

Famiglia

2

Il diritto della famiglia e delle successioni in Europa

Rivista bimestrale

marzo - aprile 2017

DIRETTA DA SALVATORE PATTI

Tommaso Auletta, Mirzia Bianca, Maria Giovanna Cubeddu, Lucilla Gatt (vicedirettore),
Fabio Padovini, Massimo Paradiso, Enrico Quadri, Carlo Rimini, Giovanni Maria Uda

www.rivistafamiglia.it

IN EVIDENZA

■ THE PRIVATIZATION OF THE DIVORCE IN ITALY.

Salvatore Patti

■ MATERNITÀ SURROGATA E DISTINZIONE TRA VITA PRIVATA E FAMILIARE NELLA DECISIONE DELLA CORTE DI STRASBURGO. INTERESSE DEL MINORE E TUTELA DELLA LEGALITÀ.

Lucilla Gatt

■ IL PATTO DI FAMIGLIA A DIECI ANNI DALL'ENTRATA IN VIGORE.

Maria Virginia Maccari

Parte I**Dottrina**

SALVATORE PATTI, *The privatization of the divorce in Italy*..... p. 155

EMANUELA ANDREOLA, *Revocabilità e simulazione degli atti di disposizione in sede di separazione*.....» 161

MARIA VIRGINIA MACCARI, *Il patto di famiglia a dieci anni dall'entrata in vigore*.....» 187

MARCO LUCHESCHI e DAVIDE MARCHESINI MASCHERONI, *Successioni italo-svizzere: alcune problematiche alla luce del Reg. UE 650/2012*.....» 209

Parte II**Giurisprudenza**

CEDU, Grande Camera, 24 gennaio 2017, Paradiso e Campanelli c. Italia, ric. n. 25358, con nota di ALESSANDRA GATTO, *Maternità surrogata e distinzione tra vita privata e familiare nella decisione della Corte di Strasburgo. Interesse del minore e tutela della legalità*» 221

Trib. Min. Milano, 20 ottobre 2016, n. 268, con nota di GIAMPAOLO MIOTTO, *Adozione del convivente e diritto positivo: un matrimonio impossibile*» 245

Parte III**Recensioni**

La recensione di SALVATORE PATTI a JENS M. SCHERPE, *The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons*.....» 269

Parte IV**Opinioni**

L'opinione di LUCILLA GATT, *Il problema dei minori senza identità genetica nei (vecchi e) nuovi modelli di famiglia: il conflitto tra ordine pubblico interno e c.d. ordine pubblico internazionale*.....» 271

Successioni italo-svizzeri: alcune problematiche alla luce del Regolamento UE 650/2012*

SOMMARIO: 1. – Introduzione – 2. Il quadro normativo – 2.1. *Forum e ius* secondo il diritto internazionale privato italiano (art. 46 e ss. L. 218/1995) – 2.2. *Forum e ius* secondo il diritto internazionale privato svizzero (art. 86 e ss. LDIP) – 2.3. *Forum e ius* ai sensi del Regolamento UE n. 650/2012 – 2.4. Il Trattato di domicilio e consolare italo-svizzero del 1868 – 3. Le criticità relative alla successione di un cittadino italiano con ultimo domicilio in Svizzera prima del 17 agosto 2015 – 4. Le criticità relative alla successione di un cittadino italiano con residenza abituale in Svizzera dopo il 17 agosto 2015 – 5. Conclusioni.

Italian-swiss successions are governed by the Consular Treaty of 1868, whose art. 17 is subject to different interpretations by the legal literature as for the applicable law. Since the EU Regulation no. 650/2012 entered into force, the new EU-wide rules have caused considerable changes in any succession opened after August 17th 2015, with particular regard to the succession of an Italian citizen who was usually living in Switzerland. In this respect, some uncertainties about the law applicable to the succession still exist.

This article examines the changed regulatory framework and investigates the most critical aspects which come to evidence when the European legislation is read in combination with the Consular Treaty. In this way, we aim to deliver some new arguments in order to address the still unsolved issues.

1. Introduzione.

Il Regolamento dell'Unione Europea n. 650 del 4 luglio 2012, entrato in vigore il 17 agosto 2015, ha armonizzato la disciplina di diritto internazionale privato in materia di suc-

* Il contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima.

cessioni transfrontaliere, prescrivendo una normativa unitaria e omogenea a livello comunitario, allo scopo di dirimere talune questioni sollevate in passato dal conflitto tra i diritti interni dei singoli Stati Membri¹. L'espresso obiettivo del legislatore comunitario è stato «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»². Tra i temi più delicati affrontati dal Regolamento si pone l'individuazione della giurisdizione competente e della legge applicabile alle successioni internazionali, per le quali è stato scelto come criterio generale la "residenza abituale" del soggetto della cui eredità trattasi, nell'obiettivo di affidare ad un'autorità unica l'intera competenza sulla successione e applicare all'eredità un diritto successorio unitario.

Nelle successioni italo-svizzere la valutazione del foro giurisdizionale competente e del diritto applicabile è più complessa, in quanto richiede di tenere conto del Trattato di domicilio e consolare siglato nel 1868 tra l'allora Regno di Italia e la Confederazione Svizzera, tuttora in vigore. Il Trattato consolare regola le controversie ereditarie concernenti una successione *mortis causa* italo-svizzera e, in particolare, l'art. 17 cpv. 3 stabilisce che la lite debba essere affidata al giudice dell'ultimo domicilio dello Stato di nazionalità del defunto. L'interpretazione della citata disposizione consolare ha diviso la dottrina italiana e quella svizzera in merito all'individuazione del diritto materiale applicabile alla successione di un cittadino italiano con ultimo domicilio in Svizzera.

