

## CAPITOLO IV LE SUCCESSIONI PER CAUSA DI MORTE

di Anna Bifulco

**SOMMARIO:** 1. Osservazioni introduttive. – 2. Ambito della giurisdizione italiana. – 3. La legge applicabile alle successioni internazionali. – 3.1. Il principio volontaristico. – 4. La divisione ereditaria. – 5. Capacità di testare. – 6. Requisiti formali del testamento. Il “*testamento internazionale*”. – 7. La successione dello Stato. – 8. *Trust* e patti successori. – 9. Le novità del Regolamento (UE) n. 650/2012. – 9.1. Ambito di applicazione. – 9.2. Luci ed ombre della «*residenza abituale*» e l’«*eccezione alla regola*». – 9.3. Il Certificato Successorio Europeo (Cse).

### 1. Osservazioni introduttive

La legge 31 maggio 1995 n. 218 dedica, nel **Titolo III**, un apposito capo al diritto internazionale privato delle successioni. Il **Capo VII**, rubricato *Successioni*, contiene infatti quattro articoli relativi alla legge applicabile, nonché una disposizione specifica per la determinazione dell’ambito della giurisdizione italiana in materia. In particolare, l’art. 46 si occupa di individuare la legge applicabile alla successione *mortis causa* e alla divisione ereditaria, gli artt. 47 e 48 disciplinano alcune questioni relative al testamento – quali, rispettivamente, la capacità di testare e la forma del testamento –, mentre l’art. 49 contiene una norma materiale in merito alla successione dello Stato.

Mancano, invece, specifiche disposizioni in tema di riconoscimento ed esecuzione dei provvedimenti stranieri: al riguardo, troveranno dunque applicazione le norme di carattere generale contenute negli articoli 64 e ss. della legge di riforma.

La disciplina posta in essere dalla legge n. 218/1995, pur abrogando la previgente normativa di cui all’art. 23 disp. prel. c.c., si pone in **sostanziale continuità per quanto concerne i principi ispiratori delle norme in materia**. Ed invero, conformemente ai principi di unità e universalità della successione, la successione *mortis causa* è regolata interamente da un’unica leg-

ge: quella della cittadinanza del *de cuius* al momento della morte. In tal guisa, il diritto internazionale privato delle successioni si conforma all'idea, propria degli ordinamenti di tradizione romanistica, di continuazione della persona del defunto in quella degli eredi, con conseguente acquisto della *universitas* dei rapporti patrimoniali spettanti al defunto, da regolarsi in base ad una disciplina unitaria.

Ad essa si oppone, invece, l'indirizzo della pluralità delle successioni – condiviso, ad esempio, dalla Francia e dai Paesi di *common law* –, basato sulla separazione tra proprietà mobiliare e proprietà immobiliare: ai beni mobili viene applicata la legge dell'ultimo domicilio o dell'ultima cittadinanza del *de cuius*, ai beni immobili la *lex rei sitae*. Una delle conseguenze più rilevanti è, all'evidenza, che qualora l'asse ereditario ricomprenda beni immobili siti in Stati diversi, si potranno avere tante leggi regolatrici della successione quanti sono i luoghi in cui si trovano i beni stessi.

Ad ogni modo, se la riforma del diritto internazionale privato italiano non ha modificato i principi di base della disciplina in esame, la riforma del 1995 non ha tuttavia mancato di introdurre **alcune importanti novità**.

In primo luogo, il legislatore ha accordato al *de cuius*, seppur in maniera molto circostanziata, la facoltà di scegliere la legge applicabile alla propria successione (*c.d. professio juris, o optio legis*).

In secondo luogo, ed in parziale rottura con i tradizionali principi di unità e personalità, anche la regolamentazione delle successioni internazionali è soggetta all'operare delle disposizioni relative al **rinvio**. L'adesione a questa figura non è del tutto priva di conseguenze, potendo essa compromettere il principio stesso di unità della successione: se – si ipotizzi – la legge nazionale del defunto si ispira al criterio della scissione, ciò richiede l'applicazione di leggi diverse a seconda della natura e della situazione dei beni ereditari. Senza tralasciare, poi, che l'accoglimento del rinvio può, inoltre, implicare l'eventuale sostituzione del criterio di collegamento personale della cittadinanza con quello del domicilio o della residenza del *de cuius*.

