

Quaderni di «Diritto delle successioni
e della famiglia»

EU Regulations 650/2012,
1103 and 1104/2016: cross-border
families, international successions,
mediation issues and new financial assets

Goineu plus project final volume

edited by

SARA LANDINI



Edizioni Scientifiche Italiane

This research volume is part of the Project Goineu Plus – Integration, Migration, Transnational Relationships. Governing inheritance statutes after the entry into force of EU Succession Regulations. The project is funded by the European Union’s Justice Programme (2014-2020)

The content of this document represents the views of the authors only and it is their sole responsibility. The European Commission does not accept any responsibility for use that may be made of the information it contains.



LANDINI, Sara (*edited by*)
EU Regulations 650/2012, 1103 and 1104/2016: cross-border families, international successions, mediation issues and new financial assets
Goineu plus project final volume
Collana: Quaderni di «Diritto delle successioni e della famiglia», 39
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2020
pp. 552; 24 cm
ISBN 978-88-495-4326-1

© 2020 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7

Internet: www.edizioniesi.it
E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

INDICE

<i>Introduction</i> by SARA LANDINI	7
FABRIZIO VOLPE <i>Trasformazioni sociali, «valori» concorrenti e uniformazione del diritto successorio</i>	15
PART I – FAMILIES	
GIOVANNI PERLINGIERI <i>In tema di rapporti familiari poligamici</i>	57
ELISABETTA BERGAMINI <i>Agreements between Spouses and Partners, and Agreements as to Successions</i>	93
LUCIA RUGGERI <i>I Regolamenti europei sui regimi patrimoniali e il loro impatto sui profili personali e patrimoniali delle coppie cross-border</i>	117
JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE <i>Los matrimonios simulados o de conveniencia en la experiencia jurídica española</i>	137
CATERINA MUGELLI <i>Chinese Migration and the Universal Application of Family Law Regulations. Considerations in light of Regulations (EU) 2016/1103 and 2016/1104</i>	167
GONZALO MUÑOZ RODRIGO <i>El Derecho Español ante el matrimonio islámico</i>	191
ISABELLE SAYN <i>Une nouvelle forme de conjugalité? Le Pacte civil de solidarité</i>	225
MARÍA CARMEN CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO <i>La mediación transnacional: aplicación teórico-práctica en el ámbito del derecho de familia</i>	241
FRANCESCA CRISTIANI <i>I modelli «familiari» nazionali alla prova della regolamentazione europea</i>	265

AGNESE ALAMANNI <i>The Modification of Matrimonial Agreements and Property Agreements between Partners and Cohabitants</i>	297
---	-----

PART II – SUCCESSIONS

SALVATORE ACETO DI CAPRIGLIA <i>The Harmonization of Succession Agreements in Europe</i>	349
---	-----

BEATRIZ FERNANDES <i>Certificado Sucessório Europeu</i>	375
--	-----

MARCO RIZZUTI <i>The Strange Case of Ms. Molla Sali v. Greece: Individual Rights and Group Rights in a Multicultural Order</i>	387
---	-----

AFONSO PATRÃO <i>Renúncia recíproca à condição de legitimário incluída na convenção antenupcial: entre o estatuto sucessório e o estatuto matrimonial</i>	415
--	-----

JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH <i>La sucesion forzosa: el desencuentro del código civil español con las exigencias de la realidad actual</i>	453
--	-----

FRANCESCO LA FATA <i>Agreement of Reserved Share and Regulation (EU) No 650/2012</i>	471
---	-----

CARLA PERNICE <i>Cryptocurrencies and International Succession Law</i>	493
---	-----

ANNEXES

FRANCESCO LA FATA <i>Case-Law on EU Regulations 650/2012, 1103 and 1104/2016</i>	507
---	-----

CATERINA MUGELLI <i>GoInEU Plus Practical Guidelines on Cultural Mediation in Family and Succession Law</i>	537
--	-----

<i>Authors</i>	547
----------------	-----

SARA LANDINI
INTRODUCTION

GoinEu Plus (www.goineu.eu) proposes to enlarge, with an innovative perspective, the scope of the first GoInEu project on successions law – started on 1st October, 2017 for the duration of two years – also to related problems regarding the recognition and the enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes and registered partnerships property regimes, thus focusing on the legal management of different inheritance statutes in case of transnational families. In particular, it focuses on the increasing problems of integration of different cultures in Europe.

Nowadays, in times of ever-increasing migratory flows¹, problems arising in case of transnational family relationships, and the related issues regarding inheritance law, are a rather fertile ground in which it is possible to experience the importance of finding new ways in order to foster the coexistence between different cultures and legal statuses, also through the use of cultural mediation tools. The aim is to overcome some of the social conflicts that may stir the development of forms of religious and political radicalization ending up with terrorist behaviours.

Therefore, the subject of the present action is strictly related to many of the problems faced by migrant families today in Europe as well as to the issue of real integration that is actually at the basis for efficiently contributing to the European Agenda on Security in terms providing effective judicial responses to terrorism.

Integration is one of the most important challenges in Europe. Recently the European Commission has adopted an Action Plan on the integration of third-country nationals (7 June 2016). The Action Plan provides a comprehensive framework to support Member States' ef-

¹ According to the last available statistics, in 2015 migrants to EU Member States were 4.7 million, while at least 2.8 million migrants have left an EU Member State; see: www.ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_and_migrant_population_statistics/it.

forts in developing and strengthening their integration policies. It also describes concrete measures the Commission will adopt to this regard.

The Plan includes actions across all the policy areas that are crucial for integration:

- Pre-departure and pre-arrival measures, including actions to prepare migrants and the local communities for the integration process
- Education, including actions to promote language training, participation of migrant children to Early Childhood Education and Care, teacher training and civic education
- Employment and vocational training, including actions to promote early integration into the labour market and migrants' entrepreneurship
- Access to basic services such as housing and healthcare
- Active participation and social inclusion, including actions to support exchanges with the receiving society, migrants' participation to cultural life and fighting discrimination

In the light of the current migratory challenges, and as announced in the Communication of 6 April 2016, the moment has now come to revisit and strengthen the common approach across policy areas and involve all relevant actors – including the EU, Member States, regional and local authorities as well as social partners and civil society organizations. This is also supported by the European Parliament in its Resolution of 12 April 2016, which calls *inter alia* for full participation and early integration of all third country nationals, including refugees.

GoinEu Plus aims at contributing to the reduction of social conflicts promoting an analysis of the impact of Migration to EU Family & Successions Law having particular regard to the application of the European Regulations 1103 and 1104 enacted in 2016 coordinated with the Regulation 650/2012.

As well known the ways in which a person distributes his/her assets, either after death or during his/her life, could have social implication and the social values regarding family support, as well as government taxation policies and succession laws, have real implications for the way in which assets are transferred².

² See K. BULCROFT, *A Cross-National Study of the Laws of Succession and Inheritance: Implications for Family Dynamics*, 2 *J.L. & Fam. Stud.*, 1 (2000).

Social values are strictly related to the culture, which have mainly a national dimension, and also to the national law.

Thus in case of international family the identification of the national law needs to take in to account the needing of social cohesion.

The Regulation 1103 and 1104 together with the regulation 650 try to find a solution to facilitate the principle of freedom of movement of European Citizens³.

The Eu Reg. No 1103/2016 of 24 June 2016 aims at implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes.

To provide married couples with legal certainty as to their property and offer them a degree of predictability, all the rules applicable to matrimonial property regimes should be covered in a single instrument. In order to allow the spouses to enjoy in another Member State the rights, which have been created or transferred to them because of the matrimonial property regime, this Regulation should provide for the adaptation.

On this point, it is important to consider the role of private autonomy in regulating the situations of power and duty related to *ius in rem* even in legal systems, such as Italy, ordered on the principle of typicality of *iura in rem*. The parties could therefore regulate,

³ See P. FRANZINA, I. VIARENGO, in *The EU Regulations on the Property Regimes of International Couples*, edited by Ilaria Viarengo and P. Franzina, Elgar, Cheltenham (UK), 2020, p. 3 ff.; C. MARRESE, *Successioni transfrontaliere tra diritto interno e diritto internazionale*, Milano, 2019, p. 10 ff.

With particular regard to regulation 650 see A. DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte (dalla l. n.218/1995 al reg. UE n. 650/2012)*, Milano, 2013, p. 157; A. DAVÌ, A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Torino, 2014, p. 308; C. BALDUS, *Erede e legatario secondo il regolamento europeo in materia di successioni*, in *Vita not.*, 2015 pp. 561-570; T. BALLARINI, *Il nuovo regolamento europeo sulle successioni*, in *Riv. dir. int.*, 2013, p. 1116; R. BATTILORO, *Le successioni transfrontaliere ai sensi del reg. UE n. 650/2012 tra residenza abituale e certificato successorio europeo*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, p. 658; A. BONOMI, P. WAUTELET, *Il regolamento europeo delle successioni commentario al reg. UE 650/2012 applicabile dal 17 agosto 2015*, Milano, 2015; E. CALÒ, *La pianificazione successoria dei cittadini spagnoli e dei residenti in Spagna alla luce della disciplina europea delle successioni*, in *Riv. not.*, 2018, p. 691.

in the agreement of choice of the applicable law, within the spaces left to their private autonomy, the adaptation of an unknown right in rem to the closest equivalent right under the law of that other Member State.

It is also necessary to consider the change in the concept of wealth currently most shifted towards financial instruments that can represent real systems for allocating family wealth.

Regulation 1103 concerns only matrimonial property regimes and it should not apply to other preliminary questions such as the existence, validity or recognition of a marriage, which continue to be covered by the national law of the Member States, including their rules of private international law.

Private autonomy plays a relevant role in the choice of the law governing the matrimonial property regime⁴.

According to article 22 the spouses or future spouses may agree to designate, or to change, the law applicable to their matrimonial property regime, if the law is one of the followings:

(a) the law of the State where the spouses or future spouses, or one of them, is habitually resident at the time the agreement is concluded; or

(b) the law of a State of nationality of either spouse or future spouse at the time the agreement is concluded.

The Regulation 1104/2016 provides something similar implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships

According to art. 22 of the Regulation 1104 the partners or future partners may agree to designate or to change the law applicable to the property consequences of their registered partnership, if the law attaches property consequences to the institution of the registered partnership and if the law is one of the followings:

(a) the law of the State where the partners or future partners, or one of them, is habitually resident at the time the agreement is concluded

⁴ O. FERACI, *L'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. internaz.*, 2013, p. 424.

(b) the law of a State of nationality of either partner or future partner at the time the agreement is concluded, or

(c) the law of the State under whose law the registered partnership was created.

Only in case of absence of a choice-of-law agreement pursuant to Article 22, the law applicable to the matrimonial property regime shall be determined according to secondary criteria like: spouses' first common habitual residence after the conclusion of the marriage, and in case of partnership the law of the State under whose law the registered partnership was created.

Both with regard to marriage and to partnership it is provided that the application of a provision of the law of any State specified by this Regulation may be refused only if such application is manifestly incompatible with the public policy (*ordre public*) of the forum.

Both these regulations are connected to the Regulation 650 as some succession rights raise from the property regime of the marriage or of the partnership.

These regulations make up a unified framework which requires a combined reading and which penetrates the national systems that find a renewal. These three Regulations are addressed to a specific goal of UE and they need to be read in unison even if they seem to cover different areas. The Union has set itself the objective of maintaining and developing an area of freedom, security and justice in which the free movement of persons is ensured. For the gradual establishment of such an area, the Union is to adopt measures relating to judicial cooperation in civil matters having cross-border implications, particularly when necessary for the proper functioning of the internal market.

The Regulation 650 shall apply to succession to the estates of deceased persons. It shall not apply to revenue, customs or administrative matters.

Some matters shall be excluded from the scope of this Regulation and particularly: questions relating to matrimonial property regimes and property regimes of relationships deemed by the law applicable to such relationships to have comparable effects to marriage. Regulation 1103 shall apply to matrimonial property regimes. 'Matrimonial property regime' means a set of rules concerning the

property relationships between the spouses and in their relations with third parties, as a result of marriage or its dissolution. It shall not apply, among the other matters, to the succession to the estate of a deceased spouse.

The Regulation 1104 shall apply to matters of the property consequences of registered partnerships.

‘Registered partnership’ means the regime governing the shared life of two people which is provided for in law, the registration of which is mandatory under that law and which fulfils the legal formalities required by that law for its creation. It shall not apply, among the others matters, to the succession to the estate of a deceased partner.

The fact is that it is difficult to distinguish family property matters from inheritance matters, just think of agreements relating to the family balance sheet that may have effects *mortis causa* or agreements in view of the succession that also affect the ownership of assets in family relationships. These regulations must be read with the final objective of allowing the free movement of European citizens by avoiding constraints that can derive from the problems of applicable law with respect to two fundamental moments of the dimension of being a Person: family relationships and succession affairs⁵.

From the realization of the training objectives of the project, application difficulties emerged. Results achieved with GoinEu e GoinEuPlus projects, aimed at contributing to develop and disseminate an innovative cross-professional EU law training programme, specifically focused on Migration and Cultural Mediation, underlined some criticalities: lack of acquaintance of the Eu Regulation among professionals, necessity to communicate and disseminate their content to citizens, difficulties in the concrete cases to determine what is the scope of application of different Eu regulations in Inheritance, patrimonial families’ regime (650, 1103, 1104), the possible cross application of Regulations 2012/650 and 2016/679 in

⁵ See P. BIAVATI, *La realizzazione dello spazio giudiziario europeo di giustizia, libertà e sicurezza: stato attuale e tendenza evolutive alla luce del programma di Stoccolma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 185; A. BUCHER, *La famille en droit international privé*, in *RCADI*, 2000 (283), p. 39 ss.

case of digital goods (see web profiles on social network), the use of Eu certificates (Eu Succession Certificate) to exercise rights in front of Bank, Insurers, investments funds. With regard to certificates we have to remember the recent entry in to force of Eu Regulation 2016/1191 promoting the free movement of citizens by simplifying the requirements for presenting certain public documents in the European Union and amending Regulation (EU) No 1024/2012 which sets out a system for further simplification of administrative formalities for the circulation of certain public documents and their certified copies where those public documents and the certified copies thereof are issued by a Member State authority for presentation in another Member State.

The results achieved thus open up new trends that we are committed to seizing while keeping the research team active.

FABRIZIO VOLPE

TRASFORMAZIONI SOCIALI,
«VALORI» CONCORRENTI E UNIFORMAZIONE
DEL DIRITTO SUCCESSORIO*

SOMMARIO: 1. Identità del diritto delle successioni e sua graduale emancipazione dalla famiglia. – 2. Il diritto successorio e il principio di uguaglianza. – 3. L'evoluzione del diritto successorio in mancanza di una riforma organica. La funzione delle successioni a causa di morte rispetto alle nuove istanze sociali. Qualità produttiva dei beni e qualità dei soggetti. La negoziabilità del diritto successorio. – 4. Contratto e successioni. La contrattualizzazione della vicenda successoria e sua rilevanza sul piano interpretativo. La disponibilità dei rimedi. – 5. L'uniformazione del diritto successorio e l'apertura verso modelli concorrenti. – 6. Ordine pubblico e diritto delle successioni: il caso dei matrimoni poligamici.

1. Il presente saggio si prefigge lo scopo di ricercare un'identità attuale al diritto delle successioni, considerando che la disciplina in oggetto sta vivendo una fase di profondo cambiamento, che testimonia il necessario quanto difficile tentativo di adeguamento dell'ordinamento giuridico alla complessa evoluzione dei rapporti sociali, e che impone uno sguardo differente rispetto al modo in cui questa disciplina è stata tradizionalmente concepita, soprattutto nel sistema italiano delle fonti¹.

Lo studio delle successioni è caratterizzato da una rinnovata vivacità che colpisce non solo l'interprete, ma anche l'operatore del diritto, dovuta al fatto che il diritto ereditario sta vivendo negli ultimi anni – ma è giusto dire che è un'onda lunga che viene da lontano – una rivoluzione copernicana senza precedenti, dovuta sostanzialmente ad alcuni aspetti rilevanti che dirò in premessa, e che risultano fondamentali dal punto di vista dell'approccio alla materia².

* Lo scritto è destinato agli Studi in memoria del Prof. R. Perchinunno.

¹ Cfr. V. BARBA, *I nuovi confini del diritto delle successioni*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 333 ss.

² Avverte l'esigenza di un ripensamento della disciplina dell'atto a causa di

Doveroso diventa poter preliminarmente concepire qual è oggi il ruolo del diritto delle successioni in un'esperienza giuridica che ormai non è più cristallizzata nel singolo ordinamento, non è più concepibile solo a livello domestico, anche per i settori più rispettosi delle singole tradizioni giuridiche (quali ad esempio il diritto ereditario), ma è caratterizzata da una complessità che connota tutto il vigente sistema ordinamentale, pur nell'unitarietà dell'ordinamento³; laddove per complessità si intende, in primo luogo, realizzare una concorrenza tra gli ordinamenti⁴, e quindi tra modelli giuridici apparentemente lontani, in una prospettiva evolutiva e promozionale degli istituti giuridici, ma anche sottoporre l'esperienza giuridica contemporanea – specie quella dei singoli ordinamenti – al vaglio di un rinnovato controllo sociale, al fine di portare evidentemente all'attenzione degli interpreti ulteriori istanze sociali che provengono dalla società civile, che meritano, se non sempre una tutela immediata, quanto meno una riflessione giuridica più ponderata⁵.

morte, N. LIPARI, *Prospettive della libertà di disposizione ereditaria*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria. Atti del 11° Convegno Nazionale 5-6-7 maggio 2016*, Napoli, 2017, p. 7; con riferimento al testamento G. BONILINI, *Autonomia testamentaria, fondamenti costituzionali e bilanciamento dei principi*, *ivi*, p. 17; V. BARBA, *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, Napoli, 2018, spec. p. 25 ss., nel suo pregevole contributo propone una rilettura del testamento, al fine di superare sia il pregiudizio che esso sia l'unico atto di ultima volontà, sia quello che vorrebbe legarne l'essenza al suo contenuto attributivo-patrimoniale.

³ Il tema dell'ordinamento giuridico nella sua complessità, dinamicità e unitarietà è oggetto delle riflessioni critiche di P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 188 ss.; con particolare attenzione all'ermeneutica contrattuale v. M. PENNASILICO, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, Napoli, 2011, p. 353 ss.; di recente C. CAMARDI, *Il diritto privato tra regole e principi. Uno sguardo sulla complessità giuridica, a partire da un volume recente*, in *Osservatorio del dir. civ. comm.*, 2019, p. 115; ID., *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017, spec. p. 87 ss.; E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017, pp. 32, 155.

⁴ N. LIPARI, "Concorrenza" fra ordinamenti e sistema delle fonti, in A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004, p. 30.

⁵ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, p. 3; ID., *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017.

Questo si traduce in una concorrenza tra ordinamenti che sia qualitativamente considerata, che sia rivolta quindi soprattutto ad affermare la qualità dei modelli giuridici, non una concorrenza che conduca ad un processo di omologazione, in un percorso integrato fra leggi, Corti e diritti individuali⁶.

Una concorrenza che può portare poi ciascun ordinamento anche ad un processo evolutivo, specie nei settori – quale quello delle successioni – in cui si avverte ancora forte il peso delle singole tradizioni giuridiche⁷.

Il diritto delle successioni – quale segmento rilevante del diritto civile – ha avuto storicamente un ruolo ancillare rispetto al diritto di famiglia⁸, in virtù del fatto che sostanzialmente le trasformazioni sociali – che ovviamente sappiamo quanto incidano sulla costruzione dei modelli giuridici – hanno avuto sempre un impatto che si dimostrava più rilevante per le categorie sensibili del diritto di famiglia⁹, avvertito sia dalla scienza giuridica specie all'indomani della codificazione¹⁰, sia dagli operatori professionali interessati a dare voce concreta agli istituti giuridici attraverso il contributo della prassi negoziale¹¹.

⁶ G. VETTORI, *Il diritto privato europeo fra legge, Corti e diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 1341; N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017.

⁷ Un'esauritiva ed efficace ricostruzione, con ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza, sull'evoluzione dell'ordinamento nel diritto civil-costituzionale, si trova in M. PENNASILICO, *Legalità costituzionale e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 840 ss., e in P. PERLINGIERI, A. TARTAGLIA POLCINI (a cura di), *Novecento giuridico: i civilisti*, Napoli, 2013, p. 247 ss.

⁸ v. ora V. BARBA, *Storicità e modernità nel diritto delle successioni*, in G. PERLINGIERI, L. RUGGIERI (a cura di), *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa*, vol. II, Napoli, 2019, p. 862 ss., in cui si commenta il pensiero di Emilio Betti in ordine alla «comunione patrimoniale della famiglia» come fondamento giustificativo della disciplina successoria.

⁹ Cfr. V. BARBA, *Trasformazioni della famiglia e successioni mortis causa*, in *Riv. dir. priv.*, 2017, p. 513.

¹⁰ L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, 3^a ed., Milano, 1947, p. 3; E. BETTI, *Appunti di diritto civile*, 1928-1929, anno VII, Milano, s.d., ma 1929, p. 12.

¹¹ da ultimo, con particolare attenzione alle proposte avanzate dal notariato per conferire nuove potenzialità al diritto ereditario contemporaneo, l'inte-

Potremmo dire che il diritto civile concepiva l'evoluzione delle persone e della famiglia, sempre avendo come punto di riferimento quali fossero i valori in quel momento storicamente determinati della famiglia.

E, quindi, sappiamo quanto il diritto di famiglia del nostro ordinamento, più di altre settori del diritto civile, abbia risentito di continue riforme normative, di un'attenzione costante del legislatore preoccupato di tradurre in norme le richieste provenienti dal tessuto sociale¹², specie all'indomani dell'entrata in vigore della Carta Costituzionale¹³.

Alla fine di un percorso evolutivo è giusto ricordare, per uno sforzo di sintesi: la storica riforma del diritto di famiglia del 1975 in cui cambiava il volto del primo libro del codice¹⁴; la riforma della filiazione che afferma lo stato unico di filiazione¹⁵, e la recente

ressante contributo di M. PALAZZO, *L'autonomia in materia patrimoniale nella vicenda successoria*, in *Giust. civ.*, 2019, p. 524; nonché i contributi presenti in AA.VV., *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile. I Quaderni della fondazione italiana per il notariato*, Milano, 2016.

¹² Cfr. F.D. BUSNELLI, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1447, il quale ripercorre il lungo e convulso itinerario del diritto italiano della famiglia, dal disegno normativo edificato dalla Costituzione del 1948 alle recenti e recentissime riforme legislative, soffermandosi sull'analisi dei più significativi momenti dell'incessante evoluzione della realtà sociale e del loro riflettersi sulle posizioni dialettiche della dottrina e sui determinanti indirizzi giurisprudenziali, sempre più caratterizzati da un difficile impegno di integrazione delle fonti nel confronto tra i principi della tradizione costituzionale (personalismo, solidarietà) e quelli, tendenzialmente antinomici, introdotti dal diritto europeo (individualismo, liberalismo).

¹³ V. L. BALESTRA, *Diritto di famiglia, prerogative della persona e Carta costituzionale: settant'anni di confronto*, in *Giust. civ.*, 2018, p. 245. Il contributo si propone di analizzare l'evoluzione che ha connotato il diritto di famiglia a far data dall'introduzione della Carta costituzionale.

¹⁴ Un'approfondita analisi della disciplina delle relazioni familiari nella travagliata fase storica che abbraccia il periodo compreso tra l'entrata in vigore della Costituzione e la Riforma del 1975 è condotta da P. RESCIGNO, *Introduzione al Codice civile*, 6ª ed., Roma-Bari, 1999, p. 65 e, in tempi più recenti, da P. PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della società coniugale*, Milano, 2011.

¹⁵ Ci si riferisce ovviamente alla l. n. 219 del 10 dicembre 2012, rubricata «Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali», e al d.lg. n. 154 del 28 dicembre 2013, per la «Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219»: sui quali

riforma delle unioni civili¹⁶, ma si tratta di un quadro normativo in continua evoluzione, dove l'intervento del legislatore potrebbe essere sempre più mirato a disciplinare aspetti della vita familiare un tempo lasciati alla libera autodeterminazione, ma che oggi meritano una regolamentazione specifica.

Si tratta, dunque, di una parte del diritto civile fortemente indiziata, sia per la sua rilevanza sociale, sia per la reazione che l'ordinamento produce a seguito di queste trasformazioni sociali per renderle giuridicamente traducibili in corpi normativi¹⁷, che conducono ad una sollecitazione del sistema¹⁸.

tra i molti cfr. C.M. BIANCA, *L'uguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente legge n. 219 del 2013*, in *Giust. civ.*, 2013, 5-6, p. 205; ID., *La legge italiana conosce solo i figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 1; M. BIANCA, *L'unicità dello stato di figlio*, in *La riforma della filiazione*, a cura di C.M. Bianca, Padova, 2015, p. 3 ss.; G. CHIAPPETTA, *I nuovi orizzonti del diritto allo stato unico di figlio*, in ID. (a cura di), *Lo stato unico di figlio*, Napoli, 2014, p. 11 ss.; V. CARBONE, *Riforma della famiglia: considerazioni introduttive*, in *Fam. dir.*, 2013, p. 225; B. DE FILIPPIS, *La nuova legge sulla filiazione. Una prima lettura*, in *Fam. dir.*, 2013, p. 291; G. RECINTO, *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Napoli, 2016, p. 11; M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. dir.*, 2013, p. 231; con riferimento ai riflessi successori M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1 ss.

¹⁶ Sulle unioni civili, con particolare riguardo alla disciplina recata all'art. 1, comma 20 della l. 76 del 2016, la bibliografia è molto vasta; si segnalano, tra i molti, V. BARBA, *Le norme applicabili alle persone unite civilmente*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da G. Bonilini, vol. V, Torino, 2017, p. 143. G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, Addenda "Unioni civili e convivenze", Bologna-Roma, 2016, in www.zanichelli.it; R. PACIA, *Unioni civili e convivenze*, in www.juscivile.it; M. BLASI, R. CAMPIONE, A. FIGONE, F. MECENATE, G. OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Torino, 2016; G. CASABURRI, I. GRIMALDI (a cura di), *Unioni civili e convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76. Lettura operativa e possibili soluzioni*, Pisa, 2016; con particolare attenzione al contratto di convivenza v. R. MAZZARIOL, *Convivenze di fatto e autonomia privata: il contratto di convivenza*, Napoli, 2018; per i riflessi successori v. V. BARBA, *Norme applicabili agli uniti civili ed effettività della tutela successoria*, in *Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà*, a cura di R. Pane, Napoli, 2017, p. 111; G. BONILINI, *Unione civile, convivenza di fatto e successione mortis causa*, *ivi*, p. 143.

¹⁷ N. LIPARI, *I rapporti familiari tra autonomia e autorità*, in *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità. Atti del 13° Convegno Nazionale 3-4-5 maggio 2018*, Napoli, 2019, p. 95.

¹⁸ U. SALANITRO, *Per una riflessione sistematica sul diritto di famiglia dopo la*

Il diritto delle successioni – frutto di una lunga tradizione giuridica – risentiva di riflesso di questa *supremazia* del diritto di famiglia, che recepiva le trasformazioni sociali e poi queste di riflesso si avviavano, a valle, verso il segmento successorio per essere metabolizzate anche in questo settore¹⁹.

Il rapporto tra la disciplina della famiglia e il settore delle successioni a causa di morte, quindi, ha sempre alimentato tra i giuristi un grande interesse critico, indipendentemente dal metodo utilizzato per la comprensione di questi fenomeni, soprattutto per la varietà degli interessi coinvolti che pongono in perenne conflitto la libertà di disporre del *de cuius* da una parte e gli interessi familiari dall'altra (si pensi in particolare alla successione necessaria)²⁰; però, il diritto delle successioni ha sempre ricercato quella centralità che, invece, ha avuto il diritto di famiglia e questo, non solo per la rilevanza sociale che aveva la famiglia, e non avevano le successioni *mortis causa*, ma anche per il modo in cui era concepito il fenomeno successorio, dove sostanzialmente la vicenda successoria era legata a dei parametri giuridici fissi, immutabili nel tempo, rappresentati sostanzialmente dalla centralità del negozio testamentario²¹ e poi dal principio della

stagione delle riforme, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 563, il quale effettua una riflessione sul sistema del diritto di famiglia dopo un'intensa stagione delle riforme, per dare coerenza tra le innovazioni e le norme preesistenti. L'analisi delle nuove discipline è condotta sul piano della loro tenuta rispetto al dettato costituzionale e internazionale e della loro corrispondenza ai profondi mutamenti sociali che sono intervenuti in questi ultimi venti anni nella società italiana.

¹⁹ Cfr. circa il rapporto tra famiglia e successioni i contributi presenti in AA.VV., *Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà*, a cura di R. Pane, cit., spec. p. 9.

²⁰ N. CIPRIANI, *Potere di disporre mortis causa e libertà personale, interessi della famiglia e del testatore*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, cit., p. 345.

²¹ Sulla centralità del negozio testamentario la letteratura è vasta e non potendo essere in questa sede menzionata adeguatamente, si rinvia da ultimo a G. BONILINI, *Il negozio testamentario*, in *Tratt. dir. succ. donaz.*, diretto da G. Bonilini, vol. II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, p. 3 ss.; M.C. TATARANO, *Il testamento*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli 2004; S. DELLE MONACHE, *Testamento. Disposizioni generali*, in *Cod. civ. Commentario Schlesinger*, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2005; V. CUFFARO, *Il testamento in generale: caratteri e contenuto*, in *Tratt. breve succ. donaz.*, a cura di

unitarietà della successione *mortis causa*, nel senso che la morte del *de cuius* si pone come fonte attrattiva di gran parte degli effetti della vicenda successoria²².

P. Rescigno e M. Ieva, vol. I, Padova, 2^a ed., 2010, p. 797; S. PAGLIANTINI, *Causa e motivi del regolamento testamentario*, Napoli, 2000; ID., *Motivi del testatore, struttura e attuazione dell'atto dispositivo*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, cit., p. 117 ss.; ID., *La c.d. forza di legge del testamento*, Napoli, 2016, p. 9; da ultimo G. BONILINI, *Autonomia testamentaria, fondamenti costituzionali e bilanciamento dei principi*, cit., p. 17; in chiave critica V. BARBA, *Atti di disposizione e pianificazione ereditaria*, cit., p. 184, il quale sottolinea che «la perdita di centralità del testamento e, più estesamente, dell'atto di ultima volontà, che, innegabilmente, è fenomeno obiettivo, sebbene a mio credere suscettibile di una valutazione critica, riguarda, prevalentemente, il campo delle situazioni giuridiche patrimoniali e, meno, quello delle situazioni esistenziali, rispetto alle quali, all'esatto contrario, è possibile registrare, anche a livello legislativo, un indirizzo inverso, complice anche la circostanza che la successione nelle ultime è avvertita, con considerevole intensità, soltanto in tempi più recenti e che al contratto è affidato, per antonomasia, il compito di regolare le situazioni giuridiche patrimoniali, mentre l'elaborazione del negozio tra vivi regolativo di situazioni esistenziali è conquista recente»; riflessione ulteriormente approfondita in V. BARBA, *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, cit., pp. 23, 146.

²² Sul rapporto tra morte della persona e vicenda successoria v. P. RESCIGNO, *La successione a titolo universale e particolare*, in *Tratt. breve succ. donaz.*, a cura di P. Rescigno e M. Ieva, cit., p. 3. L'attuale diritto delle successioni è permeato, rispetto al passato, dall'esigenza di realizzare una sistemazione anticipata in vita delle vicende successorie, senza dover attendere necessariamente la morte del disponente per realizzare la pianificazione ereditaria. Si è gradatamente abbandonata l'idea, che ha sempre accompagnato lo studio sistematico di questa disciplina, secondo la quale l'atto di autonomia, per eccellenza, che ha la funzione di regolare la successione dei diritti di una persona per quando questa avrà cessato di vivere sia il testamento, tipico negozio a causa di morte. La tesi che vede nel testamento l'unico strumento a disposizione del privato per realizzare la finalità di disporre *mortis causa* del proprio patrimonio, ha contribuito a consolidare, nel tempo, l'idea di una tipicità giuridica di questo negozio nella trasmissione ereditaria, ma non ha potuto evitare che potessero emergere figure negoziali, e soprattutto contrattuali, in grado di realizzare una funzione di sistemazione patrimoniale *transmorte*. Questo ha determinato, sia nella prassi sia nella riflessione giuridica, una perdita di centralità del negozio testamentario, oltre alla valorizzazione di istituti alternativi (al testamento), specie di natura contrattuale, in chiave successoria, capaci di realizzare la stessa produzione di effetti. cfr. ampiamente A. PALAZZO, *Istituti alternativi al testamento*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli 2003, spec. p. 47; ID., *Testamento*

Sostanzialmente il diritto delle successioni si autorigenerava sempre preservandosi, cioè conservando nel tempo uno statuto normativo-ideologico che lo rendeva immune dai grandi mutamenti giuridici, pur risentendo anch'esso, seppur indirettamente, delle trasformazioni sociali in corso. A questo si accompagnava una lettura patrimonialistica del diritto successorio, con il negozio testamentario, in un'ottica di conservazione dei patrimoni familiari, proteso a realizzare essenzialmente un contenuto attributivo-patrimoniale²³.

Ovviamente l'aspetto socialmente rilevante del diritto, invadeva anche il campo delle successioni a causa di morte, ma sempre come effetto riflesso di una riforma o comunque di un intervento normativo sulla famiglia.

Il libro secondo del codice civile, – soprattutto per la grande influenza culturale di giuristi di matrice cattolica, che ispiravano con la loro autorevolezza molte delle norme ancora oggi presenti nel codice civile²⁴ – risentiva di questa chiusura (nel senso di renderlo

e istituti alternativi, Padova, 2008, p. 432; ma già ID., *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983; ID., *Alternative testamentarie*, in *Tratt. succ. e negozi successori*, a cura di A. Palazzo e A. Sassi, vol. II, Torino, 2012, p. 447; M. IEVA, *I fenomeni parasucesori*, in *Tratt. breve succ. donaz.*, a cura di P. Rescigno e M. Ieva, I, cit., p. 59 ss.