A partire dal 17 agosto 2015, con l'entrata in vigore del Regolamento europeo n. 650/2012, il nuovo diritto successorio internazionale ha portato significativi cambiamenti nella valutazione della successione di un italiano residente abitualmente in Svizzera. Il nuovo quadro normativo pone alcune criticità in merito alla scelta della *lex successionis*³, che richiede un'approfondita analisi interpretativa della vigente normativa a livello comunitario, domestico e sovranazionale.

¹ Fanno eccezione Regno Unito, Irlanda e Danimarca (cfr. considerando n. 82 e 83 del Regolamento UE n. 650/2012). Tali Stati, ai fini del Regolamento, vengono considerati Stati terzi e continueranno ad applicare il loro diritto nazionale alle successioni internazionali.

² Considerando n. 7 del Regolamento UE n. 650/2012.

³ Le differenze tra il diritto successorio italiano e svizzero sono notevoli. Nel diritto svizzero vi sono meno eredi legittimi e legittimari; inoltre le quote di legittima sono definite in misura diversa dal diritto italiano. Anche alcuni aspetti di diritto processuale differiscono, come il termine di perenzione per l'esercizio dell'azione di riduzione, stabilito in un anno dal codice civile svizzero e in dieci anni da quello italiano. Inoltre, l'ordinamento italiano pone un divieto assoluto di stipulare contratti successori e di disporre un testamento comune o una sostituzione fedecommissaria. Sulle differenze tra diritto successorio italiano e svizzero si veda la Comunicazione del BESIRKSGERICHT ZÜRICH, *Care italiane, cari italiani*, disponibile accedendo al link <http://www.gerichte-zh.ch/themen/erbschaft/nachlassplanung/international/care-italiane-e-cari-italiani.html>. Peraltro, in dottrina vi è chi non esclude a priori la validità di patti successori, in quanto non contrari all'ordine pubblico italiano: in questo senso, G. CASSARÀ, *La successione dello straniero e la professio iuris*, nota a Corte di Cassazione n. 5832/1996; D. ACHILLE, *Il divieto dei patti successori*, Napoli, 2012, 65 e ss.; M.W. WIGET, *Convenzioni matrimoniali e contratti successori in Svizzera*, in *Gazzetta svizzera*, 2012, n. 12, 2-3. In senso contrario all'ammissibilità di patti successori, si veda T. WUSTEMANN - L.M. MARTINEZ, *Der schweizerisch-italienische Erbfall*, *Successio* 1/11, 68.

2. Il quadro normativo.

2.1. *Forum e ius* secondo il diritto internazionale privato italiano (art. 46 e ss. L. 218/1995).

Il diritto internazionale privato italiano in materia successoria è regolato dagli artt. 46 e ss. della legge n. 218/1995. Come effetto dell'entrata in vigore del Regolamento UE n. 650/2012, talune di dette norme sono divenute obsolete e le rispettive materie sono state interamente assorbite dalle previsioni regolamentari comunitarie. Ne sono un esempio l'art. 46 sulla determinazione della legge applicabile e il successivo art. 50 sulla competenza giurisdizionale: tali previsioni potranno trovare applicazione in futuro limitatamente alle successioni internazionali aperte anteriormente al 17 agosto 2015.

L'art. 46, comma 1, legge n. 218/1995 stabilisce che *«la successione per causa di morte è regolata dalla legge nazionale del soggetto della cui eredità si tratta al momento della morte»*: il diritto applicabile alla successione segue la cittadinanza del *de cuius* e, conseguentemente, nel caso di un italiano deceduto in Svizzera, è applicata la legge italiana.

In deroga alla regola generale del comma 1, il legislatore italiano ammette che il defunto possa scegliere, con dichiarazione espressa in forma testamentaria, di applicare alla successione la legge del suo luogo di residenza al momento del decesso. La cd. *professio iuris* è però accettata con riserva: *«Nell'ipotesi di successione di un cittadino italiano, la scelta non pregiudica i diritti che la legge italiana attribuisce ai legittimari residenti in Italia al momento della morte della persona della cui successione si tratta»* (art. 46, comma 2, legge n. 218/1995)⁴. La scelta di un diritto diverso da quello nazionale non deve ledere le quote di legittima previste dal diritto italiano: laddove la legge straniera accordi a eredi legittimari residenti in Italia diritti minori rispetto a quanto riservato loro dal diritto successorio italiano, la successione è sempre sottoposta alla legge straniera scelta dal *de cuius*, ma rispettando le frazioni di legittima stabilite dal codice civile italiano⁵.