Così, ad es., se in Italia si apre la successione di un francese che ha l'ultimo domicilio in Italia e beni immobili in Inghilterra, alla successione mobiliare si applicherà la legge italiana in forza del rinvio operato dalla legge francese, mentre alla successione immobiliare si applicherà la legge inglese, cui sempre la legge nazionale del *de cuius* rinvia (Ballarino).

Va, in ogni caso, evidenziato come la riforma del diritto internazionale privato italiano, pur avendo introdotto importanti novità, si rivela comunque insufficiente a far fronte a tutti i problemi che possono insorgere. La ragione è probabilmente da rinvenire nel fatto che alla notevole attenzione rivolta ai

problemi dottrinari non fa riscontro una sufficiente attenzione ai problemi attuali che discendono dalla prassi corrente. Non è, quindi, un caso che le successioni sovente transitino per altre vie (come, ad esempio, le note fondazioni previste dall'ordinamento delle Antille Olandesi) onde porre in essere un assetto che non sarebbe compatibile con quello che discende dal nostro sistema. Per quanto possa essere criticabile la scelta di costruire soluzioni negoziali spurie, si dovrebbe pure considerare, quanto meno in sede di riforme legislative, che le eccessive coercizioni, in quanto incompatibili con un libero mercato, rendono inevitabile, se non addirittura scontato, il ricorso a soluzioni alternative.

## 2. Ambito della giurisdizione italiana

Anche con riferimento alle successioni *mortis causa* si è avvertita l'utilità di accompagnare le norme di conflitto con una norma concernente la giurisdizione.

L'ambito della giurisdizione italiana in materia successoria è infatti determinato, in linea generale e con una certa ampiezza, dall'**art. 50** della legge in esame, attraverso la previsione di ben **sette titoli di giurisdizione alternativi**: la cittadinanza italiana del *de cuius*; l'apertura in Italia della successione; la situazione in Italia della parte dei beni di maggiore consistenza economica; il domicilio o la residenza del convenuto in Italia; l'accettazione della giurisdizione italiana e la localizzazione in Italia dei beni oggetto della domanda.

Si è posto il dubbio, in dottrina, se l'art. 50 ponga in essere titoli di giurisdizione esclusivi, piuttosto che concorrenti con le norme generali di giurisdizione contenute, in particolare, nell'art. 3 della medesima legge, che – come già approfondito nel cap. I, par. 6 – determina l'ambito della giurisdizione italiana in virtù del domicilio o della residenza del convenuto, della presenza in Italia di un rappresentante autorizzato a stare in giudizio *ex art. 77 c.p.c.*, ovvero rinviando a talune norme della convenzione di Bruxelles del 1968, o in base ai criteri stabiliti per la competenza per territorio.

Tuttavia, posto che i titoli di giurisdizione del domicilio e della residenza del convenuto sono richiamati da entrambe le disposizioni, che la competenza per territorio di cui all'art. 22 c.p.c. rinvia al giudice del luogo di apertura della successione, ovvero, se la successione si è aperta al di fuori della Repubblica, al giudice del luogo in cui è posta la maggior parte dei beni o, in mancanza, a quello del luogo di residenza del convenuto o di alcuno dei convenuti, e che la materia successoria è esplicitamente esclusa dall'ambito di applicazione materiale della convenzione di Bruxelles del 1968, l'unico titolo contenuto nell'art. 3 che potrebbe venire in rilievo è

quello relativo alla presenza in Italia di un rappresentante autorizzato a stare in giudizio.

A tal riguardo, la giurisprudenza di merito ha dichiarato la sussistenza della giurisdizione italiana in materia successoria, dando rilevanza al fatto che il convenuto avesse un rappresentante autorizzato a stare in giudizio, così affermando dunque una **complementarietà tra disciplina speciale e normativa generale** (Trib. Lucca, 23 settembre 1997).