²³ Questa prospettiva non più attuale, e definitivamente superata, viene criticata da V. BARBA, *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, cit., spec. p. 13; ID., *Atti di disposizione e pianificazione ereditaria*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, cit., p. 186, il quale afferma che ««successione a causa di morte» descrive il complesso delle vicende di rapporti giuridici, esistenziali e patrimoniali che, nella morte di un soggetto, trovano il loro fondamento causale, ossia che alla morte del soggetto si realizzano in via originaria, o ne traggono una loro autonoma qualificazione»; in linea con il pensiero di G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, p. 37 s.; ID., *Atto «mortis causa»*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 232 s.

²⁴ Si pensi all'opera intellettuale di giuristi come Antonio Cicu, fautore di una concezione dell'istituto della famiglia, come struttura giuridica organica, a carattere pubblicistico. Ne deriva anche una costruzione dogmatica rigida, ma estremamente coerente, fondata sul principio della supremazia dell'interesse superiore su quello individuale, in cui però rimane ferma l'origine giusnaturalistica dell'istituto. Per il pensiero dell'autore v. Cfr. A. CICU, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma, 1914; rist. Bologna, 2013, con Lettura di M. Sesta. Come sottolinea M. SESTA, *La famiglia tra funzioni sociali e tutele individuali*, in

un micro-sistema impermeabile) e, sostanzialmente, diventava un *corpus* di norme fondamentalmente destinato a durare nel tempo fino al punto nel quale poi, invece, questo approccio è assolutamente venuto meno per i motivi che adesso saranno evidenziati e che giustificano questa riflessione²⁵.

2. Inizialmente, se potessimo individuare idealmente un punto di partenza della presente analisi, potremmo sostenere che il momento focale, che porterà il diritto delle successioni a caratterizzarsi nei suoi tratti identificativi fino alla evoluzione dei giorni nostri, è rappresentato dalla rivoluzione francese e dalla successiva codificazione napoleonica, in cui si afferma, in rottura rispetto alla tradizione giuridica precedente, un principio di uguaglianza per cui tutti i figli sono uguali davanti alla legge²⁶.

Riv. trim. dir. proc. civ., 2017, p. 567, «egli prende le mosse proprio dall'aforisma ciceroniano appena menzionato – che designa la famiglia quale cellula del corpo sociale, monade, nucleo irriducibile, unità organica, base, pietra angolare della società – per evidenziare il nesso tra società domestica e società politica, fra famiglia e Stato. Cicu sottolinea come la società familiare si differenzi dalle altre società di diritto privato che scaturiscono da un atto di autonomia privata. In esse, infatti, è garantita la libertà e l'autonomia di decidere del proprio interesse che, anche ove sia comune, resta sempre apprezzabile e tutelato nella dimensione individuale del privato. Diversamente, nella famiglia l'interesse di ciascun componente assume una valenza di interesse superiore, che trascende quello dei singoli individui, atteso che l'elemento su cui i rapporti familiari si fondano è quello del *dovere* e non quello del *diritto*. A differenza del contratto, il matrimonio si caratterizza per la sussistenza di un unico interesse superiore degli sposi che assorbe tutti gli altri interessi individuali siano essi contrapposti o comuni». Alla figura di Cicu e alla sua influenza sul diritto di famiglia sono dedicate le pagine di M. SESTA, *Antonio Cicu e il diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 805 ss.; ma già in passato autorevolmente F. MESSINEO, *L'opera di Antonio Cicu*, in A. CICU, *Scritti Minori*, I, Milano, 1965, p. IX ss.

²⁵ Una ricostruzione storica del libro delle successioni nel primo novecento si ritrova in G. CHIODI, *Una riforma originale nel solco della tradizione: il libro delle successioni e il testamento dagli autori ai primi interpreti*, in AA.VV., *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile*, cit., p. 177.

²⁶ Cfr. l'attenta analisi di G. PANZA, *Il problema e la sua evoluzione legislativa*, in G. PANZA, F. PANZA, *Successioni in generale tra codice civile e Costituzione*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da Perlingieri, Napoli, 2004, pp. 3 ss., 18 ss., nonché A. LISERRE, *Evoluzione storica e rilievo costituzionale del diritto*

La codificazione e la tutela dei legittimari, nella materia successoria, rappresentano una dichiarazione di rottura verso gli istituti fortemente conservativi che avevano dominato la scena: pensiamo alla sostituzione fedecommissaria o a tutte quelle clausole successorie che tendevano a conservare il patrimonio familiare per poterlo poi attribuire soltanto ad un discendente²⁷.

Questo principio di unitarietà del patrimonio ereditario, che aveva accompagnato la tradizione giuridica medioevale, e che rispondeva all'esigenza fondamentale di non frammentare il patrimonio dei grandi proprietari latifondisti, sostanzialmente viene rigettata con il Codice Civile del 1804, e per la grande influenza che avrà il Codice Napoleonico, come sappiamo, anche sulla nostra tradizione giuridica, si afferma un principio di uguaglianza destinato ad avere una grande influenza nella materia successoria; codificando la legittima si afferma un criterio di indifferenza della materia successoria per gli aspetti soggettivi, quali la qualità dei beni, la condizione dei soggetti, la natura giuridica degli interessi coinvolti.

Insomma, le norme successorie sembrano, nella mentalità giuridica liberal-borghese, *resettare* la tradizione del passato, che era composta di privilegi, dacché a un certo punto il diritto successorio si afferma come una mannaia che contribuisce a realizzare nell'ordinamento giuridico del tempo i nuovi ideali per il tramite il principio di uguaglianza formale nella società civile, e si consolida, rispetto al passato, come un diritto capace di distribuire, in maniera equa, secondo parametri fissi, sostanzialmente solo interessi patrimoniali.

Non c'è ancora l'idea che anche gli interessi non patrimoniali possano essere oggetto di una vicenda successoria, nel senso che laddove presenti sono spesso delle clausole di stile.

Tendenzialmente, però, quello che pervade il diritto delle successioni all'indomani del codice napoleonico, è il fatto che, mentre

ereditario, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, V, Torino, 1984, p. 7 ss.; Per una ricostruzione storica M.B. CAROSI, *L'autonomia del testatore e i suoi limiti nelle riforme dell'età napoleonica*, in AA.VV., *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile*, cit., p. 192.

²⁷ Cfr. la ricostruzione di G. TUCCI, *La tutela del figlio disabile tra nuove "fiducie" e/o affidamenti fiduciari, trust e clausole testamentarie tradizionali*, in *Riv. dir.priv.*, 2011, p. 7.

prima il patrimonio ereditario – attraverso la vicenda successoria – si concentrava nelle mani di un solo soggetto, adesso invece c'è una distribuzione delle quote attraverso la legittima. Sappiamo, poi, quanto ha inciso la tradizione francese sui percorsi evolutivi della successione necessaria, che, nonostante le criticità che sono emerse nel corso del tempo, rimane ad oggi un istituto chiave del diritto successorio e identificativo del nostro libro secondo.

Si abbandona, quindi, progressivamente una concezione del diritto delle successioni come diritto della conservazione patrimoniale – a differenza del contratto che era l'istituto della circolazione giuridica per eccellenza – e, ovviamente, la vicenda *mortis causa* e il testamento concorrono, in maniera diversa rispetto al contratto, a realizzare una società, quella ottocentesca, che, a un certo punto, realizza nella codificazione un principio netto di uguaglianza per cui tutti i figli sono uguali, e legittimari davanti alla legge, in tendenza contraria rispetto a quell'autonomia privata che, invece servendosi della vicenda successoria, aveva tentato di consolidare il patrimonio ereditario nelle mani di un solo soggetto.

Questa dialettica pervade tutta la fase iniziale del moderno diritto delle successioni avviato dopo la codificazione francese, dove, sostanzialmente, come intuibile, c'è un conflitto tra l'autonomia testamentaria da una parte e i diritti dei legittimari dall'altra che, appunto, dovrebbero limitare l'autonomia testamentaria, evitando che questa sia illimitata, per affermare un principio di solidarietà familiare²⁸.

Le ideologie dei giuristi, la concezione etica e cattolica della famiglia, la tirannia di alcuni valori incideranno poi sull'affermazione di certe norme decretandone la fortuna, e sulla loro interpretazione addirittura trasformandole sul piano applicativo in principi generali; per esempio, fondando proprio sul solidarismo familiare, la successione necessaria e i diritti dei legittimari, a un dato momento storico, diventano quasi un principio di ordine pubblico che non è possibile derogare in alcun modo.

La norma diventa un principio, uno sbarramento, per cui l'autonomia privata testamentaria ha una grande campo di applicazione,

²⁸ Da ultimo E. BILOTTI, *Fondamento costituzionale della tutela dei legittimari e prospettive di riforma*, in *Nuovo dir.*, 2019, p. 57 ss.

ma non può limitare i diritti dei legittimari, e ovviamente la successione necessaria diventerà non soltanto, nella mente dei giuristi, uno dei tipi di successione o, comunque, un limite della successione testamentaria, ma condiziona tutti i percorsi evolutivi della materia successoria, fino ai giorni nostri²⁹, specie sul piano interpretativo.

A questo si accompagna il peso di un altro vincolo, il divieto della delazione per contratto: il divieto dei patti successori³⁰, senza il quale

²⁹ La letteratura sulla successione necessaria è vastissima: in primo luogo v. L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, 4^a ed., in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 2000; tra le tante opere dedicate ai legittimari si segnalano cfr. P. DE MARTINIS, *La legittima in danaro non ereditario*, Napoli, 2019; A. SEMPRINI, *La legittima per equivalente*, Napoli, 2019; F. MAGLIULO, *Intangibilità della legittima*, in *Successioni e donazioni*, diretto da G. Iaccarino, tomo II, 2017, p. 1334 ss.; E. DE BELVIS, *La successione necessaria tra storia e riforme*, Napoli, 2013; G. MARINARO, *Successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli 2009; M. DOSSETTI, *Concetto e fondamento della successione necessaria*, in *Tratt. dir. succ. donaz.*, diretto da G. Bonilini, vol. III, cit., p. 5 ss.; G. AMADIO, *La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di riforma*, in *Riv. not.*, 2007, p. 812; M. IEVA, *La successione necessaria*, in *Dir. civ.* Lipari e Rescigno, coordinato da A. Zoppini, vol. II, *Successioni, donazioni, beni*, tomo I, *Le successioni e le donazioni*, Milano, 2009, p. 51; F. PENE VIDARI, *La successione legittima e necessaria*, in vol. IV, *Le successioni*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 2009, p. 200 ss.; F. MAGLIULO, *La legittima quale attribuzione politica. Contributo ad una moderna teoria della successione necessaria*, in *Riv. not.*, 2010, p. 533; ID., *I poteri del testatore nella composizione della legittima*, in in AA.VV., *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile*, cit., p. 82; S. DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano, 2008; ID., *Abolizione della successione necessaria*, in *Riv. not.*, 2007, p. 815; di recente per un quadro di sintesi delle tante problematiche ancora in discussione F. VOLPE (a cura di), *La successione dei legittimari*, Milano, 2017; C. CICERO, *Legittimari (tutele dei)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg.*, XI, Torino, 2018, p. 285 ss., ove è possibile rintracciare ulteriore bibliografia.

³⁰ sull'argomento si rinvia, fra i molti contributi in materia, in chiave critica a V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzione*, Napoli, 2015; ID., *I patti successori*, in *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Napoli, 2016, p. 273; ID., *Il divieto dei patti successori, ossia il divieto di negoziare la delazione*, in *Liber amicorum per Bruno Troisi*, vol. I, Napoli, 2017, p. 65; D. ACHILLE, *Il divieto dei patti successori. Contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura*, Napoli, 2012; ID., *L'atto di disposizione della successione futura tra*

il diritto delle successioni sarebbe profondamente cambiato, e sarebbe molto più vicino al diritto dei contratti, realizzano una pianificazione ereditaria, che si serve di una pluralità di modelli giuridici.

Il diritto delle successioni, quindi, si stratifica intorno a questo principio di uguaglianza, e la presenza della legittima diventa un peso ingombrante per il percorso evolutivo delle successioni a causa di morte, alla ricerca di una sua identità precisa e capace di emanciparsi dai valori del solidarismo familiare.

La solidarietà familiare, i valori della famiglia e della solidarietà familiare, diventano attrattivi del diritto delle successioni, tanto da condizionarne qualsiasi riforma.

Nella codificazione del 1942, ma direi per molti decenni, rimane ancora questa idea che il diritto delle successioni sia ancillare al diritto di famiglia, e soprattutto che la legittima non è semplicemente un istituto che limita l'autonomia testamentaria, ma diventa addirittura un *principio di ordine superiore*, in alcuni casi – pensiamo al 540 c.c., ai diritti del coniuge superstite – capace di creare anche dei *super legittimari*, che non trova corrispondenza in altri ordinamenti che disciplinano le legittima.

In questa traiettoria, che parte dalla tradizione francese e accom-

effetto e funzione, in G. PERLINGIERI, L. RUGGIERI (a cura di), *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa*, vol. II, cit., p. 913; C. CACCAVALE, *Il divieto dei patti successori*, in *Tratt. breve succ. donaz.*, a cura di P. Rescigno e M. Ieva, cit., p. 25; ID., *I patti successori nel pensiero di Emilio Betti. Nota a margine della concezione bettiana della causa*, in G. PERLINGIERI, L. RUGGIERI (a cura di), *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa*, vol. II, cit., p. 931; L. BALESTRA, M. MARTINO, *I patti successori*, in *Tratt. dir. succ. donaz.*, diretto da G. Bonilini, vol. I, Milano, 2009, p. 63; M. IEVA, *Divieto di patti successori e tutela dei legittimari*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio*, Padova, 2007, p. 297; R. CALVO, *I patti successori*, in *Diritto delle successioni*, a cura R. Calvo e di G. Perlingieri, I, Napoli, 2008, p. 13; ma già M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli 1976, p. 1 ss.; P. RESCIGNO, *Trasmissione della ricchezza e divieto dei patti successori*, in *Vita not.*, 1993, p. 1218; R. LENZI, *Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Riv. not.*, 1988, p. 1209; M. IEVA, *Il trasferimento dei beni produttivi in funzione successoria: patto di famiglia e patto d'impresa. Profili generali di revisione del divieto dei patti successori*, in *Riv. not.*, 1997, p. 1371; C. CACCAVALE, *Contratto e successioni*, in V. ROPPO, *Interferenze*, vol. VI, in *Tratt. contratto*, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, p. 429.

pagna tutta la stagione del novecento, il diritto delle successioni cerca una sua identità, ma non la trova, anche perché non si tiene conto nella trama codicistica di aspetti che possono incidere in maniera rilevante sul piano della vicenda successoria, esaltando la pluralità degli interessi coinvolti, tipo le qualità soggettive dei beneficiari della disposizione testamentaria e, soprattutto, la natura dei beni coinvolti, specie se beni produttivi, fattori che evidentemente reclamano una diversa valutazione giuridica; non c'è spazio per un profilo evolutivo, perché non si tiene conto di queste distinzioni che si riflettono sul piano della tutela.

Non c'è una adeguata e ragionevole valorizzazione dei diversi interessi coinvolti, non c'è un'idea che il diritto delle successioni possa essere capace di affermarsi come segmento del diritto civile con una sua autentica caratterizzazione, e non essere sempre eteroindotto dalla solidarietà familiare; quasi che il libro secondo dovesse rimanere eterno nella sua trama normativa, insensibile alle trasformazioni sociali, e impermeabile ai nuovi modelli giuridici concorrenti.

Il diritto dei contratti e il diritto delle obbligazioni, e, soprattutto, il diritto di famiglia vedono l'intervento continuo del legislatore, in un continuo processo di adattamento del fenomeno giuridico al costruito sociale; le successioni non registrano – salvo sporadici interventi – la stessa attenzione del legislatore.

3. Il legislatore, storicamente, non ha mostrato lo stesso interesse per la materia successoria, per cui non si registra una riforma organica del diritto delle successioni allo stato attuale, salvo sporadici interventi.

In senso inverso la dottrina più sensibile, che ha sollecitato una riflessione tesa a valorizzare una lettura degli istituti successori emancipata dal solidarismo familiare e proiettata ad esaltare il momento dell'autonomia negoziale³¹, il peso della pianificazione ereditaria³².

³¹ C. ROMANO, *Profili evolutivi dell'autonomia testamentaria*, in F. VOLPE (a cura di), *Il testamento: fisiologia e patologie*, Napoli, 2015, p. 15 ss.

³² Sull'importanza del principio di solidarietà per una rilettura del diritto delle successioni, V. BARBA, *Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 345 ss. Nel saggio l'A. vuole dimostrare che la tradizionale lettura del diritto delle successioni, come sistema votato all'esclusi-

Ad oggi, incomincia, in mancanza di una riforma organica del diritto delle successioni, soprattutto nella mente dei privati e degli operatori professionali – i quali poi sono i veri protagonisti dell'autonomia privata e forgiando nuove figure giuridiche, nuovi modelli contrattuali – ad affermarsi l'idea che il diritto delle successioni debba invece avere in sé una capacità *autorigenerativa*, senza dover per forza attendere l'intervento del legislatore³³.

Incomincia a farsi strada la convinzione, innanzitutto, di una negoziabilità del diritto successorio, di una diversa valutazione dell'imperatività delle norme del diritto successorio; nel frattempo i valori dell'ordinamento – complessivamente considerati – sono cambiati e la solidarietà familiare è sempre più sfumata, mentre è aumentata nel frattempo la capacità di negoziare gli interessi non patrimoniali.

Il diritto successorio, quindi, per evitare di paralizzarsi (nel senso che possa realizzare nel momento attuale una funzione sociale³⁴) incomincia a creare figure modelli contrattuali, innanzitutto nella prassi, capaci di esprimere una negoziabilità, capaci di tutelare anche interessi non patrimoniali, per evitare poi che non possa essere in grado di reggere l'urto delle trasformazioni sociali.

va e necessaria realizzazione dell'interesse familiare non è coerente rispetto alla tavola dei valori normativi del nostro sistema ordinamentale. Se ne impone una nuova lettura, avendo riguardo all'esigenza di temperare, di bilanciare l'interesse familiare, protetto anche dalla disciplina sulla successione necessaria, con la libertà della persona di autodeterminarsi, realizzato dalla libertà di disporre e, più esattamente, dall'atto di ultima volontà; discorso ripreso in V. BARBA, *Atti di disposizione e pianificazione ereditaria*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, cit., p. 181.

³³ M. PALAZZO, *L'autonomia in materia patrimoniale nella vicenda successoria*, cit., p. 524.

³⁴ Per una rilettura, in questa prospettiva, della materia successoria, che sappia rintracciare una funzione sociale v. P. PERLINGIERI, *La funzione sociale del diritto successorio*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 135 (ora in *Studi in memoria di Giuseppe Panza* a cura di G. Tatarano e R. Perchinunno, Napoli, 2010, p. 591); ID., *Il diritto ereditario all'affacciarsi del nuovo millennio: problemi e prospettive*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio*, a cura di S. Delle Monache, Padova, 2007, p. 317; G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 146 (anche in *Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni*, a cura di C.A. Graziani, Napoli, 2007, p. 1159 ss.).

Nella prassi incomincia a maturarsi l'idea che quel principio di uguaglianza assoluto che avevamo detto permeare la nascita del diritto successorio codificato non possa reggere l'urto di una società nuova, globalizzata, dove c'è una varietà di interessi per i quali non puoi trattare situazioni diverse in maniera standardizzata.

Incomincia a maturare la convinzione che il diritto delle successioni possa essere, invece, una settore rilevante dell'ordinamento per valorizzare, da una parte, i beni dell'impresa – per cui la qualità dei beni a un certo punto diviene strumento per cambiare sensibilmente una parte importante del diritto delle successioni e ovviare ad i molteplici problemi legati alla trasmissione ereditaria dell'impresa³⁵ – e dall'altra parte, la qualità dei soggetti coinvolti nella vicenda successoria, e in grado di incidere sulla dinamica istituti successori³⁶.

Queste due variabili – qualità dei beni e qualità dei soggetti – determinano un profondo cambiamento innanzitutto nella prassi successoria, perché inizia ad affermarsi una negoziabilità di impresa – con causa anticipatoria della successione per evitare che si affidi poi la pianificazione ereditaria dei beni produttivi soltanto al testamento – e, inoltre, incomincia a perdersi quella centralità rappresentata dalla morte del *de cuius*, che diventa uno dei tanti momenti della vicenda successoria, non *il* momento decisivo; inoltre, si afferma l'idea che la qualità dei soggetti, la loro marcata fragilità, possa diventare uno strumento per rivoluzionare sensibilmente il diritto delle successioni.

Il testamento diventa uno strumento anche per difendere soggetti particolarmente deboli, bisognosi di protezione (pensiamo al

³⁵ A. FUSARO, *Uno sguardo comparatistico sui patti successori e sulla distribuzione negoziata della ricchezza d'impresa*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, p. 391; tra i tanti profili di discussione merita di essere considerato il problema della determinazione del valore dell'impresa ai fini del calcolo delle quote di legittima e della collazione ereditaria; V. la riflessione di M. NOTARI, *La trasmissione ereditaria di impresa*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, cit., p. 479; sui problemi connessi alla collazione d'azienda in particolare v. G. PERLINGIERI, *La collazione per imputazione e il criterio di stima «al tempo dell'aperta successione»*. *La collazione d'azienda*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 85; nonché il contributo monografico recente di I. MARTONE, *Collazione e attività d'impresa*, Napoli, 2019.

³⁶ A. FUSARO, *Gli atti di destinazione nell'interesse della famiglia e dei disabili*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 33.

testamento del figlio disabile), dove si afferma una negoziabilità di protezione, capace di dare nuova linfa applicativa al testamento, che non è il negozio destinato solo a regolare rapporti patrimoniali, i cui effetti saranno poi successivi alla morte del de cuius.

A un certo punto, iniziano a valorizzarsi interessi non patrimoniali o, nella migliore delle ipotesi, gli interessi patrimoniali sono destinati in funzione della realizzazione di interessi non patrimoniali³⁷. Un esempio per tutti: il testamento a favore del figlio disabile³⁸, che può assumere la forma del *trust* testamentario³⁹, dove abbiamo una vicenda successoria che si serve dell'atto a causa di morte per eccellenza, ma che nei contenuti è permeato da interessi ulteriori rispetto al semplice passaggio generazionale, cioè quello di creare una vicenda gestoria in cui si realizza la tutela di interesse preminente non patrimoniale – la salute del figlio disabile – ma è presente anche la tutela del patrimonio in funzione della tutela della salute.

In questa figura, i genitori si pongono il problema del dopo di noi, di dover cioè tutelare, salvaguardare, un patrimonio che diventi funzionale alla tutela della salute del figlio disabile; cioè di realizzare una vicenda successoria che non abbia il patrimonio sempre al centro dell'interesse ma che vede, alcune volte, il patrimonio funzionale alla tutela di interessi esistenziali.

³⁷ Per tutti V. BARBA, *Atti di disposizione e pianificazione ereditaria*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, cit., p. 186, «Il processo di revisione del concetto di successione è, inevitabilmente, correlato ad almeno due fondamentali circostanze: per un verso, il significativo mutamento delle fonti, con il conseguente cambiamento delle scelte assiologiche portanti del nostro ordinamento e il noto fenomeno di c.d. de-patrimonializzazione del diritto civile; per altro verso, la straordinaria rilevanza che le situazioni giuridiche esistenziali hanno conquistato nel nostro ordinamento giuridico, in uno con importati innovazioni tecniche, tecnologiche e biomediche. Senza dimenticare l'importanza che, a mano a mano, ha assunto nel nostro vivere il patrimonio digitale della persona e l'esigenza del trattamento dei dati personali». C. DONISI, *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 644 ss.; A. DE CUPIS, *Sulla «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, p. 482 ss.; P. PERLINGIERI, «*Depatrimonializzazione*» e diritto civile, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1 ss.

³⁸ di G. TUCCI, *La tutela del figlio disabile tra nuove «fiducie» e/o affidamenti fiduciari, trust e clausole testamentarie tradizionali*, cit., p. 7.

³⁹ G. PORCELLI, *Il trust a fini successori (Contributo allo studio del trust «interno»)*, in *Studi in memoria di Bruno Carboni*, Napoli, 2010, p. 783.

Questi due caratteri, qualità dei beni e qualità dei soggetti, iniziano a fermentare nella prassi, creando un diritto delle successioni più sensibile alle istanze sociali, capace di rispondere realmente ai problemi che pone la prassi.

Da una parte, l'esigenza che l'impresa conservi la sua utilità e non subisca, in termini di frammentarietà, la vicenda successoria, e quindi il non dover aspettare per forza la morte del *de cuius* ma decidere prima, se mai con il consenso di tutti i legittimari, quale sarà la sorte dei beni per evitare che ci sia il rischio di quella frammentazione e l'estinzione dei beni produttivi⁴⁰; d'altra parte, si registra una decisa valorizzazione degli interessi esistenziali, in linea con quel diritto della fragilità che oggi viene rivendicato specie a livello negoziale⁴¹, e che non è solo tipico della materia civilistica, ma è di tutto l'ordinamento nel suo complesso, ed è l'aspetto nuovo del diritto dei privati, per cui l'autonomia negoziale diventa lo strumento per tutelare la fragilità di componenti della comunità familiare⁴².

⁴⁰ Già prima dell'entrata in vigore del patto di famiglia la dottrina aveva sollevato il problema del trasferimento dei beni produttivi senza dover attendere la morte del *de cuius*: Cfr. A. ZOPPINI, *Il patto di famiglia (linea per la riforma dei patti sulle successioni future)*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 255; E. DEL PRATO, *Sistemazioni contrattuali in funzione successoria: prospettive di riforma*, in *Riv. not.*, 2001, p. 625; M. IEVA, *Il trasferimento dei beni produttivi in funzione successoria: patto di famiglia e patto d'impresa. Profili generali di revisione del divieto dei patti successori*, *ivi*, 1997, p. 1371; C. CACCAVALE, F. TASSINARI, *Il divieto dei patti successori tra diritto positivo e prospettive di riforma*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 74; sul problema delle disposizioni in forma indiretta, ai fini dell'applicabilità della disciplina successoria, cfr. lo studio di F. PARENTE, *Le disposizioni in «forma indiretta» connesse alla morte*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 107 ss.; si veda, anche, A. ZOPPINI, *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie «in forma indiretta»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 1102 ss.

⁴¹ F. MIGLIAZZO, *La questione del “dopo di noi” e il diritto a favore della fragilità*, in *Studium iuris*, 2017, p. 1299; con riferimento alle persone vulnerabili v. A. FUSARO, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, Napoli, 2019; A. SPATUZZI, *Le ultime volontà del testamento anziano e vulnerabile*, in *Corr. giur.*, 2020, p. 209.

⁴² Si pensi alla l.112 del 22.6.2016 sul “Dopo di noi”, recante “disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare” Tale legge, in vigore dal 25 giugno 2016, si dichiara «volta a favorire il benessere, la piena inclusione sociale e l'autonomia delle persone con disabilità», nonché ad agevolare da un punto di vista fiscale la stipula di trusts,

Inevitabile conseguenza è che la centralità della morte del *de cuius* perde quella rilevanza che aveva in passato. Il momento della vicenda successoria non rimane più il momento morte del *de cuius*, ma assistiamo a diversi momenti della vicenda successoria.

Abbiamo il momento di apertura della successione, ma, soprattutto, abbiamo un processo di attualizzazione degli interessi che viene in risalto prima della morte del *de cuius*⁴³, cioè viene realizzata la negoziabilità di questi interessi, che può condurre anche alla loro eventuale rinunciabilità.

A un certo punto – ancor prima nella prassi, ma nel nostro ordinamento con l’istituto del patto di famiglia – si va a cancellare definitivamente l’idea che la vicenda successoria sia sempre soltanto legata alla morte del *de cuius*⁴⁴.

atti di destinazione e contratti di affidamento fiduciario (nonché l’apporto di beni in detti negozi da parte di soggetti diversi dal disponente) per proteggere il «superiore interesse delle persone con disabilità grave, non determinata dal naturale invecchiamento o da patologie connesse alla senilità, prive di sostegno familiare in quanto mancanti di entrambi i genitori o perché gli stessi non sono in grado di fornire l’adeguato sostegno genitoriale, nonché in vista del venir meno del sostegno familiare, attraverso la progressiva presa in carico della persona interessata già durante l’esistenza in vita dei genitori» ed evitarne anche “l’istituzionalizzazione”: cfr. M. TATARANO, *La c.d. legge «Dopo di noi»: profili giusprivatistici*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 1465; M. SORBILLI, *La c.d. legge “sul dopo di noi”: una nuova tutela delle fragilità sociali*, in *www.teoriaestoriadeldirittoprivato*, 2020, spec. p. 6.

⁴³ I legittimari sono spesso portatori di interessi rilevanti già prima della morte del disponente e dell’apertura della successione: F. VOLPE, *Una riflessione conclusiva: attualità degli interessi e tempo nella tutela dei legittimari*, in *Id.* (a cura di), *La successione dei legittimari*, cit., p. 359;

⁴⁴ La portata innovativa del patto di famiglia (su cui sia consentito rinviare a F. VOLPE, *Patto di famiglia*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano, Giuffrè, 2012, *passim*) consiste, in termini generali, nella creazione di uno speciale regime successorio finalizzato ad agevolare la trasmissione familiare dei beni «produttivi», in considerazione delle ragioni di utilità sociale che si connettono alla conservazione ed alla tutela della efficienza e funzionalità del bene «impresa»: l’istituto ha lo scopo di fornire all’imprenditore uno strumento giuridico adeguato per programmare per tempo non solo il passaggio generazionale, ma soprattutto la funzionalità futura delle aziende, con l’intento di evitare che le caratteristiche proprie di una donazione (ad esempio l’assoggettabilità del medesimo alla collazione ed eventualmente all’azione di riduzione) costituiscano,

Si pensa alla pianificazione ereditaria, alla libertà di disporre, alla libertà di pianificare con il tempo gli effetti di una successione, cercando di realizzare gli interessi più diversi: evitare la frammentazione dell'impresa o servirsi di strumenti alternativi al testamento, ma in grado di realizzare la pianificazione ereditaria nella sesta maniera⁴⁵. Pensiamo al contratto a favore di terzi che può avere lo stesso una funzione successoria e rappresentare uno schema generale di alternativa testamentaria⁴⁶, o pensiamo alla distinzione tra contratti a causa

di fatto, un impedimento al trasferimento della ricchezza e, nel contempo, un pregiudizio per la continuità dell'impresa e per le ragioni dell'economia. Si consente, in altri termini, all'imprenditore di pianificare il passaggio generazionale della propria azienda, stipulando un accordo con il quale l'azienda o le partecipazioni sociali vengono attribuite ad uno o ad alcuni dei suoi familiari; i beneficiari sono obbligati ad una compensazione patrimoniale in favore dei familiari esclusi e, infine, si realizza un assetto destinato ad essere stabile e a non potere essere intaccato dall'esercizio dei diritti e delle azioni connesse ai diritti dei legittimari. Il legislatore, dunque, ha introdotto una normativa che permette una sorta di anticipata successione a titolo particolare, avente ad oggetto esclusivamente l'azienda o le partecipazioni sociali, regolata da un contratto che vede coinvolti tutti coloro che sarebbero legittimari ove si aprisse in quel momento la successione, al fine della regolazione dei rispettivi interessi successori. Di recente si segnalano i lavori di G.A.M. TRIMARCHI, *Il patto di famiglia*, in *Successioni e donazioni*, diretto da G. Iaccarino, cit., p. 1938 ss.; M. TATARANO, *Il patto di famiglia tra fattispecie e fiducia*, Napoli, 2018; A. SEMPRINI, *L'equiparazione tra legittimari pretermessi e legittimari sopravvenuti nel patto di famiglia*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, p. 469.

⁴⁵ V. BARBA, *Atti di disposizione e pianificazione ereditaria*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, cit., p. 184.

⁴⁶ Sui contratti *post mortem* v. V. PUTORTÌ, *Morte del disponente e autonomia negoziale*, Milano, 2001; ID., *Promesse post mortem e patti successori*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, p. 789 ss.; ID., *I contratti post mortem*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 768 ss.; ID., *Mandato post mortem e divieto di patti successori*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 738; ID., *Il mandato post mortem*, in *I contratti di destinazione patrimoniale*, a cura di R. Calvo e A. Ciatti, in *Tratt. contratti*, dir. da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2012, p. 378 ss.; ID., *Gli incarichi post mortem a contenuto non patrimoniale tra testamento e mandato*, in *Pers. merc.*, 2014, p. 137 ss.; ID., *Disposizioni mortis causa a contenuto non patrimoniale e potere di revoca da parte degli eredi*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 787; sul mandato *post mortem* v. di recente V. BARBA, *Atti di disposizione e pianificazione ereditaria*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, cit., p. 199, ed ivi bibliografia richiamata; ID., *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, cit., p. 122.

di morte e contratti *post mortem*⁴⁷, cioè la morte non incide più sul profilo causale del contratto, ma diviene effetto e, quindi, si consente a questi contratti di non cadere nel divieto dei patti successori.

Si comincia a pensare alla vicenda successoria non più, unicamente, come una vicenda *post mortem*, ma si pensa ad una pianificazione ereditaria fatta invece attraverso atti *inter vivos* per sfuggire da quella concezione che vuole il diritto delle successioni, spesso e volentieri, un segmento difficilmente permeabile ai cambiamenti giuridici⁴⁸.

Si sposta prima nel tempo la vicenda successoria per dare al diritto delle successioni quella capacità che non era in grado di esprimere solo attraverso il negozio testamentario.

4. Il passaggio da un sistema successorio unico, insensibile alla caratteristiche dei beni, alla qualità produttiva o no dei beni medesimi, alla qualità dei soggetti (basti pensare per esempio al tema, assai dibattuto, di garantire una successione adeguata al figlio disabile) – in cui si afferma come cogente il principio della unitarietà della successione – ad un sistema successorio più complesso ed articolato, in cui la adeguata valorizzazione degli interessi coinvolti realizza la funzione sociale degli acquisti *mortis causa*, segna la traccia nuova in cui si deve anche muovere un diverso rapporto tra contratto e successioni.

Il contratto diventa protagonista della vicenda successoria esattamente come lo è il testamento.

Il diritto successorio si sgancia finalmente da quella che era l'identità iniziale, per cui la morte diventa realizzativa sul piano degli effetti, e che vede poi il divieto dei patti successori invalidare tutti i contratti a causa di morte, capace di permeare tutto il diritto delle successioni dal punto di vista della delazione contrattuale, per cui tutto veniva rinviato alla morte del *de cuius*.