La cittadinanza del defunto determina anche il foro giurisdizionale competente ai sensi dell'art. 50, legge n. 218/1995, che contempla anche altre fattispecie in cui la competenza spetta all'Italia: *«a) se il defunto era cittadino italiano al momento della morte; b) se la successione si è aperta in Italia; c) se la parte dei beni ereditari di maggior consistenza*

⁴ La norma non riveste carattere di ordine pubblico secondo la giurisprudenza italiana (Cass., 5832/1996). In questo senso, G. CASSARA, *op. cit.*; M.W. WIGET, *op. cit.* In senso contrario T. WUSTEMANN - L.M. MARTINEZ, *op. cit.*

⁵ Si immagini un cittadino italiano con ultimo domicilio in Svizzera che abbia scelto per via testamentaria di sottoporre la successione alla legge svizzera e lasci la propria eredità alla moglie e ai due figli. Secondo il diritto italiano, ai sensi degli artt. 565 e ss. CCI, le quote di legittima per gli eredi legittimari vengono così ripartite: 1/3 al coniuge superstite e 1/3 ciascuno ai due figli. Il codice civile svizzero, ex artt. 470 e ss., ripartisce le quote di legittima nel modo seguente: 1/4 al coniuge superstite e 3/8 a ciascun figlio. I figli del *de cuius*, pertanto, beneficiano di una quota di legittima minore secondo il diritto svizzero rispetto alla legge italiana. In caso di contestazione, il giudice applicherebbe il diritto svizzero per l'intera successione (ad es. in merito ai poteri degli eredi, degli esecutori testamentari e degli amministratori dell'eredità; alla responsabilità per debiti ereditari; etc.) rispettando però le frazioni di legittima stabilite dal diritto italiano.

economica è situata in Italia; d) se il convenuto è domiciliato o residente in Italia o ha accettato la giurisdizione italiana, salvo che la domanda sia relativa a beni immobili situati all'estero; e) se la domanda concerne beni situati in Italia».

La legge italiana non riconosce al testatore il potere di scegliere il giudice competente (cd. *prorogatio fori*)⁶, divergendo dalla soluzione accolta dall'art. 46, comma 2 in merito alla facoltà di scelta del diritto applicabile alla successione (*professio iuris*).

2.2. Forum e ius secondo il diritto internazionale privato svizzero (art. 86 e ss. LDIP).

La Legge Federale di Diritto Internazionale Privato svizzero (LDIP) stabilisce che la giurisdizione competente e il diritto materiale applicabile alle successioni internazionali sono determinati in base al luogo di ultimo domicilio del defunto (artt. 86 e 90 LDIP). Vi è, pertanto, collisione tra la normativa svizzera, legata al criterio dell'ultimo domicilio, e la normativa di diritto internazionale privato italiana, basata sulla cittadinanza del defunto.

La legge svizzera ammette la possibilità per il cittadino svizzero con ultimo domicilio estero di devolvere, per testamento o contratto successorio, alla competenza o al diritto svizzeri l'intera successione, ai sensi dell'art. 87 cpv. 2 LDIP. La scelta del foro e la scelta del diritto applicabile è anche possibile limitatamente al patrimonio che si trova in Svizzera⁷.

Inoltre, il diritto elvetico consente espressamente al cittadino straniero, per testamento o per contratto successorio, di sottoporre la successione ad uno dei suoi diritti nazionali, salvo che al momento del decesso egli non avesse più la cittadinanza di tale Stato ovvero fosse divenuto cittadino svizzero (art. 90 cpv. 2): il cittadino italiano domiciliato in Svizzera può dunque legittimamente assoggettare la sua successione alla legge italiana⁸.

2.3. Forum e ius secondo il Regolamento UE n. 650/2012.

Nell'obiettivo di definire per le successioni internazionali una disciplina uniforme tra gli Stati Membri, il Regolamento UE n. 650/2012 ha adottato come criterio generale di collegamento oggettivo la residenza abituale del defunto al momento della morte. Questa scelta mira a garantire una tendenziale coincidenza tra *forum* e *ius* e si fonda sulla ragionevole presunzione che il criterio della residenza abituale consenta nella maggioranza dei casi di individuare la legge con i più stretti legami con la successione⁹.

⁶ La fattispecie di cui all'art. 50, lett. d), legge n. 218/1995 può essere considerata una sorta di proroga tacita della giurisdizione, laddove il convenuto abbia accettato la giurisdizione italiana, per non aver sollevato il difetto di giurisdizione al momento della comparizione in giudizio, salvo che la domanda sia relativa a beni immobili situati all'estero. In questo senso O. FERACI, *La nuova disciplina europea della competenza giurisdizionale in materia di successioni mortis causa*, in *Cuadernos de Derecho Transaccional*, 2013, vol. 5, n. 2, 306.

⁷ Qualora il cittadino svizzero avesse un patrimonio anche in Italia, è consigliabile fare due testamenti o due contratti successorii, per i beni che si trovano in Svizzera e per quelli situati in Italia. Questa l'indicazione data dalla Comunicazione del BESIRKSGERICHTE ZÜRICH, *op. cit.*

⁸ Per una rassegna di casistiche particolari in una successione italo-svizzera, si veda L. NOI, *Il Trattato di domicilio e consolare del 18 luglio 1868*, in *La Rivista, Camera di Commercio italiana per la Svizzera*, febbraio 2015.

⁹ Il concetto di "residenza abituale" non è definito dal legislatore europeo. Si tratta del luogo dove il defunto aveva fissato il centro dei suoi

Il nuovo diritto successorio europeo ha comportato un significativo cambiamento per molti Stati membri, tra cui l'Italia, legata al criterio della cittadinanza del *de cuius* in base alle proprie norme di diritto internazionale privato¹⁰. La soluzione comunitaria si avvicina, invece, al diritto svizzero, sebbene la “residenza abituale” al momento della morte non necessariamente coincida con l’“ultimo domicilio” del *de cuius*¹¹.

