, contrariamente a quanto invece avviene nel nostro sistema successorio dove, al di là della situazione di indigenza in cui viene a trovarsi un discendente, risulta predeterminata la sua quota.

Su tale aspetto del nostro diritto la dottrina del secolo scorso poneva in evidenza che «[P]oiché intorno a' bisogni della prole e de' congiunti, sia molto arduo determinare caso per caso, quando essi comincino e quando cessino e d'altronde sarebbe fonte, per la società e la famiglia, di perenni dissidii, così il legislatore, tagliando corto a tutte coteste difficoltà, ha opinato, e rettamente, di stabilire a priori una quota di patrimonio indisponibile»⁶⁸.

La disciplina della successione *mortis causa* è contenuta nell'*Administration of Estates Act 1925*, nota quale "*Intestacy Provisions*", destinata a regolare la devoluzione ereditaria in assenza di testamento, quindi in via suppletiva, secondo le aspettative dei superstiti e la probabile volontà (*presumed wishes of the deceased*)⁶⁹ del defunto⁷⁰.

Prima del *Land Transfer Act 1897*, a cui ha fatto seguito l'*Intestacy Provisions* del 1925, nel caso di successione intestata, gli eredi entravano immediatamente in possesso degli immobili secondo la *common law* mentre, se vi era un testamento, la trasmissione avveniva direttamente a favore dei soggetti ivi designati. Dal 1897, la legittimazione a disporre

malmente riceverà qualcosa dal patrimonio del genitore defunto solo se questi lo abbia contemplato nel testamento: infatti, da un lato, per le norme sulla successione ab intestato i diritti dell'eventuale coniuge superstite in molti casi esauriscono il *relictum*, dall'altro lato, il figlio adulto soccomberebbe – per quanto osservato nel testo – domandando una *provision* sulla base dell'*Inheritance Act* del 1975. Così, M. Cinque, *Sulle sorti della successione necessaria*, Riv. dir. civ., 2011, 493.

⁶⁸ Vitali, *Delle successioni*, Il Diritto civile italiano, a cura di P. Fiore, IX (Torino 1911), 17.

⁶⁹ *Family Law: Distribution on Intestacy* (1989), Law Com, 187, 24.

⁷⁰ Fusaro, *I diritti successori* cit., 156. A.J. Hirsch, *Default Rules in Inheritance Law: A Problem in Search of its Context*, Fordham Law Review (2004-2005), 73, 1031, 1032. R. Scalise, *Honor Thy Father and Mother?: How Intestacy Law Goes Too Far in Protecting Parents*, Seton Hall Law Review, 2006, 171-172.

dei beni facenti parte e della *real* e della *personal property* viene attribuita ai c.d. rappresentanti della successione⁷¹. Con la riforma del 1925 viene, poi, introdotto un sistema uniforme di trasmissione di tutti i beni del *de cuius*, senza distinguere se appartengano alla *real* o *personal property*⁷².

Il sistema successorio in *common law* non conosce la delazione né il concetto giuridico di erede. Il patrimonio ereditario, denominato “*estate*”, non è direttamente devoluto agli eredi, ma è nominato un esecutore testamentario, *executor*, se designato dal *de cuius* o un *administrator*, se designato dal Tribunale, che avrà il compito di amministrare l'*estate* provvedendo a pagare le passività⁷³, ad accertare chi siano gli aventi diritto all'eredità ed a devolvere, alla fine di tale procedimento, la massa attiva tra gli stessi⁷⁴. L'erede, quindi, non subentra in tutti i rapporti giuridici, attivi e passivi, facenti capo al *de cuius*, come nei sistemi di *civil law*, ma riceve i beni dall'*administrator* o dall'*executor*.

Il sistema di trasmissione dell'eredità è, dunque, indiretto e differito dal momento che necessita di due trasferimenti di proprietà: il primo dal *de cuius* al *personal representative*, il secondo da questi agli eredi.

Nel sistema di *common law* non si distingue fra esecutore e *trustee*, in quanto entrambi ricevono dal defunto, hanno titolo sui beni ereditari, sebbene per finalità diverse, dovendo il primo estinguere le passività per poter trasferire i beni residuali ai successori del *de cuius*, ed entrambi hanno posizione fiduciaria.

Coerentemente con tale impostazione, l'erede non è responsabile dei debiti oltre il valore dei beni ricevuti, salvo eventuali riduzioni di precedenti attribuzioni ove dovesse ritenersi necessario per il pagamento dei debiti e in caso di *breach of duty*⁷⁵.

⁷¹ Calò, *Le successioni* cit., 91.

⁷² P. Stein, *I fondamenti del diritto europeo* (Milano 1995), 245.

⁷³ La legge inglese, alla sect. 32, dispone che i beni relitti del *de cuius* siano *assets for payment of his debts*.