A un certo punto, succede che si anticipa il momento di rilevanza degli effetti della vicenda successoria, con notevoli conseguenze sull'impianto categoriale.

⁴⁷ su cui ampiamente A. PALAZZO, *Istituti alternativi al testamento*, cit., p. 8;

⁴⁸ nella rappresentazione di A.M. GAROFALO, *A proposito di riforma del diritto successorio*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, p. 95, ritroviamo, al contrario, un diritto successorio molto sensibile ai mutamenti di ordine sociale, economico e tecnologico,

Il diritto delle successioni si serve del tipo contrattuale per rimettere in discussione il suo antico apparato concettuale e normativo.

La successione non si realizza attraverso solo il testamento, ma si compie attraverso altri istituti, che possono essere funzionali alla vicenda successoria, tanto da poter parlare anche di successione anticipata⁴⁹.

Il discorso dei beni produttivi, dell'azienda e delle partecipazioni societarie, ovviamente, è estremamente indicativo nel contesto di una riflessione più ampia che voglia cogliere l'aspetto evolutivo, nel senso che la presenza del patto di famiglia segna un momento fondamentale per la riflessione giuridica nel nostro ordinamento successorio, perché per quanto riguarda i beni aziendali, cioè i beni produttivi, abbiamo un diritto delle successioni che si è contrattualizzato, che si è emancipato da antiche concezioni. Abbiamo una contrattualizzazione della vicenda successoria che deroga sensibilmente alla capacità attrattiva del divieto dei patti successori.

Il patto di famiglia diventa la risposta moderna al divieto della delazione contrattuale e, soprattutto – nonostante le criticità dell'istituto testimoniate dal copioso denunciato dal copioso dibattito dottrinale⁵⁰, e che ha portato la dottrina a rivendicarne la natura procedimentale per consentirne una più efficace applicazione⁵¹ – l'importanza dell'istituto rimane per ciò che concerne il processo di emancipazione degli istituti successori dai valori familiari, i quali avevano monopolizzato la scena, ed avevano condotto verso una chiusura della riflessione giuridica.

⁴⁹ Di figura fondata sulla categoria della successione «anticipata» parlano, in particolare, G. AMADIO, *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati*, in AA.VV., *Patti di famiglia per l'impresa. I Quaderni della fondazione italiana per il notariato*, Milano, 2006, p. 73; ed A. ZOPPINI, *L'emersione della categoria della successione anticipata (note sul patto di famiglia)*, ivi, p. 274 ss.; F. VOLPE, *Patto di famiglia*, cit., p. 91.

⁵⁰ Un'efficace sintesi di tutte le problematiche legati all'applicazione del patto di famiglia si ritrovano ora in A. BUSANI, *Il patto di famiglia*, Padova, 2019.

⁵¹ In G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, cit., p. 166, a differenza di altri autori, l'istituto è ricostruito in chiave procedimentale: il patto di famiglia come atto a struttura variabile in considerazione del profilo funzionale e della varietà degli interessi coinvolti.

La sua presenza ha portato di nuovo gli interpreti a porsi, in chiave critica, il problema del rapporto tra contratto e successioni⁵².

È questo credo il vero tratto caratterizzante del patto di famiglia, non tanto la circostanza che gli istituti – come spesso accade per gli istituti di nuovo conio – non trovino un immediato consenso in sede di applicazione pratica, se non quando penetrano nel nostro ordinamento in maniera permanente, ma perché ha definitivamente emancipato la vicenda successoria dal momento della morte del *de cuius*.

Per cui, noi assistiamo a una pluralità di momenti della vicenda successoria e, soprattutto, assistiamo di riflesso ad una attualizzazione degli interessi dei legittimari, i quali non è vero che sono portatori di interessi solo alla morte del *de cuius*, perché, questa contrattualizzazione della materia successoria trasforma radicalmente anche il diritto dei legittimari che si permea di questa negoziabilità, perché l'assetto di interessi che rivendica anche una tutela conservativa, a un certo punto, retrocede al momento della stipulazione del patto stesso.

A un certo punto nella riflessione giuridica, si inizia a porsi un quesito che segna il cambio di metodo: se lo statuto normativo dei diritti dei legittimari viene in essere solo al momento della morte del *de cuius*, perché prima di allora non sarebbe opportuno parlare di diritto alla legittima, oppure se esiste già un processo che condu-

⁵² La dottrina da tempo sollecita una riflessione critica di quell'orientamento che vede nel contratto e nel testamento dei microsistemi non comunicanti: *per tutti*, G. PERLINGIERI, *Invalidità delle disposizioni «mortis causa» e unitarietà della disciplina degli atti di autonomia*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 119 ss.; per A.M. BENEDETTI, S. PAGLIANTINI, *Le stagioni dell'invalidità testamentaria: lo scenario in atto*, in *Profili sull'invalidità e la caducità delle disposizioni testamentarie*, a cura di A.M. Benedetti e S. Pagliantini, Napoli, 2013, p. X: «regole del contratto che trascorrono in materia testamentaria ma anche principi o frantumi di norme che percorrono il cammino in senso inverso»; nella stessa direzione V. BARBA, *La condizione testamentaria meramente potestativa*, in F. VOLPE (a cura di), *Il testamento: fisiologia e patologie*, cit., p. 89, il quale richiama il monito di M. ALLARA, *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1957, p. 65 sulla applicazione della maggior parte delle norme collocate nel capo dedicato alla materia contrattuale anche alla materia testamentaria.

ca alla valorizzazione di queste posizioni prima dell'apertura della successione.

Il problema che si è posto in dottrina della eventuale rinunciabilità dell'azione di restituzione⁵³ oppure dell'azione di simulazione proposta dal legittimario prima della morte del *de cuius*⁵⁴, non sono altro che corollari di un diverso modo di pensare il fenomeno successorio.

⁵³ In ordine alle altre azioni spettanti ai legittimari, diversamente dall'azione di riduzione – sulla cui configurabilità in termini di patto successorio rinunciativo non sembrano esservi dubbi, giusto il divieto esplicito di cui all'art. 557, 2° comma – la rinunciabilità dell'azione di restituzione, come eccezione al divieto dei patti successori, sembrerebbe trovare un terreno più favorevole sul piano argomentativo, come dimostrato da recenti arresti giurisprudenziali (Trib. Torino, III Sez. civ., dec. n. 2298 del 26 settembre 2014, in *Notariato*, 2015, p. 194, con commento di G. IACCARINO, *La rinuncia anticipata all'azione di restituzione*; in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 216, con commento di M. TATARANO, *Il cielo sopra Torino. A proposito di rinuncia anticipata all'azione di restituzione*, che ne mettono in discussione la nullità e da una riflessione giuridica, più ponderata, che tiene conto della evoluzione, nel frattempo maturata, nel diritto delle successioni. La previsione legislativa di una rinuncia all'opposizione, così consentendo che, dopo venti anni, dalla trascrizione della donazione stessa, quest'ultima possa dirsi consolidata, trascina con sé, inevitabilmente, pur nel silenzio sul punto del legislatore, il problema della legittimità della rinuncia all'azione di restituzione. La dottrina, specie quella notarile, auspicando una maggiore commerciabilità dei beni donati, spinge verso la piena legittimità di questa azione. Infatti, la possibilità per i legittimari di compiere legittimamente tale rinuncia prima che sia spirato il termine ventennale di cui all'art. 563, prima della morte del donante, stabilizzerebbe le provenienze donative, in linea con il principio ispiratore che ha animato il legislatore. In dottrina fra i tanti v. G. D'AMICO, *La rinuncia all'azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente del bene di provenienza donativa*, in *Riv. not.*, 2011, p. 1293.

⁵⁴ Si pensi a quanto sia emblematica la questione della legittimazione a far valere l'azione di simulazione da parte dei riservatari prima della morte del disponente: A. MUSTO, *Simulazione presuccessoria e tutela dei legittimari*, Napoli, 2017; V. VERDICCHIO, *Donazione dissimulata e tutela anticipata della legittima*, in F. VOLPE (a cura di), *La successione dei legittimari*, cit., p. 359; ID., *Donazione dissimulata e immediata legittimazione dei riservatari in pectore all'accertamento della simulazione*, in *Liber amicorum per Biagio Grasso*, a cura di P. Pollice, Napoli, 2015, p. 620 ss.; ID., *Donazione dissimulata e attualità dei «diritti» del legittimario in pectore*, nota a Trib. Cagliari, 21 maggio 2015 [ma, recte, 2014], in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 757 ss.

Non bisogna aspettare la morte del *de cuius* per porsi il problema dell'eventuale legittimazione a far valere degli interessi meritevoli di tutela, che possono poi anche diventare diritti, ma il problema si pone prima, si realizza nel momento in cui questo piano di interessi si va a prospettare, fino a non dover aspettare poi la morte del *de cuius*, perché questa evento potrebbe arrivare molto dopo proietta nel tempo, quando già le situazioni giuridiche sono compromesse.

Nel caso della circolazione dei beni di provenienza donativa si potrebbe determinare già ancor prima della morte del disponente una consolidazione dei beni di provenienza donativa, mortificando e vanificando per sempre la tutela dei legittimari⁵⁵.

Quindi, a un certo punto, si pone un assetto di interessi nuovo che porta a ripensare il diritto delle successioni, e a sostenere che non è solo un diritto della conservazione patrimoniale, ma diventa diritto della pianificazione ereditaria.

Diventa un diritto della pianificazione ereditaria di impresa o diventa un diritto che vuole tutelare, attraverso lo strumento ereditario, gli interessi non patrimoniali, cioè quel diritto della fragilità affermato prima, spostando nel tempo, al momento del contratto, gli effetti che normalmente dovrebbero prodursi ad un momento successivo.

Il contratto e le successioni, che apparivano segmenti distanti, iniziano a dialogare molto più di quanto fosse accaduto in passato.

Ne consegue che abbiamo un contratto che realizza una vicenda successoria ma, di converso, si può avere anche un testamento che da vita ad una vicenda contrattuale, si pensi al legato di contratto⁵⁶

⁵⁵ Così la circolazione dei beni di provenienza donativa, attraverso atti posti in essere liberamente in vita dal disponente, rappresenta uno dei profili più problematici del diritto successorio odierno, non solo per la verifica concreta di quali diritti spettano ai legittimari sugli immobili donati dal *de cuius* – al netto della riforma prevista negli articoli 561 e 563 c.c. – ma anche per la capacità che ha il nostro ordinamento di rendere attuali e quindi tutelabili interessi già concretizzati prima della morte del disponente; sul tema ampiamente dibattuto dei beni di provenienza donativa cfr. V. VERDICCHIO, *La circolazione dei beni di provenienza donativa*, Napoli, 2012; con specifico riferimento alla stabilizzazione degli acquisti di recente cfr. V. BARBA, *Circolazione del bene di provenienza donativa e tecniche negoziali per la c.d. stabilizzazione dell'acquisto da parte di terzi*, in *Riv. giur. mol.*, 2018, p. 51.

⁵⁶ In ordine alla possibilità che il negozio testamentario possa essere veicolo

o ad un legato atipico che realizza effetti obbligatori⁵⁷, o dove ci possono essere disposizioni testamentarie afflittive⁵⁸, vincolative per i rapporti degli eredi.

Il contratto diviene fonte della vicenda successoria, e il testamento diviene atto di impulso di rapporti contrattuali, in un circolo virtuoso che vede il libro secondo aprirsi alla attualità dei problemi giuridici, molto più del passato.

La incomunicabilità che esisteva prima, oggi viene definitivamente abbandonata, perché si impone una comunicabilità giuridica, con rilevanti riflessi sul piano interpretativo.

Questo diverso modo di pensare il rapporto tra il contratto e le successioni, ovviamente, non può che esser suscitatore di un cambio di metodo nella analisi della materia successoria.

Il diritto delle successioni ritrova l'identità che aveva smarrito nel tempo. Non è più settore ancillare al diritto di famiglia, ma diventa un diritto protagonista della sua identità non solo categoriale, ma anche funzionale.

Non che manchi il dialogo con la famiglia e i valori della famiglia, ma il diritto delle successioni, ritrovando quella negoziabilità che aveva smarrito, e che spesso e volentieri è una negoziabilità di protezione, recupera quella sua identità che lo aveva trasformato purtroppo in un sistema sensibile al solidarismo familiare.

Emergono, quindi, nuovi valori e nuovi assetti di interessi, quali la valorizzazione del consenso dei legittimari da una parte – si pensi al patto di famiglia in cui è richiesto il consenso dei legittimari – e

ed affermazione di contenuti contrattuali leciti attraverso la capacità del testatore di imporre comportamenti contrattuali (per tutti il legato di contratto) cfr. F. VOLPE, *Le disposizioni testamentarie di contenuto contrattuale*, in ID. (a cura di), *Il testamento: fisiologia e patologie*, cit., p. 131 ss.

⁵⁷ In dottrina si è escluso che al legato possa trovare applicazione la norma di cui all'art. 1322, comma 2, c.c., ma, più drasticamente, che si possa concretamente discorrere di legati atipici: G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, Milano, 1990, p. 1 ss. Successivamente, ID., *I legati. Artt. 649-673*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, 2^a ed. Milano, 2006, p. 116 ss.; ID., *Testamento*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVII, Torino, 1999, p. 338 ss.

⁵⁸ R. LENZI, *Disposizioni afflittive*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, cit., p. 293; L. NONNE, *Le disposizioni rafforzative della volontà testamentaria*, Napoli, 2018.

la produzione di un immediato effetto traslativo dall'altra, in grado di determinare il trasferimento dell'impresa senza dover aspettare la vicenda *mortis causa*.

Se da una parte, per mano del legislatore, il patto di famiglia dovrebbe rappresentare la testimonianza più viva di come il contratto possa essere uno strumento di pianificazione ereditaria, alternativa al testamento, spostando quindi la disciplina degli effetti al momento del contratto, dall'altra parte la prassi, a un certo punto, conia delle nuove figure, dove c'è una perdita dell'effetto traslativo, ed ad una valorizzazione dell'effetto gestorio⁵⁹ e segregativo⁶⁰.

Precisamente, il patto di famiglia – quello che prima realizzava altro istituto (il testamento e la divisione del testatore) – vede l'effetto traslativo come momento rilevante (Tizio, disponente, trasferisce subito, con consenso dei legittimari, l'impresa familiare anticipando la vicenda) – nel frattempo, invece, la prassi negoziale, sia per tramite di atti *inter vivos* sia di atti *mortis causa*, in maniera virtuosa, comincia a forgiare figure negoziali dove non c'è effetto traslativo, ma c'è l'effetto gestorio, un programma da attuare, c'è una segregazione dei patrimoni.

Il patto di famiglia rappresenta l'ultimo modello nell'ottica delle liberalità non donative in cui si produce un immediato effetto traslativo in funzione successoria (anticipata); dall'altra parte si possono realizzare gli stessi profili funzionali anche con negozi che invece non hanno un immediato effetto traslativo, ma hanno un effetto segregativo, e quindi si realizza una causa di destinazione, oppure si

⁵⁹ R. CALVO, *Fiducia, situazioni gestorie e opponibilità. Contributo allo studio della proprietà destinata*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 43.

⁶⁰ Sui vincoli di destinazione la letteratura è vasta: fra i tanti G. D'AMICO, *La proprietà «destinata»*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 525 ss.; A. FEDERICO, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *I contratti di destinazione patrimoniale*, cit., p. 563 ss.; G. PERLINGIERI, *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*, in *Foro nap.*, 2014, p. 54 ss.; V. CORRIERO, *Autonomia negoziale e vincoli negli atti di destinazione patrimoniale*, Napoli, 2015; R. CALVO, *Vincoli di destinazione*, Bologna-Roma, 2012; di recente A. MORACE PINELLI, *Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, continuato da F. Galgano, diretto da G. De Nova, Bologna-Roma, 1997, sub *art. 2645-ter*.

realizza un negozio gestorio con un programma da attuare, si pensi al *trust*, in cui viene segregato un patrimonio dal *settlor* al *trustee* in chiave di protezione di determinati interessi, fino a concepire una *causa fiduciae*, si pensi ai contratti di affidamento fiduciario. In tutte queste ipotesi si arriva a svuotare l'effetto traslativo, che aveva caratterizzato invece le liberalità.

La pianificazione successoria⁶¹, in alternativa alla possibilità di un atto di destinazione testamentario⁶², si realizza con negozi *post mortem* in cui si realizza l'effetto destinatorio voluto dal disponente⁶³.

Il piano degli interessi che si va concretamente a realizzare però è lo stesso, pur servendosi di strutture diverse⁶⁴.

⁶¹ Su cui l'ampia riflessione di A.A. CARRABBA, *Pianificazione successoria, disposizioni testamentarie e destinazioni*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, cit., p. 433.

⁶² Su cui ora in dottrina A.A. CARRABBA, *Testamento e destinazione patrimoniale*, in F. VOLPE (a cura di), *Il testamento: fisiologia e patologie*, cit., p. 199; S.T. BARBARO, *La costituzione testamentaria di patrimoni separati*, Napoli, 2017; ID., *Vincoli di destinazione e contenuto del testamento. Nel pensiero di Emilio Betti*, in G. PERLINGIERI, L. RUGGIERI (a cura di), *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa*, vol. II, cit., p. 961; G. AMADIO, *Sui «vincoli di destinazione testamentaria» (in margine alla monografia di Sonia Tullia Barbaro)*, *ivi*, p. 977; la giurisprudenza di merito ha disatteso le indicazioni della dottrina circa la possibilità di realizzare un vincolo di destinazione ex art. 2645 *ter* per via testamentaria, pronunciandosi per la inefficacia del vincolo: cfr. Trib. Roma, 18 maggio 2013, in *Fam. dir.*, 2013, p. 783, con nota di R. CALVO, *Vincolo testamentario di destinazione: il primo precedente dei tribunali italiani*; E. MOSCATI, *Il testamento quale fonte di vincoli di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 253 ss.; A. AZARA, *La disposizione testamentaria di destinazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 86 ss.; F. SPOTTI, *Il vincolo testamentario di destinazione*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 384; ID., *Il vincolo testamentario di destinazione*, in *Le disposizioni testamentarie*, diretto da Bonilini e coordinato da V. Barba, Torino, 2012, p. 163 ss.

⁶³ V. BARBA, *Negozi post mortem ed effetti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 7 e ss.

⁶⁴ Il principio di variabilità delle strutture non significa variabilità arbitraria e soggettiva, bensì variabilità in funzione della natura e degli interessi rilevanti nel concreto rapporto, individuando le situazioni giuridiche soggettive che sono a fondamento del rapporto. *Sulla variabilità della struttura*, P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Napoli, 1968, p. 138 ss. e *passim*; ID., *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, in *Comm. c.c.*

Il profilo funzionale conduce alla valorizzazione degli interessi senza dover aspettare la vicenda, la morte del *de cuius*, come ultimo avamposto per la produzione degli effetti.

A un certo punto, si assiste ad una trasformazione, ad una rigenerazione del diritto delle successioni, attraverso una serie di modelli negoziali i quali vogliono realizzare qualcosa che, invece, non esisteva nel codice civile del '42: creare una pluralità di figure negoziali che siano destinate a realizzare e a valorizzare interessi diversi come il trasferimento del bene, la valorizzazione del bene impresa, la protezione del figlio disabile, la tutela di interessi non patrimoniali, ecc.

Succede che l'attenzione si anticipa ad un tempo precedente, perché non si discute più soltanto degli effetti al momento di apertura della successione, ma si parla degli effetti della vicenda ereditaria ad un momento antecedente, al momento della stipulazione del patto.

Questo comporta che l'assetto d'interessi anche dei legittimari, per realizzare una legittimazione *in pectore*, si sposta prima, al momento del patto.

Nel patto di famiglia, come sappiamo, i legittimari non assegnatari vengono liquidati o dal disponente o dal legittimario assegnatario affinché siano tacitati nella loro quota di legittima, il che porta a una conversione della quota di legittima in un valore di credito⁶⁵.

Scialoja Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 21 ss.; ID., *Recenti prospettive nel diritto delle obbligazioni*, (1976), in ID., *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Napoli, 1990, p. 48 ss., spec. p. 51; ID., *Della cessione dei crediti*, in *Comm. c.c.* Scialoja Branca, Bologna-Roma, 1982, p. 61 ss.; ID., *Cessione dei crediti*, 1988, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 179; ID., *Autonomia privata e diritti di credito*, in ID., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 23 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3^a ed., Napoli, 2006, pp. 324, 354 s., 369 ss., 409 ss., 604 s.

⁶⁵ La norma deputata a disciplinare, nell'ambito del patto di famiglia, la liquidazione delle quote dei partecipanti non assegnatari, è stata oggetto, sin dalla sua entrata in vigore, da parte della dottrina, di particolare attenzione: cfr. N. DI MAURO, in N. DI MAURO, E. MINERVINI, V.VERDICCHIO, *Il patto di famiglia*, Milano, 2006, p. 95 ss.; M. IEVA, in *Il patto di famiglia*, a cura di S. Delle Monache, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2007, p. 40; L. CAROTA, in *Comm. Cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Delle successioni*, vol. III, Torino, 2009 p. 440 ss.; R. SICLARI, in *Comm. Cod. civ.*, diretto da G. Perlingieri, *Delle successioni*, II, 3^a ed., Napoli, 2010, p. 745; G. AMADIO, *Divieto dei patti successori ed attualità*

Il 768-*quater* c.c. assume un ruolo fondamentale nell'approccio verso una concezione evolutiva del diritto successorio⁶⁶, perché molte scelte prese dal legislatore in questa disposizione possono essere di ausilio interpretativo, anche per altre figure.

In questa prospettiva, il legittimario non può più pretendere un diritto in natura, ma ha diritto ad un valore. La norma in questione esprime una concezione nuova della legittima per equivalente⁶⁷.

Nell'attesa che in futuro si pronunci il legislatore su una possibile riforma organica delle successioni, la dottrina più avveduta ha da tempo avviato una riflessione su quali istituti, tenendo conto dei cambiamenti sociali in corso, possano essere interessati da un intervento normativo⁶⁸.

degli interessi tutelati, in AA.VV., *Patti di famiglia per l'impresa*, cit., p. 69; C. CACCAVALE, *Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, in *Not.*, 2006, p. 295; S. DELLE MONACHE, *Funzione, contenuto, ed effetti del patto di famiglia*, cit., p. 361; F. GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, cit., p. 221; B. INZITARI (a cura di), *Il patto di famiglia. Negoziabilità del diritto successorio con la legge 14 febbraio 2006*, n. 55, Torino, 2006, p. 55; G. OBERTO, *Il patto di famiglia*, Padova, 2006, p. 67; G. PETRELLI, *La nuova disciplina del "patto di famiglia"*, in *Riv. not.*, 2006, p. 435.

⁶⁶ Si rinvia per un maggiore approfondimento a F. VOLPE, *Patto di famiglia*, cit., p. 203 ss.

⁶⁷ La dottrina, avvertendo il problema, ha da tempo denunciato che quella dei legittimari deve considerarsi non più una tutela di tipo reale, bensì obbligatorio: G. AMADIO, *Azione di riduzione e proprietà del legittimario (sul c.d. principio della legittima in natura)*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, p. 657; ID., *Azione di riduzione e liberalità non donative (sulla legittima per equivalente)*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 683 ss. ID., *Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative*, in *Riv. not.*, 2009, IV, p. 824 ss.; ID., *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, cit., p. 69 ss. La tutela dei legittimari, con diritti «in natura» sul patrimonio ereditario, è in perenne conflitto con i contrapposti principi della libertà testamentaria, della sicurezza dei traffici giuridici e dell'affidamento dei terzi. Di recente, in prospettiva monografica, l'ampio lavoro di A. SEMPRINI, *La legittima per equivalente*, cit., spec. p. 219 il quale illustra le criticità operative del quadro normativo vigente, evidenziando la sua irragionevolezza nel mutato contesto economico e sociale. Viene sottolineata, al riguardo, la tendenza in atto presso tutti i formanti alla progressiva erosione del principio della «legittima in natura», con sempre più frequente riconoscimento di diritti di legittima «in valore», alla stregua di meri diritti di credito.

⁶⁸ G. AMADIO, *La successione necessaria tra proposte di abrogazione ed istan-*

Da parte di altri si sottolinea l'importanza dei principi generali, specie della ragionevolezza e proporzionalità nel diritto delle successioni⁶⁹.

Così sotto la lente di ingrandimento sono state avanzate le seguenti proposte: depotenziare il divieto dei patti successori, allargare il più possibile il patto di famiglia, realizzare una circolazione dei beni di provenienza donativa che sia molto più equilibrata rispetto alla riforma precedente, ma soprattutto sostenere che i legittimari non hanno più diritto ad una quota in natura, ma hanno diritto ad un valore di credito, perché questo contribuisce alla certezza, alla stabilità dei rapporti giuridici.

La monumentale costruzione di Luigi Mengoni – idea per cui il legittimario agendo in restituzione nei confronti del terzo, faccia valere un diritto di proprietà sul bene donato, conseguenza necessaria della ricostruzione classica degli effetti delle riduzioni e delle donazioni⁷⁰ – si ridimensiona rispetto alla evoluzione del diritto successorio, dove diviene fondamentale la ricerca di un punto di equilibrio tra istanze che sono tutte assolutamente meritevoli di tutela: da una parte, l'autonomia negoziale che si esprime attraverso le donazioni, anche dove possono essere al limite della lesione della quota di legittima, e, dall'altra parte, i diritti dei legittimari a rivendicare il bene non in natura, ma solo il diritto ad un valore.

ze di riforma, in *Riv. not.*, 2007, p. 803 ss.; A.M. GAROFALO, *A proposito di riforma del diritto successorio*, cit., p. 95 ss.; S. DELLE MONACHE, *La legittima come diritto di credito nel recente disegno di legge delega per la revisione del codice civile*, in *Nuovo dir.*, 2019, p. 37.

⁶⁹ Secondo V. BARBA, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto delle successioni*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, spec. p. 749, una valutazione d'insieme del diritto ereditario alla luce di tali criteri suggerisce sia di superare l'idea che nel conflitto tra interesse della famiglia e interesse del disponente debba sempre prevalere il primo, sia di superare quella concezione prettamente patrimonialistica del diritto ereditario e del testamento che ha storicamente prevalso.

⁷⁰ L'orientamento oggi dominante che al legittimario pretermesso riconosce la qualità di erede come conseguenza del vittorioso esperimento dell'azione di riduzione la si trova in L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, cit., p. 60; cfr. sul punto cfr. G. AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative (sulla legittima per equivalente)*, cit., p. 687.

Sostanzialmente, se si ha comprensione dell'art. 563 c.c., questo diritto dei legittimari a pretendere soltanto un diritto di credito, e quindi non un'azione reale, già esiste nel 563 c.c., come possibilità dell'avente causa del donatario di liberarsi pagando il valore e trattenendo il bene, però è un'eccezione nel panorama sistematico.

La dottrina più sensibile, da tempo, si è pronunciata a favore di una ripensamento della disciplina in questione, che conduca non alla cancellazione dei diritti dei legittimari, ma ad un sostanziale ridimensionamento, perché la solidarietà familiare (che anima molte delle scelte alla base della quota di legittima) non è più un principio di ordine pubblico⁷¹.

La famiglia, con i suoi valori, non è più in grado di esprimere il monopolio interpretativo del diritto delle successioni, per l'affermarsi di valori concorrenti che trovano, in alcuni casi, una maggiore legittimazione. Il diritto dei legittimari rivendica una riforma importante, così come la rivendica il divieto dei patti successori⁷², per

⁷¹ V. BARBA, *Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà*, cit., p. 345 ss.

⁷² Per una rilettura critica del divieto dei patti successori, allo scopo di verificare quale estensione debba assumere, oggi, questa proibizione e quale importanza abbia nel sistema successorio fondamentale la lettura del contributo di V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzione*, cit., p. 13. L'A. sottolinea che l'indagine deve privilegiare l'analisi strutturale e funzionale del divieto, nella zona di confine tra il divieto e il permesso, senza indugiare nelle ipotesi più controverse, considerandone alcune come mero banco di prova. L'indagine preferisce verificare se sia possibile ricavare dall'analisi strutturale e funzionale del divieto, armonicamente coordinata con la disciplina successoria in generale, con specifico riguardo alla delazione, al concetto di successione e alla categoria dell'atto di ultima volontà, un principio capace di giustificare la norma e risolvere i casi dubbi. Il divieto dei patti successori ha storicamente condizionato la disciplina del diritto italiano. L'art. 458 ha avuto il merito non solo di aver regolato la materia in modo unitario, ma anche di aver riportato questa disciplina dal libro sul contratto al libro sulle successioni. In una sola disposizione di legge viene proibita non solo la stipulazione di patti istitutivi, ossia di accordi con i quali si conviene l'istituzione di erede o legatario, ma anche di patti dispositivi e rinunciativi. L'a. arriva alla conclusione che il divieto recato nella norma si deve considerare riferito al solo atto dispositivo della delazione, in guisa che il principio giustificatore del divieto è proprio l'indisponibilità, per atto tra vivi, della delazione. V. anche di recente A. SPATUZZI, *I patti successori. Su talune articolazioni e criticità del divieto*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p.

essere in linea con le istanze sociali; inoltre, il divieto della delazione contrattuale e la solidarietà familiare, non possono essere addirittura elevati a principi di natura inderogabile, tali, quindi, da condizionare e chiudere il diritto successorio alla contaminazione di altri modelli giuridici.

Il diritto dei legittimari non scompare ma, non essendo concepibile un principio di ordine pubblico⁷³, perché – come è stato autorevolmente sottolineato – ancor prima del solidarismo esiste il personalismo⁷⁴, deve consegnarsi inevitabilmente ad una linea interpretativa che sia in linea con le trasformazioni sociali che si fanno strada nel diritto successorio.

Le successioni incominciano, finalmente, ad adeguarsi alle istanze sociali, cioè vengono concepite, in chiave evolutiva, non come un diritto che si rende immune rispetto al sociale, ma diventa, piuttosto, un diritto capace, indipendentemente dalle riforme normative che si prospettano, di potersi adeguare, per sopravvivere pena la sua obsolescenza, alle nuove trasformazioni sociali imperanti.

L'evoluzione della materia successoria passa attraverso l'abrogazione dei valori su cui si era costruita la disciplina. Innanzitutto, la

1014; D. ZANELLI, *La persistente e incessante imperatività del divieto dei patti successori*, in *Vita not.*, 2019, p. 531.

⁷³ Su questo profilo le ampie riflessioni di V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 441; ID., *I nuovi confini del diritto delle successioni*, cit., p. 333 ss.; ID., *Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà*, cit., p. 345 ss.; G. PERLINGIERI, *Il «Discorso preliminare» di Portalis e il diritto delle successioni e della famiglia*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 674 ss.

⁷⁴ P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 39, «la Carta costituzionale ha modificato il concetto di solidarietà rispetto a quello del codice civile. Il principio solidaristico non è più soltanto economico, [...] ma ha fini politici, economici, sociali, la rilevanza dei quali risulta evidente se essi vengono collegati agli artt. 3 ss. Cost. È una solidarietà umana, cioè in funzione dell'attuazione della personalità, e non della proprietà o dell'impresa; solidarismo significa personalismo, ma non in senso dispregiativo e negativo, perché al centro del solidarismo – quindi del sistema giuridico costituzionale – si pone la tutela della persona». ID., *Mercato, solidarietà, diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 84 ss.; ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 5 ss.; N. LIPARI, *Diritto e valori sociali. Legittimità condivisa e dignità della persona*, Roma, 2004; S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007.

solidarietà familiare o la solidarietà delle comunità familiari – per declinarare al plurale – non è più un principio di ordine pubblico.

Non c'è una copertura costituzionale della successione necessaria, gli articoli che si riferiscono alla successione testamentaria e alla successione legittima non affermano una rilevanza costituzionale del diritto dei legittimari.

Il diritto di famiglia storicamente ha inciso tanto sulle successioni da trasformare il diritto dei legittimari in un principio di ordine pubblico, quando, invece, la dinamica dei rapporti sociali ha segnato l'evoluzione in senso contrario; non è nemmeno un principio di ordine pubblico a livello internazionale perché ci sono ordinamenti che non hanno la quota di legittima o ci sono ordinamenti – penso a quello inglese – che, invece, depotenziano la tutela dei legittimari⁷⁵.

Quello che va evidenziato, in primo luogo, è che il diritto dei legittimari viene condizionato dalla rilevanza del contratto, perché il diritto della legittima diventa un diritto a carattere obbligatorio, e non a carattere reale. Il contratto diventa, nella materia successoria, un modello di circolazione dei rapporti giuridici.

5. La recente uniformazione del diritto successorio, operata per mano del legislatore europeo, ha contribuito a mutare il volto di questa disciplina, che pure era segnato da un profondo cambiamento⁷⁶.

⁷⁵ Per una comparazione con gli altri ordinamenti si rinvia a A. FUSARO, *I legittimari in Italia e negli ordinamenti stranieri. La riserva e altre tecniche di protezione successoria*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, cit., p. 319; in giurisprudenza si segnala Cass., 30 giugno 2014, n. 14811, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 563 con nota critica di E. CALÒ, *La vedova non è più allegra: la mancanza di reciprocità con Cuba preclude lo status di legittimario*.

⁷⁶ Ci riferiamo al Regolamento UE n. 650/2012 sulle successioni internazionali, particolarmente significativo per le scelte in materia di legittima e di patti successori. Su cui l'approfondita analisi di I. RIVA, *Certificato successorio europeo. Tutele e vicende acquisitive*, Napoli, 2017; nonché V. PUTORTÌ, *Il divieto dei patti successori istitutivi alla luce del regolamento UE 650/2012*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 845.

La letteratura sull'argomento è vasta: cfr. I. QUEIROLO, *Drafting normativo e competenza giurisdizionale nel regolamento (UE) n. 650/2012 in materia di successioni mortis causa*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2018, p. 870; D. BOGGIALI, *Il riconoscimento degli effetti reali dei legati nel regolamento successioni*, in *Riv. notariato*, 2018, II, p. 1251; P. KINDLER, *La legge applicabile ai patti successori nel*

La rilevanza del momento contrattuale nella materia successoria la ritroviamo, esattamente come è stata rappresentata, nella impostazione del diritto successorio uniforme – in tema di patti successori – nel recente Regolamento 12/650/UE alla luce del quale è concessa la possibilità a un cittadino italiano, che ha la residenza abituale in un determinato periodo in un altro paese, di poter confezionare patti successori validi destinati a condizionare la vicenda successoria anche quando l'italiano, residente all'estero abitualmente, ritornerà nel suo Paese di cui ha la cittadinanza, e potrà disporre di altri beni con gli strumenti che possiede secondo il nostro ordinamento⁷⁷.