Analizzando brevemente i singoli titoli di giurisdizione contenuti nell'art. 50, si nota subito come il legislatore non abbia voluto porre in essere dei criteri esorbitanti – quali, ad es., la nazionalità italiana degli eredi, o il fatto che la successione sia sottoposta, in virtù delle norme di conflitto, alla legge italiana – e lo conferma anche il tenore letterale dell'art. 50, lett. *a*), a norma del quale **sussiste la giurisdizione italiana se il *de cuius* era cittadino italiano al momento della morte**, non rilevando la cittadinanza delle altre parti coinvolte nella successione.

Oltre al criterio personale della cittadinanza del defunto, l'art. 50 pone in essere titoli di giurisdizione ispirati sia a **criteri di fatto** sia a **criteri di diritto**. Appartengono alla prima categoria i titoli di giurisdizione che prendono in considerazione la localizzazione in Italia dei beni del *de cuius*. Invero, a norma della lett. *c*) dell'art. 50 sussiste la giurisdizione italiana **se la parte dei beni ereditari di maggiore consistenza economica è situata in Italia**, mentre in virtù della successiva lett. *e*), il giudice italiano conosce delle cause successorie **se la domanda concerne beni situati in Italia**.

Quanto al primo titolo, occorre ricordare che la generica espressione *beni* è idonea a ricomprendere tanto i beni mobili, quanto i beni immobili, ma non quelli immateriali. Inoltre, ai fini della determinazione del *valore* dei beni, il giudice italiano può ricorrere, per i beni situati in Italia, agli artt. 14 e 15 c.p.c., mentre per i beni situati all'estero potrà adottare dei parametri adeguati al valore che essi hanno nello Stato in cui sono situati ed in linea con quelli impiegati dai giudici di dell'ordinamento in questione.

Quanto al titolo di cui alla lett. *e*), invece, benché in astratto sia in grado di individuare la competenza giurisdizionale del giudice italiano anche nel caso in cui la maggior parte dei beni ereditari si trovi all'estero, la sua operatività appare in realtà limitata alle sole cause relative a diritti reali su beni immobili ed alle azioni possessorie, e non può quindi configurarsi quale titolo di giurisdizione esorbitante (Ballarino; per un'interpretazione differente, che vede nella norma in esame un titolo di giurisdizione potenzialmente esorbitante e, pertanto, idoneo a radicare davanti al giudice italiano anche una controversia avente un esiguo collegamento con il nostro ordinamento, cfr. Clerici, Cuffaro, Delfini).

Tra i titoli di giurisdizione che si basano su criteri di diritto assume primaria rilevanza **l'apertura della successione in Italia**, apertura che deve

essere individuata, in base all'art. 456 c.c., nel luogo dell'ultimo domicilio del defunto (art. 50, lett. *b*). Inoltre, anche **il domicilio e la residenza in Italia del convenuto**, secondo quanto disposto dall'art. 43 c.c., **e l'accettazione della giurisdizione italiana da parte del convenuto** costituiscono titoli di giurisdizione che si richiamano a criteri di diritto (art. 50, lett. *d*). L'accettazione della giurisdizione, inoltre, andrà valutata secondo quanto disciplinato dall'art. 4 della medesima legge, ma non potrà costituire titolo di giurisdizione per le controversie relative a beni immobili situati all'estero, per espressa previsione della norma in esame.

Si deve ancora sottolineare, inoltre, che **l'art. 50 l. 218/1995 ha una portata generale, volta a regolare tutte le cause in materia successoria**: infatti, diversamente da quanto previsto dall'abrogato art. 4, co. 2, c.p.c. – che fondava la giurisdizione italiana in merito a «*successioni ereditarie*» e nei casi espressamente enumerati dall'art. 22 c.p.c. – la legge di riforma utilizza la formula più ampia di «*materia successoria*».

In tal modo, il legislatore prescinde da ogni delimitazione della materia successoria, con la conseguenza che l'art. 50 potrebbe essere destinato ad operare per qualsiasi controversia relativa alla materia in esame, e quindi anche per quelle cause che presentano una connessione indiretta, ma abbastanza stretta, con la materia successoria, come, ad es., quelle in materia divisoria.