L'art. 4 del Regolamento UE prevede che «sono competenti a decidere sull'intera successione gli organi giurisdizionali dello Stato Membro in cui il defunto aveva la residenza abituale al momento della morte». In via sussidiaria, l'art. 10 del Regolamento UE dispone che «se al momento della morte il defunto non risiedesse abitualmente in uno Stato Membro, gli organi giurisdizionali di uno Stato Membro in cui si trovino beni ereditari siano comunque competenti a decidere sull'intera successione, nella misura in cui: i) il defunto possedeva la cittadinanza di quello Stato Membro al momento della morte; o, in mancanza, ii) la precedente residenza abituale del defunto era stabilita in quello Stato Membro, purché al momento in cui l'organo giurisdizionale è adito non sia trascorso un periodo superiore a cinque anni dal cambiamento di tale residenza abituale».

Il legislatore comunitario non prevede la possibilità per il testatore di scelta unilaterale del foro giurisdizionale (*prorogatio fori*)¹², sebbene il Regolamento contempli diverse ipotesi di deroga alla competenza generale del giudice dello Stato di residenza abituale del defunto al momento del decesso¹³.

interessi personali, familiari, professionali ed economici, nonché dove spesso si trovano i beni compresi nell'asse ereditario. La rinuncia ad una definizione formale conferisce maggiore discrezionalità all'interprete chiamato a determinare la residenza abituale del defunto, potendo così valutare tutte le circostanze del caso concreto. Peraltro, è possibile che l'accertamento della “residenza abituale” del *de cuius* presenti delle difficoltà (ad esempio, nel caso in cui il defunto suddividesse la propria vita in maniera equilibrata fra due o più Paesi, risiedendo alternativamente in ognuno di essi per periodi limitati). Sul concetto di residenza abituale nel Regolamento comunitario, si vedano O. FERACI, *op. cit.*, 291-314; C. MARCOZ, *Il Regolamento (UE) n. 650/2012: la determinazione della “residenza” e altri problemi*, in *Eredità internazionali: italiani con beni all'estero e stranieri con beni in Italia*, Consiglio Notarile di Milano, 28 novembre 2014.

¹⁰ Ben 16 sui 25 Stati membri aderenti al Regolamento UE prevedevano nelle proprie normative interne di diritto internazionale privato che la competenza giurisdizionale e il diritto applicabile alle successioni transfrontaliere fossero stabiliti in base alla cittadinanza del defunto.

¹¹ Il diritto svizzero opera una marcata distinzione tra i concetti di domicilio, residenza e dimora. Il domicilio è un concetto di natura civilistica e indica il luogo dove il soggetto dimora con l'intenzione di stabilirvisi durevolmente (art. 23 Codice Civile svizzero). In altri Paesi il domicilio ha un significato diverso: in Italia una persona fisica può essere residente in un comune e mantenere il domicilio in un secondo comune. La residenza in Svizzera costituisce un concetto prevalentemente fiscale e, pur collimando in parte con il domicilio, include anche la dimora fiscale. L'art. 3 della Legge Federale sull'Imposta Federale Diretta (LIFD) fornisce i criteri per determinare la residenza fiscale: (i) in ragione dell'appartenenza personale quando il soggetto ha domicilio fiscale o dimora fiscale in Svizzera; (ii) in ragione dell'appartenenza economica se il soggetto, non domiciliato né dimorante in Svizzera, (a) è titolare, associato o usufruttuario di un'impresa in Svizzera, (b) tiene stabilimenti di impresa in Svizzera, (c) è proprietario o titolare di diritti di godimento su fondi in Svizzera, (d) commercia immobili situati in Svizzera o agisce da intermediario in tali operazioni immobiliari. Infine, la dimora fiscale prevede: a) un soggiorno senza interruzioni nel Cantone di almeno 30 giorni con attività lucrativa; b) uno ininterrotto di almeno 90 giorni senza esercitare un'attività lucrativa (art. 3 LIFD).

¹² Il riconoscimento della facoltà di proroga del foro da parte del testatore era stato proposto dagli studiosi del Max Planck Institut di Amburgo nel commentario alla proposta di regolamento del 2009. Questi ultimi, infatti, avevano suggerito di introdurre due forme espresse di scelta del foro, quella del testatore e quella delle parti del procedimento contenzioso, nonché una forma tacita di scelta del foro, legata alla comparizione in giudizio del convenuto.

¹³ Tali fattispecie conferiscono alle parti della controversia il potere di accordarsi sul foro competente. L'art. 6 del Regolamento UE n. 650/2012 prevede che, laddove il *de cuius* abbia optato in favore della legge di cittadinanza ex art. 22 del Regolamento UE, il giudice adito ex art. 4 ovvero ex art. 10 del Regolamento UE, su richiesta di una delle parti della controversia, possa dichiarare la propria incompetenza qualora ritenga che gli organi giurisdizionali dello Stato della cittadinanza siano più adatti a decidere sulla successione,

La residenza abituale del defunto è determinante anche per l'individuazione della legge applicabile alla successione (art. 21, par. 1 del Regolamento UE), che può essere anche la legge di uno Stato terzo (art. 20). Sebbene la residenza abituale possa essere considerata *ex ante* come il criterio più confacente ad attrarre la successione nel luogo in cui il defunto aveva il proprio centro di affari e interessi, non si può escludere che il *de cuius* avesse in realtà collegamenti di maggiore consistenza con la legge di uno Stato diverso. In considerazione di detta eventualità, il paragrafo 2 dell'art. 21 prevede che «*se, in via eccezionale, dal complesso delle circostanze del caso concreto risulta chiaramente che, al momento della morte, il defunto aveva collegamenti manifestamente più stretti con uno Stato diverso da quello la cui legge sarebbe applicabile ai sensi del paragrafo 1, la legge applicabile alla successione è la legge di tale altro Stato*». L'utilizzo di una locuzione ampia (“*collegamenti manifestamente più stretti*”) comporta una significativa dilatazione dei margini di discrezionalità offerti all'interprete nell'individuazione del diritto applicabile¹⁴.