Le norme di cui all'art. 25 del Regolamento, nella parte in cui stabiliscono che l'ammissibilità, la validità e l'efficacia di un patto successorio è regolata dalla legge applicabile alla successione del disponente al tempo della sua conclusione, non soltanto richiamano le nuove norme di regolazione della successione di cui agli artt. 21 e 22 del predetto regolamento, ma mutano il tema sui patti successori, lasciando ipotizzare, che un cittadino italiano possa stipulare, durante un periodo abituale di residenza in Germania, un valido *Erbvertrage*, destinato a valere e regolare la sua successione, ancorché al tempo della sua morte questi sia tornato a risiedere abitualmente in Italia.

Notevole l'impatto della disciplina uniforme dei patti successori, perché in altri termini si consente a un cittadino di attingere alla di-

regolamento (UE) n. 650/2012, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2017, p.12; C. BALDUS, *Erede e legatario secondo il Regolamento Europeo in materia di successioni*, in *Vita notarile*, 2015, p. 561 L. FUMAGALLI, *Il sistema italiano di diritto internazionale privato e processuale e il regolamento (UE) n. 650/2012 sulle successioni. Spazi residui per la legge interna?*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2015, p. 779; F. BUONOMENNA, *Recenti sviuippi della disciplina successoria in base al Regolamento (Ue) n. 650/2012*, in *Dir. comun. scambi internaz.*, 2015, p. 453; F. VISMARA, *Patti successori nel regolamento (UE) n. 650/2012 e patti di famiglia: un'interferenza possibile?*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2014, p. 803; A. BONOMI, *Il regolamento europeo sulle successioni*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2013, p. 293; U. TACCONI, *Prime osservazioni sul regolamento UE n. 650/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio in materia di successioni*, in *Vita notarile*, 2013, p. 85; I. FERRETTI, *Successioni transfrontaliere e certificato successorio europeo: prime osservazioni Regolamento Ue 650 del 2012*, in *Contr. e impr./Eur.*, 2013, p. 450.

⁷⁷ Su cui ampiamente V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione*, cit., p. 189 ss.

sciplina successoria del Paese nel quale abbia la residenza al momento di confezione dell'atto rilevante ai fini della propria successione, senza che rilevi che quella residenza sia conservata fino al tempo della morte.

Il Regolamento in questione, nel tentativo di uniformare il diritto delle successioni, creando un nuovo diritto internazionale privato delle successioni, realizza, innanzitutto, nel momento in cui è presente l'elemento di estraneità, la possibilità di rendere attuabile la delazione contrattuale, perché viene data la possibilità a un cittadino italiano – che ha la residenza abituale in un determinato periodo all'estero – di poter sfruttare quel momento realizzando patti successori validi destinati a condizionare la vicenda successoria anche quando il cittadino italiano (residente all'estero abitualmente) ritornerà nel suo Paese di cui ha la cittadinanza, e potrà disporre di altri beni con gli strumenti che possiede secondo il nostro ordinamento.

La residenza abituale, come criterio per la disciplina applicabile, emancipa il nostro ordinamento successorio dal divieto dei patti successori.

Il cittadino italiano potrà stipulare patti successori validi che saranno regolati dalla legge scelta nel momento in cui il soggetto contraente ha deciso di stipulare un patto successorio.

Notevoli le ricadute sul piano sistematico della scelta attuata dal diritto delle successioni uniforme: il cittadino italiano, nell'ambito del proprio ordinamento interno, se volesse orientare la delazione contrattuale si troverebbe davanti al divieto dei patti successori, per quanto ridimensionato nella sua attuale portata applicativa dalla riflessione dottrinale che ne denuncia le criticità (si pensi ai patti successori dispositivo e rinunciativo), ma appena dimostra di avere la residenza abituale in altro ordinamento che tollera la disciplina dei patti successori sarà legittimato a stipulare una delazione contrattuale, perché la presenza del criterio della residenza abituale ha la capacità attrattiva di rendere valido un patto successorio che da noi sarebbe nullo *ex art. 458 c.c.*

Ma quello che è ancora più importante, e che merita di esser valorizzato, è che il concetto di ordine pubblico muta⁷⁸: l'art. 35 del

⁷⁸ Cfr. in chiave critica G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico inter-*

Regolamento diviene significativo da questo punto di vista perché, ovviamente, istituti successori rinvenuti da altre esperienze giuridiche penetrano nel nostro ordinamento, avendo superato il grado di compatibilità dell'ordine pubblico, in maniera diversa rispetto al passato perché, mentre prima trovavano un limite insuperabile – tutto ciò che non era attinente al nostro ordinamento non avrebbe mai trovato applicazione perché l'ordine pubblico internazionale⁷⁹, diversamente dall'ordine pubblico interno, gli poneva uno sbarramento –, oggi, invece, i modelli concorrenti del diritto successorio troveranno applicazione nel nostro ordinamento perché è cambiato il concetto di ordine pubblico internazionale, mettendo così in crisi le fondamenta su cui si poggiava l'esperienza giuridica passata.

L'ordine pubblico internazionale è sempre norma di diritto interno che funge da criterio di selezione di norme o sentenze che nel nostro ordinamento non possono sopravvivere perché contrarie ai principi fondamentali.

Il risultato è che quegli istituti – si pensi ai patti successori o altri istituti o alla tutela dei legittimari – che erano profondamente diversi dai nostri e non avrebbero mai trovato in passato attuazione oggi, invece, trovano immediata applicazione.

La comparazione con altre esperienze giuridiche, le trasformazioni sociali penetrano nel diritto successorio attraverso il diritto uniforme.

no e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale, Napoli, 2018; nel contributo si esamina l'utilità della distinzione tra ordine pubblico interno e internazionale, nonché le modalità operative di questa clausola generale, da intendere non più soltanto come limite alla libertà negoziale o alla recepibilità di leggi e atti stranieri, a garanzia dell'identità culturale nazionale, ma anche come insieme dei principi identificativi con funzione promozionale. Per tutti, sull'ordine pubblico come limite all'autonomia privata e per una sua differenza con norme imperative e buon costume, L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993.

⁷⁹ Su cui ora cfr. V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, cit., p. 403 ss.; nel presente contributo l'A., dopo aver affermato che l'ordine pubblico internazionale è un concetto di diritto interno, il quale funge da limite all'applicazione di una legge straniera nel singolo caso concreto, ne propone una definizione. È una clausola generale, in quanto tale relativa e storica, che funge da limite successivo, negativo, concreto, con funzione assiologica e di controllo.

Così come accaduto per la legittima, anche il tema dei patti successori – destinatario di forti critiche nel dibattito attuale per la presenza di un divieto di carattere generale reputato oramai anacronistico – si trova a dover operare nell’ambito di un ordinamento profondamente cambiato rispetto al passato, più dinamico e più sensibile alle influenze esterne, in cui il concetto di ordine pubblico internazionale è destinato a diventare – con la tecnica del bilanciamento – una clausola di apertura verso modelli giuridici concorrenti, in grado di influenzare positivamente l’evoluzione del nostro sistema giuridico⁸⁰, per cui in sede di applicazione della legge straniera o dell’atto straniero va verificato se la disciplina del singolo caso concreto sia rispondente ai principi fondamentali e irrinunciabili del nostro ordinamento o, più esattamente, ai principi ispirati alla tutela dei diritti fondamentali della persona umana⁸¹.

6. Il rinnovato interesse per il concetto di ordine pubblico pubblico può rappresentare la strada più matura per una evoluzione del diritto delle successioni, che non si accontenta della via legislativa.

Il tema dei matrimoni poligamici, e i suoi riflessi successori, sono un osservatorio privilegiato di come il diritto delle successioni debba aprirsi a modelli concorrenti e rivedere la tavola dei valori su cui è stato costruito⁸².

⁸⁰ In maniera molto efficace V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, cit., p. 445, fa notare: «In questo senso è evidente che l’eccezione di ordine pubblico internazionale si risolve in una tecnica argomentativa di bilanciamento, finalizzata, nel conflitto tra ordinamento del caso concreto secondo la legge italiana e ordinamento del caso concreto secondo la legge straniera, a dare prevalenza a una delle due norme, senza che quella recessiva sia dichiarata invalida e nel presupposto che si tratti pur sempre di un bilanciamento caso per caso e mai di un bilanciamento definitivo».

L’ordine pubblico internazionale diventa, dunque, il criterio di ragionevolezza sulla base del quale s’istituisce la gerarchia assiologica, affermando che l’applicazione di una legge straniera o il riconoscimento di efficacia di un atto straniero può e deve spingersi sino al punto di creare una frattura rispetto all’ordinamento del caso concreto derivante dall’applicazione della legge italiana, ma non oltre il punto in cui il contrasto concerna i principi fondamentali e irrinunciabili del nostro sistema ordinamentale, ossia i principi identificativi, massime, ispirati alla tutela dei diritti fondamentali della persona umana, che trovano una loro espressione normativa nell’art. 2 cost.».

⁸¹ V. BARBA, *o.u.c.*, p. 437.

⁸² Si rinvia al lavoro di M. RIZZUTI, *Il problema dei rapporti familiari poli-*

Le trasformazioni sociali, culturali, in un contesto segnato dalla cosiddetta globalizzazione giuridica e da imponenti flussi migratori, l'incidenza della religione islamica e degli altri modelli familiari, profondamente differenti da quelli della nostra tradizione, sul nostro sistema giuridico trovano una diversa chiave di accesso: il processo di armonizzazione che contraddistingue l'attuale esperienza giuridica necessariamente incide sulle successioni ma, soprattutto, impatta sul concetto di ordine pubblico, da intendere non più soltanto come limite alla libertà negoziale o alla recepibilità di leggi e atti stranieri, a garanzia dell'identità culturale nazionale, per tutelare l'interesse generale della società, bensì chiamato a esprimere e garantire anche diritti e libertà delle persone⁸³, e capace di veicolare nel nostro ordinamento istituti già prima non preventivamente legittimabili.

Questo comporta una serie di riflessi importanti: non di chiusura aprioristica agli istituti civilistici (specie successori) che provengono da una cultura giuridica diversa dalla nostra, ma impone di verificare caso per caso se quell'istituto della famiglia o delle successioni possa avere un effetto utile nel nostro ordinamento, e soprattutto capace di attuare i valori già presenti nel nostro sistema giuridico.

Così per esempio, il tema dei matrimoni poligamici e dei suoi riflessi successori – che in questa sede è solo incidentalmente richiamato come esempio paradigmatico di un processo evolutivo che non può essere trascurato – si inserisce in un quadro più ampio in cui si registra da tempo la valorizzazione dei rapporti familiari non coniugali, nell'ottica di una sempre più decisa centralità della convivenza consensuale e di perdita di centralità dell'istituto matrimoniale.

Si tratta di una valutazione giuridica che si è posta – pur con le dovute differenze – frequentemente in passato, specie nella elaborazione giurisprudenziale in materia di famiglia di fatto, in cui emergeva la possibilità che due rapporti familiari, uno matrimoniale ed uno extramatrimoniale, potessero essere entrambi contemporaneamente rilevanti per il diritto, e tale presupposto ha quindi conosciuto ulteriori svolgimenti in tutte quelle situazioni

gamici, Napoli, 2016, spec. p. 146 ss., per ciò che concerne i riflessi successori.

⁸³ G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, cit., p. 27.

che hanno posto il problema di una qualche interazione fra le due relazioni⁸⁴.

Il nostro ordinamento non ha ancora sviluppato, come in altre realtà giuridiche, un panorama di decisioni sulle successioni apertesi in Italia con riguardo a beni relitti da uno straniero poligamo, lavoratore immigrato, oppure con riguardo all'analoga questione della pensione di reversibilità. Però, con riferimento all'unico caso di legittimità rintracciabile a livello casistico⁸⁵, è possibile dedurre che l'unica strada percorribile sarebbe quella di accogliere la cosiddetta concezione attenuata dell'ordine pubblico, per cui la permanente inammissibilità della costituzione di un rapporto matrimoniale in contrasto col principio monogamico, fondamentale per il nostro ordinamento, non impedirebbe di prendere in considerazione un siffatto rapporto, legittimamente costituitosi all'estero, ai soli fini di

⁸⁴ Secondo N. COLAIANNI, *Poligamia e principi del «diritto europeo»*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2002, p. 231, se ne può dedurre che «attualmente il principio monogamico risulta assicurato solo in relazione al matrimonio-atto e non anche al matrimonio-rapporto», senza che ciò determini un contrasto con qualche principio inderogabile, in quanto l'art. 29 Cost. non copre la monogamia così come non copriva l'indissolubilità e non è stato d'ostacolo all'introduzione del divorzio.

⁸⁵ Il tema è stato, però, già preso in esame da una pronunzia di legittimità che, pur dovendo decidere una vicenda successoria riferibile ad un italiano sposatosi in Somalia, e quindi legata ad un contesto postcoloniale più che immigratorio, ha comunque avuto modo di riprendere i principi elaborati dalla giurisprudenza francese in materia: il riferimento è a Cass., 2 marzo 1999, n. 1739, in *Giust. civ.*, 1999, p. 2695, con nota di L. DI GAETANO, *I diritti successori del coniuge superstite di un matrimonio poligamico. Questione preliminare e validità nel nostro ordinamento dell'unione poligamica*, ed in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1999, p. 783, con nota di D. SCOLART, *La Cassazione e il matrimonio somalo*, che ha deciso la lite circa l'eredità di un de cuius italiano il quale, dopo essere rimasto vedovo, aveva sposato una somala secondo il rito locale in un contesto postcoloniale non così lontano da quello in cui era fiorito il madamato. Le figlie nate dal primo matrimonio sostenevano che la nuova unione non potesse essere considerata come un matrimonio ai fini dell'ordinamento italiano, essendo regolata dal diritto islamico che consente la poligamia ed il ripudio, ma il ricorso è stato rigettato dalla Suprema Corte, che ha invece ritenuto fondate le pretese successorie della moglie africana. In proposito si veda anche M. GRONDONA, *Il matrimonio poligamico*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, diretto da G. Ferrando, Bologna, 2007, I, pp. 495-511.

determinati effetti riflessi da collocare più nell'ambito delle successioni che in quello della famiglia in senso stretto⁸⁶.

Ne consegue, come sottolineato nella recente riflessione, «non già di valutare in astratto la rispondenza ai nostri canoni della regola straniera che ammette la poligamia, ma di ponderare in concreto l'ammissibilità dei singoli effetti che da tale coniugio si vogliono far derivare, secondo il classico modello del giudizio di conformità all'ordine pubblico proprio della tradizione del diritto internazionale privato»⁸⁷.

La presenza della seconda moglie non è scartata aprioristicamente dal diritto delle successioni, ma va temperata in relazione ai valori supremi che esprime un ordinamento, e se la dignità della persona è un valore non negoziabile del nostro ordinamento, non può essere respinto solo perché quella persona non è un legittimario.

In conclusione, il tema della poligamia insegna che mentre in passato il diritto delle successioni si chiudeva alle trasformazioni sociali, oggi assistiamo al contrario ad un'apertura di questo settore alle nuove istanze, ed ad una definitiva emancipazione dal solidarismo familiare, che non scompare, ma deve concorrere con altri valori presenti nel diritto successorio. Il raffronto con le altre esperienze giuridiche, specie in un'ottica di concorrenza tra i modelli giuridici, è in grado di incidere su tutti gli aspetti rilevanti dell'ordinamento, anche su quelli apparentemente più chiusi e legati alle singole tradizioni, perché l'alternativa sarebbe la stagnazione del diritto successorio, ossia avere un diritto che non serve a realizzare gli interessi prevalenti e, quindi, sostanzialmente verrebbe meno la funzione sociale del diritto.

⁸⁶ M. RIZZUTI, *Il problema dei rapporti familiari poligamici*, cit., p. 151, il quale richiama Trib. Funzione Pubblica UE, 1 luglio 2010, F-45/07, caso *Mandt c. Parlamento europeo*, che ha già ammesso il riparto della pensione di reversibilità tra le due vedove di un funzionario europeo poligamo.

⁸⁷ M. RIZZUTI, *o.u.c.*, p. 152 ss.

GIOVANNI PERLINGIERI
IN TEMA DI RAPPORTI FAMILIARI POLIGAMICI*

SOMMARIO: 1. Varietà di modelli familiari tra pluralismo culturale e personalismo. – 2. La famiglia poligamica come atto: nullità e inesistenza. – 3. *Segue*. Ragionevolezza e legittimità del divieto di matrimonio plurilaterale. Le ragioni di ordine pubblico. – 4. La dimensione fattuale del fenomeno. – 5. *Segue*. La regola applicabile ai rapporti poligamici «di fatto». – 6. L'efficacia dei matrimoni poligamici validamente contratti all'estero. – 7. Riflessioni conclusive.

1. Un recente lavoro monografico¹ ha messo bene in luce un problema che impegnerà i giuristi per i prossimi anni. Non a caso il convegno annuale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile, svoltosi a Napoli nei giorni 3-5 maggio 2018, è stato dedicato proprio alle «Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità»²; nell'occasione, è stato diffusamente rimarcato che ogni questione in tema di comunità familiare involge il rapporto tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità e che il concetto di ordine pubblico, come limite e con funzione promozionale, dipende anche dall'evoluzione storica, sociale e culturale³.

Uno studio sulle famiglie poligamiche, tuttavia, deve muovere:

* Il saggio, con l'aggiunta delle note, riproduce il testo integrato delle relazioni svolte presso l'Università Bocconi, il 29 novembre 2017, in occasione dei «Seminari di Diritto Privato», e presso l'Università Lumsa (sede di Palermo), il 9 novembre 2018, in occasione del Convegno su «Il diritto e lo straniero. Multiculturalismo e categorie giuridiche».

¹ M. RIZZUTI, *Il problema dei rapporti familiari poligamici. Precedenti storici e attualità della questione*, Napoli, 2016, *passim*.

² Gli atti del Convegno sono raccolti in AA.Vv., *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità*. Atti del 13° Convegno S.I.S.Di.C., Napoli, 3-5 maggio 2018, in corso di pubblicazione.

³ In tema si rinvia a G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, in corso di pubblicazione. V. anche *infra* § 3.

a) dalla distinzione tra *matrimonio poligamico* e *famiglia poligamica* («non fondata sul matrimonio», poiché nessuno può più mettere in dubbio che la convivenza rilevi giuridicamente a prescindere dalla sua formalizzazione e dal numero dei *partner*); e b) dalle differenze tra la pluralità di autonomi nuclei familiari simultanei ma connessi e tutti rilevanti per il diritto (si pensi alle c.dd. famiglie ricomposte) e la famiglia poligamica, intesa come nucleo unitario composto da più *partner* contemporaneamente conviventi.

Tuttavia, lo studio del tema – reso attuale dall'incalzante multiculturalismo – presuppone anche un sostanziale ripensamento dell'istituto del matrimonio, sottoposto, più di ogni altro, a un profondo rinnovamento culturale. Da vincolo negoziale pubblico, soggetto a un incondizionato controllo statale, il matrimonio diviene atto squisitamente privato, soggetto a controllo di meritevolezza⁴.

Ne sono indici, tra gli altri, la nuova disciplina del c.d. divorzio breve (l. 6 maggio 2015, n. 55), che, anticipando il momento dello scioglimento del vincolo, sminuisce la rilevanza del presupposto legale della separazione⁵ (il periodo della separazione si è, infatti, ridotto da tre a un anno in caso di separazione giudiziale e a sei mesi per la separazione consensuale), e la legge sulla negoziazione assistita (l. 10 novembre 2014, n. 162), che attribuisce (non più al giudice, ma) all'autonomia dei privati il potere di incidere con effetti modificativi e/o estintivi sullo *status* coniugale.

Anche in ambito familiare, cambia il rapporto tra autonomia ed eteronomia e si afferma la tendenza a concedere maggiore spazio all'iniziativa privata, con pochi essenziali limiti, inderogabili se funzionali allo sviluppo e alla dignità delle persone che costituiscono la comunità. Ciò è ben sintetizzato nella definizione di matrimo-

⁴ G. PERLINGIERI, *Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 101 ss. Mette in luce tale passaggio evolutivo anche M. RIZZUTI, *Il problema dei rapporti familiari poligamici*, cit., p. 97 ss.

⁵ La l. 6 maggio 2015, n. 55 («Disposizioni in materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di comunione tra coniugi») riduce il periodo di separazione prodromico allo scioglimento del vincolo da tre anni a un anno in caso di separazione giudiziale e a sei mesi per la separazione consensuale (art. 1).

nio come «rapporto di convivenza e momento di svolgimento della personalità di entrambe le parti, poste su un piano di sostanziale eguaglianza e libere da condizionamenti istituzionali»⁶.

Occorre, poi, prendere atto anche della circostanza che i concetti di *fattualità* e *giuridicità* non sono tra loro distanti: la rilevanza giuridica della famiglia è svincolata dal matrimonio (e dall'unione civile) e merita tutela in quanto *formazione sociale* (ex art. 2 cost.)⁷.

Per questo non si può sbrigativamente negare la meritevolezza di tutela di alcune forme di convivenza per il solo fatto di essere,

⁶ M. RIZZUTI, *Il problema dei rapporti familiari poligamici*, cit., p. 101.

⁷ Alla luce dell'art. 29 cost., parte della dottrina per molto tempo ha riconosciuto soltanto il valore della famiglia fondata sul matrimonio, relegando la mera convivenza nell'ambito dell'irrilevanza giuridica (A. TRABUCCHI, *I principi generali della riforma del diritto di famiglia*, in AA.Vv., *La riforma del diritto di famiglia*. Atti del 1° Convegno di Venezia, Padova, 1967, p. 11 ss.; ID., *Natura Legge Famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, p. 1 ss.) o limitando la disciplina delle convivenze *more uxorio* alle norme di diritto comune in tema di autonomia contrattuale (F. GAZZONI, *La famiglia di fatto tra legge e autonomia privata*, in *Giust. civ.*, 1981, II, p. 261, e ID., *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983, spec. pp. 129 e 172 ss.). Con la l. n. 76 del 2016 ha preso definitivamente piede l'orientamento che già negli anni '80, alla luce dell'art. 2 cost., considerava degna di tutela (non la convivenza *more uxorio*, né la famiglia di fatto, ma, più genericamente) la famiglia non fondata sul matrimonio, perché anch'essa, allo stesso modo di quella fondata sul matrimonio, è funzionale e «servente» allo sviluppo della personalità e della dignità umana (P. PERLINGIERI, *Sulla famiglia come formazione sociale*, in *Dir. giur.*, 1979, p. 775 ss., ora anche in ID., *La persona umana e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 417 ss.; ID., *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 72 ss.; ID., *La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, *ivi*, 1988, p. 601 ss., ora in ID., *La persona umana e i suoi diritti*, cit., p. 481 ss.; F. PROSPERI, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, Napoli, 1980, *passim*. Più di recente, v. anche G. FREZZA, *I modelli «familiari»*, in AA.Vv., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*. Atti del 12° convegno SiSDIC, Napoli, 11-13 maggio 2017, Napoli, 2018, p. 413 ss.). Secondo tale più moderna impostazione, tutte le formazioni sociali, ancor più se funzionali a garantire una comunione di vita materiale e spirituale, sono degne di riconoscimento e tutela, sia pure se non costituite in virtù dell'atto di matrimonio, purché funzionali allo sviluppo psico-fisico delle persone e della loro dignità. In tema G. PERLINGIERI, *Interferenze tra unione civile e matrimonio*, cit., p. 101 ss., *ivi* ulteriori bibliografia citata alla nota 3.

queste, estranee alle tradizioni del nostro Paese. Il controllo di ordine pubblico (in particolare di fattispecie con elementi di estraneità) si risolve, infatti, non tanto in una valutazione di conformità alle norme imperative ordinarie, ma in un bilanciamento ragionevole tra principi fondamentali (*ordine pubblico interno e internazionale*)⁸. Di

⁸ In G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nella giurisprudenza recente della Corte costituzionale*, in AA.Vv., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*. Atti del 12° Convegno S.I.S.Di.C., Napoli, 2018, p. 283 ss., si rileva che la distinzione tra ordine pubblico interno e internazionale è spesso sopravvalutata, risolvendosi, piuttosto, nella mera distinzione tra principi fondamentali o disposizioni legislative espressione di principi identificativi della Repubblica italiana (e in quanto tali in alcun modo derogabili né da fattispecie interne né da fattispecie con elementi di estraneità) e principi o norme imperative, pur conformi a Costituzione, ma non espressione di principi fondamentali (e quindi non solo derogabili dalla legislazione straniera ma applicabili al cittadino staniero a condizione di reciprocità, come stabilisce l'art. 16 disp. prel. c.c.); in argomento cfr. ID., G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, cit.; in linea, C. CREA, *L'evoluzione del diritto di famiglia in Marocco e la prospettiva italiana ed europea*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 246 ss. Per una concezione unitaria dell'ordine pubblico, v. P. PERLINGIERI, *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, 1, p. 165 ss. Di recente, traccia le differenze funzionali e di contenuto tra ordine pubblico interno e internazionale, V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 2, p. 403 ss. Quale tentativo di apertura verso culture differenti volta ad evitare i c.dd. conflitti di civilizzazione, la dottrina internazionalprivatistica usa ricorrere anche alle nozioni di «ordine pubblico attenuato» – [se ne ricava definizione in Cour de Cassation (Chambre Civil), 17 aprile 1953, in *Revue critique de droit international privé*, 1953, p. 412, con nota di H. Batiffol], che garantisce maggiore flessibilità in quelle situazioni nelle quali a porsi in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento è una questione che, da un lato, si è già legittimamente venuta a creare e continua a esistere in un ordinamento diverso ed estraneo da quello del foro, e, dall'altro lato (e di conseguenza), si pone dinanzi ai giudici italiani come mero antecedente logico giuridico rispetto a una questione principale (in senso critico, O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, p. 19, e G. CASSONI, *Considerazioni sugli istituti della poligamia e del ripudio nell'ordinamento italiano*, in *Riv. not.*, 1987, p. 236, a parere del quale si tratterebbe «soltanto di lasciare sussistere conseguenze inoffensive di un rapporto che si è legalmente costituito all'estero») – e di «ordine pubblico di prossimità», secondo la quale l'ordine pubblico non dovrebbe essere invocato in tutti i casi nei quali non vi sia un collegamento significativo con il

conseguenza, se già appaiono meritevoli di tutela le convivenze nelle quali uno o entrambi i soggetti siano legalmente separati (le quali non sono espressamente riconosciute dalla l. 20 maggio 2016, n. 76, d'ora in poi l. Cirinnà⁹), non può *a priori* neanche escludersi, entro certi limiti, la meritevolezza dei rapporti familiari (in fatto) poligamici, che, espressione della libertà culturale e religiosa, non sono, di per sé, lesivi della tutela della persona¹⁰. Del resto, la Costituzione italiana tutela *qualsiasi* formazione sociale fattuale purché funzionale allo sviluppo della persona¹¹.

Detto altrimenti, il pluralismo di modelli ed esperienze familiari, nei limiti in cui sia funzionale e non lesivo della tutela della persona e del suo adeguato sviluppo psico-fisico, si coordina perfettamente con il pluralismo culturale proprio della legalità costituzionale ed europea¹².

foro (come la cittadinanza, la residenza abituale o il domicilio) [v. C. CAMPILIO, *Ordine pubblico (dir. int. priv.)*, in *www.treccani.it/enciclopedia*, 2013]. In questo spirito, Corte giust., 5 giugno 2018, n. 673/16, in *www.dejure.it*, nel riconoscere il diritto di soggiorno per un periodo superiore a tre mesi nel Paese di cittadinanza a chi abbia validamente contratto matrimonio omosessuale in altro Stato dell'Unione, si allinea ai precedenti secondo i quali la nozione di «ordine pubblico», «in quanto giustificazione di una deroga a una libertà fondamentale, dev'essere intesa in senso restrittivo, di guisa che la sua portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni dell'Unione. Ne consegue che l'ordine pubblico può essere invocato soltanto in caso di minaccia reale e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della società».

⁹ Cfr., in proposito, le riflessioni svolte da S. POLIDORI, *Le convivenze di fatto e i loro presupposti di rilevanza*, in F. DELL'ANNA MISURALE, F.G. VITERBO (a cura di), *Nuove sfide del diritto di famiglia*. Atti del Convegno del 7-8 aprile 2017, Corte d'Appello di Lecce, Napoli, 2018, p. 125 ss.

¹⁰ G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento*, cit., p. 283 ss.

¹¹ Sulle declinazioni del personalismo costituzionale, diffusamente P. PERLINGIERI, *Commento alla Costituzione italiana*, 2^a ed., Napoli, 2001, p. 6 ss., e ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 433 ss.

¹² Del resto, già la l. 10 dicembre 2012, n. 219, recante «Disposizioni in materia di figli naturali», e la stessa legge Cirinnà risultano la presa d'atto di tale mutamento sociale (cfr. A. FALZEA, *Sistema culturale e sistema giuridico*, in AA.Vv., *La sistematica giuridica. Storia, teoria e problemi attuali*, Roma, 1991, p. 47; per uno studio della nuova disciplina, v. G. PERLINGIERI, *Interferenze tra*

2. In Italia, l'atto costitutivo di famiglia poligamica è affetto da nullità poiché sia il matrimonio sia l'unione civile presuppongono, per espressa previsione normativa, la bilateralità del rapporto affettivo¹³ e lo stato libero di ciascuno dei *partner*¹⁴. Tra l'altro, la poligamia integra fattispecie di reato *ex art. 556 c.p.* gravemente sanzionata con la pena detentiva¹⁵.

Eppure, in caso di pluralità di atti matrimoniali, quello formalizzato per secondo non è inesistente, ma invalido¹⁶. Ciò vuol dire che il matrimonio con la seconda moglie o con il secondo marito, sia pur nullo, conserva comunque rilevanza giuridica e non è del tutto improduttivo di effetti, sia per le conseguenze che produce sul piano penale, sia per la tutela accordata alla eventuale prole (ormai equiparata nello *status* alla filiazione legittima), sia per la potenziale

unioni civili e matrimonio, cit., p. 101 ss., e bibliografia ivi citata a nota 7) e la reazione alle condanne inflitte all'Italia dalla CEDU [per una puntuale analisi cfr. C. ROMANO, *L'evoluzione della famiglia nel microsistema successorio: dalla riforma della filiazione naturale alla legge sulle unioni civili*, in R. PANE (a cura di), *Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà*, Napoli, 2017, p. 94 ss.]. Sul punto è significativo un passaggio della decisione della Corte EDU del 21 luglio 2015, n. 18766, caso Oliari contro Italia (in *Fam. dir.*, 2015, p. 1069, con nota di P. BRUNO, *Oliari c. Italia: la dottrina degli "obblighi positivi impliciti" al banco di prova delle unioni tra persone dello stesso sesso*; in *Foro it.*, 2016, IV, 1, con nota di G. Casaburi; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 918, con nota di L. Lenti), di condanna dell'Italia per il mancato riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali, ove si legge: «La Corte ritiene che il governo italiano abbia mancato di adempiere la sua obbligazione positiva di assicurare che i ricorrenti potessero disporre di uno specifico quadro legale che prevedesse il riconoscimento e la tutela delle loro unioni omosessuali».

¹³ Ai sensi dell'art. 1, comma 2, l. Cirinnà, «due persone maggiorenni dello stesso sesso costituiscono un'unione civile». Il principio monogamico è ribadito anche all'art. 1, comma 57, lett. a) e b), che sancisce l'invalidità del contratto di convivenza «in presenza di un vincolo matrimoniale, di un'unione civile o di altro contratto di convivenza».

¹⁴ V. art. 86 c.c. e art. 1, comma 4, lett. a), l. Cirinnà.

¹⁵ C. MANDUCHI, *Bigamia*, in S. PREZIOSI (a cura di), *Delitti contro la famiglia*, in *Tratt. dir. pen.* diretto da S. Moccia, Napoli, 2012, p. 31 ss.

¹⁶ Traccia le origini della soluzione M. RIZZUTI, *Il problema dei rapporti familiari poligamici*, cit., p. 54 ss., e prima ID., *Inesistenza e invalidità nel matrimonio nella più recente giurisprudenza italiana*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2015, p. 24 ss.

produzione di effetti successori in forza delle regole del matrimonio putativo¹⁷.

In caso di difetto del requisito della diversità di sesso, la giurisprudenza, anche costituzionale, discorre non di inesistenza ma di invalidità del matrimonio¹⁸, tanto che l'art. 1, comma 27, l. Cirinnà, prevede, per l'ipotesi di rettificazione anagrafica del sesso, la «conversione» del matrimonio in unione civile.

Gli unici matrimoni considerati inesistenti sono i matrimoni falsi o *ludendi causa*. Ciò conferma l'avvertita esigenza di valorizzare i rapporti familiari non coniugali, nonché di formulare una rilettura della stessa definizione di matrimonio, con una sempre più decisa centralità della convivenza consensuale a scapito degli altri requisiti formali.

Tant'è che, se è vero che i matrimoni poligamici validamente celebrati all'estero non possono essere trascritti nei registri dello stato civile italiani, è vero anche che la famiglia così costituita deve godere – non solo e non tanto dei diritti successori previsti per i matrimoni putativi (che, tra l'altro, operano a condizione della dimostrazione della buona fede del o dei coniugi superstiti) ma – di tutte le tutele proprie dei rapporti familiari di fatto¹⁹. Diversamente si creerebbero inammissibili discriminazioni²⁰.

¹⁷ L'art. 584 c.c. contempla anche il caso del concorso di più matrimoni putativi del *de cuius*, che, in assenza di un coniuge vero, può condurre anche al riconoscimento della successione legittima di più coniugi putativi, purché ricorra la *buona fede* dei coniugi superstiti; requisito difficile da provare nel caso di poligamia.