Ragioni di completezza inducono, infine, a ricordare che la l. 218/1995 pone in essere una norma generale dedicata ai procedimenti di **volontaria giurisdizione** (art. 9) – in virtù della quale, per esempio, il giudice italiano è competente a nominare un esecutore testamentario se tale provvedimento riguarda la successione di un cittadino italiano o di una persona residente in Italia o qualora la successione sia regolata dalla legge italiana – ed una disposizione relativa alla **materia cautelare** (art. 10) che, oltre ad attribuire, ovviamente, la giurisdizione in materia cautelare al giudice italiano nel caso in cui egli abbia giurisdizione nel merito, la riconosce anche nel caso in cui il provvedimento debba essere eseguito in Italia.

### 3. La legge applicabile alle successioni internazionali

Come accennato, il diritto internazionale privato italiano delle successioni è informato ai **principi di unitarietà e universalità della successione**. In conformità con i suddetti principi di derivazione romanistica, che determinano la *reductio ad unum* di tutti i rapporti giuridici facenti capo al *de cuius*, indipendentemente dalla natura dei beni che ne costituiscono

l'oggetto, **l'intero asse ereditario viene pertanto assoggettato ad una sola legge.**

L'art. 46, co. 1, l. 218/1995 stabilisce, infatti, che **la successione mortis causa è regolata dalla legge nazionale del *de cuius* al momento della morte**, in tal modo adottando un criterio di collegamento rigido, di facile determinazione da parte dell'operatore del diritto e di agevole applicazione nella pratica.

A fronte di siffatti pregi, il criterio di collegamento della cittadinanza può tuttavia rivelarsi inadeguato in alcune situazioni: complicazioni potrebbero, ad esempio, insorgere nell'ipotesi in cui il defunto abbia più di una cittadinanza, o sia un apolide o un rifugiato (ipotesi espressamente disciplinate dall'art. 19 l. 218/1995); inoltre, l'ordinamento straniero richiamato dal criterio di collegamento della cittadinanza potrebbe essere articolato in più sottosistemi di legislazione civilistica su base territoriale o personale (problema risolto dall'art. 18 della legge di riforma).

Ma soprattutto si è già accennato come **il principio dell'unità e dell'universalità della successione si scontri con l'adozione**, nel diritto internazionale privato italiano, **del rinvio**, idoneo a compromettere il principio dell'unità della successione nel caso in cui la legge nazionale del defunto sia informata al criterio della scissione e porti all'applicazione di leggi diverse a seconda della natura e della situazione dei beni ereditari.

È quanto accade negli ordinamenti cosiddetti «scissionisti» e, in particolare, negli ordinamenti di *common law*, quali il Regno Unito, gli Stati Uniti d'America, l'Irlanda e il Canada, e in taluni ordinamenti di *civil law*, quali la Francia, il Belgio e il Lussemburgo. Si pensi, ad esempio, alla successione di un cittadino canadese – ai cui rapporti sia applicabile, tramite l'operare dell'art. 19 della legge di riforma, la legge della provincia del Québec – con ultimo domicilio in Italia, che possedeva beni immobili in Francia. In questo caso il giudice italiano, tramite l'operare del rinvio, sottoporrà la successione dei beni mobili alla legge italiana e quella dei beni immobili alla legge francese, dal momento che la norma di conflitto *québécoise* utilizza per la successione dei beni mobili il criterio della *lex domicilii* e per la successione dei beni immobili quello della *lex rei sitae*.

Tuttavia, se l'operatività di leggi diverse può comportare alcuni svantaggi – quali il rischio di coesistenza di discipline poco omogenee o problemi connessi al rispetto dell'esigenza di uguaglianza nei rapporti successori, con particolare riguardo, ad esempio, ai diritti dei legittimari – si deve sottolineare che l'applicazione del rinvio favorisce, da un lato, l'uniformità di soluzioni tra i vari ordinamenti in presenza e contribuisce a garantire, dall'altro lato, una maggiore effettività e circolazione delle deliberazioni normative e delle deci-

sioni italiane in materia. Senza tralasciare, poi, che il ricorso al rinvio è inoltre circoscritto alle sole ipotesi di rinvio altrove accetto e di rinvio indietro alla legge italiana.