⁷⁴ Il sistema angloamericano si caratterizza di specifica diversità rispetto agli ordinamenti di *civil law* poiché non prevede la figura dell'erede come successore in un'universalità di rapporti, ma piuttosto la figura di beneficiari che non acquistano direttamente dal *de cuius*, ma ricevono i beni dall'*administrator* o dall'*executor*. V. in proposito Mattei, *La successione* cit., 783; E. Calò, *Dal probate al family trust* (Milano 1996), 7; Miranda, *Il testamento* cit., 148 ss.

⁷⁵ J. Denker, *England*, in D. Hayton, *European Succession Laws* (London 1992), § 2.12, il quale precisa che la responsabilità del passivo è commisurata all'entità delle attività, a meno che vi sia colpa da parte del *personal representative*.

Il testamento inglese, prima di poter essere eseguito, è tuttavia sottoposto ad un controllo giudiziale di autenticità e legittimità, anche riguardo alla capacità del testatore⁷⁶, denominato *probate*; termine con il quale si suole indicare, più in generale, anche l'intera procedura che disciplina la devoluzione dell'asse ereditario regolata dall'*Administration of Estates Act 1925*.

Un simile controllo è, invece, del tutto assente nel nostro ordinamento, dove la pubblicazione del testamento olografo si riduce ad una mera esecuzione di formalità, senza controllo alcuno della sua autenticità e, dunque, passibile di contraffazione.

A partire dal *Land Transfer Act 1987*, la legittimazione a disporre dei beni facenti parte della *real* e della *personal property* è attribuita ai c.d. rappresentanti della successione, i *personal representative*⁷⁷, dal *grant of representation*, rilasciato dalla Corte, o dal *grant of probate*⁷⁸, nel caso in cui vi sia un testamento con il quale si nomini un *executor*.

Il *grant of representation* è, di regola, indispensabile per poter disporre dei beni del defunto⁷⁹ e costituisce il titolo di legittimazione dell'esecutore ad agire in qualità di *personal representative* del defunto, fungendo quindi da prova dei relativi diritti e poteri⁸⁰. Tuttavia, tale certificato non copre tutti gli elementi patrimoniali, come quelli detenuti in *trust*

⁷⁶ G. Cassoni, *La divisione ereditaria nel diritto internazionale privato* (Milano 1974), 69.

⁷⁷ L'aggettivo "personal" è dovuto al fatto che all'inizio i *representatives*, di nomina ecclesiastica, amministravano la sola *personal property* (in questi termini, Lupoi, *Apunti sulla real property e sul trust* cit., 135, il quale chiarisce (Lupoi, *Introduzione ai trusts* cit., 47) che il *personal representative* non è un *trustee*, e che quindi: a) eredi e legatari non hanno alcuna posizione in *equity* nei suoi confronti, per cui b) il suo ufficio non ha limiti di durata e c) ogni *personal representative* può agire da solo, mentre i *trustees* debbono di regola agire congiuntamente.

⁷⁸ «*Real estate to which a deceased person was entitled for an interest not ceasing on his death, shall on his death, and notwithstanding any testamentary disposition thereof, devolve from time to time on the personal representative of the deceased, in like manner as before the commencement of this Act chattels real devolve on the personal representative from time to time of a deceased person*» (*Administration of Estates Act 1925*, Sec. (1)1).

⁷⁹ «*Without this document it is not possible to deal with the deceased's land, bank accounts, stocks and shares or indee any other assets except sometimes tangible movable property i.e. chattels*» (Denker, *England* cit., § 2.7).

⁸⁰ Calò, *Le successioni* cit., 195; Miranda, *Il testamento* cit., 418. «*Without this document it is not possible to deal with the deceased's land, bank accounts, stocks and shares or indee any other assets except sometimes tangible movable property i.e. chattels*», Denker, *England* cit., § 2.7.

mediante un *settlement*, i quali, invece, saranno devoluti secondo i termini del *deed of trust*.

Riguardo ai terzi che hanno acquistato dal *personal representative*, vige il principio «*bona fide purchaser for valuable consideration*»⁸¹, in conseguenza del quale, se l'acquisto ha riguardato la proprietà di diritto comune (*legal estate*), sia stato concluso a titolo oneroso e, infine, vi sia stata la buona fede (*good faith*), i terzi conservano i loro diritti anche nel caso di alienazione abusiva da parte dell'esecutore.

Il testamento viene depositato dal *personal representative*, che ne dà, quindi, prova e custodito nel *Probate Registry*; il *personal representative* ne riceve quindi una copia munita di sigillo. Tale copia autentica (*probate copy*) viene rilasciata con un *certificate*, detto appunto *probate*⁸².

Può accadere che il testatore abbia istituito un *trust* testamentario⁸³,

⁸¹ Administration of Estates Act 1925, sec. 55 (1) (XVIII): «*Purchaser means a lessee, mortgagee or other person who in good faith acquires an interest in property for valuable consideration, also an intending purchaser and valuable consideration includes marriage, but does not include a nominal consideration in money*».

⁸² Cfr. F. De Franchis, *Dizionario giuridico-Law dictionary*, t. 2, voce *Probate* (Milano 1996).