¹⁸ In tal senso, Cass., 15 marzo 2012, n. 4184, in *Nuova giur. civ.*, 2012, 7-8, 1, p. 588; e Cass., 21 aprile 2015, n. 8097, in *Giur. it.*, 2015, 8-9, p. 1812, che, in caso di rettificazione dell'attribuzione di sesso, ammette il diritto, «ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata» che comunque tuteli alcuni «diritti e obblighi della coppia» (cfr., in proposito, le riflessioni svolte in G. PERLINGIERI, *Il «Discorso preliminare» di Portalis tra presente e futuro del diritto delle successioni e della famiglia*, in *Dir. fam. succ.*, 2015, p. 680, nota 23). Secondo Corte cost., 11 giugno 2014, n. 170, in *Fam. dir.*, 2014, 10, p. 861, deve considerarsi in contrasto con l'art. 29 cost. (e, dunque, nullo) il vincolo matrimoniale tra persone dello stesso sesso.

¹⁹ V. meglio *infra* § 6.

²⁰ Si esplora la ragionevolezza della diversificazione normativa tra famiglia

In definitiva, a fronte di un matrimonio omosessuale o plurilaterale, non si può negare che una realtà fenomenica comunque esista e che questa realtà, anche a prescindere dalla sua stessa formalizzazione, possa in ogni caso essere oggetto di riconoscimento e produrre, entro certi limiti, effetti e situazioni giuridiche meritevoli di tutela alla luce dell'art. 2 cost. e del principio di libertà (art. 13 cost.), anche religiosa (art. 19 cost.)²¹.

Del resto, l'esigenza superiore di garantire l'unità familiare induce lo stesso legislatore nazionale ad ammettere la contestuale validità di più atti matrimoniali nella singolare ipotesi contemplata dall'art. 68, comma 3, c.c. La disposizione, riferita al caso in cui, nelle more del procedimento per l'impugnazione del secondo matrimonio, il coniuge erroneamente dichiarato morto deceda, esclude che possa essere dichiarata la nullità del secondo matrimonio²².

fondata sul matrimonio, unioni civili e altri modelli familiari in G. PERLINGIERI, *Interferenze tra unioni civili e matrimonio*, cit., p. 101 ss. G. ZARRA, *L'illegittimità del divieto d'accesso alle unioni civili per le coppie eterosessuali: dalla svolta della Corte Suprema inglese alla necessità di ampliare l'ambito applicativo della legge Cirinnà* (nota a UK Supreme Court, 27 giugno 2018, [2018] UKSC 32), in corso di pubblicazione, mette in luce che la verifica dell'illegittimità della disparità di trattamento postula che le situazioni di riferimento siano oggettivamente comparabili e che vi siano analogie tali da giustificare un trattamento uniforme; per converso, per essere irragionevole, non deve essere supportata da una giustificazione oggettiva. Il divieto di discriminazione (ex art. 3, § 3, della costituzione tedesca) ha consentito anche alla Corte costituzionale tedesca [ordinanza del 10 ottobre 2017 (BvR 2019/1)] di stabilire che le disposizioni sullo stato civile (*Personenstandsgesetz*) sono incompatibili con il diritto fondamentale (riconciliabile all'art. 2 della nostra Costituzione) alla protezione dell'identità personale, là dove non consente di assegnare ad una persona un "terzo genere" diverso dal genere maschile e femminile. Il Parlamento federale sarà chiamato ad adottare le disposizioni necessarie entro il 31 dicembre 2018.

²¹ Diffusamente, specie con riferimento alle declinazioni applicative del principio di libertà religiosa, v. P. PERLINGIERI, *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, cit., p. 165 ss.; e G. ANELLO, *Libertà di religione, matrimonio islamico e "diritto alla famiglia"*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 243 ss.

²² Le ragioni dell'anomalia normativa (vi legge una deroga ai principi generali M. GIORGIANNI, *La dichiarazione di morte presunta*, Milano, 1943, p. 185) sono ricostruite da A. ADDANTE, Sub art. 68, in G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2010, p. 490 s. D. BARILLARO, *Della dichiarazione di morte presunta. Delle ragioni eventuali*

3. Ciò considerato, vanno valutate ragionevolezza e legittimità della previsione di nullità del matrimonio plurilaterale. Il divieto non trova fondamento soltanto in ragioni culturali. La storica esigenza di favorire l'incremento della ricchezza appropriabile e trasmissibile in via ereditaria, abbinata agli sviluppi nell'ambito dell'agricoltura e dell'allevamento, ha trovato espressione in strutture familiari suscettibili di attribuire a ciascun soggetto lo *ius excludendi omnes alios* su di una o più donne, in modo da assicurare la tracciabilità della discendenza.

Ora, a fronte dell'attuale possibilità di controllare i rapporti genealogici mediante gli strumenti offerti dalla tecnologia, la norma perde del tutto la sua utilità.

Per altro verso, la poligamia non è di per sé lesiva di principi costituzionali; anzi è espressione sia della libertà religiosa sia del diritto alla tutela della persona, della dignità e dell'adeguato sviluppo psico-fisico. Né si può sostenere che la poligamia si pone sempre in contrasto con i principi dell'ordine pubblico perché lesiva dei diritti delle donne o del principio di pari dignità tra coniugi²³, potendo ri-

della persona di cui è stata dichiarata la morte presunta, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, I, Bologna-Roma, 1970, p. 411, discorre di bigamia legislativamente consentita; mentre F. SANTOSUOSSO, *Il matrimonio e il regime patrimoniale della famiglia*, in *Giur. sist. civ. comm.* Bigiavi, V, Torino, 1965, p. 675, profila la configurabilità di una sanatoria *ex tunc* del secondo matrimonio. Sui risvolti di carattere successorio, M. ESU, *Domicilio. Residenza. Dimora*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 2, I, Torino, 1999, p. 497.

²³ La poligamia è fatta rientrare tra le più gravi forme di violenza sulle donne dalla Risoluzione del Parlamento europeo su una tabella di marcia per la parità tra uomini e donne 2006-2010, ove la poligamia è menzionata tra i casi nei quali le donne necessitano di protezione a «tolleranza zero», insieme a riduzione in schiavitù, crimini commessi in nome dell'onore o della tradizione, violenza, traffico degli essere umani, mutilazioni genitali femminili, matrimoni forzati e atti di privazione dell'identità. Si fa altresì richiesta agli Stati membri e alla Commissione di «adottare iniziative concrete per promuovere l'emancipazione e l'integrazione socioeconomica delle donne immigrate, in particolare, nell'ambito del programma quadro comune per l'integrazione dei cittadini di Paesi terzi e delle azioni di sostegno alla conoscenza della lingua, dei diritti e doveri che discendono dall'*acquis* comunitario, dagli accordi internazionali, dai principi e dalle leggi vigenti nel paese d'accoglienza (tra cui il divieto di poligamia nell'ambito del ricongiungimento familiare) e dei valori fondamentali dell'Unione europea, ela-

guardare indistintamente uomini e donne (come del resto fa l'unione civile) ed esprimersi nelle forme della poliginia, della poliandria o di modelli familiari composti da persone tutte dello stesso sesso.

La diversa convinzione origina dalla comune tendenza a ridurre il concetto di poligamia alla poliginia di stampo musulmano, rispetto alla quale effettivamente si registra una differenziazione dei ruoli affidati a donna e uomo (se non altro per il corrispondente divieto di poliandria).

Il punto è che, di là dalla precostituzione di modelli familiari comunemente accettati o istituzionalizzati, occorre controllare che la particolare *formazione sociale*, qualunque struttura abbia, sia idonea a garantire lo sviluppo della personalità dei singoli componenti (*ex art. 2 cost.*)²⁴, e che la scelta di farvi parte sia libera e consapevole.

Asserire, poi, che la poligamia è contraria all'ordine pubblico perché estranea al formante culturale comune e priva del pieno consenso sociale vuol dire accogliere una concezione statica di ordine pubblico, come «stato di fatto già consolidato nella sua contiguità, ordinata staticità»²⁵.

Tale prospettiva non merita accoglimento, specie in un contesto sociale nel quale convivono più culture e più religioni²⁶ e tante fattispecie con elementi di estraneità, sempre più foriere della valorizzazione della differenza tra ordine pubblico interno e internazionale²⁷.

Il ridimensionamento del *favor matrimonii* e l'estensione esplicita delle garanzie nei confronti delle unioni civili e delle famiglie non fondate sul matrimonio sono la spia dell'evoluzione ancora in atto dei valori fondanti l'ordinamento, i quali, sia pure costanti nella loro

borando politiche di formazione specifica in materia di pari opportunità, di non discriminazione in base al sesso e di intervento da una prospettiva di genere...».

²⁴ V. *retro* nota 7.

²⁵ L. LONARDO, *Ordine pubblico*, in G. PERLINGIERI, M. D'AMBROSIO (a cura di), *Fonti, metodo e interpretazione*, Napoli, 2017, p. 319.

²⁶ Ad avviso di L. LONARDO, *o.c.*, p. 320, l'impostazione ha il limite di trascurare il problema di come sia stata ottenuta la situazione di quiete, pace sociale o sicurezza pubblica che si intende tutelare. Considerando l'ordine pubblico come un ordine già costituito, al quale l'interprete deve limitarsi a conformarsi, si finisce per paralizzare la tensione costruttiva verso la realizzazione delle libertà costituzionali.

²⁷ Sull'opportunità di non esaltare oltremodo la distinzione, v. *retro* nota 8.

formulazione esteriore, mutano nella coscienza che i singoli hanno di essi, cioè nel contenuto e nel legame con altri valori.

L'impostazione della società, per quanto parte della dottrina affermi diversamente, non è diretta dal «*comune sentire*» o dal «*consenso sociale*», perché questi concetti sono spesso inafferrabili e fuorvianti²⁸. Ciò che condiziona la società sono soltanto i valori normativi fondamentali, ossia quei principi senza i quali un sistema giuridico si trasformerebbe in altro, con un effetto, per intenderci, «novativo» e non meramente modificativo. La coscienza sociale può anche essere presa in considerazione dall'interprete, ma non deve condurre a soluzioni irragionevoli e difformi dalle regole e dai principi fondamentali. Si pensi al principio di indissolubilità del matrimonio, che ha conservato in Italia la sua rilevanza, quale principio di ordine pubblico, fin quando non è stata introdotta la legge sul divorzio, nonostante già prima si potesse senz'altro presumere un orientamento sociale favorevole al suo superamento, come confermato dall'esito del *referendum*²⁹.

L'innovatività di un ordinamento passa anche attraverso l'opera dell'interprete sensibile, «in grado di estrarre dal dettato costituzionale quei segmenti di valore che è in grado di intuire dal tenore complessivo e di introdurre nel gradimento sociale come dato che non da tutti è inizialmente percepito come espressione del nostro ordinamento»³⁰. Ciò, s'intende, senza proporre soluzioni del tutto estranee a quanto è consolidato in un dato contesto sociale³¹ e nella

²⁸ Si insiste sui pericoli insiti nel cieco affidamento nel criterio del «consenso sociale» in G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, spec. p. 16 ss., e, in particolare, ID., *Legge, giudizio e diritto civile*, in *Annali S.I.S.Di.C.*, 2018, p. 84 ss.

²⁹ G. PERLINGIERI, *o.u.c.*, p. 86.

³⁰ L. LONARDO, *Ordine pubblico*, cit., p. 329. Secondo l'a., l'attuazione della Costituzione non è un fatto che si può esaurire una volta per tutte; essa è tesa a disciplinare il presente e il futuro in progressiva mutazione e vi sono racchiuse potenziali opzioni applicative ineliminabili nella dinamicità della sua evoluzione, anche per la non casuale formulazione dei principi, l'ampiezza dei quali consente che i suoi significati effettivi possono essere avvertiti solo in parte e in via graduale ogni volta che la società fa emergere, nebulosamente dapprima, esigenze, bisogni, aspirazioni degni di essere presi in considerazione dal legislatore o da un interprete.

³¹ In questo consiste la differenza tra creazione del diritto ed evoluzione: L. LONARDO, *o.u.c.*, p. 329 s.

consapevolezza che esistono manifestazioni spontanee comunque attuative del piano costituzionale, che, se legittime, mirano a comporre le attese, in chiave di interessi, dei singoli o di comunità più o meno organizzate con la volontà dell'ordinamento. Il diritto non coincide con la legge statale, ma si esprime anche attraverso fonti non necessariamente precostituite, sia formali, statali e sovranazionali, sia non formali, ricollegabili alle più diverse autonomie, quali espressioni di sussidiarietà³².

Il punto è che, a differenza delle regole, i principi fondamentali, che trovano sintesi nell'ordine pubblico, non hanno una valenza negativa, di limite all'operatività di atti ed effetti, ma portata affermativa e propositiva, anche di istanze avvertite in ambito europeo e internazionale³³. Da qui la differenza tra un ordine pubblico precostituzionale (intriso di sole regole imperative) e un ordine pubblico costituito anche da principi fondamentali, i quali, a differenza delle regole, hanno sempre una funzione *promozionale*. Difatti i principi non sono formulati come divieti ma come obiettivi e risultati da perseguire, sí che ogni comportamento, ogni attività, ogni atto, a prescindere se *atipico, alieno, innominato, regolare o eccezionale*, è meritevole di tutela purché non lesivo di certi obiettivi-valoriali e purché funzionale alla tutela della persona³⁴.

Per questo, non si può affermare che l'art. 2 cost. non promuova e, addirittura, vieti la famiglia poligamica. Il fenomeno della famiglia (in fatto) poligamica, per quanto alieno, riguarda libertà che attengono alle relazioni personali che, come tali, non tollerano imposizioni e limiti che non siano indispensabili per garantire la dignità e la stessa libertà dei membri della comunità³⁵. Così, in uno Stato sempre più

³² P. PERLINGIERI, *Recensione a M. RIZZUTI, Il problema dei rapporti familiari poligamici. Precedenti storici e attualità della questione, Napoli, 2016*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 741.

³³ L. LONARDO, *Ordine pubblico*, cit, p. 318 ss., e già ID., *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli-Camerino, 1993, *passim*. Sul concetto di ordine pubblico in positivo e negativo, v. G.B. FERRI, *Ordine pubblico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1040 ss.

³⁴ Cfr. l'insegnamento di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., *passim*, spec. p. 433 ss.

³⁵ «Non è il formale contrasto con una o più norme interne di livello ordinario a costituire violazione dell'ordine pubblico, ma il contrasto con le esigen-

multiculturale e multireligioso, serve un diritto flessibile che prenda atto che le decisioni non possono che ispirarsi ragionevolmente al rispetto delle libertà riconosciute e al conseguente principio di differenziazione. Il bisogno avvertito di bilanciare libertà religiosa, libertà di manifestazione del pensiero e libertà associativa con l'identità culturale nazionale, alla quale non sembra appartenere la poligamia, passa attraverso un preliminare ripensamento della concezione stessa di identità culturale, che «nella nostra epoca, non può che concepirsi come pluralità e diversità di prospettive compatibili con lo stesso mantenimento delle diversità. La nozione di ordine pubblico assurge a garanzia della dignità dell'uomo senza determinarne in forma rigida, unilaterale ed aprioristica la conformazione culturale e religiosa e, quindi, giuridica»³⁶. La libertà religiosa (quando la poligamia ne sia espressione) non può avere valenza discriminatoria sulla cittadinanza. Essa non può esaurirsi nella libertà di culto e di preghiera, ma comporta il diritto di vivere le vicende personali in conformità con il proprio credo, in un clima non di reciproca tolleranza ma di solidarietà, intesa questa come adempimento di un dovere attuativo del principio di eguaglianza e del rispetto della dignità umana³⁷.

4. Se tutto questo è vero, di là da future modifiche legislative, oggi si deve ragionare non, come spesso accade, in termini di ammissibilità o non ammissibilità, ma di tutelabilità o non tutelabilità, caso per caso, degli interessi dei singoli componenti di una specifica famiglia «in fatto», eventualmente anche poligamica.

La famiglia poligamica «non fondata sul matrimonio» non è di per sé vietata e conserva rilevanza ed efficacia giuridica. Salvo che non si voglia recuperare il vecchio reato di *concubinato*, il quale tuttavia è, per un verso, del tutto anacronistico rispetto al progressivo consolidamento di modelli familiari nuovi, di varia composizione,

ze di fondo di tutela dei diritti e delle libertà dell'uomo desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi dell'Unione europea, dalla Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea e dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo» (P. PERLINGIERI, *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, cit., p. 185 s.).

³⁶ P. PERLINGIERI, *o.u.c.*, p. 166.

³⁷ P. PERLINGIERI, *o.u.c.*, p. 165 ss.

e, per l'altro, in ogni caso contrario sia al diritto dell'individuo di svolgere la propria personalità nelle formazioni sociali secondo le personali inclinazioni (art. 2 cost.), sia al rispetto della *vita privata* familiare tutelata anche dall'art. 7 della Carta diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Nell'età moderna la questione della rilevanza giuridica della poligamia era per lo più legata a quella del rapporto fra plurimi atti di matrimonio, in una situazione di solito procurata da una falla nel sistema dei pubblici registri; le situazioni fattuali (che pure i diritti antichi e intermedi avevano preso in considerazione) venivano private di ogni rilievo³⁸.

Oggi, invece, la rinnovata attribuzione di rilevanza ai rapporti di convivenza fattuale ripropone il problema di un inquadramento giuridico dell'ipotesi in cui la stessa persona sia parte di più di un rapporto familiare, ora formalizzandone uno soltanto ora non formalizzandone alcuno.

In concreto, l'impossibilità giuridica di configurare una comunità unica ma articolata in una pluralità di vincoli coniugali non esclude che, di fatto, colui che è ancora coniugato o unito intraprenda una convivenza *more uxorio* con una terza persona. Non esclude, cioè, che il singolo partecipi contestualmente a più nuclei familiari e che, quindi, meriti tutela rispetto a ogni linea di relazione, attesa la rilevanza della famiglia di fatto *ex art. 2 cost.* a prescindere dalla combinazione con altri rapporti affettivi.

Detto altrimenti, di là dai limiti imposti alla valida costituzione di una famiglia fondata sul matrimonio o di un'unione civile, la persona va tutelata in quanto tale e indipendentemente dal numero di *partner* e di formazioni sociali nelle quali scelga di realizzare la propria personalità. Del resto, già in occasione della depenalizzazione dell'adulterio, si registrano decisioni che estendono la tutela prospettata per le famiglie di fatto anche a quelle di carattere adulterino³⁹. Sí che emerge la possibilità che due rapporti familiari, uno matrimoniale e uno extramatrimoniale, siano contemporaneamente rilevanti per il diritto. Il punto è poi regolarne le interazioni e verificare gli effetti

³⁸ Per una ricostruzione completa, v. M. RIZZUTI, *Il problema dei rapporti familiari poligamici*, cit., p. 47 ss.

³⁹ Cass., 15 gennaio 1969, n. 60, in *Foro it.*, 1969, I, c. 1511.

dell'instaurazione di uno stabile rapporto di convivenza extramatrimoniale sugli obblighi di solidarietà coniugale o post-coniugale davanti al rapporto formalizzatosi e a quello esauritosi sul piano fattuale.

Riconoscere la rilevanza giuridica della famiglia poligamica di fatto (quando convivenza stabile e libera, fondata su comunione spirituale e materiale di vita) vuol dire risolvere i problemi connessi alla definizione della disciplina applicabile, aggirando il rischio di vedere riproposti schemi e metodi non più adeguati ma ancora diffusamente utilizzati dalla dottrina in tema di autonomia negoziale.

5. Ragionando sulla regola potenzialmente applicabile ai rapporti poligamici «di fatto», occorre verificare, in via preliminare, le interferenze tra matrimonio, unione civile, convivenza e famiglia poligamica, evitando di farne categorie non comunicanti e valutando l'opportunità di un trattamento omogeneo qualora rappresenti, nel caso specifico, la soluzione più ragionevole⁴⁰.

Ogni distinzione perde di rilevanza dinanzi all'idea di «famiglia» come comunione di vita materiale e spirituale proiettata allo sviluppo della persona; in questa direzione poco rileva da quale atto origini la famiglia e se questa sia composta da due o più *partner*. Del resto, qualificando un atto come *tipico* o *atipico* non si risolve né il controllo di liceità e di meritevolezza, né il problema dell'individuazione della disciplina applicabile⁴¹. La soluzione dipende sempre e soltanto dall'analisi degli interessi e dei valori normativi in concreto coinvolti dal singolo e specifico rapporto.

L'applicazione di una norma in tema di matrimonio a una fami-

⁴⁰ Per un primo esercizio applicativo del metodo, cfr. G. PERLINGIERI, *Interferenze tra unione civile e matrimonio*, cit., p. 101 ss.

⁴¹ Si vedano le osservazioni già svolte, con particolare riferimento al contratto di rendita vitalizia, in G. PERLINGIERI, *La scelta della disciplina applicabile ai c.dd. «vitalizi impropri». Riflessioni in tema di aleatorietà della rendita vitalizia e di tipicità e atipicità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 529 ss. V., nella stessa direzione, A. FACHECHI, *Il problema della disciplina applicabile tra tipicità e atipicità contrattuale*, *ivi*, 2016, p. 1185 ss., ed EAD., *Ragionevolezza nella disciplina applicabile agli atti di autonomia*, in G. PERLINGIERI, A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità del diritto contemporaneo*, I, Napoli, 2017, p. 447 ss.

glia non fondata sul matrimonio (e semmai anche poligamica) non dipende dalla *sussunzione* nel tipo negoziale, ma dall'analisi della *ratio* della singola norma al fine di valutare se la determinata disposizione (topograficamente collocata tra le regole del matrimonio, dell'unione civile o della convivenza qualificata) sia comunque *adeguata* a soddisfare gli interessi in concreto meritevoli di tutela perseguiti dalle parti del rapporto e, nella specie, dai membri del nucleo familiare, sia pure poligamico⁴².

Non potrebbe ragionevolmente escludersi, ad esempio, la configurabilità, nei rapporti poligamici, della responsabilità per morte o lesione dei prossimi congiunti⁴³. Si registrano casi nei quali il risarcimento del danno da morte è accordato (semmai in modo ripartito) sia alla moglie sia alla concubina del defunto per un caso di rapporto adulterino⁴⁴ e addirittura casi nei quali la moglie è condannata a risarcire il pregiudizio patito dalla convivente⁴⁵. Ciò che rileva è l'in-

⁴² «Soltanto il controllo di *compatibilità*, di *adeguatezza* e di *congruenza* della disciplina agli interessi coinvolti consente all'interprete, a differenza della *sussunzione*, di esplicitare le proprie scelte ed evidenziare argomenti che possono agevolmente essere sottoposti a verifica, come il controllo di *adeguatezza* della normativa (non solo "codicistica", ma tributaria, fallimentare) alla *natura del bene*, alla *qualità delle parti*, alla *natura delle prestazioni*, al *modo di perfezionamento del contratto* e agli interessi convolti» (G. PERLINGIERI, *o.l.u.c.*; ID., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., p. 93 ss.). Cfr. anche ID., *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 190 ss.; e A. FACHECHI, *Rent to buy e variabilità della disciplina applicabile*, *ivi*, 2016, p. 97 ss.

⁴³ Cass., 28 marzo 1994, n. 2988, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 1366, toglie ogni dubbio con riferimento alle famiglie di fatto, sempre che il rapporto tra convivente superstite e convivente defunto non sia costituito da legame meramente affettivo o sessuale, di natura transitoria. Conf. Cass., 13 luglio 2006, n. 15760, in *Corr. giur.*, 2006, 10, p. 1357, con nota di G. PONZANELLI, *Pacs*, obiter, *miopia giornalistica e controllo della Cassazione sulla quantificazione del danno*; Cass., 16 settembre 2008, n. 23725, in *Nuova giur. civ.*, 2009, 5, 1, p. 447; Cass., 7 giugno 2011, n. 12278, in *Resp. civ.*, 2011, p. 629; Cass., 21 marzo 2013, n. 7128, in *Danno resp.*, 2013, 7, p. 791; Cass., 16 giugno 2014, n. 13654, *ivi*, 2015, 11, p. 966.

⁴⁴ Attingendo dall'esperienza francese, v. Cass., 19 giugno 1975, caso *Toros*, in *Dalloz 1975, J.*, p. 679; Trib. Riom, 9 novembre 1978, in *JCP*, 1979, II, p. 19170. Le pronunce sono considerate anche negli studi condotti da M. RIZZUTI, *Il problema dei rapporti familiari poligamici*, cit., p. 140, nota 79.

⁴⁵ Si abbia riguardo al celebre caso *Gucci*, nel quale la moglie dello stilista,

tegrità della sfera psichica dei superstiti e la linea affettiva esistente tra questi e il defunto.

Di conseguenza potrebbero anche verificarsi ipotesi nelle quali il danno va ripartito tra piú coniugi⁴⁶; a poco rileva se questa ripartizione debba avvenire tra due distinte famiglie del defunto o all'interno di un'unica famiglia poligamica. Piuttosto, ma questo è un problema diverso, la risarcibilità del danno da morte, come la stessa ammissibilità o no delle famiglie poligamiche, non deve essere valutata, come ha fatto parte della dottrina e della giurisprudenza, sul piano della «coscienza sociale»⁴⁷. Il problema del danno tanatologico non è nell'*an* ma nella necessità che il risarcimento sia equo, proporzionato, non eccedente il *quantum* rispetto all'effettiva lesione subita⁴⁸.

Alla luce dei possibili obblighi di solidarietà tra i componenti della famiglia poligamica, neppure si può escludere (come per le unioni civili) il diritto al risarcimento del danno nel caso di illeciti endofamiliari, per comportamenti contrari a buona fede o lesivi della dignità, o di altri diritti fondamentali della persona. È vero che le condotte ingiuriose e diffamatorie sono sempre risarcibili *erga omnes* e non c'è bisogno di qualificare un rapporto come familiare per ammettere il risarcimento⁴⁹, ma vero è pure che una condotta ingiuriosa assume particolare rilevanza se realizzata nell'ambito di una contesto familiare, per la particolare dimensione che lí assumono i concetti di lealtà e solidarietà⁵⁰.

mandante dell'omicidio del marito, viene condannata a risarcire anche il danno da morte arrecato alla convivente di questo (Cass., 16 giugno 2014, n. 13654, cit.). V. anche Cass., 7 giugno 2011, n. 12278, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 6, n. 852.

⁴⁶ Cfr. App. Liège, 23 aprile 1970, in *Rev. crit. jur. b.*, 1971, p. 5.

⁴⁷ V. *retro* § 3.

⁴⁸ Diversamente si rischierebbero duplicazioni irragionevoli di danni o abusi da parte di eredi, semmai neanche legati da rapporti affettivi e reali con il *de cuius*.

⁴⁹ Se ne occupa M. RIZZUTI, *Il problema dei rapporti familiari poligamici*, cit., p. 140 ss.

⁵⁰ Tra l'altro, anche l'obbligo di fedeltà nella famiglia fondata sul matrimonio è inteso non piú come connesso esclusivamente alla sfera sessuale ma come lealtà nei confronti dell'altro: a garanzia della conservazione della comunione di vita materiale e spirituale e a salvaguardia dell'interesse della prole (aspetti che non

In questa prospettiva, devono trovare applicazione anche nelle famiglie poligamiche gli artt. 342-*bis* e *ter* c.p., in tema di abusi familiari a tutela di *ogni* persona stabilmente convivente. A proposito del reato di maltrattamenti contro i familiari o i conviventi *ex* art. 572 c.p., la Cassazione ha rilevato che, per la sua configurabilità, non occorre «affatto il carattere monogamico del vincolo sentimentale posto a fondamento della relazione»⁵¹.

Deve intendersi potenzialmente applicabile anche la normativa in tema di impresa familiare. In effetti, se è vero che l'art. 320-*bis* c.c. serve per garantire un'adeguata tutela al lavoro familiare e, dunque, a evitare l'abuso del lavoro gratuito nella famiglia (anche se costituita tramite unione civile o se espressione di una semplice convivenza; v. art. 1, comma 13, l. Cirinnà, e art. 230-*ter* c.c.)⁵², sarebbe contraddittorio non ritenere operante la disposizione ogni qual volta sia pacifico il riconoscimento di un'attività di collaborazione continuativa prestata da uno dei familiari, sia pure nell'ambito di una convivenza poligamica. Diversamente si creerebbe una irragionevole disparità di trattamento tra unito, coniuge e convivente che lavorino stabilmente nell'impresa familiare.

Ancóra, l'art. 417 c.c., al quale sono state aggiunte le parole «dalla persona stabilmente convivente» dall'art. 9, l. 9 gennaio 2004, n. 6, ha ampliato il novero dei soggetti legittimati a presentare istanza di interdizione o inabilitazione. Nella direzione di perseguire la funzione

possono essere aprioristicamente esclusi, né per l'unione civile, né per le famiglie poligamiche). In questa prospettiva, come in ambito matrimoniale, il dovere di lealtà è riconducibile nell'alveo dell'obbligo di assistenza morale che deve ispirare la condotta dei *partner*, nonché nel più generale divieto di violare, in qualsiasi formazione sociale, i diritti fondamentali riconosciuti dall'art. 2 cost. e la dignità della persona. Per queste riflessioni, cfr. G. PERLINGIERI, *Interferenze tra unione civile e matrimonio*, cit., p. 123 ss.

⁵¹ Cass., 18 marzo 2014, n. 31121, in *Foro it.*, 2014, 12, 2, c. 664.

⁵² Già prima della riforma, l'art. 230-*bis* c.c. era considerato applicabile, dalla migliore letteratura, anche alle famiglie non fondate sul matrimonio: Cass., 15 marzo 2006, n. 5632, in G. PERLINGIERI, G. CARAPEZZA FIGLIA (a cura di), *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche. I. Persone - Famiglie - Successioni*, Napoli, 2012, p. 181 ss., con nota di I. PRISCO, *Famiglia di fatto e impresa familiare. Dalla valutazione degli interessi all'individuazione della disciplina applicabile*.

della norma e la tutela dell'incapace, a poco rileva che il convivente sia tale in via esclusiva oppure no. Anche l'art. 1, comma 48, l. Cirinnà, consente al convivente di essere nominato tutore, curatore o amministratore di sostegno.

Le esigenze di stabilità di vita e di tutela della prole (avvertite anche nelle famiglie poligamiche) impongono l'operatività delle disposizioni in tema di convivenze di fatto che consentono al convivente superstite di continuare ad abitare (sia pure per un periodo limitato di tempo) nella casa di comune residenza in caso di morte del proprietario e di succedere nel relativo contratto di locazione in caso di morte del conduttore o di suo recesso (art. 1, commi 42 e 44, l. Cirinnà).

Per le medesime ragioni, non sembra peregrino immaginare l'operatività del legato *ex art. 540 c.c.*, ove, ad esempio, più mogli convivessero con il poligamo deceduto (si pensi a un matrimonio poligamico validamente contratto all'estero). Dovrebbe potersi riconoscere a tutte la contitolarità del diritto di abitazione della casa familiare.

Parimenti dovrebbero intendersi applicabili l'art. 1, comma 38, l. Cirinnà (come già in art. 37, d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230), che equipara coniuge e convivente ai fini dei colloqui dei detenuti, e l'art. 1, comma 39, l. Cirinnà (come già art. 3, l. 1 aprile 1999, n. 91) con riguardo alle informazioni attinenti allo specifico ambito dei trapianti degli organi e (come già in art. 82, d.lg. 30 giugno 2003, n. 196) per l'informativa e il consenso al trattamento dei dati personali.

Stesso discorso dovrebbe valere per la legge sulla procreazione assistita, che consente l'accesso alle tecniche di fecondazione omologa anche alle «coppie» di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi.

Occorre anche riflettere sull'opportunità di estendere il riconoscimento della pensione di reversibilità a più conviventi o coniugi.

L'art. 9, comma 3, l. 1 dicembre 1970, n. 898 in tema di divorzio prevede l'evenienza che più soggetti siano beneficiari della pensione di reversibilità, nel caso di concorso tra coniuge superstite e coniuge/i divorziato/i. Questo non preclude, come riconosciuto dalla giurisprudenza spagnola e comunitaria⁵³ e in Germania con espressa

⁵³ In tal senso è schierata ormai la maggioranza dei giudici iberici: cfr. Trib.

previsione di legge⁵⁴, il diritto a ripartire la pensione di reversibilità tra piú coniugi⁵⁵. Tra l'altro, non da ora, la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo l'art. 18, comma 5, d.l. 6 luglio 2011, n. 98, là dove faceva dipendere la pensione di reversibilità esclusivamente da meri elementi «naturalistici», incoerenti «con il [suo] fondamento solidaristico»⁵⁶. Il legislatore (come l'interprete) non può trascurare – oltre alla durata del matrimonio, espressamente contemplata dalla legge, e alla *durata* della convivenza prematrimoniale⁵⁷ – l'eventuale

Sup. Galicia, 22 aprile 2002, AS 2002/899; Trib. Sup. Madrid, 29 luglio 2002, AS 2002/3324; Trib. Sup. Canarias, 30 ottobre 2013, rec. n. 1701/11; Trib. Sup. Andalucía, 18 giugno 2015, rec. n. 591/2015. Un orientamento minoritario invece si oppone, in nome di un'interpretazione piú rigida dell'*orden público*: cfr. Trib. Sup. Cataluña, 30 luglio 2003, AS 2003/3049; Trib. Sup. Valencia, 6 giugno 2005, AS 2005/2454. Per i giudici comunitari cfr. Trib. Funzione Pubblica UE, 1 luglio 2010, F-45/07, caso Mandt c. Parlamento europeo, che ha ammesso il riparto della pensione di reversibilità tra le due mogli di un funzionario europeo poligamo.

⁵⁴ Il riferimento è al *Sozialgesetzbuch*, 11 dicembre 1975, § 34.2.

⁵⁵ Nel caso Mandt c. Parlamento europeo, affrontato dal Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea (sentenza 1 luglio 2010, in causa F-45/07), il Sig. Mandt chiedeva l'annullamento della decisione dell'8 febbraio 2007, adottata dall'autorità che ha il potere di nomina del Parlamento europeo, di rigetto del reclamo avverso la decisione dell'8 settembre 2006 con la quale il Parlamento stabiliva la riduzione al 50% della pensione di reversibilità percepita in qualità di coniuge superstite della defunta Sig.ra Mandt. La riduzione era stata disposta in ragione della richiesta del Sig. Braun-Neumann volta a ottenere una pensione di reversibilità in quanto anch'esso coniuge superstite della medesima Sig.ra Neumann. Il Tribunale respingeva il ricorso statuendo che «la circostanza che [...] un'istituzione dell'Unione riconosca a due persone la qualità di coniuge superstite di un'unica *ex* funzionaria deceduta, ai fini della concessione di un vantaggio economico, non rappresenta affatto un'accettazione, fosse anche implicita, a livello dell'Unione, della poligamia, accettazione che sarebbe tale da sollevare una questione di compatibilità con principi e norme superiori di diritto, in particolare qualora ciascuna delle persone interessate fruisse per intero del vantaggio economico previsto per "il" coniuge superstite [...]. In ogni caso, nella fattispecie l'istituzione interessata si è limitata a trarre le conseguenze dell'applicazione dei diritti di famiglia nazionali» (punto 87). Poiché il funzionario ha diritto a una sola pensione, «altrettanto deve dirsi [...] in caso di coesistenza di coniugi superstiti», con riferimento alla pensione di reversibilità, la quale deve essere suddivisa tra i coniugi (punti 99-103).