L'art. 22 del Regolamento UE ammette la *professio iuris* e consente alla persona di disporre, in modo espresso per mezzo di una dichiarazione resa nella forma di una disposizione a causa di morte, in favore della legge del suo Paese di cittadinanza al momento della scelta ovvero al momento della morte.

2.4. Il Trattato di domicilio e consolare del 1868.

Il Trattato di domicilio e consolare è stato firmato il 22 luglio 1868 tra l'allora Regno d'Italia e la Confederazione Svizzera e si applica alle liti ereditarie¹⁵ concernenti una successione *mortis causa* di un cittadino italiano con ultimo domicilio in Svizzera, rispettivamente di un cittadino svizzero con ultimo domicilio in Italia¹⁶.

L'art. 17 cpv. 3 del Trattato consolare prevede che «*le controversie che potessero nascere*

tenuto conto delle circostanze pratiche di quest'ultima, quali la residenza abituale delle parti e il luogo in cui sono situati i beni.

¹⁴ Questo ulteriore elemento di flessibilità sembra però presentare più inconvenienti che vantaggi, in quanto rischia di pregiudicare l'esigenza di prevedibilità e certezza del diritto, nonché di causare una crescita del contenzioso. In questo senso F. CARIGLINO, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni*, 2015, disponibile su <http://www.anwaltskanzleicriglino.eu/il-nuovo-diritto-internazionale-privato-delle-successioni/>.

¹⁵ Benché il testo della disposizione si riferisca soltanto a controversie «*tra gli eredi*», in forza del principio dell'unità della successione, anche le liti tra eredi e terzi non eredi rientrano nel campo di applicazione del Trattato, purché il titolo dell'azione sia di natura successoria. In questo senso la giurisprudenza svizzera (DTF 136 III 461) e in dottrina H. CHENEVARD, *Le régime civil des successions dans les rapports italo-suisse*, Losanna, 1985, 64; F. MASPOLI, *Le successioni e il Trattato italo-svizzero del 22 luglio 1868*, Berna, 1934, 99; B. DUTOIT et al., *Répertoire de droit international privé suisse*, Berna, 1986, 120. Questa interpretazione è conforme alla giurisprudenza della Corte di cassazione italiana, secondo la quale la normativa attribuisce “*tutte le controversie relative alla successione mortis causa di un cittadino italiano o svizzero, defunto in uno qualsiasi dei paesi stipulanti, e comunque insorte fra gli eredi, i legatari o altri soggetti interessati alla successione, al giudice dell'ultimo domicilio che il de cuius aveva nel suo paese d'origine*” (Cass. civ., sez. un., 1 luglio 1992, n. 8081, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1993, 236, con rinvii).

¹⁶ Il Trattato non si applica laddove il cittadino italiano abbia sempre vissuto in Svizzera. Inoltre, in ipotesi di doppia cittadinanza italiana e svizzera, secondo il diritto svizzero prevale la cittadinanza svizzera *ex art.* 89 LDIP. Sul punto si veda H. KUHN, *Der Renvoi im internationalen Erbrecht der Schweiz, eine Analyse internationaler Erbfälle im Verhältnis der Schweiz zu Deutschland, Frankreich, Italien, Osterreich, dem Fürstentum Liechtenstein, Griechenland, England und den Niederlanden*, Diss. Zurich, 1998, 200 e ss. Per il diritto internazionale privato italiano, invece, l'art. 19, comma 2, legge n. 218/1995 prevede che in caso di più cittadinanze si applichi la legge dello Stato con il quale si ha un collegamento più stretto, ma se tra le cittadinanze vi è quella italiana, prevale quest'ultima.

tra gli eredi di un Italiano morto in Svizzera riguardo all'eredità da lui relitta, saranno portate davanti al giudice dell'ultimo domicilio che l'Italiano aveva in Italia». Il capoverso successivo stabilisce che «la reciprocità avrà luogo nelle controversie che potessero nascere tra gli eredi di uno Svizzero morto in Italia». Il Trattato consolare affida, pertanto, al giudice dello Stato di origine del defunto la risoluzione di controversie concernenti l'eredità relitta dal *de cuius*.

La citata disposizione ha dato luogo a discordanti interpretazioni nella dottrina italiana e in quella svizzera, con particolare riferimento alla successione di un italiano con ultimo domicilio svizzero.

La scuola italiana ritiene che l'art. 17 del Trattato consolare disciplini unicamente la competenza giurisdizionale, sicché la legge applicabile alla successione deve essere desunta dalle norme di diritto internazionale privato italiano (art. 46, legge n. 218/1995) e, per le successioni aperte dopo il 17 agosto 2015, ai sensi del Regolamento UE n. 650/2012¹⁷.

La dottrina e la giurisprudenza elvetica, invece, sostengono che la suddetta disposizione sovranazionale regoli anche il diritto applicabile, sebbene il testo normativo menzioni solo il foro: pertanto, *forum* e *ius* sono entrambi individuati ai sensi della normativa consolare¹⁸.