⁸³ Quando si parla di “*trust* testamentario”, ci si riferisce, in senso stretto, a quel *trust* che viene direttamente istituito da un soggetto attraverso il proprio testamento assumendo, quindi, egli stesso il ruolo di disponente, e che si realizza con il conferimento di determinati beni in *trust*, a vantaggio di dati soggetti (i beneficiari) o per il conseguimento di un determinato scopo, nominando, a tal fine, *trustee* una persona fisica o giuridica (*trust company*), che dia attuazione alla volontà del disponente-testatore. M. Lupoi, *L'atto istitutivo di trust* (Milano 2005), usa questa formula: istituisco Tizio mio erede fiduciario con il vincolo di impiegare quanto gli perverrà secondo le disposizioni che seguono, istitutive di *trust* del quale egli sarà *trustee*. Dal *trust* testamentario deve distinguersi l'ipotesi che possiamo identificare nel *trust* con finalità successorie, vale dire un *trust* istituito dal disponente per mezzo di un atto *inter vivos*, ma con effetti *post mortem*, destinato ad attivarsi successivamente alla morte del disponente. Poiché il *trust* dovrà essere regolamentato in base alla legge scelta dal disponente, è di fondamentale importanza conoscere quali siano i requisiti di validità del testamento in base alla legislazione regolatrice straniera, poiché, se è la legge inglese, nell'ipotesi di *trust inter vivos* ma con effetti *post mortem*, l'atto dovrà rivestire la forma richiesta per il testamento, pena l'invalidità del *trust*. Il s9 del *Wills Act* 1837, successivamente emendato dall'*Administration of Justice Act* 1982, stabilisce: «*Signing and attestation of wills – No will shall be valid unless – (a) it is in writing, and signed by the testator, or by some other person in his presence and by his direction; and (b) it appears that the testator intended by his signature to give effect to the will; and (c) the signature is made or acknowledged by the testator in the presence of two or more witnesses present at the same time; and (d) each witness either – (i) attests and signs the will, or (ii) acknowledges his signature, in the pres-*

in tal caso, il *trustee* di tale *trust* acquisirà la titolarità dei beni solo dopo che l'*executor* avrà definito i rapporti pendenti ed estinto le passività mediante l'eventuale liquidazione dei beni ereditari.

1.5. *La pubblicazione del testamento di common law nell'ordinamento italiano alla luce delle norme di diritto internazionale privato italiane*⁸⁴ e del reg. UE 650/2012.

Abbiamo visto che il sistema successorio inglese ha essenzialmente due caratteristiche: il patrimonio ereditario viene amministrato dal *personal representative* prima che venga trasferita la massa attiva residua agli aventi diritto e che le regole in materia di amministrazione devono essere seguite non solo nel caso di patrimoni di persone decedute che abbiano avuto il loro “*domicile*” in Inghilterra, ma anche ogni volta che i beni oggetto della successione si trovino in Inghilterra, ancorché siano appartenuti a persone decedute all'estero e prive di particolari altri legami con tale Paese. In queste ipotesi, un'eventuale autorizzazione ottenuta all'estero non ha efficacia in Inghilterra.

La *Hight Court* è competente in materia di successione purché vi sia un rappresentante espressamente autorizzato alla gestione di un patrimonio, a prescindere dalle caratteristiche del *de cuius* e dalla localizzazione del patrimonio⁸⁵.

Occorre premettere che, mentre nel nostro ordinamento è accolto il principio di unità, in base al quale le successioni *mortis causa* sono regolate da un'unica legge successoria – *ex art. 46, l. 218/1995*⁸⁶, quella del-

ence of the testator (but not necessarily in the presence of any other witness), but no form of attestation shall be necessary».

⁸⁴ Per alcuni riferimenti sul diritto internazionale privato britannico in materia di successione, cfr. A.V. Dicey-J.H.C. Morris, *The Conflict of Laws* (London 2006), 1233-1279 e il relativo aggiornamento del 2011, 293-295; A. Briggs, *The Conflict of Laws* (Oxford 2008), 236-240; E.B. Crawford-J.M. Carruthers, *International Private Law: A Scots Perspective* (Edinburgh 2010), 578-615; V. Appendix C, European Commission Green Paper on succession and wills COM (2005) 65 final of 1 March 2005 – Response of the government of the United Kingdom.

⁸⁵ Cfr. Dicey-Morris, *The Conflict of Laws* cit., 1233-1234.