⁵⁶ Corte cost., 15 giugno 2016, n. 174, in *www.cortecostituzionale.it*.

⁵⁷ Com'è noto, l'art. 9, comma 3, l. 1 dicembre 1970, n. 898, regola la pecu-

stato di *bisogno* del singolo coniuge o dell'unito, la sua *condizione economica*, l'eventuale *cumulo di redditi*, la presenza di *figli minori o inabili*, nonché il riconoscimento di un *minimo di trattamento pensionistico* da corrispondere comunque, anche qualora la durata del matrimonio fosse limitata.

Con riferimento ai rapporti patrimoniali, vale anche per le famiglie poligamiche il rilievo secondo il quale il trasferimento di beni *senza corrispettivo* tra uno o più *partner* non ha necessariamente natura liberale o donativa. Una obbligazione naturale, e quindi un dovere morale o sociale, può giustificarsi tanto tra uno o più *coniugi* quanto tra uno o più *conviventi* e ciò a prescindere dalla sussistenza o meno di un regime legale (comunione o separazione)⁵⁸.

L'art. 536 c.c., sulla tutela dei legittimari, non sembra poter operare in caso di famiglie poligamiche per via del tenore letterale della disposizione (posto che discorre di «coniuge» al singolare)⁵⁹. Tuttavia, quella coniugale potrebbe intendersi come quota (in senso astratto) e si potrebbe pensare a una ripartizione della stessa (come per la *pensione di reversibilità* o il *danno da morte*) tra più coniugi. Tale soluzione interpretativa non sembra violare *ictu oculi* la lettera della norma, né mina l'interesse dei figli a ricevere quanto quantitativamente previsto. Una parte della giurisprudenza francese ha condiviso questa prospettiva⁶⁰, incontrando critiche fondate esclusi-

liare ipotesi del riparto della pensione di reversibilità fra il coniuge divorziato, o i coniugi divorziati, ed il coniuge superstite del *de cuius*, indicando come criterio cui attenersi in via principale quello della durata dei rispettivi matrimoni, benché la giurisprudenza abbia precisato che occorrerà prendere in considerazione anche la situazione economica delle parti (Corte cost., 4 novembre 1999, n. 419, in www.cortecostituzionale.it) e la durata della loro convivenza prematrimoniale (Cass., 15 ottobre 2012, n. 17636, in *Giur. it.*, 2012, p. 2525).

⁵⁸ Sulla natura non necessariamente liberale o donativa dei trasferimenti gratuiti tra coniugi e sul significato di «doveri morali o sociali» ex art. 2034 c.c. cfr. C. CACCAVALE, *Trasferimenti tra coniugi: tra libertà e adempimento*, in corso di pubblicazione.

⁵⁹ Studia la compatibilità delle disposizioni in tema di tutela dei legittimari con riferimento alle unioni civili G. BONILINI, *Unione civile, convivenza di fatto e successione mortis causa*, in R. PANE (a cura di), *Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà*, cit., p. 143 ss.

⁶⁰ Cour de Cassation, 17 febbraio 1982, caso *Baaziz*, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1983, p. 275, con nota critica di Y. Lequette, aveva ritenuto la posizione

vamente sulla necessità di far prevalere il coniuge cittadino francese del defunto rispetto al coniuge o i coniugi stranieri, con possibile lesione del principio di uguaglianza. Il discorso, semmai, deve essere riportato alla condizione di reciprocità (*ex art. 16 disp. prel.*), atteso che le disposizioni a tutela dei legittimari non sono norme che esprimono diritti fondamentali (di ordine pubblico costituzionale/internazionale)⁶¹.

Il discorso si complicherebbe in caso di stato di bisogno del coniuge straniero⁶². Discutibile è anche il riconoscimento dell'assegno per il nucleo familiare.

Nella circolare del 29 settembre 2006 n. 25928, l'INPS stabilisce che, «poiché nell'ordinamento italiano il rapporto di coniugio è esclusivamente monogamico, nel nucleo può essere incluso un solo

della seconda moglie straniera, sposata in Algeria con rito islamico, opponibile in sede successoria anche a quella della prima moglie francese sposata in Francia con rito civile, con l'effetto di dimezzare la porzione ereditaria spettante a quest'ultima. Nello stesso senso si era espressa App. Paris, 8 novembre 1983, *ivi*, 1984, p. 476. Le aspre critiche, che le decisioni citate hanno suscitato in dottrina e nell'opinione pubblica, sono state successivamente recepite da Cour de Cassation, 6 luglio 1988, *ivi*, 1989, p. 71, con nota di Y. Lequette, secondo la quale in casi del genere l'*ordre public* impone comunque la piena tutela della cittadina francese e quindi l'esclusione dell'altra moglie dalla successione. Nella stessa direzione, la successiva giurisprudenza ha sancito la prevalenza della consorte francese, escludendo l'altra, o le altre, non solo dall'eredità, ma dalla pensione di reversibilità: Cour de Cassation, 1 dicembre 2011, *ivi*, 2012, p. 339, con nota di P. Lagarde, ha rigettato la domanda di riparto della pensione di reversibilità, avanzata dalla seconda sposa nei confronti della moglie francese di un immigrato algerino.

⁶¹ Interessante, in questo senso, Cass., 30 giugno 2014, n. 14811, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 603 ss., con nota di E. CALÒ, *La vedova non è pi allegra: la mancanza di reciprocità con Cuba preclude lo status di legittimario*, ove si fa chiarezza sul fatto che la tutela dei legittimari non è di per sé espressione di un principio di ordine pubblico e, pertanto, la relativa disciplina non funge da limite alla condizione di reciprocità. Cfr., in dottrina, M. ROBLES, *Osservazioni in tema di delazione ereditaria e destituzione testamentaria*, *ivi*, p. 343 ss., il quale esclude l'istituto della legittima dal novero di quelli che costituiscono l'ordine pubblico c.d. interno; diversamente, M. GRIMALDI, *Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire*, Defrénois, 2012, p. 755. Per un approfondimento, v. G. PERLINGIERI, *Il «Discorso preliminare» di Portalis*, cit., p. 672 ss., spec. nota 4.

⁶² G. PERLINGIERI, *o.l.u.c.*

coniuge. Pertanto la prestazione (nel caso di specie l'assegno per il nucleo familiare) può essere erogato a vantaggio di un solo coniuge», escludendo dal beneficio tutti gli altri. Tuttavia, in alcuni Paesi come la Francia sono state seguite soluzioni di compromesso: l'assegno familiare e l'indennità per il coniuge, anche se quantificato solo per una moglie, è stato diviso in parti uguali fra tutte, anche per evitare appesantimenti degli oneri economici a carico dell'ente. Ciò sia sulla base di una serie di accordi bilaterali conclusi dallo Stato francese con i Paesi di tradizione musulmana, sia per evitare appesantimenti degli oneri economici a carico dell'ente⁶³.

6. Altro problema è capire quale valore vada riconosciuto ai rapporti coniugali poligamici validamente costituiti all'estero⁶⁴.

Allo scopo occorre distinguere la circostanza nella quale si chiede il riconoscimento *tout court* di più matrimoni in capo alla medesima persona, da quella in cui la poligamia è soltanto il presupposto logico di un'altra situazione giuridica, quest'ultima oggetto di un giudizio dinanzi ai giudici italiani.

Nella prima situazione, la richiesta sarebbe contraria all'ordine pubblico, per violazione degli artt. 3 e 29 cost., quante volte sia questione, ad esempio, di una poliginia di impronta musulmana.

Nel secondo caso, individuare gli effetti riconoscibili è più complesso. Per un verso, l'esistenza della famiglia poligamica potrebbe rilevare sul piano del diritto successorio a prescindere dall'intrascrivibilità dei relativi matrimoni⁶⁵; per l'altro, dovrebbe essere rimedi-

⁶³ V. FEDERICO, *La Francia si interroga sulla poligamia*, in *Quad. cost.*, 2012, p. 371 ss.

⁶⁴ Si pone l'interrogativo M. RIZZUTI, *Il problema dei rapporti familiari poligamici*, cit., p. 146 ss.

⁶⁵ Secondo Cass., 2 marzo 1999, n. 1739, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2695, in virtù del principio del *favor matrimoni*, l'atto di matrimonio non perde validità se non è stato impugnato per una delle ragioni indicate dagli artt. 117 ss. c.c. e non sia intervenuta una pronuncia di nullità o di annullamento. Così ragionando, la Corte reputa efficace l'atto matrimoniale contratto da cittadino italiano all'estero, secondo una legge che prevede la poligamia e il ripudio e nel rispetto delle forme ivi stabilite, sull'argomento che occorre distinguere tra «la regolamentazione del rapporto giuridico controverso dalla rilevazione dei suoi presupposti». Nella specie, ritenuto che ordine pubblico e buon costume, con-

tata, almeno in certi casi, la chiusura rispetto al diritto al ricongiungimento familiare, là dove si possa configurare un'esigenza di tutela dell'interesse del minore o di altro familiare bisognoso⁶⁶.

Si tratta di questioni che vanno riguardate nella consapevolezza che – di là dal frequente ricorso alle artificiose, quanto poco utili, categorie dell'«ordine pubblico attenuato» o dell'«ordine pubblico di prossimità»⁶⁷ – l'ordine pubblico comporta e presuppone sempre il bilanciamento tra valori in concorso. Quando sono in gioco diritti e doveri fondamentali del singolo e si è in presenza di una situazione già legittimamente costituitasi all'estero, è l'esigenza di dare tutela a tali diritti e doveri a dover prevalere rispetto alla volontà di non veder riconosciuto in Italia alcun effetto connesso a una situazione di poligamia.

Così, sul piano dei diritti successori, si pensi a un musulmano che, dopo aver contratto matrimonio in Italia con un'italiana, sposi un'altra donna una volta rientrato nel suo Paese. La prima può chiedere, in Italia, il divorzio *ex art. 3, lett. e, l. n. 898 del 1970*, ma non è detto che il secondo matrimonio non possa produrre anche in Italia qualche effetto, magari proprio di natura successoria⁶⁸.

Quanto al problema del ricongiungimento familiare l'art. 29, comma 1 *ter*, l. 15 luglio 2009, n. 94 (d'ora in poi t.u. dell'immi-

nessi alle caratteristiche della poligamia e del ripudio, proprie del matrimonio islamico, sono estranei al rapporto dedotto in giudizio, è riconosciuto rilievo, in sede ereditaria, dello *status* di coniuge.

⁶⁶ Come rilevato già da G. BADIALI, *Ordine pubblico (dir. intern. priv. proc.)*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, p. 210 s., con riguardo a un caso di riconoscimento di filiazione derivante da matrimonio poligamico, «[i]l giudice deve accertare preliminarmente se esiste il rapporto poligamico e se quindi la filiazione è legittima. Ma in tal modo egli, pur applicando le norme straniere, non fa suo l'istituto della poligamia, ma ne tiene conto per farne derivare effetti che, persi in sé e per sé, sono perfettamente ammissibili. La questione non è di avallare un istituto che è profondamente contrario ai nostri principi, ma di non deludere le giuste aspettative di soggetti che nel Paese d'origine hanno la qualifica di figli legittimi».

⁶⁷ Se ne riferisce in G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, cit. (ivi ulteriori riferimenti bibliografici).

⁶⁸ A. GALOPPINI, *Il ripudio e la sua rilevanza nell'ordinamento italiano*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, p. 978.

grazione), non sembra consentirlo se la persona che ne beneficia è coniugata con uno straniero regolarmente soggiornante con altro coniuge nel territorio nazionale. Pertanto, non solo il marito non può chiedere il ricongiungimento con più di una moglie, ma il figlio non può chiedere il ricongiungimento con la madre là dove col padre già risiede in Italia un'altra moglie⁶⁹. Proprio in un caso di questo tipo, la Corte di Cassazione assume una posizione restrittiva senza motivare, limitandosi ad affermare che il ricongiungimento con più coniugi sarebbe contrario all'«ordine pubblico anche costituzionale»; ciò sebbene nei due precedenti gradi di giudizio la richiesta fosse stata, invece, accolta perché proveniente dal figlio e non dal coniuge⁷⁰.

In un altro precedente, con riferimento all'impugnazione di un provvedimento di diniego del ricongiungimento richiesto da un immigrato marocchino per le due mogli, il TAR Emilia Romagna (Bologna), 10 gennaio 1989, concede la sospensiva, consentendo a entrambe di regolarizzare, nelle more del giudizio, il proprio ingresso in Italia, per negare però, qualche anno più tardi, il ricongiungimento per contrarietà all'ordine pubblico e al buon costume, e, in particolare, al principio di parità dei coniugi e al divieto dell'art. 556 c.p.⁷¹.

⁶⁹ Ciò si pone in linea con l'art. 4, comma 4, direttiva 2003/86/CE, ai sensi del quale «In the event of a polygamous marriage, where the sponsor already has a spouse living with him in the territory of a Member State, the Member State concerned shall not authorise the family reunification of a further spouse». Analogamente, nell'ordinamento francese è ammesso il ricongiungimento di una sola moglie con i figli (art. 30, ord. 2 novembre 1045). In dottrina, sul tema, M. RIZZUTI, *Il problema dei rapporti familiari poligamici*, cit., p. 146 ss.; V. PETRALIA, *Ricongiungimento familiare e matrimonio poligamico. Il riconoscimento dei valori giuridici stranieri e la tutela delle posizioni dei deboli*, in *www.cde.unict.it*, 2013; R. SENIGAGLIA, *Il significato del diritto al ricongiungimento familiare nel rapporto tra ordinamenti di diversa «tradizione». I casi della poligamia e della kafalah di diritto islamico*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 533 ss.; M. SPOLETINI, *Possibilità di ricongiungimento familiare anche per gli affidatari in kafalah*, in *Giur. it.*, 2014, p. 543 ss.; F.R. FANTETTI, *Ricongiungimento familiare, libertà di circolazione e ordine pubblico*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 611 ss.

⁷⁰ Cass., 28 febbraio 2013, n. 4984, in *Foro it.*, 2013, 12, 1, c. 2519.

⁷¹ TAR Emilia Romagna (Bologna), 14 dicembre 1994, n. 926, in *Stranieri*, 1995, p. 58 ss., con nota di I. Fusiello.

La questione va ripensata. L'art. 29, comma 1-ter, cit., per come formulato, finisce comunque per ammettere validità ed effetti del matrimonio poligamico contratto all'estero. Diversamente non potrebbe avere accesso in Italia neppure quell'unica persona ammessa. Senza contare che l'ingresso è consentito a un coniuge soltanto, ma non è richiesto che si tratti proprio del primo, in ordine cronologico, ad aver contratto le nozze, ben potendo trattarsi anche del secondo, del terzo, *etc.*

In realtà, la regola ha, per fondamento, il diverso interesse (pure meritevole di tutela) di garantire il controllo del territorio e l'esigenza, prevalentemente economica, di contenere il flusso migratorio, consentendo l'ingresso a gruppi familiari stranieri nella loro dimensione minima⁷². L'idea è cioè prevalentemente quella di ridurre l'impatto economico sul sistema di sicurezza sociale e limitare la possibilità di un ricorso strumentale al ricongiungimento, mirato a eludere le restrizioni poste alle possibilità di ingresso e soggiorno. A tale scopo, si crea una nozione *artificiale* di famiglia ricongiungibile (composta da *coniuge*, figli *minori conviventi* o *maggioresni a carico*, con possibile estensione a favore dei *genitori a carico*), diversa sia dalla famiglia italiana (nelle molteplici declinazioni) sia dalla famiglia per come intesa nei Paesi di origine dello straniero.

In verità, tutte queste pur meritevoli ragioni dovrebbero essere bilanciate con altre parimenti degne di attenzione. Prima fra tutte il *migliore* interesse per il minore diffusamente riconosciuto e tutelato dal legislatore europeo e nazionale⁷³.

Il considerando n. 11 della direttiva 2003/86 espressamente afferma, infatti, che «il diritto al ricongiungimento familiare dovrebbe essere esercitato col necessario rispetto dei principi e dei valori riconosciuti dagli Stati membri, segnatamente quando entrano in gioco diritti di donne e di minorenni».

In Italia, l'art. 28, comma 3, del t.u. immigrazione dispone che «[i]n tutti i procedimenti amministrativi e giurisdizionali finalizzati

⁷² M. RIZZUTI, *Il problema dei rapporti familiari poligamici*, cit., p. 158.

⁷³ Cass., 27 ottobre 1999, n. 12077, in *Vita not.*, 1999, p. 1412, opportunamente afferma che «la mera diversità culturale, di origini, di etnia e di religione non può per sé costituire elemento significativo ai fini dell'esclusione dell'interesse di un minore all'acquisto della doppia genitorialità».

a dare attuazione al diritto all'unità familiare e riguardanti i minori deve essere preso in considerazione con carattere di priorità il superiore interesse del fanciullo», e l'art. 31, comma 3, t.u. immigrazione, stabilisce che «[i]l tribunale per i minorenni, per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore che si trova nel territorio italiano, può autorizzare l'ingresso o la permanenza del familiare, per un periodo di tempo determinato, anche in deroga alle altre disposizioni della presente legge».

Alla luce di queste norme, alcuni giudici di merito hanno avuto occasione di precisare che «va consentito al coniuge extracomunitario (di sesso maschile) munito di regolare permesso di soggiorno di permanere in Italia allo scopo di consentire alla madre la prosecuzione delle cure prodigate al figlio minore comune e rivelatesi di esito felice, non rilevando in contrario che il marito, contratto legittimo matrimonio poligamico nella propria terra di origine, viva in Italia anche con l'altra moglie; la permanenza in Italia del marito va consentita, infatti, non allo scopo di omologare una unione matrimoniale poligamica, ma allo scopo di tutelare il primario diritto del minore a non essere separato, senza adeguato motivo, da uno dei genitori»⁷⁴.

Del resto, anche in tema di adozione, per la giurisprudenza recente assume rilevanza «ogni modello familiare», a prescindere dal legame biologico⁷⁵, purché «si accerti che esso sia luogo di affetti, di

⁷⁴ App. Torino, 18 aprile 2001, in *Dir. fam. pers.*, 2001, p. 1492 ss.

⁷⁵ Trib. min. Firenze, 8 marzo 2017, in *www.dejure.it*; e App. Trento, 23 febbraio 2017, in *www.articolo29.it*. Ulteriori riferimenti in G. RECINTO, *Le genitorialità tra favor legitimatis, veritatis e affectionis*, in R. PANE (a cura di), *Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà*, cit., p. 72 ss., il quale correttamente mette anche in evidenza che per comunità familiare deve intendersi un «effettivo "continuum" di valori e affetti funzionale allo sviluppo della personalità dei suoi componenti, da considerarsi sia nella loro unicità quali singole persone unitariamente intese, sia nella unicità del loro essere in relazione», con la conseguenza di riconoscere e tutelare anche «il rapporto tra una c.d. co-mamma ed il figlio biologico della sua compagna ai fini del risarcimento del danno per la lesione del c.d. diritto alla vita parentale, ritenendo che oramai si fosse instaurato un vero e proprio rapporto genitoriale tra la persona deceduta e la convivente della madre biologica, la quale da sempre aveva svolto funzioni di cura, educazione, affettive, del tutto analoghe a quella di un genitore» (p. 74). In argomento v. anche A.C.

sviluppo e promozione della personalità del minore»⁷⁶. Ciò conformemente a quella dottrina che, fin da tempi risalenti, affermava che «la meritevolezza di tutela della famiglia riguarda non esclusivamente i rapporti di sangue, ma soprattutto quelli affettivi che si traducono in una comunione spirituale e di vita»⁷⁷.

In concreto, tra l'altro, il minore potrebbe avere interesse a intrattenere più relazioni affettive⁷⁸. Lo stabilisce espressamente l'art. 4, comma 5-ter, l. n. 184 del 1983 (di recente modificato dall'art. 1, l. n. 173 del 2015), che, a proposito del diritto alla continuità affettiva dei bambini in affidamento familiare, ha previsto, rimandando evidentemente ad un accertamento da svolgersi caso per caso avuto riguardo a tutti gli elementi rilevanti nella singola fattispecie, che «[q]ualora, a séguito di un periodo di affidamento, il minore faccia ritorno nella famiglia di origine o sia dato in affidamento ad altra famiglia o sia adottato da altra famiglia, è comunque tutelata, se rispondente all'interesse del minore, la continuità delle positive relazioni socio-affettive consolidate durante l'affidamento».

Inoltre, la stessa Corte Europea dei Diritti dell'Uomo evidenzia la possibile incidenza positiva, per lo sviluppo del minore, anche dell'eventuale «concorso» di più relazioni affettive. Da un lato, ammette che non determina violazione dell'art. 8 cedu riconoscere al padre biologico di mantenere rapporti con il figlio legittimato dal marito della madre, e, comunque, convivente con la madre, dovendosi dare rilievo al duplice interesse della persona minore di età a preservare l'identità acquisita nella famiglia legittima, ed a conoscere la verità sulle proprie origini⁷⁹. Dall'altro lato, la Corte riconosce

NAZZARO, *Il difficile rapporto tra genitorialità e famiglia tra indicazioni giurisprudenziali e novità legislative*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 843 ss.

⁷⁶ Così Trib. min. Roma, 23 dicembre 2015, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 2, p. 686 ss., con nota di G. SALVI, *Omogenitorialità e adozione (in casi particolari): segnali di apertura dei giudici minorili; contra* App. Milano, 9 febbraio 2017, in *Fam. dir.*, 2017, 11, p. 998.

⁷⁷ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 919 ss.

⁷⁸ Sul punto si rinvia a G. RECINTO, *Responsabilità genitoriale e rapporti di filiazione tra scelte legislative, indicazioni giurisprudenziali e contesto europeo*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, 3, p. 895 ss., il quale discorre di «eventuale “concorso” di più relazioni affettive».

⁷⁹ Corte EDU, 14 gennaio 2016, ric. 30955/12, caso Mandet c. Francia.

che, in talune ipotesi, sempre in virtù dell'art. 8 cedu, è auspicabile che siano disposte forme di «*adoption simple*», idonee a garantire anche la conservazione dei legami tra i minori e le loro famiglie di origine⁸⁰.

Questa impostazione è accolta anche dal legislatore domestico con la recente introduzione dell'art. 317-*bis* c.c., che riconosce anche agli ascendenti⁸¹ il «diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni»⁸², nell'ottica, per l'appunto, della salvaguardia e della protezione di quelle relazioni realmente positive per il percorso di crescita psico-fisica del singolo minore interessato.

Con ciò si vuol dire che la tutela della poligamia, a volte, può essere soluzione necessitata dall'esigenza di riconoscere relazioni affettive e tutelare il minore o altra persona in stato di bisogno.

Peraltro l'interesse del minore non è l'unico meritevole di tutela e potenzialmente idoneo a giustificare il ricongiungimento familiare, dovendosi piuttosto avere riguardo, come precisato, al rispetto dell'identità culturale, della libertà religiosa e dell'autonoma posizione dei *partner* ulteriori.

Diversamente, il rischio è quello di creare una discriminazione, patrimoniale e personale, a danno, ad esempio, di quelle mogli che, nonostante abbiano già *contratto legittimo matrimonio poligamico nella propria terra di origine*, non hanno figli minori e vogliono comunque ricongiungersi con il marito per ristabilire quel legame

⁸⁰ Corte EDU, 21 gennaio 2014, ric. 33773/11, Z. c. Italia, cit. Relativamente al tema delle c.dd. adozioni miti, cfr. G. RECINTO, *Le genitorialità, tra favor legitimatis, veritatis e affectionis*, cit., p. 155 ss., ove anche ampio confronto tra la Corte EDU in esame e la giurisprudenza interna.

⁸¹ Come opportunamente rilevato da G. CASABURI, *Luci ed ombre di un recente provvedimento del Tribunale di Palermo*, in www.articolo29.it, il diritto «è solo del minore, solo che qui è attribuita specificamente ai nonni (e, credo, agli altri congiunti) una specifica legittimazione attiva, funzionale comunque all'interesse\diritto del minore medesimo».

⁸² Secondo G. CASABURI, *o.l.u.c.*, è, tuttavia, verosimile che questa «norma è [...] riferibile anche agli altri stretti congiunti, es. gli zii (richiamati dall'art. 337-*ter* cit.)», e, attraverso una applicazione analogica, anche a chi, come il c.d. genitore sociale, non presenta un vincolo di parentela con il minore, risultando prevalente nella disposizione in esame «la dimensione affettiva, più che quella biologica del legame di sangue».

affettivo lecitamente costituito nel proprio Paese, secondo la propria religione e nel libero esercizio del diritto alla *vita familiare*⁸³.

Alla luce di queste osservazioni si deve escludere l'idea di una completa irrilevanza, per il diritto vigente, delle famiglie poligamiche.

Il problema di fondo, piuttosto, è controllare la conformità del singolo rapporto non soltanto alle norme imperative ordinarie ma soprattutto ai principi fondamentali *identificativi* della Repubblica italiana. Per farlo, non si può prescindere dal ragionevole bilanciamento tra tutti i principi coinvolti. Sarebbe utile distinguere, anzitutto, tra i principi fondamentali o le disposizioni legislative espressione di principi identificativi della Repubblica italiana (e in quanto tali in alcun modo derogabili né da fattispecie interne né da fattispecie con elementi di estraneità) e i principi o le norme imperative, pur conformi a Costituzione, ma non espressione di principi fondamentali (e quindi derogabili dalla legislazione straniera e applicabili al cittadino straniero a condizione di reciprocità)⁸⁴.

Ad esempio, se una consuetudine internazionale o una legge straniera possano derogare una legge italiana o se una norma debba essere applicata a condizione di reciprocità sono questioni che si risolvono non tanto in analisi strutturali o in una astratta valutazione della distinzione tra ordine pubblico interno e internazionale, ma in un problema di gerarchia e di bilanciamento, secondo ragionevolezza, tra norme e principi in concorso⁸⁵. Bilanciamento che deve essere condotto tenendo conto delle peculiarità del caso⁸⁶, delle eventuali

⁸³ La logica del bilanciamento e della proporzionalità, basata sulle circostanze del caso concreto, può condurre, insomma, a risultati ben diversi dalla mera applicazione di rigide categorie e dal rigido rifiuto del riconoscimento di istanze provenienti da altri ordinamenti. A queste conclusioni si perveniva anche in G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., spec. p. 103 ss.

⁸⁴ G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento*, cit., p. 283 ss.

⁸⁵ V. G. PERLINGIERI, *o.l.u.c.* Cfr. anche ID., *Il «Discorso preliminare» di Portalis*, cit., p. 672 ss., spec. nota 4. C. CREA, *L'evoluzione del diritto di famiglia in Marocco e la prospettiva italiana ed europea*, cit., p. 271, propone, egualmente, di rivedere il concetto di ordine pubblico in chiave di proporzionalità, ossia di bilanciamento tra le situazioni che nel caso concreto appaiono richiedere tutela. Utile argomento a sostegno della soluzione offerta si trae da Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 238, in *www.cortecostituzionale.it*. V. anche retro § 1, spec. nota 8.

⁸⁶ A proposito dell'interpretazione dell'art. 35, reg. UE sulle successioni

limitazioni di sovranità derivanti dal diritto internazionale generale, dal diritto dell'UE (artt. 10 e 11 cost.), dagli eventuali obblighi internazionali pattizi (art. 117, comma 1, cost.) e in considerazione del c.d. margine di apprezzamento che ciascuno Stato conserva nell'attuazione dei principi fondamentali riconosciuti anche dalla Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo⁸⁷.

n. 650/2012, anche E. CALÒ, *Vite (e morti) parallele di Michel Colombier e di Maurice Jarre: la colonna sonora dell'ordine pubblico internazionale successorio nel diritto italiano e francese*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 879 ss., afferma che «le esigenze dell'ordine pubblico internazionale debbono essere considerate in modo concreto e non dovrebbe essere l'assenza della legittima nella legge straniera a far scattare l'eccezione d'ordine pubblico internazionale bensì l'esito della sua applicazione alla lite», con l'obbligo per l'interprete di osservare sempre il caso concreto, nonché, ad esempio, se il legittimario ignorato, o trascurato, si trovi o no in difficoltà economiche (p. 904 s.).

⁸⁷ Secondo F.M. PALOMBINO, *Laicità dello stato ed esposizione del crocifisso nella sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso Lautsi*, in *Riv. dir. int.*, 2010, p. 137: «la dottrina del margine di apprezzamento costituisce notoriamente lo strumento attraverso il quale la Corte riconosce agli Stati il potere discrezionale di adottare misure limitative di alcuni diritti protetti dalla Convenzione, sempre che ricorrano certe condizioni e cioè quelle circostanze che le consentano di valutare la legittimità della violazione stessa. La limitazione deve essere prevista per legge oltre che effettivamente necessaria (per preservare l'ordine pubblico e/o garantire i diritti altrui) e proporzionale all'obiettivo perseguito; occorre che non esista nella materia oggetto della misura restrittiva un consenso comune tra gli Stati parte della Convenzione». Del resto «il margine di apprezzamento permette viceversa ai vari Paesi [membri della CEDU] di conservare ciascuno la propria concezione etica e di procedere a velocità differenti». Così M.C. VITUCCI, *Ragionevolezza, consenso e margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani*, in G. PERLINGIERI, A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, II, Napoli, 2017, p. 1093 ss., ove, con riferimento alla giurisprudenza della Corte, si prende atto che anche la violazione della Convenzione dipende dai valori normativi condivisi nei singoli Stati: «[d]immi che valori hai e ti dirò se hai violato la Convenzione»; e R. SAPIENZA, *Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1991, p. 571 ss. Se la dottrina del margine di apprezzamento, utilizzata in senso tecnico (ossia come sopra delineata), è tipica soltanto dei procedimenti dinanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, va rilevato che lo stesso concetto di margine di apprezzamento è stato sovente utilizzato anche quale sinonimo di deferenza rispetto alla sovranità statale in tutti i giudizi di proporzionalità e/o

Oltre al problema dell'esposizione del crocefisso⁸⁸, si pensi alle norme interne a tutela della libera revocabilità del testamento, di regola non derogabili da nessuna norma straniera perché attuative di un principio fondamentale di ordine pubblico a tutela della persona e del risparmio⁸⁹. Per questo, del pari, meritevolezza e conformità all'ordine pubblico della *Kafalah* dipendono non da inutili e forzate sussunzioni in fattispecie da noi conosciute (come l'affidamento o l'adozione)⁹⁰, ma dalla conformità ai principi fondamentali, con-

ragionevolezza compiuti da corti e tribunali internazionali. Ne discende che, all'atto della valutazione compiuta in concreto sulla ragionevolezza e legittimità di una misura statale limitativa di diritti privati, i tribunali internazionali tengono sempre in debita considerazione la circostanza per cui gli Stati esercitano un diritto sovrano volto alla tutela dei diritti e alla salvaguardia degli interessi della totalità dei consociati, di talché – in concreto – può ritenersi ragionevole la limitazione dei diritti di un singolo se ispirata alla protezione di interessi essenziali di carattere generale. Sul punto v. G. ZARRA, *Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in Light of Philip Morris v. Uruguay*, in *Brazilian J. Int'l L.*, 2017, p. 108 ss.

⁸⁸ Il crocefisso, infatti, è un simbolo da tutelare perché conforme a valori normativi (positivi) meritevoli di tutela. Sul punto si rinvia a G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., p. 102 s.

⁸⁹ G. PERLINGIERI, *La revocazione delle disposizioni testamentarie e la modernità del pensiero di Mario Allara. Natura della revoca, disciplina applicabile e criterio di incompatibilità oggettiva*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 739 ss. Ovviamente anche il principio di libera revocabilità del testamento va bilanciato secondo ragionevolezza, sì che, ad esempio, ora può operare anche in costanza di contratti (sul punto si rinvia a Id., *Invalidità delle disposizioni «mortis causa» e unitarietà degli atti di autonomia*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 119 ss.), ora può non trovare applicazione nel testamento o in presenza di atti di ultima volontà, al fine di tutelare, secondo la tecnica del bilanciamento, interessi in concreto più meritevoli (come nel caso del riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio ex art. 256 c.c.).

⁹⁰ Trib. min. Trento, decr., 11 marzo 2002, in *www.dejure.it*, esclude l'efficacia della *kafalah* costituita secondo il diritto del Marocco tra un minore marocchino e una coppia di coniugi italiani, sull'argomento della non equiparabilità all'affidamento preadottivo o all'adozione legittimante. Diversamente, Trib. Biella, 26 aprile 2007, *ivi*, vi ravvisa uno strumento protezione del minore. Cfr. anche Cass., 4 novembre 2005, n. 21395, in *Giur. it.*, 2007, 3, p. 611, con nota critica di G. Gandolfi. In letteratura, si condivide l'approccio ermeneutico di P. PERLINGIERI, *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, cit., p. 165 ss.; e M. ORLANDI, *L'entrata in vigore della Convenzione de L'Aja ed il riconoscimento dei provvedimenti di kafalah*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 865 ss., il quale pure ribadisce

trollando che sia funzionale, nel momento dell'applicazione, non soltanto alla libertà religiosa ma alla tutela del minore⁹¹.

Anche il controllo di ordine pubblico relativamente a forme di convivenza estranee alle tradizioni del nostro Paese si risolve in un bilanciamento e in una valutazione di conformità ai principi fondamentali, perché è incontestabile che la Costituzione italiana tuteli qualsiasi *formazione sociale* purché funzionale allo sviluppo della persona, sí che rispetto a certi interessi e situazioni anche le famiglie poligamiche possono ricevere tutela⁹².