Diverse sono le posizioni della dottrina italiana e svizzera anche in merito alla possibilità per gli eredi di convenire un foro diverso rispetto a quanto stabilito dal Trattato consolare: la dottrina italiana dominante esclude che gli eredi possano ricorrere al giudice dell'ultimo domicilio del *de cuius*¹⁹; da parte svizzera, invece, è accertata la possibilità per gli eredi di scegliere di comune accordo il giudice competente in caso di controversia ereditaria, in deroga all'art. 17 del Trattato consolare²⁰.

Inoltre, nella dottrina svizzera è discussa anche l'ammissibilità di una *professio iuris* da parte del testatore, in deroga a quanto statuito dal Trattato consolare. La recente giurisprudenza elvetica si pone in senso favorevole alla validità di una tale disposizione da parte del *de cuius*, espressa per testamento o tramite contratto successorio²¹.

¹⁷ AA. VV., *Europäische Erbrechtsverordnung - Auswirkungen auf das Fürstentum Liechtenstein und die Schweiz*, in *Zentrums für Liechtenstein Recht (ZLR) an der Universität Zürich*, Zurich/St. Gallen, 2016; A. BONOMI, *La loi applicable aux successions dans le nouveau droit international privé italien et ses implications dans les relations italo-suisse*, in *RSDIE*, 1996, 482. In questo senso sembra orientarsi anche la giurisprudenza (Tribunale di Brescia, sentenza del 25 novembre 1999, in *RDIPP*, 2000, 1041).

¹⁸ Nella giurisprudenza svizzera, si vedano DTF 136 III 461 cons. 5.2; DTF 98 II 88 consid. 2; DTF 91 III 19; DTF 120 II 295; DTF 99 II 252; DTF 91 II 460. In dottrina, A. SCHNYDER - M. LIATOWITSCH, *Zu art. 86-96, Basler Kommentar Internationales Privatrecht*, 3° ed., Basel, 2013.

¹⁹ In questo senso L. NOI, *op. cit.*; G. BROGGINI, *Studi di diritto internazionale privato e processuale*, Napoli, 2007, 420.

²⁰ In giurisprudenza, DTF 136 III 461 cons. 5.4; DTF 91 III 19 cons. 2b, secondo cui «le disposizioni del Trattato relative al foro giudiziario non sono imperative; una proroga di giurisdizione è sempre possibile». In dottrina T. WUSTEMANN - L.M. MARTINEZ, *op. cit.*, 66.

²¹ DTF 136 III 46. In dottrina, si vedano B. DUTOIT, *Le droit international privé suisse de la famille et des successions à l'épreuve du temps: Dix ans de LDIP*, in *RSDIE*, 2000, 295 e ss.; G. BROGGINI, *Rapporti patrimoniali fra coniugi e successioni per causa di morte nelle relazioni italo-svizzere*, in *Raccolta di studi pubblicati in occasione delle giornate dei giuristi svizzeri*, 1997, 155 e ss.; A. BONOMI, *op. cit.*, 503 e ss. In senso contrario, si veda H. CHENEVARD, *op. cit.*, 58-60, secondo cui «l'art. 17 del Trattato italo-svizzero impedisce al defunto di scegliere per testamento una legge diversa da quella alla quale la norma rinvia, poiché gli Stati contraenti, nonostante il silenzio del testo adottato, si ponevano l'obiettivo principale di sottomettere i rapporti successori al diritto nazionale del defunto». La sopramenzionata sentenza del Tribunale Federale svizzero respinge questa tesi minoritaria, ritenendo «questa interpretazione ... desueta, soprattutto dopo che anche il diritto internazionale privato italiano ammette che il defunto possa sottoporre la propria successione alla legge dello Stato di residenza (art. 46 cpv. 2 della legge n. 218 del 31 maggio 1995). Sarebbe infatti insoddisfacente

3. Le criticità della successione di un cittadino italiano con ultimo domicilio in Svizzera prima del 17 agosto 2015.

In caso di successione di un cittadino italiano con ultimo domicilio in Svizzera, aperta prima del 17 agosto 2015, ai sensi degli artt. 46 e 50 della legge n. 218/1995 di diritto internazionale privato italiana, la competenza giurisdizionale e la legge applicabile alla successione spettano all'Italia, in virtù della cittadinanza del *de cuius*.

Secondo il diritto internazionale privato svizzero, ai sensi dell'art. 86 e dell'art. 90 LDIP, la successione deve essere aperta in Svizzera e regolata dal diritto successorio svizzero, in forza dell'ultimo domicilio del defunto.

Di fronte alla collisione tra le due normative nazionali, in caso di lite ereditaria, l'art. 17 del Trattato di domicilio e consolare del 1868 sancisce che la controversia sia portata dinanzi il giudice del luogo di ultimo domicilio dello Stato di origine del defunto, *id est* il giudice dell'ultimo domicilio italiano del defunto prima del suo trasferimento definitivo in Svizzera.

Secondo l'interpretazione svizzera dell'art. 17 del Trattato consolare, il diritto materiale applicabile è individuato dalla norma consolare, che regola (esplicitamente) il foro giurisdizionale e (implicitamente) la legge della successione, sicché la successione di un italiano deceduto in Svizzera viene sottoposta alla legge italiana.

Secondo l'interpretazione data dalla dottrina italiana, il Trattato consolare si limita a definire il foro giurisdizionale competente e la legge applicabile alla successione è desunta in forza dell'art. 46, legge n. 218/1995. Pertanto, anche in base alla linea interpretativa italiana, la successione di un italiano con ultimo domicilio svizzero è regolata dalla legge italiana.