⁸⁶ Il primo capoverso della norma dispone infatti che «La successione per causa di morte è regolata dalla legge nazionale del soggetto della cui eredità si tratta, al momento della morte. 2. Il soggetto della cui eredità si tratta può sottoporre, con dichiarazione

lo Stato a cui apparteneva il *de cuius* al momento della morte – e questo senza tenere conto del luogo in cui si trovino i beni che compongono l'asse ereditario, nei sistemi di *common law* si segue il principio della separazione o scissione (*principle of scission*), in virtù del quale ai beni immobili si applicherà la *lex rei sitae*, mentre per i beni mobili troverà applicazione la legge del *domicile*⁸⁷ del *de cuius*⁸⁸ al momento della morte, che trova applicazione anche con riferimento alla capacità di effettuare un testamento, così come alla validità sostanziale del testamento. Pertanto, dovrà essere rispettata la procedura dettata dalla legge inglese nel caso in cui si tratti di regolare la successione di patrimoni di persone decedute che abbiano avuto il loro *domicile* in Inghilterra o nel caso in cui i beni oggetto della successione si trovino ivi allocati, non rilevando il luogo del decesso della persona della cui successione si tratta⁸⁹.

Diversamente da quanto previsto dalle disposizioni dettate dalla l. 218/1995, nessuno spazio è riconosciuto all'autonomia privata nell'individuazione della legge applicabile e, scarsamente rilevante, è il criterio del collegamento della cittadinanza.

Dal fronte giurisprudenziale interno, proprio in ordine all'esecuzione degli atti di trasferimento del *personal representative*⁹⁰, si può citare la sentenza emessa dal Tribunale di Casale Monferrato⁹¹, la quale, oltre ad aver chiarito l'equivoco in cui era incorso il Tribunale di Oristano,

espressa in forma testamentaria, l'intera successione alla legge dello Stato in cui risiede». In dottrina, per alcuni riferimenti essenziali, cfr. P. De Cesari, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni* (Padova 2001); D. Damascelli, *La legge applicabile alla successione per causa di morte secondo il diritto internazionale privato italiano*, Riv. dir. int. priv. e proc., 2003, 85-108.

⁸⁷ Diverso dal nostro domicilio, in quanto riguarda la *permanent home* e non si riferisce ad un determinato luogo bensì all'intera giurisdizione. De Franchis, *Dizionario giuridico* cit., 664 ss.

⁸⁸ Picone, *La legge applicabile alle successioni* cit., 60; M. Di Fabio, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, Tratt. Rescigno (Padova 2010), 450.

⁸⁹ Briggs, *The Conflict of Laws* cit., 236-240, dove precisa che la giustificazione di tale limite risiede nell'esigenza di tutelare gli interessi dei creditori inglesi.

⁹⁰ Gli esecutori del testamento per il diritto inglese non necessitano del consenso degli aventi diritto.

⁹¹ Trib. Casale Monferrato 13-4-1984 (decreto), Riv. not., 1985, 240, con nota di L. P. Comoglio, *Il caso del trustee straniero che agisce in Italia per la vendita di beni ereditari: un dubbio ricorrente di giurisdizione volontaria internazionale*, e Giur. it., 1986, I, c. 753, con nota di G. Cassoni, *Il "trust" anglosassone quale istituzione sconosciuta nel nostro ordinamento*.

che, con la sentenza del 15 marzo 1956, aveva dichiarato come il *trust* non possa avere cittadinanza nel nostro ordinamento, stante il principio del numero chiuso dei diritti reali e della loro tipicità⁹², chiarisce che la legittimazione sui beni caduti in successione spetti all'*executor* e che, dunque, «apertasi all'estero una successione di un cittadino inglese, comprendente beni immobili siti in Italia, allorquando venga dal testatore nominato un *executor trustee*, il giudice italiano non è competente ad emettere provvedimenti di autorizzazione a vendere, essendo divenuto proprietario *mortis causa* dei beni lo stesso *executor trustee*».

Per quanto attiene alla validità formale, indipendentemente dalla natura dei beni da esso contemplati, un testamento è valido quanto alla forma se tale è considerato dalla legge del Paese nel quale viene eseguito o ancora del Paese nel quale chi ha fatto testamento aveva domicilio o residenza abituale o ancora del Paese nel quale quest'ultimo aveva la cittadinanza.

Ci si è chiesti, quindi, se la procedura del *probate* sia indispensabile affinché un testamento redatto nel sistema di *common law* possa essere eseguito nel nostro ordinamento, tenuto conto che, secondo la dottrina, la procedura del *probate* sarebbe esclusa per i beni siti fuori della giurisdizione inglese, specialmente se sono beni immobili, applicandosi al riguardo la *lex rei sitae*.

Una risalente sentenza della Cassazione⁹³, prendendo atto che il *probate* non attiene alla forma del testamento, ma si tratterebbe di una sorta di autenticazione, considera che la sua mancanza non ne produce l'invalidità così come la sua presenza non ne elimina i vizi né la possibilità di impugnarlo⁹⁴. È stato, quindi, affermato il principio in base al quale

⁹² Vedi *infra* § 4.2.

⁹³ Cass. 30-4-1955, n. 1217, Giust. civ., 1955, 1868.