In questa prospettiva, rispetto a certi interessi e situazioni, appaiono meritevoli di tutela sia le convivenze nelle quali uno o entrambi

che, per riconoscerne la vigenza, non serve incasellare istituti nati da tradizioni diverse in modelli nostrani. Sul tema, si segnalano i contributi di G. FERRANDO, *L'adozione in casi particolari alla luce della piú recente giurisprudenza*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, 1, p. 79 ss., spec. p. 85, nota 24; M. BAKTASH, *I giudici italiani alla prova con l'istituto della kafalah*, in *Fam. dir.*, 2018, p. 300 ss.; E. GIACOBBE, *Adozione e affidamento familiare: ius conditum, vivens, condendum*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, 1, p. 237 ss.; C. CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, I, p. 43 ss.; M. ORLANDI, *La kafalah islamica e la sua riconoscibilità quale adozione*, in *Dir. fam.*, 2005, 2, p. 235 ss.; G. PIZZOLANTE, *La kafalah islamica e il suo riconoscimento nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 947 ss.; C.E. TUO, *Riconoscimento degli effetti delle adozioni straniere e rispetto delle diversità culturali*, *ivi*, 2014, p. 43 ss.; C. PERARO, *Il riconoscimento degli effetti della kafalah: una questione non ancora risolta*, *ivi*, 2015, p. 541 ss.; R. GELLI, *Il riconoscimento del minore in kafalah al cittadino italiano: la svolta delle Sezioni Unite*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 127 ss.

⁹¹ Sebbene l'istituto non trovi corrispondenti nell'ordinamento domestico e a dispetto dell'atteggiamento assunto dalla giurisprudenza di merito, la Corte di Cassazione (Sez. un., 16 settembre 2013, n. 21108, in *Nuova giur. civ.*, 2014, 3, p. 10264, con nota di L. RACHELI, *Le Sezioni unite dettano le condizioni affinché la kafalah di diritto islamico sia presupposto per il ricongiungimento familiare*; in *Giur. it.*, 2014, 3, p. 514, con nota di M. SPOLETINI, *Possibilità di ricongiungimento familiare anche per gli affidatari in kafalah*, in *Fam. dir.*, 2014, 2, p. 122, con nota di R. GELLI, *Il ricongiungimento del minore in kafalah al cittadino italiano: la svolta delle Sezioni unite*; in *Corr. giur.*, 2013, 12, p. 1492, con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Uscio aperto, con porte socchiuse, per l'affidamento mediante kafalah al cittadino italiano europeo*) concede efficacia al provvedimento estero di affidamento in ragione del prioritario interesse di tutela del minore. V. anche le riflessioni svolte in G. PERLINGIERI, *Legge, giudizio e diritto civile*, cit.

⁹² V. retro § 1, nota 7, e § 3.

i conviventi siano legalmente separati (le quali non sono espressamente riconosciute dalla l. sulle unioni civili), sia i rapporti familiari poligamici, per i quali non si può negare che sono funzionali alla libertà culturale e religiosa e di per sé non lesivi della tutela della persona⁹³.

7. Queste osservazioni non intendono omologare o equiparare la famiglia poligamica a quella tradizionale, ma soltanto riconoscere, entro certi limiti, alcuni strumenti di tutela anche ai membri della prima, senza inutili separazioni o classificazioni. Anche per questo non convince la proposta di chi ritiene che più famiglie (anche ricomposte) possano costituire una pluralità di ordinamenti diversi⁹⁴.

⁹³ C. CREA, *L'evoluzione del diritto di famiglia in Marocco e la prospettiva italiana ed europea*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 247 s., rileva «la valenza plurale e non più monolitica del concetto di famiglia»; a parere dell'a., e condivisibilmente, occorre discorrere di famiglie al plurale, intese come «molteplici e diversificate formazioni sociali all'interno delle quali ogni individuo (uomo/donna, genitore/figlio) instaura una rete di relazioni intersoggettive meritevoli di tutela». L'approccio ermeneutico suggerito è «il più possibile orientat[o] non ad una impossibile omologazione di culture e diritti, ma ad una ragionevole convivenza tra le diverse componenti sociali, attraverso un bilanciamento di valori funzionale all'integrazione multiculturale e alla effettività delle tecniche di tutela».

⁹⁴ Così, invece, M. RIZZUTI, *Il problema dei rapporti familiari poligamici*, cit., p. 98. Per vero, è ancora diffusa l'idea della coesistenza di una pluralità di sistemi ordinamentali nell'ambito del medesimo contesto territoriale, soluzione che si deve anche a SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1917, p. 93; e SALV. ROMANO, *Autonomia privata*, Milano, 1957, p. 26 s. Si ricordano, ad esempio, le discussioni, ancora attuali, sull'autonomia dell'ordinamento sportivo (v., in varie direzioni, C. FURNO, *Critiche in tema di giuochi, scommesse e arbitraggi sportivi*, in *Riv. trim.*, 1952, p. 619; F. CARNELUTTI, *Figura giuridica dell'arbitro sportivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, p. 20; W. CESARINI SFORZA, *La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto sportivo*, in *Foro it.*, 1933, I, c. 1381; M.S. GIANNINI, *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. dir. sport*, 1949, p. 10 ss., a parere del quale è configurabile un ordinamento sportivo mondiale «superstatale», «non territoriale», anche se «non sovrano» e «derivato» da quello statale; e F. MODUGNO, *Legge - ordinamento giuridico - pluralità degli ordinamenti*, Milano, 1985, p. 207 ss. Rende conto dei termini di questo dibattito A. LEPORE, *Responsabilità civile e tutela della «persona-atleta»*, Napoli, 2009, p. 36 ss.). Diffusa è anche l'idea dell'indipendenza del sistema ordinamentale della Rete rispetto a quello statale; per una critica a tale impostazione, A. FACHECHI,

La tutela di qualunque famiglia o rapporto dipende, nella diversità, sempre dall'attuazione dei principi fondamentali che informano il sistema ordinamentale, garantendone l'unitarietà⁹⁵. Quindi non v'è mai totale autonomia e incomunicabilità tra fattispecie e discipline, ma piuttosto «unità nella diversità» (che trova fondamento, tra l'altro, anche negli artt. 4 e 6 del Trattato sull'Unione Europea)⁹⁶.

La giustizia alternativa nel commercio elettronico. Profili civilistici delle ODR, Napoli, 2016, p. 149 ss.

⁹⁵ L'unità dell'ordinamento è «affidata [...] non alla continuità dei valori accolti nel codice civile né a quelli emergenti in forma spesso contraddittoria e conflittuale dalla c.d. legislazione speciale, ma a quelli consacrati nella Costituzione e rappresentativi di una legalità fondata su una giustizia caratterizzata dal rispetto della persona, da una solidarietà che non esaurisce la sua rilevanza nel momento patrimoniale, da una cultura in cui predomini l'essere sull'aver»: P. PERLINGIERI, *Un parere sulla decodificazione*, in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 310. Segue che «[l']organo giudicante, che è tenuto a interpretare a fini applicativi le disposizioni, trova la soluzione al singolo caso concreto in un apparato normativo complesso ma unitario, ove confluiscono fonti di provenienza diversa senza che la c.d. fattispecie astratta trovi una definita collocazione topografica» (ID., *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 1, p. 164 ss.). V. anche ID., *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, *ivi*, 2005, p. 188 ss., e in ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, cit., p. 20 ss.; ID., *Il diritto civile nell'unitarietà del sistema ordinamentale*, in *Corti pugliesi*, 2009, p. 15 ss.; e P. FEMIA, *Applicare il diritto al caos. Teoria riflessiva delle fonti e unità dell'ordine*, in P. PERLINGIERI, L. RUGGERI (a cura di), *Diritto privato comunitario*, I, Napoli, 2009, p. 89 ss.

⁹⁶ L'Europa è «una ma diversa e tale diversità culturale è da preservare e conservare, salvo che non sia da ostacolo al perseguimento delle finalità generali dell'Unione»: G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., p. 28 s. Promuove l'unità nella diversità anche P. PERLINGIERI, *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Napoli, 1990, *passim*; ID., *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli, 2008, p. 95 s.; ID., *Diritto comunitario e identità nazionali*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 530 ss. Nel rispetto del principio di *unità nella diversità* si è anche affermata l'applicabilità al testamento di alcune norme del contratto (in tema, ad esempio, di interpretazione anche secondo buona fede o a titolo oneroso), oppure al contratto di alcune norme proprie del testamento in tema di revocabilità. Si pensi al mandato stipulato dal defunto per gestire il *luogo e le modalità di sepoltura*, la *cremazione*, la *pubblicazione di opere inedite*. Tali mandati saranno sempre *revocabili* dal *de cuius* prima della sua morte – secondo il principio di libera revocabilità del testamento – e, al contrario, saranno senz'altro *irrevocabili*

Proprio i princípi e la *costituzionalizzazione del diritto civile* impongono all'interprete di ricavare sempre relazioni di compatibilità tra discipline, di «cogliere nella differenza l'identità, nella frammentarietà la coerenza, nella molteplicità l'unità»⁹⁷.

Avere piú relazioni o rapporti non significa, né ha mai significato, riconoscere piú ordinamenti. Un soggetto può avere una pluralità di rapporti, ma ciò non significa che vi siano diversi ordinamenti autonomi, posto che tutti questi rapporti sono disciplinati dallo stesso ordinamento oggettivo composto dagli *stessi princípi normativi di riferimento* i quali distinguono il lecito dall'illecito e il meritevole dal non meritevole.

In conclusione, non si può escludere *a priori*, anche *de iure condito*, la compatibilità di una famiglia poligamica con l'ordine pubblico. In particolare, entro certi limiti e rispetto a determinati rapporti, si devono riconoscere talune situazioni soggettive anche ai membri di una famiglia poligamica, in quanto partecipi di un ulteriore «modello» familiare, in sé e per sé, non contrario alla legge e alla legalità costituzionale.

dopo la sua morte anche da parte degli eredi che subentrassero nella medesima posizione giuridica del defunto. Ciò proprio per la particolare funzione *mortis causa* dei negozi in esame, nonché per la natura personale e non patrimoniale dell'interesse perseguito dal mandante-defunto. Sí che non è tanto un problema di analogia o di lacune, né di regola o eccezione, ma sempre di scelta della disciplina piú compatibile, adeguata e congrua agli interessi coinvolti dal singolo caso; sul punto si rinvia a G. PERLINGIERI, *Invalidità delle disposizioni «mortis causa»* e unitarietà *degli atti di autonomia*, cit., p. 119 ss.

⁹⁷ N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 65.

ELISABETTA BERGAMINI

AGREEMENTS BETWEEN SPOUSES AND PARTNERS,
AND AGREEMENTS AS TO SUCCESSIONS

SUMMARY: 1. Introduction: Harmonisation of Private International Law in the respective fields of Family and Succession Law. – 2. Relationship between different instruments of EU Law and characterisation problems. – 3. Succession regulation and regulations on matrimonial property relations and the patrimonial consequences of registered partnerships: a brief introduction to the main relevant rules. – 4. Agreement as to succession and agreements between spouses or registered partners in the EU regulations: definitions and delimitations. – 5. Agreements between spouses and partners and their effects on succession: national problematic cases and possible solutions. – 6. Final remarks.

1. European Union law is dedicating more and more efforts to the harmonization of the internal rules of the Member States on family-related issues. In particular, in private and procedural international law, the theme of the family is of the uppermost importance due to the effects of free movement, which has led to an increase in “international families” made up of subjects with different nationalities, or in any case having connections with more than one legal system (as for the case of spouses, having the same citizenship but residing in a different Member State).

This growing internationalization of families makes it increasingly appropriate, if not absolutely necessary, to harmonize the rules on jurisdiction and conflict of law. Firstly, this would allow mutual recognition and therefore the circulation among the Member States of judicial measures affecting the family; secondly, this also prevents that the divergence of the conflict of law rules and even more of the internal rules (which cannot currently be subject to harmonization as excluded from the competence of the European Union) would lead to forum shopping and forum running, thus encouraging litigation in such a delicate sector as that of the family.

This process of harmonization of Private International Law (from

now on PIL) at European Union level is still ongoing, although some results have already been achieved¹, and it is showing to be much harder in the field of family law, due to the existing divergences within the internal civil law systems². Despite this, it certainly represents a challenge that the European Union cannot abandon, even at the cost of choosing the option of enhanced cooperation to open the way to new forms of harmonization on relevant topics³, a path that has actually been followed when the agreement between Member States was impossible to reach as was the case for regulation 1259/2010⁴ on law applicable to divorce and separation proceedings

¹ In recent years, many contributions have been written on the general issue of harmonisation of family international private law by the European Union. In order to deepen the subject see A. DAVI, *Il diritto internazionale privato italiano della famiglia e le fonti di origine internazionale o comunitaria*, *Riv. dir. int.*, 2002, p. 861 ff.; M. HARDING, *The Harmonisation of Private International Law in Europe: Taking the Character out of Family Law?*, *J. Priv. Inter. L.*, 2011, I, p. 203 ff.; A. DEVERS, *La matière matrimoniale en quête de cohérence (du règlement Bruxelles II bis au règlement Rome III)*, *R. affair. eur.*, 2014, p. 319 ff.; H. FULCHIRON, *La construction d'un droit "européen" de la famille: entre coordination, harmonisation et uniformisation*, *ivi*, 2014, p. 309 ff.; I. QUEIROLO, *Integrazione europea e diritto di famiglia*, in N. PARISI, M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, A. SANTINI, D. RINOLDI (a cura di) *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, 2011, p. 585 ff.

² Differences that in some cases already existed at the beginning of the European integration process due to the traditional national legal backgrounds as is the case for agreements as to succession or have been introduced later on as was the case with same-sex marriages and with the different models of registered partnerships.

³ On enhanced cooperation and the first attempts of its application in the field of family law see K. BOELE-WOELKI, *To be, or not to be: enhanced cooperation in international divorce law within the European Union*, *Victoria University of Wellington L.R.*, 2008, p. 789. Further on the issue see also P. HAMMJE, *Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps*, *Rev. crit. dr. int. privé*, 2011, II, p. 291 ff.; J. JAAP KUIPERS, *The Law Applicable to Divorce as Test Ground for Enhanced Cooperation*, *Eur. L. J.*, 2012, II, p. 201 ff. A. FIORINI, *Harmonizing the law applicable to divorce and legal separation - enhanced cooperation as the way forward?* *Int. Comp. L. Q.*, 2010, p. 1143 ff.

⁴ *Council Regulation (EU) no. 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal*

and, more recently, for regulations 2016/1103 and 2016/1104 on private international law rules related to matrimonial property regimes and on the property consequences of registered partnership⁵.

On the other hand, if the Lisbon Treaty did not introduce substantial changes on this point⁶, a secondary legislation seems to be increasingly leading towards further developments in the matter, as well as in sectors closely connected to family law such as that of

separation, OJ L 343 of 29 December 2010, p. 10 ff. For some remarks see I. VIARENGO, *Il Regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti*, *Riv.dir.int. priv.proc.* 2011, p. 601 ff.; A. ZANOBETTI, *Divorzio all'europea. Il regolamento UE n. 1259/2010 sulla legge applicabile allo scioglimento del matrimonio e alla separazione personale*, *La nuova giur.civ.commentata*, 2012, p. 250 ff; M.C. BARUFFI, *Il regolamento sulla legge applicabile ai "divorzi europei"*, *Il dir.Un.Eur.* 2011, p. 837 ff.

⁵ Council Regulation (EU) no. 2016/1103 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, OJ L 183 of 8 July 2016, p. 1 ff. and Council Regulation no. 2016/1104 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships, OJ L 183 of 8 July 2016, p. 30 ff. For some first remarks see B. NASCIMBENE, *Compétence juridictionnelle et loi applicable en matière matrimoniale: un règlement Rome III? Droits patrimoniaux des couples mariés et non mariés: vers des règles européennes sur les régimes matrimoniaux?*, *R. affair. eur.*, 2007-2008, 3, p. 601 ff.

⁶ The choice to differentiate the "family" matter from the others contained in civil judicial cooperation is confirmed by article 81 of the Treaty on the functioning of the European Union, which in dealing with judicial cooperation in civil matters provides for specific rules in case of measures concerning family law with cross-border implications, declaring at paragraph 3 that they "shall be established by the Council, acting in accordance with a special legislative procedure. The Council shall act unanimously after consulting the European Parliament". In this subject the proposal shall be notified to the national Parliaments and if a national Parliament makes its opposition known (within six months) the decision shall not be adopted. Upon this article see S.M. CARBONE, C. TUO, *Gli strumenti di diritto dell'Unione europea in materia di famiglia e il Trattato di Lisbona*, *Studi int.eur.*, 2010, p. 301 ff; R. BARATTA, *Réflexions sur la coopération judiciaire civile suite au traité de Lisbonne*, G. VENTURNI e S. BARIATTI (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Liber Fausto Pocar, Milano, 2009, p. 3 ff.

succession and inheritance, which are the subjects of the EU Succession regulation (650/2012 /EU)⁷.

The aim of this contribution is to evaluate the difficult relationship between these two sectors (family and successions) as regulated by the European Union's PIL which, despite the deserving intention of harmonizing the conflict of law criteria within the States, sometimes still proves to be lacking from the point of view of the interrelationship between the individual regulations, made more and more complex by the extreme differences that still exist relatively to legal categories of a civil law matrix in the various Member States, and by the need to proceed to a correct and satisfactory characterisation ("qualification" in French)⁸ to avoid the overlapping of the scope of the single different conflict-of-law regulations.

In particular, the starting point for this analysis is given by the relationship between the succession regulation and the regulations regarding matrimonial property relations and the patrimonial consequences of registered partnerships⁹. In this field, the application of European Union law needs to take into account the existence of

⁷ Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, OJ L 201 of 27 July 2012, p. 107 ff. On the first introductory phase to EU harmonization of PIL in the field of succession law see. *ex multis* A. DAVI, *Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni*, *Riv. dir. int.*, 2005, p. 297 ff; S. MARINO, *La proposta di regolamento sulla cooperazione giudiziaria in materia di successioni*, *Riv. dir. int.*, 2010, p. 463; P. LAGARDE, *Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions*, *Rev. crit. dr. int. privé*, 2012, p. 717 ff. On the relationship with the previous instruments see E. BERGAMINI, C. DEREATTI, *L'uniformazione (parziale) della legge applicabile nel diritto dell'UE. Dal nuovo Reg. n. 1259/2010 al Reg. sulle successioni: il focus sulla volontà delle parti per contenere il forum running*, *Int'l Lis*, 2012, p. 10 ff.

⁸ On characterization in the application of EU PIL rules see R. BARATTA *Process of Characterization in the EC Conflict of Laws*, *Yearbook of Private International Law*, Vol. 6 (2004), p. 161.

⁹ On the necessity to coordinate the two fields see, for some first remarks, A. BONOMI *The Interaction Among the Future EU Instruments on Matrimonial Property, Registered Partnerships and Successions*, *Yearbook of Priv. Int. Law*, 2011, p. 217 ff.

differentiated regulatory situations, with some Member States having property regimes that also affect the assignments *mortis causa* and others that clearly distinguish the two matters.

2. In order to better understand the difficult relationship between the two different sets of PIL rules, it is possible to take a cue from the reasoning dating back to case *De Cavel I*¹⁰, decided by the Court of Justice with reference to the Brussels Convention of 1968 with a judgement that shows how problems related to the characterization of patrimonial disputes between members of a couple have been grounds for doubt in national judges for a long time (and still are as we will see).

In that judgement, the Court pointed out that, in order to verify the applicability of the Convention, it was necessary to enter into the substance of the dispute, verifying whether it concerned legal relations in place between spouses but independent of marriage (and therefore attracted to the scope of the Convention) or marriage-related issues and therefore part of exclusion from its scope¹¹. In that period no harmonisation existed in PIL except for the field of jurisdiction in civil and commercial matters that did not include neither family law nor other related areas as successions. However, it became blatant that disputes for economic reasons involving property rights may also arise between spouses, and that there was a strong need for harmonised solutions in that field.

In the *De Cavel* judgement the court declares that «the term “rights in property arising out of a matrimonial relationship”» – not falling into the scope of the Convention – «included not only property arrangements specifically and exclusively envisaged by certain national legal systems in the case of marriage but also any proprietary relationships resulting directly from the matrimonial relationship or the dissolution thereof»,¹² and it was established that

¹⁰ Judgment of the Court, 27 March 1979, 143/78, *Jacques de Cavel v Louise de Cavel*, ECLI identifier: ECLI:EU:C:1979:83.

¹¹ According to the first paragraph of article 1 of the 1968 Brussels convention its scope does not extend to rights in property arising out of a matrimonial relationship.

¹² See para 7 of the judgement. Only property disputes between the spouses

the disputes over any relationship arising from divorce proceedings were excluded from the scope of the (at the time) Brussels Convention of 1968 and were therefore subject to national jurisdiction rules.

The Court of justice confirmed such orientation in order to verify the possible application of the Brussels I regulation in the recent case *Ágnes Weil v Géza Gulácsi* in which a couple was discussing in front of a Hungarian judge a case of debt stemming from the settlement of rights in property arising from the dissolution of an unregistered non-marital partnership. In the judgement (still interpreting regulation 44/01 as regulation 1215/2012 was not applicable yet¹³) the court considered that the national case came within the concept of ‘civil and commercial matters’ as defined by article 1 of the regulation. Therefore, it fell into its material scope, not recognising any relevance to the similarities in the material treatment of married and unmarried couples and giving a narrow interpretation to the exclusion from the scope of Brussels I, that in the Recast version of article 1.2 a) has extended this exclusion but only to relationships deemed comparable to marriage and not to unregistered partnerships¹⁴.

but unconnected with the marriage could be included in the scope of the Convention. For this reasoning see D. MARTINY, *Maintenance Obligations in the conflict of laws*, Hague Academy of International Law, *Recueil de cours*, 1994, vol. 247, p. 215.

¹³ *European Parliament and Council Regulation (EU) No 1215/2012 of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, OJ L 351 of 20 December 2012, p. 1 ff. Known as Recast Brussels Regulation, it applies to proceedings instituted after the 10th January 2015 so substituting from that moment the *Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, OJ 16 January 2001 L 12, p. 1 ff.

¹⁴ Judgment of the Court, 6 June 2019, c. C-361/18, *Ágnes Weil v Géza Gulácsi*, ECLI identifier: ECLI:EU:C:2019:473. For a comment see L. IDOT, *Matière civile et commerciale et exclusion des régimes matrimoniaux*, in *Europe. Actualité du droit de l'Union européenne*, 2019, 8-9/p. 47 and T. SZABADOS, *EU Private International Law in Hungary. An Overview on the Occasion of the 15th Anniversary of Hungary's Accession to the EUELTE Law Journal*, 2018, p. 50.

3. As our focus will be to deepen the issues arising from the application of the EU Succession Regulation and the twin EU Regulations on matrimonial property relations and the patrimonial consequences of registered partnerships, taking into consideration only the strictly PIL issue and not the jurisdiction profile, we need to start by delineating the main principles they introduced, merely focusing on what is relevant for the case of agreements involving married couples or registered partners.

The EU Succession Regulation entered into force for 25 member States on the 17 August 2015¹⁵ and introduced habitual residence of the deceased at the time of death as a main connecting factor, thus harmonising the Member States' rules that mostly referred to nationality or domicile¹⁶. However, the regulation allows any person to choose the law of the Country the nationality of which he/she possesses (at the time of making the choice or at the time of death) to govern the succession as a whole.

Within this framework specific rules were introduced for the disposition of property upon death (i.e. unilateral last wills and testaments that could not qualify as agreements as to succession), and more specifically for what falls instead into the category of "agreements as to successions"¹⁷, as we will see in the following paragraphs. Both these rules clearly apply as long as the cases enter into the scope of the regulation. It is therefore relevant to remember that the regulation expressly excludes under article 1.2 d) "questions relating to matrimonial property regimes and property regimes of relationships deemed by the law applicable to such relationships to have comparable effects to marriage" and under g) "property rights,

¹⁵ The Regulation does not apply to Denmark, due to its special status for judicial cooperation, while the UK and Ireland decided not to participate.

¹⁶ Italian PIL, for instance, used nationality as the main connecting factor (article 46 of 218/95 Law). The same happened under the German PIL (Art. 25 I *Einführungsgesetz* BGB) while France had a more open system. For details on the previous PIL national rules see A. BONOMI, *Testamentary Freedom or Forced Heirship? Balancing Party Autonomy and the protection of Family Members*, in M. ANDERSON, E. ARROYO I AMAYUELAS (eds). *The Law of Succession: Testamentary Freedom: European Perspectives*, Groningen/Amsterdam, 2011, p. 30.

¹⁷ See respectively articles 24 and 25 of the regulation.

interests and assets created or transferred otherwise than by succession, for instance by way of gifts” or in the case of “joint ownership with a right of survivorship”¹⁸.

However, in the part devoted to the European Certificate of Succession (ECS), Regulation 650/2012 recognises the relevance of property relationships stemming from marriage or partnerships by providing for information relating to marriage contracts or to contracts regarding relationships “which may have comparable effect to marriage” to be included into the request for an ECS. It is interesting to stress that in the application for a certificate, under article 65 n.3 j), among the elements that the applicant must enter, the Italian language version refers to mortis causa dispositions “made by the deceased to a relationship likely to have similar effects to marriage”¹⁹. This is probably an incorrect and misleading translation (as can be seen from the difficulties in interpreting it in its literal tenor) maybe due to the fact that Italian Law contains no possibility for a couple to enter a marriage contract except in order to deal with the matrimonial property regime.

If we compare the English and the French version, however, it becomes clear that what the law-maker wanted to ask was an indication regarding the possible termination by the deceased of a marriage contract (*contrat de mariage*) or a contract regarding a relationship with comparable effects.²⁰ The question is clarified in

¹⁸ On the scope of the regulation and its exclusions see A. DAVÌ, A. ZANOBETTI *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione europea*, *Cuadernos de der.trans.*, 2013, II, p. 18 ff.

¹⁹ The Italian version reads «eventuali disposizioni a causa di morte fatte dal defunto a un rapporto suscettibile di avere effetti comparabili al matrimonio».

²⁰ The English linguistic version states that «indication of whether the deceased had entered into a marriage contract or into a contract regarding a relationship which may have comparable effects to marriage». A similar conclusion derives from the words of the French linguistic version «une indication concernant la conclusion ou non, par le défunt, d’un contrat de mariage ou d’un contrat relatif à une relation pouvant avoir des effets comparables au mariage». For some critical remarks on this difference in linguistic versions see E. BERGAMINI, *Evoluzione nel diritto di famiglia dell’Unione europea: il nuovo regolamento 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale*, *Studi integr.eur.*, 2012, p. 181 ff.

the light of what is specified by art. 68 on the content of the ECS, which includes information relating to any marriage agreements or agreements made “in the context of a relationship deemed by the law applicable to such a relationship to have comparable effects to marriage” as well as “information concerning the matrimonial property regime or equivalent property regime”²¹. The provision could also raise doubts from the PIL point of view as it does not indicate on the basis of which criteria one ought to establish the law in the light of which one should verify whether the relationship itself has effects comparable to marriage. Therefore, at the time regulation 650/2012 entered into force, that law was determined in application of PIL rules of the issuing authority, which could lead to the non-recognition of such effects to the partnership.

Some of these issues were overcome with the approval of the twin Regulations (2016/1104 and 2016/1105) that currently apply in eighteen participating Countries²², in force since 29 January 2019, and address the property relations of married and also of unmarried couples²³ but only in case they entered into a registered partnership. In fact, the European Commission decided not to extend the reg-

²¹ In this case the Italian version is correctly translated as “*i dati relativi a eventuali convenzioni matrimoniali stipulate dal defunto o, se del caso, eventuali convenzioni stipulate dal defunto nel contesto di un rapporto che secondo la legge applicabile a quest’ultimo ha effetti comparabili al matrimonio e i dati relativi al regime patrimoniale tra coniugi o a un regime patrimoniale equivalente*”. (article 68, 1 h)

²² Nine Member States are still outside the enhanced cooperation: Ireland, Denmark (who enjoy a special status in all judicial cooperation instruments), Estonia, Latvia, Lithuania, Poland, Slovakia, Hungary and Romania. On the situation of these States see A. WYSOCKA-BAR, *Enhanced cooperation in property matters in the EU and non-participating Member States*, ERA Forum, 2019, 20, p. 187 ff.

²³ The two regulations came out after a study carried out by the Consortium Asser-UCL *Etude sur les régimes matrimoniaux des couples mariés et sur le patrimoine des couples non mariés dans le droit international privé et le droit interne des Etats membres de l’Union*, 30 April 2003, and after the *Green paper on the conflict of laws on matrimonial property regimes including the issue of jurisdiction and mutual recognition* COM (2006) 400 def. of 17 July 2006. On the evolution see S. BARIATTI, I. VIARENGO *I rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato comunitario*, Riv. dir. int. priv. proc., 2007, p. 603

ulations to de facto couples, in the light of the results of the “EU Citizenship Report 2010: Dismantling the obstacles to EU citizens’ rights”²⁴.

Regarding their scope, they include all civil-law aspects of matrimonial property regimes, and of the property consequences of registered partnerships, including their liquidation in case of death of one of the spouses or partners²⁵. However, succession to the estate of the deceased spouse/partner is excluded pursuant to Article 1(2)(d) thereof, as confirmed by recitals 22 that contain an express reference to the need to apply regulation 650/2012 to those cases.

From the point of view of the applicable law, these two regulations present radically different solutions: if the one on spouses leaves room for the autonomy of the party, giving them the opportunity to choose, at any time, the law of habitual residence or citizenship of one of the two, members of a registered partnership are given a more limited possibility of choice for the property consequences of their non-marital union (habitual residence or nationality or law of the State under which the registered partnership was created but only as long as these legal systems attach “property consequences to the institution of the registered partnership”)²⁶. This happens because before the entry into force of the regulation, according to

ff. and on the subsequent two proposals see. B. NASCIBENE, *Divorzio, diritto internazionale privato e dell’Unione europea*, Milano, 2011, p. 54 ff.

²⁴ European Commission, COM(2010) 603 final. On the previous steps see also the *Summary of replies to the Green Paper on the conflict of laws in matters concerning matrimonial property regimes, including the questions of jurisdictions and mutual recognition* (5 February 2008), European Commission.

²⁵ See Recital 18 of both regulations 2016/1103 and 2016/1104.

²⁶ On the connecting factors of the two regulations see D. DAMASCELLI, *La legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi, uniti civilmente e conviventi di fatto nel diritto internazionale privato italiano ed europeo*, *Riv. dir. int.*, 2017, IV, p. 1103 ff. P. LAGARDE, *Règlements 2016/1103 et 1104 du 24 jun 2016 sur les régimes matrimoniaux et sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés*, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, V, p. 676 ff. On the choice of law in these regulations see C. GRIECO, *The role of party autonomy under the regulations on matrimonial property regimes and property consequences of registered partnerships. some remarks on the coordination between the legal regime established by the new regulations and other relevant instruments of European private international law*, *Cuadernos de der. trans.*, 2018, II, 9. 457.

the provision of the majority of the Member States of the European Union, registered partnerships were necessarily subject to the law of the State of Registration as the law best suited to assess and regulate the relationship due to the difference that existed at the time, and still exist now, in the national legal systems.

Both twin regulations also provide for connecting factors in case of absence of choice that are usually linked to the same principles: State under whose law the partnership was created (with some exceptions), or first common habitual residence of the spouses after the conclusion of the marriage, or failing that, common nationality or the closest connection.

It is therefore clear that any agreement or disposition of property that may take place between spouses or partners could be regulated by different connecting factors (and therefore by different sets of rules) depending on its qualification under these two different sets of PIL Regulations.

4. In order to discuss the relationship between agreements as to succession and agreements between spouses and registered partners dealing with property rights, we now need to give a definition of the former as the latter seems more clearly defined by the text of the two 2016 regulations that clearly cover all agreements, unrelated to the succession of the estate of a deceased partner or spouse, and simply meant to organise their matrimonial property regime or the property consequences of their registered partnership²⁷.

The general definition of agreements as to succession is obviously wider than the one we are interested in in this paper, as it may involve different subjects: not only spouses or registered partners but also other family members or even subjects who are not linked by a family relationship.

²⁷ The reference is to the definition of “Matrimonial property agreement” in article 3b) of regulation 2016/1103 and to the definition of “partnership property agreement” in article 3 c) of regulation 2016/1104. On the first one see G.V.COLONNA, *Il regolamento europeo sui regimi patrimoniali tra coniugi*, in *Notariato*, 2019, III, p. 300. On the second one see I. VIARENGO, *Effetti patrimoniali delle unioni civili transfrontaliere: la nuova disciplina europea*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2018, I, p. 33.

For our reasoning we will clearly focus on the definition that can be found in the final version of regulation 650/2012/EU, which is the result of a long and problematic debate that permeated the negotiation phase²⁸ and lead to the approval of the existent article 3, § 1, lett. b), defining it “as an agreement, including an agreement resulting from mutual wills, which, with or without consideration, creates, modifies or terminates rights to the future estate or estates of one or more persons party to the agreement.”²⁹ Such a broad definition was necessary to avoid the risk for some Member States, who did not accept such agreements in their national law, to use the public policy exception to prevent, for public policy reasons, the application of a foreign legal system allowing similar agreements³⁰.

Obviously, this is a broad but not perfectly superimposable notion to that provided by our internal system, so much so that the

²⁸ M. CASTELLANETA, *Réponses au questionnaire en matière de successions et testaments. - Livre Vert de la Commission européenne [COM (2005) 65 final du 1 mars 2005] avec un avant-projet de règlement communautaire concernant les conflits de lois et de juridictions, et l'institution du certificat successoral européen*, *Quaderni della Rivista del Notariato*, Milano, 2005, p. 34; R. HAUSMANN, *Community Instrument on International Successions and Wills*, in M. C. BARUFFI, R. CAFARI PANICO (a cura di), *Le nuove competenze comunitarie - Obblighzioni alimentari e successioni*, Padova, 2009, p. 158.