### **3.1. Il principio volontaristico**

Ciò posto, occorre evidenziare che il criterio di collegamento della cittadinanza del *de cuius* potrebbe tuttavia condurre, in determinate circostanze, all'applicazione di una legge poco collegata alla fattispecie concreta. Si pensi, ad esempio, alla regolamentazione della successione di un cittadino italiano trasferitosi all'estero e che all'estero abbia stabilito il centro dei propri interessi e della propria vita.

Ed invero, il principio di nazionalità si rivela strettamente legato al periodo storico che lo ha visto nascere, ovvero all'impostazione nazionalistica che la dottrina e la giurisprudenza italiana di diritto internazionale privato, ed ancor più diritto processuale civile internazionale, accolsero alla fine del secolo XIX.

Ora come ora, in tempi di globalizzazione, riesce davvero difficile pensare che un soggetto possa validamente portare con sé per il mondo la sua legge nazionale, e riesce ancor più difficile pensare che l'accettazione da parte degli altri di tale legge nazionale possa essere un atto di ossequio e di rispetto delle differenze, laddove (ed è esperienza comune) è davvero eccezionale che si sia a conoscenza del contenuto del proprio precetto materiale, per non parlare poi della norma di conflitto.

Non si vede, dunque, come si possa ignorare la centralità dell'esigenza di acquisire la necessaria documentazione sul diritto straniero: pur apparendo una banalità, si rivela tuttavia un'esigenza inappagata, quantomeno nel senso che gli strumenti pubblici per provvedervi non esistono nemmeno allo stato progettuale. Il problema si pone anche per la legislazione vigente, laddove alcuni parlamenti hanno un sito web con tutta la loro legislazione, mentre altri (anche in Europa) sottovalutano un'esigenza che invece dovrebbe essere connaturata alla democrazia stessa: non si può, infatti, pretendere il rispetto di leggi che non si conoscono.

Per ovviare a tali situazioni e con l'intento di perseguire finalità di giustizia sostanziale, il legislatore italiano ha così introdotto, accanto al criterio di collegamento oggettivo della cittadinanza, la **possibilità di scelta della legge applicabile alla successione (c.d. *optio legis*, o *professio juris*)**. Secondo quanto disposto dall'art. 46, co. 2, infatti, “*il soggetto della cui eredità si tratta può sottoporre, con dichiarazione espressa in forma testamentaria, l'intera successione alla legge dello Stato in cui risiede*”.

La soluzione adottata dal legislatore si ricollega ad un principio volontaristico già presente nelle disposizioni preliminari al Codice Civile del 1865 e differisce sostanzialmente dalla concezione che ispirava l'art. 23 disp. prel. previgente, basata sulla scarsa considerazione attribuita al principio dell'autonomia della volontà.

La designazione volontaria della *lex successionis* incontra tuttavia una serie di **limitazioni formali e sostanziali**:

- a) *in primis*, il potere di scelta conferito al testatore può riguardare unicamente la legge dello Stato in cui egli abbia la propria **residenza**; requisito che, inoltre, deve sussistere sia al tempo della scelta che al tempo della morte; la validità dell'*optio legis* viene meno, dunque, se, dopo averla effettuata, il *de cuius* abbia modificato la propria residenza;
- b) la residenza deve essere **effettiva ed abituale** (così come chiarito dalla Commissione nella relazione al Guardasigilli). La scelta della residenza è stata giustificata dalla Commissione con il fatto che il testatore ha più possibilità di conoscere il sistema normativo del luogo ove risiede e che presumibilmente il suo patrimonio è situato nello Stato di residenza;
- c) la scelta deve riferirsi all'**intera successione**, con ciò sottolineando l'adesione al principio di unitarietà della successione ed escludendo che solo una parte di essa possa essere sottoposta alla legge del luogo di residenza;
- d) la scelta non può pregiudicare i diritti che la legge italiana attribuisce ai **legittimari residenti in Italia al momento della morte** della persona della cui successione si tratta; in altri termini, anche qualora il disponente italiano eserciti l'*optio juris* indicando la legge di un altro Stato nel quale il medesimo risiede quale legge regolatrice della propria successione, sono fatte salve, in quanto **norme di applicazione necessaria**, le disposizioni contenute nell'ordinamento italiano a tutela dei **legittimari residenti in Italia al momento della morte** della persona della cui eredità si tratta.