Per le successioni aperte prima del 17 agosto 2015, ambedue le soluzioni proposte da parte svizzera e da parte italiana, sebbene siano sorrette da un differente *iter* argomentativo, conducono all'applicazione della legge italiana, in quanto legge nazionale del defunto. La *quaestio iuris* interessa unicamente profili di teoria del diritto, vertendo sulla fonte normativa – convenzionale ovvero di diritto interno – da cui è evinta l'applicabilità della legge italiana.

che, in un caso come quello in esame, la legge svizzera applicabile secondo il diritto internazionale privato vigente sia in Italia che in Svizzera (art. 90 cpv. 1 LDIP) venga accantonata in forza di un trattato ultra-centenario. Donde la necessità di ammettere deroghe all'art. 17 cpv. 3 del Trattato italo-svizzero, che si voglia attribuirgli un carattere non imperativo anche sotto questo profilo, al pari di quanto già avviene per la proroga del foro (DIF 91 III 19 consid. 2b), oppure considerando semplicemente che il rinvio al diritto italiano ch'esso prevede include la possibilità della professio iuris permessa dall'art. 46 cpv. 2 della citata legge italiana.

4. Le criticità della successione di un cittadino italiano con residenza abituale in Svizzera dopo il 17 agosto 2015.

In seguito all'entrata in vigore del Regolamento europeo n. 650/2012, per le successioni aperte dopo il 17 agosto 2015, il diritto internazionale privato italiano in materia successoria è stato sostituito dalla nuova normativa comunitaria. Questo cambiamento ha significative implicazioni anche nella valutazione del foro competente e della legge applicabile alla successione di un italiano residente abitualmente in Svizzera.

Il rapporto gerarchico tra il Trattato di domicilio e consolare del 1868 e la nuova disciplina comunitaria è definito dall'art. 75 dello stesso Regolamento UE, ai sensi del quale: «*Il presente regolamento non pregiudica l'applicazione delle convenzioni internazionali di cui uno o più Stati membri sono parte al momento dell'adozione del presente regolamento e che riguardano materie disciplinate dal presente regolamento*»²². Il Trattato di domicilio e consolare italo-svizzero del 1868, pertanto, prevale sul Regolamento comunitario.

Come visto, in caso di cittadino italiano deceduto in Svizzera, l'art. 17 del Trattato consolare affida la controversia ereditaria al giudice del luogo dell'ultimo domicilio dello Stato di origine del defunto, *id est* il giudice italiano.

Per le successioni posteriori al 17 agosto 2015, secondo l'interpretazione italiana, la competenza giurisdizionale spetta all'Italia ai sensi dell'art. 17 del Trattato consolare, mentre la *lex successionis* è individuata in base al nuovo diritto internazionale privato europeo.

Nella successione di un cittadino italiano con ultimo domicilio (*rectius* residenza abituale) in Svizzera, la legge applicabile è la legge svizzera ai sensi dell'art. 21 del Regolamento UE n. 650/2012.

Tuttavia, l'art. 34 del Regolamento UE prevede una clausola di rinvio nel caso in cui la *lex successionis* risulti essere quella di uno Stato terzo: «*Quando il presente regolamento prescrive l'applicazione della legge di uno Stato terzo, esso si riferisce all'applicazione delle norme giuridiche in vigore in tale Stato, comprese le norme di diritto internazionale privato, nella misura in cui tali norme rinviino: a) alla legge di uno Stato membro; o b) alla legge di un altro Stato terzo che applicherebbe la propria legge*».

La norma non brilla per chiarezza e richiede un'attenta analisi interpretativa. La locuzione «*tali norme*» è riferita unicamente alle «*norme di diritto internazionale privato*» dello Stato terzo e non all'insieme «*delle norme giuridiche in vigore in tale Stato*». La volontà del legislatore europeo è, infatti, assicurare l'applicazione di *tutte* le norme giuridiche dello Stato terzo, ancorché quelle di diritto internazionale privato rinviino alla legge di un altro Stato.

²² Il Regolamento UE n. 650/2012 prevale, invece, su ogni convenzione internazionale in vigore tra due o più Stati membri concernente le materie trattate dal regolamento comunitario, assicurando una piena omogeneizzazione del diritto successorio internazionale a livello comunitario.

Una lettura differente della disposizione regolamentare porterebbe a una incongruenza logica, ancor prima che giuridica. Infatti, laddove l'espressione «*tali norme*» fosse riferita all'insieme di «*norme giuridiche in vigore in tale Stato*» (ovverosia comprendesse tutte le norme dello Stato terzo, incluse le norme di diritto materiale), la legge dello Stato terzo troverebbe applicazione solo «*nella misura in cui*» (ossia limitatamente al caso in cui) quest'ultima rinviasse alla legge di un altro Stato. L'applicabilità del diritto materiale successorio dello Stato terzo sarebbe *ex se* pregiudicata, privando di senso la possibilità riconosciuta dall'art. 20 del Regolamento UE che la successione venga retta dalla legge di uno Stato terzo.

L'art. 34 del Regolamento UE, dunque, è da intendere nei seguenti termini: (i) laddove la legge svizzera preveda un rinvio alla legge italiana si applica il diritto materiale successorio italiano; (ii) qualora la legge svizzera non rinvii alla legge italiana, si applica il diritto materiale successorio svizzero. Pertanto, il diritto materiale dello Stato terzo trova applicazione solo qualora il diritto internazionale privato di detto Stato non preveda l'applicazione della legge di un altro Stato.