⁹⁴ Cass. 13-4-1959, n. 1089, Giur. it., 1960, I, c. 558, con nota di B. Cormio, laddove si ha l'occasione per evidenziare che il *probate* è soltanto necessario al fine di darvi esecuzione negli Stati Uniti d'America. Sicché, anche se vi fosse delibazione del *probate*, l'interessato, allo stesso modo come farebbe in America, potrebbe impugnare l'autografia della sottoscrizione del *de cuius* ... Se il *de cuius* nomina un esecutore nel testamento, il giudice normalmente lo conferma dandogli le patenti relative. Se il *de cuius* lascia un testamento, il giudice gli nomina un *administrator cum testamento adnexo* (c.t.a.); se invece non lascia testamento, il giudice nomina un semplice amministratore ... Nello stesso documento, infatti ... che si tratti di una successione testamentaria è dimostrato dalla aggiunta della sigla c.t.a. costantemente fatta al sostantivo "*administrator*" ...). «L'emissione del *probate* fa presumere la validità del testamento così omologato, anche

il testamento proveniente da un sistema di *common law* è valido in Italia anche se manchi il *probate*⁹⁵.

In un'altra pronuncia più recente i giudici di legittimità⁹⁶, prima dell'introduzione della legge di riforma del diritto internazionale privato, hanno affermato che il procedimento di *probate* potrebbe essere instaurato da una giurisdizione di *common law* ancorché la successione sia aperta all'estero e non vi siano beni relitti in tale giurisdizione⁹⁷ e che tale procedura attribuisce al testamento la natura di atto pubblico, così estendendo l'ambito finora concesso dalla giurisprudenza alla procedura successoria americana.

In una recente sentenza di merito⁹⁸, coerentemente con quanto affermato nei precedenti giurisprudenziali sopra richiamati, in applicazione del criterio di collegamento fissato dall'art. 23 delle preleggi, si è ha affermato che «il giudice del merito deve assumere quello dei tre criteri di collegamento che risulti in concreto più favorevole alla validità dell'atto di ultima volontà, se la legge straniera, il cui dettato era stato osservato nella redazione del testamento, era applicabile in base al diverso criterio della *lex loci* invocato dall'appellante». Cosicché, è da dichiararsi valido il testamento redatto secondo i principi propri del diritto

se il *probate* non valga a conferire la validità ad un testamento invalido. La pubblicazione e il deposito della scheda testamentaria sono formalità estrinseche al testamento, né la loro mancanza può invalidare questo, ma al più ritardare l'esecuzione fino all'adempimento. Nel caso d'impossibilità materiale o giuridica di depositare un testamento olografo, la mancanza di pubblicazione o deposito non influisce sulla validità di questo, qualora se ne provi l'esistenza».

⁹⁵ Trib. Bari 16-2-1974, Riv. dir. int., 1975, 600.

⁹⁶ Cass. 9-5-1994, n. 4477, Nuova giur. civ. comm., 497, con nota di G.F. Basini: *Lex loci e forma del testamento redatto nello Stato di New York*. Il testamento redatto in territorio newyorchese da cittadino italiano è validamente assoggettabile alla forma stabilita dalla "*lex loci*" ed è conseguentemente idoneo a contenere l'istituzione di erede secondo l'ordinamento nazionale del "*de cuius*". L'osservanza delle forme stabilito dalla legge dello Stato di New York diviene presumibilmente *iuris tantum* a seguito di visto, denominato *probate* e apposto da pubblica autorità, il quale rende altresì oggetto di uguale presunzione la sussistenza della capacità del testatore di disporre per testamento ed esplica tale efficacia ancorché questi non abbia relitto alcun bene in tale territorio.

⁹⁷ Le corti di *common law* sono "*very reluctant*" quando si tratta di ammettere il rilascio di un grant da valere all'estero, nel caso che non vi siano beni nella propria giurisdizione e il *de cuius* sia stato domiciliato all'estero (Picone, *La legge applicabile alle successioni* cit., 86, nota [60]).

⁹⁸ App. Catania 5-1-2008, Banca dati Pluris.

to anglosassone allorché non occorra né olografia né il ricorso all'opera di un soggetto professionalmente qualificato mentre, in omaggio al principio della piena libertà testamentaria, le formalità prescritte sono limitate alla scrittura, alla sottoscrizione ed alla partecipazione di due testimoni, che, con apposita sottoscrizione, devono attestare che il testatore ha apposto o riconosciuto la propria firma in loro presenza, ha affermato, all'esito della compiuta indagine in ordine alla validità formale del testamento, che tutti i suddetti requisiti formali erano presenti nell'atto.

Secondo la sentenza del Tribunale di Lucca del 23 settembre 1997⁹⁹, anche in mancanza di *probate* è possibile far derivare da elementi di fatto oggettivamente sintomatici la prova che il testamento è immune da vizi secondo la *lex loci*.