La *ratio* della previsione, secondo un'opinione, si rinviene nella qualificazione della successione necessaria dei riservatari quale principio inderogabile di ordine pubblico, volto a tutelare non soltanto gli interessi individuali dei legittimari, ma anche quelli generali dell'economia del nostro Stato (in tal senso, Cass. Civ., 12 ottobre 1970, n. 1941; *contra* Cass. Civ., 24 giugno 1996, n. 5832).

- e) la dichiarazione deve essere espressa "**in forma testamentaria**", cioè in una delle forme che ai sensi del successivo art. 48 sono considerate valide ai fini della formazione del testamento. Tale dichiarazione potrà essere contestuale al testamento, oppure potrà formare oggetto di autonoma dichia-



razione: in tal caso, in mancanza di un successivo testamento, dovrebbero trovare applicazione le norme che regolano la delazione legale nello Stato di residenza. In proposito, va precisato che non occorre che la scheda testamentaria contenga anche disposizioni di beni o diritti (c.d. testamento in senso sostanziale); è sufficiente che essa contempra l'*optio legis* e sia valida, quanto alla forma, secondo una delle leggi richiamate dall'art. 48 l. cit. (c.d. testamento in senso formale): in tal caso, la legge scelta disciplinerà la successione legittima del disponente.

Ai sensi dell'art. 13, co. 2, inoltre, la legge da applicare sarà quella dello Stato di residenza indipendentemente da rinvii che tale norma faccia ad altre leggi (*disattivazione* del rinvio che consegue all'*optio legis*).

L'art. 46 l. 218/1995, invero, trovava una sua perfetta logica nell'abito di un ordinamento di diritto internazionale privato che non conosceva l'istituto del rinvio, introdotto – come accennato – ad ultimo momento e senza coordinamento alcuno con la disciplina in cui andava ad inserirsi.

Un esempio pratico potrà chiarire la portata innovativa dell'art. 13 cit.. Se un cittadino britannico morendo lascia beni immobili in Italia, ai sensi dell'art. 46, co. 1, (non difforme dal previgente art. 23 disp. prel.) la successione è regolata dalla legge britannica. Ma secondo la "*conflict law*" britannica ai beni immobili deve applicarsi la *lex rei sitae*, quindi la legge italiana.

Nella previgente normativa il giudice italiano (o comunque l'operatore giuridico) ai sensi dell'art. 30 disp. prel. avrebbe applicato in ogni caso la legge britannica, mentre l'operatore giuridico britannico, chiamato a pronunciarsi sulla stessa vicenda, avrebbe applicato la legge italiana.

Nel sistema attuale invece entrambi applicheranno la legge italiana confermando l'intento del legislatore che ha voluto, con la formulazione dell'art. 13, contribuire a far sì che i diversi sistemi pervenissero alle medesime soluzioni in ordine alle ipotesi di conflitto.

Sarebbe stato sufficiente leggere l'art. 46 senza coniugarlo con il rinvio: il cittadino inglese residente in Italia avrebbe potuto redigere testamento ai sensi della sua legge nazionale, senza bisogno di scelta alcuna, in quanto la legge nazionale a lui applicabile sarebbe stata la sua sola legge materiale; onde discostarsene, avrebbe potuto scegliere la legge italiana, potendo in tal caso optare tra la legge materiale inglese e quella italiana. Ora come ora, invece, non sussistono alternative, trovando in ogni caso applicazione la legge materiale italiana, ove non scelga, quale conseguenza del rinvio indietro, e in caso di scelta, quale legge del luogo di residenza.

**I requisiti di capacità** necessari per compiere la scelta sono invece regolati dalla legge nazionale del soggetto al momento del compimento dell'atto, secondo quanto disposto dall'art. 47 l. 218/1995.