Chiarita la portata della clausola di rinvio di cui all'art. 34 del Regolamento UE, resta l'interrogativo sulla presenza nell'ordinamento svizzero di una norma di rinvio alla legge italiana per la successione di un soggetto con cittadinanza italiana e residenza svizzera. Torna in gioco l'art. 17 del Trattato di domicilio e consolare italo-svizzero del 1868 e, ancora una volta, la sua interpretazione risulta decisiva per individuare la legge applicabile alla successione.

5. Conclusioni.

Per la successione di un cittadino italiano deceduto in Svizzera anteriormente all'entrata in vigore del Regolamento UE n. 650/2012, la *lex successionis* è la legge italiana, in quanto legge nazionale del defunto, sebbene da parte svizzera e da parte italiana venga data un'interpretazione differente dell'art. 17 del Trattato consolare italo-svizzero del 1868.

L'analisi della nuova normativa comunitaria in materia di successioni transfrontaliere, applicabile a partire dal 17 agosto 2015, lascia aperti alcuni interrogativi in merito all'individuazione del diritto applicabile. In base al rinvio di cui all'art. 34 del Regolamento UE n. 650/2012, l'interprete è chiamato ad accertare l'esistenza all'interno dell'ordinamento giuridico svizzero di una norma che riconosca la legge italiana come legge applicabile alla successione di un cittadino italiano residente abitualmente in Svizzera.

Se la ricerca venisse limitata al mero corpo normativo di diritto internazionale privato svizzero non si rinverrebbe alcuna disposizione di rinvio alla legge italiana. Anzi, il criterio generale stabilito dal legislatore elvetico è, come visto, l'ultimo domicilio del *de cuius* ai sensi dell'art. 90 LDIP, con conseguente applicazione della legge svizzera. La successione sarebbe pertanto sottoposta al diritto successorio previsto dal codice civile svizzero, con una dissociazione tra *forum* (competenza del giudice italiano *ex art. 17* del Trattato

consolare) e *ius* (legge svizzera ex artt. 21 e 34 del Regolamento UE n. 650/2012). Tale approccio, inoltre, implicherebbe una applicazione “parziale” e “selettiva” del Regolamento europeo, limitata agli aspetti non espressamente già regolati dal Trattato di domicilio e consolare del 1868, allontanandosi dall’obiettivo di certezza e prevedibilità del diritto che il testo comunitario (nel suo complesso) intende assicurare.

Sebbene lo stesso Regolamento comunitario contempa deroghe al criterio generale della residenza abituale del defunto e ammetta l’eventualità di una dissociazione tra foro giurisdizionale e diritto applicabile alla successione (come nei casi di competenza sussidiaria ovvero di scelta della legge), l’*intentio legis* della nuova normativa europea è creare una tendenziale coincidenza tra *forum* e *ius* allo scopo di garantire semplicità e prevedibilità alle successioni transfrontaliere.

Sembra perciò preferibile un diverso approccio interpretativo, orientato agli scopi perseguiti dal legislatore europeo e più in linea con la *ratio* dell’intervento comunitario. La ricerca nell’ordinamento svizzero di una norma di rinvio alla legge italiana non dovrebbe, infatti, essere limitata all’insieme di norme giuridiche vigenti nel diritto domestico elvetico, ma è opportuno si estenda anche alla normativa sovranazionale e all’applicazione che di essa viene data dalla giurisprudenza locale.

L’art. 17 del Trattato di domicilio e consolare italo-svizzero, secondo la giurisprudenza svizzera, regola sia il foro che il diritto applicabile alla successione. Pertanto, tale norma sovranazionale (o meglio: l’interpretazione che ne viene data dai giudici svizzeri) può essere letta come norma di rinvio alla legge italiana.

È vero che l’interpretazione dell’art. 17 è tuttora dibattuta e non trova unanimità di posizioni tra giuristi italiani e svizzeri; tuttavia, in questo caso deve essere preferita un’interpretazione della norma conforme alla prassi giurisprudenziale della Svizzera, in quanto ordinamento richiamato dall’art. 34 del Regolamento UE.

Sebbene il testo dell’art. 34 del Regolamento UE parli genericamente di «*norme giuridiche in vigore*» nello Stato svizzero, il riferimento è al *diritto applicato* in detto Stato, ovvero a tutte le norme che sono *applicate* all’interno dell’ordinamento svizzero, così come esse vengono *interpretate* dalla giurisprudenza di tale Paese. La consolidata interpretazione giurisprudenziale di una norma determina il diritto applicato di un Paese, ancorché tale norma non sia di fonte domestica e riceva una differente interpretazione in altri Stati.

In conclusione, la successione di un cittadino italiano residente abitualmente in Svizzera deve essere sottoposta alla legge italiana, ai sensi del combinato degli artt. 21 e 34 del Regolamento UE n. 650/2012 e dell’interpretazione data dalla giurisprudenza svizzera dell’art. 17 del Trattato di domicilio consolare italo-svizzero del 1868. Con un paradosso: partendo da un’interpretazione “italiana” dell’art. 17 del Trattato di domicilio e consolare per la ricerca della legge applicabile alla successione di un cittadino italiano residente abitualmente in Svizzera, il ricorso al Regolamento UE n. 650/2012 ha condotto a scegliere la legge italiana come *lex successionis* proprio in forza dell’interpretazione “svizzera” data all’art. 17 del Trattato italo-svizzero.