Tale sentenza, come vedremo in seguito, è di fondamentale importanza nella comprensione del *trust* in ambito successorio, laddove sancisce la “semplice” riducibilità delle disposizioni testamentarie lesive della legittima, in luogo della nullità del *trust* testamentario eccepita dall'erede. In sintesi, di fronte ad un testamento redatto, in genere, in sistemi di *common law*: a) i poteri dell'*administrator* o dell'*executor*, i quali sono sostanzialmente assimilabili a quelli di un *trustee*¹⁰⁰, sono efficaci anche nella nostra giurisdizione; b) per via del rinvio indietro per i beni immobili e del criterio della legge del domicilio per i beni mobili, costoro potrebbero sovente trovarsi ad operare in un contesto nel quale sia applicabile la legge italiana; c) in mancanza di *probate* (ad esempio, perché l'asse ereditario è inferiore ad una certa somma), è ragionevole ricorrere ad un *affidavit*, al quale si alleggi il testamento in questione. L'*affidavit*, autenti-

⁹⁹ In tema di testamento redatto secondo la “*lex loci*” statunitense, anche qualora non soccorra la presunzione semplice di validità discendente dal “*probate*”, è sempre possibile far derivare da elementi fattuali oggettivamente sintomatici (nella specie, scheda testamentaria sottoscritta dal testatore in presenza di due testimoni e un notaio, conferma del convenuto nell'amministrazione fiduciaria dei beni ereditari da parte della Corte distrettuale di Jefferson, Kentucky) la prova che il testamento sia immune da vizi, secondo la legge del luogo nel quale l'atto è compiuto. Trib. Lucca 23-9-1997, Foro it., 1998, I, 2007, c. 3391, nota di E. Brunetti, *Il testamento dello zio d'America* e con nota di M. Lupoi, *Aspetti gestori e dominicali, segregazione: “trust” e istituti civilistici* (in ordine allo specifico tema dell'azione di riduzione contro i *trust* con finalità successorie v. *infra*, cap. VI).

¹⁰⁰ Cfr. Trib. Lucca 23-9-1997, Foro it., 1998, I, c. 207, nota di E. Brunetti, *Il testamento dello zio d'America* e con nota di M. Lupoi, *Aspetti gestori e dominicali, segregazione* cit.

cato e “apostillato” (ove previsto) costituirà il titolo idoneo per l’accesso alle diverse forme di pubblicità previste dal nostro ordinamento¹⁰¹.

In ogni caso, il *probate*, ove esistente, comunque non richiederebbe alcuna delibazione prima di poter essere eseguito in Italia stante il tenore dell’art. 66, l. 218/1995, che esenta da delibazione i provvedimenti pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle disposizioni *ex l.* 218/1995, o producono effetti nell’ordinamento di quello Stato ancorché emanati da autorità di altro Stato, ovvero sono pronunciati da un’autorità che sia competente in base a criteri corrispondenti a quelli propri dell’ordinamento italiano.

Tale quadro non è destinato a mutare con l’entrata in vigore, avvenuta il 17-8-2015, del reg. 650/2012. Il regolamento, come in precedenza visto, si ispira al principio dell’unità della successione e sottopone l’intera successione (apertura, amministrazione, responsabilità per i debiti ereditari e trasferimento della massa ereditaria), a prescindere dalla natura mobiliare o immobiliare dei beni facenti parte dell’asse ereditario, alla legge della residenza abituale del *de cuius* al momento della morte¹⁰².

Le ragioni che hanno giustificato la scelta della residenza del *de cuius* al momento della morte per la regolamentazione della successione risiede essenzialmente nell’evitare, da un lato, di dare origine a più masse ereditarie sottoposte a leggi diverse, come in effetti avviene nei paesi secessionisti, dall’altro, di valorizzare al massimo l’autonomia del testatore nel pianificare la ripartizione dei beni, a prescindere dal luogo nel quale essi si trovino¹⁰³.

A ciò si aggiunga lo scopo ulteriore del regolamento, perseguito attraverso il “certificato successorio europeo”, di regolare in modo rapi-

¹⁰¹ In questo senso E. Calò, *Probate e attribuzioni mortis causa*, Notariato, 2007, 182.

¹⁰² Il criterio della residenza abituale rispetto a quello più tradizionale della cittadinanza risulta essere il criterio invalso nel diritto internazionale uniforme tanto in riferimento alla materia successoria (v. Convenzione dell’Aja del 1989 sulla legge applicabile alle successioni nei patrimoni delle persone decedute) quanto negli strumenti di diritto internazionale privato (si veda a proposito il reg. n. 2201/2003).

¹⁰³ Il *considerando* n. 7 precisa che «È opportuno contribuire al corretto funzionamento del mercato interno rimuovendo gli ostacoli alla libera circolazione di persone che attualmente incontrano difficoltà nell’esercizio dei loro diritti nell’ambito di una successione con implicazioni transfrontaliere. Nello spazio europeo di giustizia, i cittadini devono poter organizzare in anticipo la propria successione. I diritti di eredi e legatari, di altre persone vicine al defunto nonché dei creditori dell’eredità devono essere garantiti in maniera efficace».

do, agevole ed efficace una successione con implicazioni transfrontaliere, consentendo all'erede, al legatario, all'esecutore testamentario o all'amministratore dell'eredità di dimostrare con facilità la sua qualità e/o i suoi diritti poteri in un altro Stato membro.