**L'ambito di applicazione** della *lex successionis* copre **tutti i tre momenti in cui si sviluppa il procedimento successorio**: da quello della devoluzione, a quello della trasmissione ereditaria dei beni, a quello della divisione. In

via preliminare occorre, tuttavia, distinguere due fasi: la fase dell'acquisto del titolo ereditario, sottoposta alla *lex successionis*, e quella in cui concretamente si acquistano i beni formanti la massa ereditaria, regolata, a norma dell'art. 51, dalla *lex rei sitae*.

Per quanto riguarda il **legame di parentela richiesto per succedere**, in dottrina si ritiene che esso debba essere determinato, facendo riferimento alla legge chiamata in via principale a regolare la parentela, secondo le nostre regole di diritto internazionale privato (Ballarino, Mosconi, Campiglio).

#### 4. La divisione ereditaria

Anche il co. 3 dell'art. 46, che contempla l'istituto della divisione ereditaria, fa **spazio all'autonomia negoziale dei soggetti interessati**, riflettendo da un lato l'esigenza di coerenza nel quadro delle norme regolatrici della successione, e dall'altro l'esigenza di risolvere dubbi interpretativi sollevati in mancanza di una specifica disciplina (problemi di contemperamento tra *lex rei sitae* e *lex successionis*).

Prima dell'intervento della legge di riforma, si riteneva che la fattispecie fosse riconducibile all'ambito di applicazione della norma di conflitto relativa alle obbligazioni contrattuali (art. 25 disp. prel.), poiché la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 esclude dal proprio ambito di applicazione le obbligazioni contrattuali relative a testamenti e successioni.

La legge n. 218/1995 ha invece introdotto una norma specifica dedicata alla divisione ereditaria, l'**art. 46 co. 3**, volta a determinare la legge regolatrice di tutte le ipotesi di divisione ereditaria e, dunque, anche di quella amichevole e contrattuale.

Il primo problema da affrontare, dunque, è quello del **rapporto tra tale disposizione e quella di cui all'art. 57**, che estende l'ambito di applicazione della Convenzione di Roma a tutti i tipi di obbligazioni contrattuali, ossia anche a quelle di cui la Convenzione di per sé non si occupa. Ebbene, la dottrina maggioritaria (Mosconi, Campiglio, Clerici, Ballarino) propende per l'applicazione dell'art. 46, co. 3, a tutte le divisioni, anche a quelle contrattuali, in forza del **principio di specialità**.

La divisione ereditaria è attualmente regolata dalla *lex successionis*; tuttavia è **consentito ai condividenti di designare un'altra legge, d'accordo tra loro**, seppur tale libertà di scelta sia circoscritta **entro precisi limiti**: i condividenti potranno optare per la legge del luogo dell'apertura della successione o del luogo dove si trovano uno o più beni ereditari.

Il riferimento ad uno o più beni non può essere interpretato nel senso che beni diversi vengano sottoposti a diverse discipline, ma nel senso che l'intera eredità verrà regolata dalla legge dello Stato dove si trovano uno o più beni ereditari. L'accordo dei conviventi non può, infatti, determinare un frazionamento della legge applicabile e deve essere validamente concluso.

Non è invece richiesto dall'art. 46, co. 3, che la scelta si indirizzi verso la legge di uno Stato che accolga il principio dell'immediato acquisto dei diritti successori da parte dell'erede, tradizionale nel diritto italiano (Mosconi, Balarino), secondo quanto invece suggerisce la Relazione al disegno di legge.

La stretta attinenza dell'istituto al regime della proprietà, fa sì che la *lex successionis* o la legge designata dai conviventi non esauriscano la disciplina della divisione. Occorrerà, infatti, far riferimento alla *lex rei sitae* quale legge regolatrice del possesso e dei diritti reali (art. 51) e quale legge regolatrice della pubblicità degli atti (art. 55). Per quanto concerne infine la divisione giudiziale, dovrà farsi riferimento alla *lex fori* (art. 12).

Come già chiarito dalla Commissione preparatrice del testo, la disposizione non troverà applicazione nel caso in cui il diritto richiamato dai conviventi – così come accade nei paesi di *Common law* – accolga il principio secondo cui i diritti successori non sono acquistati direttamente dagli eredi, ma solo successivamente, allorché un amministratore (“*executor*” o “*administrator*”) ne effettui il trasferimento agli stessi.

Una volta che si sia stabilito quale sia la legge che regola una determinata divisione ereditaria, infine, si pone il successivo ulteriore **problema di individuare se tutte le norme della disciplina che risulta applicabile debbano essere utilizzate**, o se debba ulteriormente discriminarsi.

Sembra ragionevole affermare come necessaria l'applicazione delle norme che identificano i soggetti che devono intervenire nella divisione, di quelle relative alla formazione dello stato attivo e passivo dell'eredità, di quelle relative a collazione di liberalità e a imputazione di debiti nei confronti del defunto, di quelle relative alla formazione delle porzioni e alla loro assegnazione o attribuzione, di quelle che prevedono in favore dei coeredi diritti di prelazione, di quelle che regolano gli effetti della divisione e gli obblighi tra coeredi, nonché di quelle relative alla impugnabilità della divisione stessa.

Qualche incertezza può, tuttavia, sorgere con riferimento alle norme che statuiscono un diritto di prelazione in favore dei coeredi, trattandosi di un diritto tutelato con una azione dotata di una autonomia propria rispetto al procedimento divisorio.

## 5. Capacità di testare

Pur contenendo regole generali in materia di capacità, la legge di riforma in relazione ad alcuni istituti o rapporti torna sulla questione della legge rego-

latrice della capacità per superare in maniera del tutto esplicita incertezze nate in relazione alla disciplina previgente, e soprattutto per prevenire l'insorgere di dubbi.

Nello specifico, la capacità di testare si acquisisce talvolta prima della maggiore età, ma mai dopo: in taluni ordinamenti, i minori possono disporre con testamento purché si assolvano a specifici adempimenti formali (il ricorso al testamento pubblico, ed è il caso di Germania e Spagna) oppure sostanziali (la disposizione di parte del patrimonio, come in Francia, Belgio e Lussemburgo).

Nella maggior parte dei casi, poi, la capacità di testare (quanto all'età) fa parte dello statuto ereditario, per cui è regolata dalla stessa legge che regola la successione; fanno eccezione gli ordinamenti di *common law*, la Russia, la CSI e la Cina.

A fronte di una omessa previsione in tema di capacità di succedere – che pertanto ricade nell'ambito di applicazione della legge richiamata dall'art. 46 –, quanto alla **capacità di disporre dei propri beni per testamento**, che in taluni ordinamenti si acquista prima del raggiungimento della maggiore età, **l'art. 47 richiama la legge nazionale del disponente al momento del testamento** e precisa che in relazione alla modifica e alla revoca si dovrà valutare la capacità secondo la legge dello Stato di cui il testatore era cittadino al momento appunto della modifica o della deroga.

La scelta del legislatore di cristallizzare al momento della confezione del testamento la legge nazionale del *de cuius* risponde verosimilmente all'esigenza di evitare che questi, defunto dopo aver cambiato cittadinanza ma prima di aver potuto verificare la sussistenza dei requisiti di capacità di testare secondo la nuova legge nazionale, si trovi nell'impossibilità di sanare le eventuali conseguenze – in tal modo irreparabili – sulla validità delle proprie disposizioni testamentarie.

Va infine evidenziato che, in mancanza di esplicite indicazioni circa la legge in base alla quale valutare i **vizi del consenso del testatore ed i loro effetti sulla validità del testamento**, sembra ragionevole condurre anche tali importanti questioni alla legge richiamata dall'art. 46 per regolare la successione.

## 6. Requisiti formali del testamento. Il “testamento internazionale”

Il legislatore di diritto internazionale privato ha seguito la *ratio* del nostro diritto materiale, improntato ad un **notevole grado di liberalità quanto alla disciplina della forma del testamento**, presumibilmente pensando che l'autonomia dell'individuo nel decidere quale sorte debbano avere i suoi