Il certificato successorio europeo (CSE), infatti, potrà essere utilizzato dagli eredi e dai legatari che, in un altro Stato UE¹⁰⁴, abbiano la necessità di far valere diritti in una successione a causa di morte. Il detto certificato potrà inoltre essere fatto valere dagli esecutori testamentari o amministratori dell'eredità che, in un altro Stato Ue, abbiano a necessità di far valere i loro poteri.

Il Regno Unito, così come l'Irlanda e la Danimarca, hanno optato per la non partecipazione all'adozione del regolamento¹⁰⁵, sebbene possa-

¹⁰⁴ Dal regolamento si evince che il certificato successorio in parola possa essere utilizzato quando una successione ereditaria, che si aprirà dal 17 agosto 2015, deve essere dimostrata in un altro Stato Ue diverso da quello la cui legge disciplina la vicenda successoria. Tuttavia, un utilizzo del certificato anche per le "successioni interne", in quanto prive del carattere dell'internazionalità porterebbe, porterebbe senz'altro utilità in termini di certezza del diritto e di efficienza dei traffici giuridici. Infatti in base all'art. 69, §§ 2 e 3, reg. il certificato è retto dalla presunzione secondo cui il contenuto dello stesso documento corrisponda ad elementi oggetto di accurato accertamento in base alla legge applicabile alla successione o ad ogni altra legge applicabile a elementi specifici. Per cui se dal certificato si desume che un determinato soggetto sia erede, legatario, esecutore testamentario o amministratore dell'eredità, si presume che lo stesso possieda la qualità e i poteri indicati nel certificato, senza nessun limite se non menzionato nel certificato stesso, e soprattutto senza necessità di indagini ulteriori. Peraltro, proprio in ordine alla predetta utilità, si potrebbero creare disparità di trattamento del cittadino italiano rispetto al cittadino straniero e tra gli stessi cittadini italiani, a seconda che sia o meno presente l'elemento di internazionalità richiesto dal regolamento. Si è parlato infatti di "discriminazioni alla rovescia" che, come esplicitato dalla Corte di Giustizia, dovrà essere valutato dal giudice nazionale il quale se chiamato a giudicare in merito ad una questione di diritto interno, deve stabilire se, alla luce di quest'ultimo, vi sia una discriminazione e se e come tale discriminazione debba essere eliminata (sul punto si veda D. Restuccia, *Il Certificato Successorio Europeo: un esempio di discriminazione alla rovescia?*, Notariato, 2015, 137 ss.

¹⁰⁵ Il *considerando* n. 82 precisa in chiusura che «a norma degli articoli 1 e 2 del protocollo n. 21 sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, allegato al trattato sull'Unione europea e al trattato sul funzionamento dell'Unione europea, tali Stati membri non partecipano all'adozione del presente regolamento e non sono vincolati da esso, né sono soggetti alla sua applicazione. Rimane tuttavia impregiudicata la possibilità per il Regno Unito e l'Irlanda di notificare la loro intenzione di accettare il presente regolamento dopo la sua adozione in conformità all'articolo 4 del suddetto protocollo».

no, in seguito, notificare la loro intenzione di accettarlo, ancorché tale eventualità appaia alquanto remota per il Regno Unito, laddove si consideri che il regolamento sottopone alla *lex successionis* anche la collazione e la riduzione delle liberalità ai fini del calcolo delle quote spettanti ai beneficiari. Il regolamento si porrebbe, dal punto di vista del Regno Unito, in contrasto con l'intero sistema basato sul principio di scissione tra legge applicabile ai beni mobili e legge applicabile ai beni immobili e sulla distinzione tra l'amministrazione della successione per il tramite del *personal representative* e la successione vera e propria. Inoltre, si consentirebbero l'esercizio di azioni giudiziarie volte a recuperare quanto il *de cuius* abbia in vita donato o conferito in *trust* per reintegrare eventuali quote di legittime lese, mettendo in pericolo la sicurezza dei traffici commerciali, le aspettative dei creditori di vedersi soddisfare il loro credito prima della distribuzione della massa attiva residua agli aventi diritto, e la stessa autonomia dell'individuo di disporre delle proprie sostanze in base ai propri desideri.

Invero, con l'applicazione dell'art. 13, l. 218/1995 viene prescritto che, quando si tratta di un rinvio ad una legge straniera, si dovrebbe «tenere conto del rinvio a sua volta operato dal diritto internazionale privato straniero alla legge di un altro Stato se il diritto di tale Stato accetta il rinvio e se si tratta di rinvio alla legge italiana». La norma disciplina sia l'ipotesi del cosiddetto "rinvio oltre accettato" o di secondo grado, che ricorre quando il diritto internazionale privato straniero rinvia alla legge di un terzo Stato il quale accetta il rinvio; in questo caso si crea un sistema coordinato tra gli ordinamenti, sia l'ipotesi del cosiddetto "rinvio indietro" o di primo grado, quando l'ordinamento straniero richiamato da una norma del sistema italiano di diritto internazionale privato rinvia, a sua volta, alla legge italiana.

Il rinvio al diritto privato internazionale inglese comporta, come abbiamo visto, l'effetto della cosiddetta "scissione", creando una divisione tra i beni immobili, ai quali si applicherà la legge del Paese in cui i beni sono siti, e i mobili, ai quali si applicherà la legge del domicilio del defunto.

La tendenza della giurisprudenza inglese è quella di seguire il principio del "rinvio totale" o "rinvio doppio" secondo il quale il giudice inglese non dovrebbe automaticamente applicare la legge italiana, ma dovrebbe decidere il caso nella stessa maniera in cui lo avrebbe fatto il giudice italiano e, dunque, applicare le norme successorie dettate dal codi-

ce civile italiano oppure applicare la legge inglese quante volte il giudice italiano ritenga che la legge della nazionalità debba prevalere, così rifiutando di accettare il rinvio alla legge italiana¹⁰⁶.

Un altro effetto proprio dell'applicazione del principio della scissione è che, il rinvio dal *common law* alla legge di un Paese di stampo romanistico-continentale, potrebbe forzare l'applicazione delle quote di legittima, contro la volontà di un testatore. Questo effetto si porrebbe evidentemente in contrasto con il principio della libertà assoluta di disporre dei propri beni dopo la morte, un principio introdotto nel sistema giuridico inglese molti secoli fa ai tempi di Enrico VIII¹⁰⁷ in base al «*All and every person ... shall have full and free liberty, power and authority, to give, dispose, will and devise, as well as by his last will and testament in writing, or otherwise by any acts lawfully executed in his life ...*».

Per la giurisprudenza inglese, nei casi in cui la *lex rei sitae* contrasti con la volontà testamentaria, si deve dare prevalenza al principio generale del rispetto della *lex rei sitae*¹⁰⁸, con la conseguenza che gli aventi diritto del cittadino inglese dovranno sottostare ai diritti inderogabili previsti dalla legislazione italiana¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Lawrence Collins, *Dicey and Morris on the Conflict of Laws* 13 (London 1999), cap. 4: «*A court might decide the case in exactly the same way as it would be decided by the foreign court. Thus, in the case of a British citizen dying intestate domicile in Italy, leaving movables in England, the English court (if it adopted this method of solution) would decide the case as it would be decided by the Italian court. If the Italian court would refer to English "law" and would interpret that reference to mean English domestic law, then the English court would apply English domestic law. [Footnote: Until 1995 this is what the Italian court would have done, but Art. 13 of Law No. 218 of May 31, 1995 alters Italian law to provide for renvoi in certain cases: see 1996 Rev. Crit. 174]. If on the other hand the Italian court would refer to English "law" and interpret that reference to mean English conflict of laws, and would "accept the renvoi" from English law and apply Italian domestic law, then the English court would apply Italian domestic law. This method requires proof not only of the conflict rule of the foreign country relating to succession but also of the foreign rules about renvoi. In spite of its greater complexity, it seems to represent the present doctrine of the English courts, at least in certain contexts. It may conveniently be called the theory of "total" or "double" renvoi.*».

¹⁰⁷ The principle of testamentary freedom: Statute of Wills 1540, successivamente modificato dal Wills Act 1837.

¹⁰⁸ Cfr. *Philipson-Stow v IRC* [1961] AC 727 a 761.

¹⁰⁹ Si pensi ad esempio al diritto di abitazione del coniuge superstite sancito dall'art. 540 c.c. E. Calò, *La professio iuris straniera nel diritto internazionale privato delle successioni*, Studio n. 44 05/07-Ue.

A parere del Regno Unito, tali problematiche potrebbero acuirsi ove si applicasse il regolamento poiché, da un lato, il concetto di residenza abituale definito nel provvedimento comunitario è piuttosto generico, mentre dovrebbe essere definito meglio al fine di evitare che la successione di un cittadino europeo che muoia senza testamento dopo un periodo di residenza breve in un altro Paese membro, debba essere regolato dalla legge di tale Paese, dall'altro, lo stesso ambito di applicazione della legge individuata ai sensi dello stesso regolamento¹¹⁰ minerebbe il principio fondamentale, proprio del sistema di *common law*, in base al quale le liberalità o le donazioni *inter vivos* sono irrevocabili e che non possono essere soggette ad azione di riduzione proposta dagli eredi, o *clawback*, dopo la morte, salvo che in specifici casi di abuso.

¹¹⁰ L'art. 23 del regolamento espressamente sancisce l'applicazione della legge così individuata regola l'intera successione e in particolare «la collazione e la riduzione delle liberalità ai fini del calcolo delle quote dei diversi beneficiari» (co. 2, lett. i).