²⁹ On the definition see L.E. PERRIELLO, *Succession agreement and public policy within EU Regulation 650/2012*, S. LANDINI (a cura di) *Insights and proposals related to the application of the European Succession Regulation 650/2012*, Varese, 2019, p. 392 ff. V. PUTORTÌ, *Il divieto dei patti successori istitutivi alla luce del Regolamento UE 650/2012*, *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2016, p. 864. On the relationship with Italian inheritance law see F. VISMARA, *Patti successori nel regolamento UE n. 650/2012 e patti di famiglia: un'interferenza possibile?*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, p. 805. On the transfer of the assets forming part of the succession estate and the scope of the regulation see Z. CRESPI REGHIZZI, *Succession and property rights in EU Regulation No. 650/2012*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2017, p. 633

³⁰ On the public policy clause see G. CONTALDI, C. GRIECO, *Article 35*, A.L. CALVO CARAVACA, A.DAVÌ, H.P. MMANSEL (eds), *The EU Succession Regulation*, Cambridge, 2016, p. 505. Most authors consider that the intention of the EU legislator was not to allow application of the public policy exception to agreements as to succession even in case the *lex fori* does not allow them. On this issue see L.E. PERRIELLO, *Succession agreement and public policy*, cit., p. 400.

Italian legal doctrine is divided on the possibility of including in this definition all renunciation agreements³¹ or to exclude at least those in which the subject whose inheritance is at stake is not involved. In the Countries which allow and regulate such agreements they are mostly included among family members in order to deal with the succession of someone and his/her spouse/partner and/or descendants: in this paper we will clearly only focus on cases involving spouses or partners, as the case of descendants is not relevant in connection with the twin regulations we are examining.

The so-called agreement as to succession falling into the scope of regulation 650/2012 is regulated under anticipated or hypothetical inheritance law, that is, the law that would have governed the succession if the succession itself had opened at that time. Various consequences result from this principle. It may therefore be questioned whether a succession agreement is now admissible in countries (such as Italy) that currently prohibit them³² on the basis of a foreign law hypothetically regulating the succession and what would happen to the validity of such an agreement if the law regulating the succession were to change afterwards.

On the other hand, the rule that the validity of agreements as to succession could be remedied (so-called rule of validation or curing-rule) on the basis of the law that would have been applicable at the time of the effective succession was instead deleted from the definitive text of the regulation³³.

³¹ Against this possibility see D. Damascelli, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte*, Varese, 2013, p. 92 and B. BAREL, *La disciplina dei patti successori*, P. FRANZINA, A. LEANDRO (a cura di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Milano, 2013, p. 105 ff. In favour see A. DAVÌ, A. ZANOBETTI *Il nuovo diritto internazionale* cit. On this issue see also G. BIAGIONI, *L'ambito di applicazione del regolamento sulle successioni*, in P. FRANZINA, A. LEANDRO (a cura di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Milano, 2013, p. 25 ff. and A. BONOMI, *Il regolamento europeo sulle successioni*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2013, p. 293.

³² See V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storie e funzioni*, Napoli, 2015, p. 11 ff.

³³ On the rule of validation in article 9 of the Hague Convention see P. LAGARDE, *La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions*, *Rev. crit. dr. int. privé*, 1989, p. 271 ff. On this rule in the regulation pro-

In case of a multilateral agreement as to succession involving inheritance rights of more than one person (i.e. both spouses or partners for our reasoning), under article 25 § 2 of regulation 650/2012, the agreement, in order to be admissible, shall respect all laws that would have governed the succession of all the persons involved if they had died on the day on which the agreement was concluded.³⁴ However the agreement shall be governed, by the law, from among the hypothetical ones, with which it has the closest connection.³⁵

The limited possibility to choose the law governing similar agreements as to succession (being limited to the national law of one of the parties to avoid applications of the national law with which the agreement is more closely connected) makes defining the subtle distinction with matrimonial (or more generally “couples-related”) property agreements even more relevant, as for the latter the possibility to choose the applicable law under the EU regulations is wider. In fact, as we have seen above, articles 22 of both regulations 2016/1103 and 2016/1104 make it possible for couples to choose the law of the State where at least one of them is resident or the law of nationality of one of them. These criteria shall be verified at the time of the agreement to which, for registered partnerships, we add the law of the State under the law of which the registered partnership was created. Therefore, depending on the qualification of the agreement the role for party autonomy could be more or less relevant.

The issues would have been overcome if the 650/2012 regulation had similarly recognized the possibility to choose as applicable law to agreements as to successions the law of residence of one of the parties involved. In this way the difficulties in distinguishing the

posal see S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ E I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, *La ley aplicable a los pactos sucesorios en la Propuesta de Reglamento sobre sucesiones*, *Diario La Ley*, 2011, n. 7726, p. 4, par. 13 ff. The final version contains no such rule in order to “ensure legal certainty for persons wishing to plan their succession in advance” (recital 48).

³⁴ On the need to check admissibility under a case by case approach see B. BAREL, *La disciplina*, cit. p. 125, and A. DAVÌ, A. ZANOBETTI *Il nuovo diritto internazionale* cit. p. 74.

³⁵ On the problems occurring with the cumulative application of all laws see A. BONOMI, *Successions internationales: conflits de lois et de juridictions*, *Recueil des cours*, 2011, vol. 350, p. 317 ff.

different kinds of agreements would have become less relevant as it would have been possible for couples to make a choice of law valid under both regulations that could cover all kinds of reciprocal agreements were they to be considered as related to succession or matrimonial/partnership properties.

Moving to the analysis of some national legislations we may certainly include in the notion of agreements as to succession regarding spouses and partners legal institutes such as reciprocal wills and contracts dealing specifically with the future sharing of the estate of both of them.

The first one is the case of reciprocal wills, formulated in separate documents or in a single document as joint wills, as provided, for example, by German law in the case of the “Berliner Testament”, ex parr. 2265 ff., BGB³⁶. According to this rule, the spouses, or those who have concluded a *Lebenspartnerschaft*, can establish each other as heirs, thus excluding the call of the descendants to the succession of the first one of them. The spouses or partners are therefore set up as mutual heirs but at the same time they order that the entire inheritance after the death of the last one to die must go to the children of the couple. Subsequently the surviving one is no longer allowed to modify the testamentary disposition in favour of the descendants. A similar situation clearly falls into the scope of regulation 650/2012 even if it involves both spouses/partners as its effects are post-mortem and it has no *inter vivos* effect and no influence on their matrimonial/partnership property regime.

³⁶ Joint wills are regulated by § 2269 of the *Bürgerliche Gesetzbuch* (BGB): *Gegenseitige Einsetzung* (mutual appointment as heir) that states: (1) If the spouses have specified in a joint will, by which they reciprocally appointed each other heir, that after the death of the survivor the estate of both is to pass to a third party, then it is to be assumed, in case of doubt, that the third party has been appointed the heir, for the whole estate, of the spouse to die later. (2) If in such a joint will the spouses have directed that a legacy be given that is to be performed after the death of the survivor, it is to be assumed, in case of doubt, that the legacy is not to pass to the person provided for until the death of the survivor. (see www.germanlawarchive.iuscomp.org for this English translation). On the validity of agreements on patrimonial matters in family relationships see S. MARINO, *I rapporti patrimoniali della famiglia nella cooperazione giudiziaria civile dell'unione europea*, Milano, 2019, p. 104.

A second example is that of the *Erbvertrag*, allowed under German Law (§ 2274 BGB), which is a “contract of inheritance” that can be concluded not only between spouses but also in other situations and is considered as an *inter vivos* agreement albeit having a *post mortem* effect³⁷. A similar contract of inheritance also exists under Austrian Law (Sections 1249 *et seq.* of the Austrian General Civil Code (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch – ABGB*) but in that Country it can only be concluded by spouses and registered partners (or future ones).

5. As we have seen in the previous paragraphs the qualification of these institutions as pertaining to the matrimonial property regime or to inheritance law can lead to the application of different conflict rules and consequently of different national legal orders: on this point the criteria provided for, and more generally the content of the two regulations under discussion, are not diriment³⁸. As far as such agreements are not considered as agreements as to succession, their special regime under article 25 of regulation 650/2012 will not apply and the law governing the succession of the person involved will be the one of his/her habitual residence before death, that could be different from the one regulating the matrimonial/partnership agreement. In similar cases what is missing, in particular, is an effective coordination between the discipline of succession and that of the matrimonial regime of the *de cuius*, which could lead to the application of a single law to both cases, as it has previously occurred in some national laws that allowed to crystallize the applicable law to succession at a given moment (thus not necessarily giving relevance to the law of last residence but also to that of residence at a given moment, as allowed by the regulations on property regimes) based on the principle of invariability over time of the applicable law³⁹.

³⁷ On the reasons justifying the German *Erbvertrag* see. P. KINDLER, *La legge applicabile ai patti successori nel regolamento UE n. 650/2012*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2017, 1, p. 14 ff.

³⁸ S. MARINO, *I diritti del coniuge o del partner superstite nella cooperazione giudiziaria civile dell'Unione Europea*, *Riv. dir. int.*, 2012, p. 1114 ff.

³⁹ For more details on the national legislation of other EU member States see A. DAVÌ, A. ZANOBBETTI *Il nuovo diritto internazionale cit.* p. 43 ff.

As for the relationship between agreements as to succession and matrimonial agreements or agreements between partners, the different authors maintain divergent positions. The main focus in this paper will be devoted to the case of matrimonial property regimes as the extreme variability of national rules applying to partnerships in the field of matrimonial property and inheritance law sometimes makes it difficult to fully extend the same considerations to unmarried couples⁴⁰.

On the one hand, there are those who say that a distinction must be made between matrimonial or partnership conventions in the traditional (i.e. Italian) sense of the term⁴¹, which are expressly excluded from the scope of the succession regulation⁴² and different institutes such as the French *contrat de mariage* (article 1387 *code civile*) which in fact allows under the provisions of article 1390-1392 *code civile*, a *mortis causa* provision in favour of the surviving spouse and should probably be considered covered by the Succession Regulation⁴³.

⁴⁰ For instance, under Italian law registered partners are not heirs, and therefore, unless in case of inclusion of them in a last will, they do not receive inheritance and are therefore not fully equated to spouses.

⁴¹ See D. DAMASCELLI *Diritto internazionale privato delle successioni*, cit., p. 107.

⁴² As we have seen earlier article 1, point 2 letter d) excludes from the scope of regulation 650/2012 all “questions relating to matrimonial property regimes and property regimes of relationships deemed by the law applicable to such relationships to have comparable effects to marriage”. However, we need to stress that under Recital 12 “the authorities dealing with a given succession under this Regulation should nevertheless, depending on the situation, take into account the winding-up of the matrimonial property regime or similar property regime of the deceased when determining the estate of the deceased and the respective shares of the beneficiaries”.

⁴³ The spouses may decide that in case of dissolution of marriage for death of one of them, the surviving spouse has a right to receive certain personal belongings of the deceased and the surviving spouse has the possibility “*d’acquérir ou, le cas échéant, de se faire attribuer dans le partage certains biens personnels du prédécédé, à charge d’en tenir compte à la succession, d’après la valeur qu’ils ont au jour où cette faculté sera exercée. La stipulation peut prévoir que l’époux survivant qui exerce cette faculté peut exiger des héritiers que lui soit consenti un bail portant sur l’immeuble dans lequel l’entreprise attribuée ou acquise est*

Other authors affirm the existence of some types of agreements between spouses or partners with *post-mortem* effects which can be considered matrimonial/partnership agreements, falling into the scope of the 2016 regulations, to be distinguished from the “true” agreements as to succession that are subject to the *lex successionis* instead. That could be the case of *communauté universelle* agreements with final *partage* under French law which is not a succession phenomenon but a forecast that attributes the assets to the surviving spouse from the outset and should therefore fall into the scope of the 2016 Regulation as agreement creating a peculiar matrimonial property regime⁴⁴.

On this subject the Court of justice of the European Union tried to set some principles in case *Mahnkopf*⁴⁵ in which the discussion was on the German *Zugewinnngemeinschaft*. The problem of characterization of such an institute has affected the national (German) academic debate for decades and now clearly becomes relevant for the application of EU conflict of law rules.

Paragraph 1371(1) of the German Civil Code (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB) provides for spouses which choose *Zugewinnngemeinschaft* that the gains made during the marriage should be used to increase the surviving spouse’s share by one quarter, in the event the marriage is ended by death of the other spouse. The German

exploitée” (1390 code civile). Under article 1391 “*Le contrat de mariage doit déterminer les biens sur lesquels portera la faculté stipulée au profit du survivant. Il peut fixer des bases d’évaluation et des modalités de paiement, sauf la réduction au profit des héritiers réservataires s’il y a avantage indirect.*”

⁴⁴ In the case of choice of *communauté universelle* under article 1526 “*Les époux peuvent établir par leur contrat de mariage une communauté universelle de leurs biens tant meubles qu’immeubles, présents et à venir. Toutefois, sauf stipulation contraire, les biens que l’article 1404 déclare propres par leur nature ne tombent point dans cette communauté. La communauté universelle supporte définitivement toutes les dettes des époux, présentes et futures.*” For a comment see see D. DAMASCELLI, *Brevi note sull’efficacia probatoria del certificato successorio europeo riguardante un soggetto coniugato o legato da unione non matrimoniale*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2017, 1, p. 69.

⁴⁵ Judgment of the Court, 1st March 2018, c. C558/16, Doris Margret Lisette Mahnkopf, ECLI identifier: *ECLI:EU:C:2018:138*. For a comment see I. BARRIÈRE BROUSSE *Conflit de lois*, *Journ. dr. inter.*, 2018, 4, p. 1218 ff.

Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof* – BGH), in 2015⁴⁶ asserted the need to apply German PIL rules on matrimonial property as the institute is meant to deal with dissolution of marriage that is a task that ought to be dealt with before determining the composition of the estate to be divided between the heirs under succession law⁴⁷. However, this decision was taken before the introduction of the harmonised framework of conflict of law rules at the EU level that we are discussing about.

The CJEU in case *Mahnkopf* argues that paragraph 1371(1) of the BGB concerns “not the division of assets between spouses but the issue of the rights of the surviving spouse in relation to assets already counted as part of the estate” (para 40). Therefore, its main purpose is not the allocation of assets or liquidation of the matrimonial property regime, but rather the determination of the size of the share of the estate to which the surviving spouse is entitled as against the share recognized to other heirs. Henceforth such a provision principally concerns succession to the estate of the deceased spouse and not the matrimonial property regime. Consequently, a rule of national law such as that at issue in the main proceedings should

⁴⁶ Judgement 13 May 2015, IV ZB, 30/14. The case was related to the inheritance of the wife of a couple of spouses (both having Greek nationality, married in Greece but subsequently living in Germany). The couple had bought two flats in Germany choosing in the contract the application of German law with an express reference to the regime of *Zugewinngemeinschaft*. The litigation between husband (from which she was separating) and son is due to the fact that the succession of the wife was regulated by Greek law, while acquisition of the property of the flats had been regulated under German law which attributed, in case of *Zugewinngemeinschaft*, a share to the surviving spouse at the moment of death.

⁴⁷ On this issue see authors in footnote 11 of the Advocate general’s opinion and in particular A. BONOMI, *Article 1 - Champ d’application*, in A. BONOMI e P. WAUTELET, *Le droit européen des successions*, in *Commentaire du règlement (UE) no 650/2012, du 4 juillet 2012*, Bruxelles, 2016, p. 89, A. REIS, *Succession and Family Law*, S. BARIATTI, I. VIARENGO e F.C. VILLATA, *Towards the Entry into Force of the Succession Regulation: Building Future Uniformity upon Past Divergencies*, JUST/2013/JCIV/AG/4666, p. 45. In favour of the application of inheritance law see in particular P. LAGARDE, P.H. DÖRNER, «*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch/IPR. Art 25, 26 EGBGB. Anhang zu Art 25 f EGBGB: Ausländische Rechte*», *Rev. crit. dr. int. privé*, 1996, p. 389.

be regarded as a matter falling not within the scope of Regulation 2016/1103, but within the matter of succession for the purposes of Regulation No 650/2012.

The *Mahnkopf* decision is certainly interesting and sets clear and definite criteria when considered with reference to the European Certificate of Succession (ECS), as it asserts that the attribution to the spouse deriving from existence of a *Zugewinnngemeinschaft* shall be included in such a certificate, under Article 69 of the Regulation⁴⁸. However, a different decision may be reached in case future discussions will be focused not on the inclusion of the share in the ECS but on applicable law instead, as the conflict of law rules existing in the two regulation (on succession and on matrimonial property regimes) may lead to different results. This is quite easily happens every time the spouses do not share the same habitual residence or one of them changed the habitual residence after marriage (as matrimonial property regimes are regulated by the law of the first common habitual residence while succession law is usually dealt by the law of habitual residence at the time of death).

Another particular case is the French *institution contractuelle*, regulated by articles 1082 and 1083 of the *Code Civil*, that allows any subject, on the occasion of a marriage, to dispose for the benefit of the spouse or offspring of all or part of the heritage that he/she will leave at the time of his death. Under article 1083 that contractual provision is qualified as a gift (*donation*) and does not preclude the donor the possibility to dispose of his goods for a fee⁴⁹. Even if such

⁴⁸ For a critical evaluation of the case see J. VON HEIN, *The CJEU settles the issue of characterising the surviving spouse's share of the estate in the context of the Succession Regulation*, April 17, 2018 conflictoflaws.net. For a more extensive approach see F. MAOLI, *Successioni, regimi patrimoniali tra coniugi e problemi di qualificazione in una recente pronuncia della Corte di giustizia*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2018, p. 676 ff. For an evaluation of the relationship between family links and the ECS see D. DAMASCELLI, *Brevi note sull'efficacia probatoria del certificato successorio europeo riguardante un soggetto coniugato o legato da unione non matrimoniale*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2017, 1, p. 67 ff.

⁴⁹ A similar situation also exists in Belgium under the name "*donations entre époux*" but in this case as the donor is one or both of the spouse(s) it may be inserted in a marriage contract (modifiable only with the consent of both spouses), or signed afterwards.

a gift is contained in the marriage contract the donor is not one of the spouses and so the regulation on matrimonial property regimes may not apply while regulation 650/2012 may or may not apply depending if we consider it falling under the exception of article 1.2 letter g. The French doctrine usually qualifies this article of *code civil* as a derogation from the prohibition of agreements as to succession and it is indisputable that such an agreement limits the right of the donor to dispose of his/her wealth and has a post-mortem effect. Thus, it seems that it could fall into the notion of agreement as to succession, even if not from the point of view of the relationship between the spouses. As a consequence, such agreements will not fall into contractual obligations under the Rome I regulation⁵⁰ that usually deals with PIL rules on obligations arising from gifts⁵¹.

6. Even if the existing legal framework helped to overrun the abovementioned issue, it is clear that the approach taken by the European Union law-makers through the adoption of succession and matrimonial property relationships regulations, while having brought appreciable results in harmonisation of conflict of law criteria, also fails to fully achieve the objective of protecting “international” families and their needs arising from free movement of persons. It is, in fact, a partial approach, both from the point of view of the issues (due to the numerous sectors excluded from the scope of these regulations) and from the point of view of the completeness of the system, as it does not apply to all Member States.

The coordination (or lack thereof) of the different existing regulations in the field of family law is clearly a relevant problem that exists in many different cases but becomes even more relevant when we deal with the succession of a couple⁵².

⁵⁰ See P. LAGARDE, *Les principes de base*, cit., p. 717, G. KHAIRALLAH, *La détermination de la loi applicable à la succession*, in G. KHAIRALLAH, M. REVILLARD (eds) *Droit européen des successions internationales*, Paris, 2013, p. 61; A. DAVÌ, A. ZANOBETTI *Il nuovo diritto internazionale*, cit., p. 68.

⁵¹ For some details on gifts and the application of Rome I or 650/2012 Regulations see G. PASSARELLI *Donation: short notes between Italian civil law and EU private international law*, *Cuadernos de der. trans.*, 2015, I, I, p. 476 ff.

⁵² On the coordination between regulations see also A. RODRÍGUEZ BENOT,

However, it is essential to note that the coordination issues that we have seen in this essay only apply to couples married and partnership entered into on and after 29 January 2019, (date of their entry into force). Therefore, succession for couples that married prior to said date will still be dealt by national conflict of law rules from the point of view of their matrimonial (or partnership) property regimes and not by the EU regulations: This is the same situation that will take place for those countries that have not accepted to take part in the enhanced cooperation under the two 2016 EU regulations. Moreover, as stressed by some authors, the national private international law rules of non-participating Member States “are not a coherent system that may be opposed to the rules of an enhanced cooperation area”⁵³.

This means that for many years to come we will probably still have to deal with cross-border successions falling into the scope of regulation 650/2012 in cases in which the deceased matrimonial (or partnership) property regime will still be dealt under national conflict of law rules.

The lack of coordination between the law applicable to the succession and the law applicable to matrimonial property regimes is clearly stressed by Advocate General *Spuznar* in his opinion in case *Mahnkopf*, where he recognises the still existing differences between legislatures that use “instruments characteristic of the law of succession by favouring the surviving spouse over the other heirs” other than “rely on approaches relating to matrimonial property regimes, whilst at the same time passing over the spouse as an heir or limiting his or her rights of succession” and the mixed models that usually combine these two different systems in order to grant a correct balance of interests among spouse, heirs and other involved subjects⁵⁴.

La exclusión de las obligaciones derivadas del derecho de familia y de sucesiones del ámbito material de aplicación del Reglamento Roma I, Cuadernos de der. trans., 2009, I, p. 124 ff.

⁵³ For this opinion see A. WYSOCKA-BAR, *Enhanced cooperation*, cit. who gives some examples and underlines that non-participating Countries “provide for the whole range of different solutions with respect to the applicable law concerning the mutability or immutability rules, the admissibility of choice of the applicable law and connecting factors.”

⁵⁴ See Para 54-55 of the Opinion of the Advocate General, delivered on 13 December 2017.

In the European Union legal system (or at least, as we have seen, regarding the member States that have agreed to be fully involved in the harmonisation of EU PIL), the two sets of rules “must be complementary and their scope must not overlap”⁵⁵.

Characterisation according to *lex fori* could lead to divergences in the application of the conflict of law rules and is therefore unacceptable in the EU scenario⁵⁶. Therefore, a harmonised and uniform approach, not only in the creation of a common set of PIL rules but also in the principles based upon which we need to proceed to characterisation, is absolutely needed. Adaptation instead may be used by judicial authority as an exceptional remedy to the lack of coordination among the different national legal system applying to a case, when the result of the combined application of them would be impossible or incoherent with their aims⁵⁷.

However, we need to remember that such a case by case approach leaves too much space to the subjective interpretative activity of national judges⁵⁸ and could put the uniform application of a directly applicable instrument of EU law such as a regulation at risk. At the

⁵⁵ Para 72 of the Opinion.

⁵⁶ See R. BARATTA *Process of Characterization in the EC*, cit., p. 63, where he declares that a general principle of EC (now EU) law “forbids the Member States to rely on their national legal systems for the purpose of characterization”.

⁵⁷ See for instance Recital 17 of the Succession regulation upon which “The adaptation of unknown rights in rem as explicitly provided for by this Regulation should not preclude other forms of adaptation in the context of the application of this Regulation”

⁵⁸ On adaptation as a remedy in EU PIL with specific reference to the Succession Regulation and the Matrimonial / Registered Partnership Property Regimes Regulations see S.L. GÖSSL, *Anpassung im EU-Kollisionsrecht) Adaptation in EU Private International Law, Rabels Zeitschrift fuer auslaendisches und internationales Privatrecht*, Vol. 82, Number 3, July 2018, pp. 618-653. See also Advocate general Opinion in case *Mahnkopf*, cit. para 62-66 who referring to the possible characterization of Paragraph 1371(1) of the BGB states that irrespective of it being qualified “as a rule of the law of succession or of the law on matrimonial property regimes, in certain cases it may transpire that it results in excessive favouring of, or excessive detriment to, the surviving spouse. There may then arise a need to effect an adaptation, the method for which will naturally depend on the specific situation.”

same time, it is not possible for the EU legislator to prevent Member States from introducing or maintaining legal institutes that may lead to such incoherence in specific cases but that belong to their national legal traditions. Moreover we need to remember that all EU regulations have a universal application and may therefore lead to the application of the law of a non/member State. Therefore we also need to grant a uniform approach in the qualification related to third-country institutes, unknown to the traditions of EU member States as could the case for the *mahr* (also known as Islamic dower or morning gift), existing in Islamic law based upon which the wife may receive an amount of money at the moment of the dissolution of the marriage⁵⁹.

Common uniform concepts are required if we want to grant the positive consequences of harmonised PIL that is a real area of freedom, security and justice in which free movement is not only granted to EU citizens but it is also enhanced by the awareness that the EU grants continuity to their legal statuses but also to the rights stemming from their family relationships, agreement as to succession, disposition of property upon death, matrimonial agreements, all rights that should be preserved independently from the eventual change of residence⁶⁰ or, at least, that could be knowingly modified after such a change if needed.

⁵⁹ For the problems in qualification and adaptation of “mahr” (under matrimonial property law, contractual obligation or divorce law) see P. FOURNIER, *Muslim Marriage in Western Courts: Lost in Transplantation*, Farnham UK, Ashgate, 2010, p. 35 ff.; S MOSA, *The impact of Islamic family law on the Swedish legal landscape: challenges and possibilities* in A-S. LIND, M. LÖVHEIM, U. ZACKARIASSON (EDS), *Reconsidering Religion, Law, and Democracy: New challenges for Society and research*, Nordic Academic Press, 2016, p. 166 ff. Fine modulo

⁶⁰ On the application of residence as a main connecting factor in EU PIL and on the consequences from the point of view of the shift from citizenship and the continuity of statuses see B. NASCIMBENE, *Le droit de la nationalité et le droit des organisations d'intégration régionales. Vers de nouveaux statuts de résidents?*, *Hague Academy of International Law, Recueil de cours*, 2014, vol. 367, p. 398.

LUCIA RUGGERI

I REGOLAMENTI EUROPEI SUI REGIMI PATRIMONIALI
E IL LORO IMPATTO SUI PROFILI PERSONALI
E PATRIMONIALI DELLE COPPIE *CROSS-BORDER*

SOMMARIO: 1. Lo scenario normativo europeo. – 2. La regolamentazione europea in materia di regimi patrimoniali di famiglia. – 3. La connessione tra tassonomia delle coppie e profili patrimoniali: la normativa italiana in materia di regimi patrimoniali successiva al 2016. – 4. Il problema della circolazione dello stato personale e familiare. – 5. Le regole italiane di diritto internazionale privato. Profili problematici.

1. Il diritto familiare e successorio europeo costituisce un osservatorio privilegiato sullo stato di salute dell'Unione europea: lo testimonia l'abbandono dell'unanimità nell'adozione di regole comuni per il ricorso alla procedura di cooperazione rafforzata¹. Soltanto ricorrendo a questa procedura, introdotta dal Trattato di Lisbona, le coppie *cross-border*² possono fruire di un quadro regolamentare comune in materia di regimi patrimoniali di famiglia, ma operante soltanto per 18 Stati dell'Unione.

Il ricorso alla procedura rafforzata, già sperimentato per l'adozione del Regolamento n. 1259/2010, è un esempio della «frammentazione» normativa³, conseguenza dell'emersione di fenomeni quali il sovranismo

¹ Il Consiglio dell'Unione europea, nella sessione del 3 dicembre 2015, ha preso atto dell'impossibilità di elaborare una regolamentazione in materia di regimi patrimoniali valida per tutti gli Stati Membri e con Decisione n. 954 del 9 giugno 2016 ha autorizzato la procedura di cooperazione rafforzata. Su questa procedura, per tutti, v. E. CALÒ, *La cooperazione rafforzata nell'unione Europea*, in *Vita not.*, 2017, p. 65 ss. e P. FOIS, *L'Europa flessibile e il consenso degli Stati membri*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, pp. 271-288.

² Per un'analisi del fenomeno delle famiglie *cross-border* v., fra gli altri, R. GARETTO, *The impact of multicultural issues on the notion of "family member"*, in *Zbornik Znanstvenih razprav*, 2019, Letnik LXXIX, Ljubljani, 2019, p. 7 ss.

³ In argomento v. A. LAS CASAS, *La nozione autonoma di "regimi patrimoniale tra coniugi" del regolamento UE 2016/1103 e i modelli nazionali*, in *Nuove*

di cui la c.d. *Brexit* costituisce soltanto la punta dell'*iceberg*. Il cammino europeo proprio con i regimi patrimoniali arriva ad un bivio nel quale Belgio, Bulgaria, Cipro, Repubblica Ceca, Germania, Grecia, Spagna, Francia, Croazia, Italia, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Austria, Portogallo, Slovenia, Finlandia e Svezia decidono di continuare insieme sulla strada della semplificazione e del miglioramento dei servizi per quelle famiglie composte da membri di nazionalità diverse, mentre un gruppo di altri Stati, in perfetta coincidenza con il referendum della Gran Bretagna sulla *Brexit*⁴, decidono di interrompere questo cammino comune e di continuare la strada ognuno percorrendo un suo sentiero costituito da accordi bilaterali, convenzioni internazionali ratificate oppure ancora da ratificare⁵.

L'Italia, fedele alla sua forte radice europeista, ha continuato il cammino della cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali, adottando i Regolamenti (UE) n. 1103 e 1104 del 24 giugno 2016 in tema di competenza giurisdizionale transfrontaliera sui regimi patrimoniali tra coniugi e sugli effetti patrimoniali delle unioni registrate⁶. L'adozione dei Regolamenti gemelli, entrati in vigore il 29

leggi Civ. comm., 2019, p. 1529 ss.; G. VLADIMIRO COLONNA, *I regolamenti europei sui regimi patrimoniali dei coniugi e delle unioni registrate*, in *Fam. dir.*, 2019, p. 839 ss.; E.M. MAGRONE, *Un'Europa a geografia supervariabile in materia di regimi patrimoniali delle coppie internazionali? Prime considerazioni sui regolamenti 2016/1103 e 2016/1104*, in E. TRIGGIANI, U. CHERUBINI, I. INGRAVALLLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, p. 132 ss.; P. LAGARDE, *Reglements 2016/1103 et 1104 du 24 juin 2016 sur les regimes matrimoniaux et sur le regime patrimonial des partenariats enregistres*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, p. 676 ss.

⁴ La procedura rafforzata è stata adottata con decisione (UE) 2016/954 del Consiglio del 9 giugno 2016, mentre il referendum sulla permanenza del Regno Unito nell'Unione europea è avvenuto il 23 giugno 2016.

⁵ Sulle difficoltà incontrate dalle coppie transnazionali a seguito della *Brexit* e sull'utilizzo in tema di regime patrimoniale di famiglie *cross-border* di strumenti internazionali non pienamente armonizzati con i singoli sistemi giuridici nazionali si v. L. RUGGERI, *Brexit and new european framework in family property regimes*, in *6th Sws international scientific conference on social sciences 2019, Conference proceedings*, vol. 6, 2019, Bulgaria, p. 59 ss.

⁶ Per un esame di entrambi i Regolamenti cfr. P. BRUNO, *I Regolamenti Europei sui regimi patrimoniali dei coniugi e delle unioni registrate*, Milano, 2019, *passim*.

gennaio 2019, ha un impatto rilevante sulla regolamentazione italiana in materia di regimi patrimoniali dal momento che contribuisce ad accelerare fenomeni già in atto quali la regolamentazione delle coppie c.d. *same sex*, la formulazione di un quadro normativo per i profili patrimoniali di unioni registrate e convivenze⁷, nonché la promozione di un più ampio uso dell'autonomia privata in materia di rapporti patrimoniali di famiglia.

2. Scopo principale della regolamentazione europea è superare le difficoltà di individuazione e di applicazione dei criteri di collegamento operanti e di rendere maggiormente oggettivo il criterio che collega le coppie allo Stato membro che esercita la competenza⁸. La regolamentazione in materia di regimi patrimoniali semplifica i problemi delle coppie *cross-border* in quanto concentra la competenza nelle autorità giudiziarie che debbono pronunciarsi sulla separazione o sull'annullamento del matrimonio⁹ o sulla successione del coniuge¹⁰ creando un quadro maggiormente coordinato tra strumenti normativi diversi: Reg. (UE) n. 650/2012¹¹ e Reg. (CE) n. 2201/2003¹².

⁷ Per un'analisi del variegato sistema italiano ed europeo dei profili patrimoniali delle coppie v. F. MANCINI, *Regimi patrimoniali della famiglia e prospettive di innovazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 167 ss.

⁸ In argomento v. P. BRUNO, *Le controversie familiari nell'Unione Europea*, Milano, 2018, p. 131 ss.

⁹ Cfr. G. RUSSO, *Legacy by vindicationem: how to manage right in rem issues*, in J. KRAMBERGER, L. RUGGERI, F.G. VITERBO (a cura di), *Cases studies and best practices analysis to enhance EU family and succession law. Working paper*, Camerino, 2019, p. 159 ss.

¹⁰ Cfr. F. DOUGAN, *Matrimonial property and succession - The interplay of the matrimonial property regimes regulation and succession regulation*, in *Cases studies and best practices analysis to enhance EU family and succession law. Working paper*, cit., p. 75 ss.; G. DI BENEDETTO, *Contents of the European succession certificate and the rights of the surviving spouse under the german law*, in *Cases studies and best practices analysis to enhance EU family and succession law. Working paper*, cit., p. 55 ss.

¹¹ Per un esame dell'impatto del Regolamento 650/2012, per tutti, v. S. LANDINI (a cura di), *Insights and proposal related to the application of the European Succession Regulation 650/2012*, Milano, 2019, *passim*.

¹² Il Regolamento (CE) 2201/2003 è stato di recente oggetto di revisione

L'idea di supportare le famiglie transnazionali affrontando con uno specifico strumento normativo il tema dei regimi patrimoniali è già presente nel Piano di attuazione del Trattato di Amsterdam¹³, ma viene realizzata soltanto nel 2016. La scelta di puntare su norme di conflitto è frutto di una rinuncia ad avviare un cammino di uniformazione sostanziale, vista come impraticabile¹⁴ non soltanto in materia di coppie non sposate¹⁵, ma anche con riguardo alle coppie legate da vincolo matrimoniale. I regolamenti contribuiscono notevolmente al miglioramento della vita delle coppie transnazionali: si pensi alle unioni registrate tra componenti dello stesso sesso e alle soluzioni che il Regolamento n. 1104 introduce per mitigare i problemi posti dall'assenza di questo istituto in molti Stati membri. Il Regolamento n. 1104 prevede una serie di strumenti (competenza alternativa, *forum necessitatis*) per evitare che ci sia un ritardo o un diniego di giustizia anche quando sulla base dei criteri di competenza una determinata autorità giudiziaria sia impossibilitata ad operare perché nel suo Stato non è riconosciuto l'istituto dell'unione civile. Accomuna entrambi i Regolamenti lo scopo di aumentare il grado di certezza del diritto, evitando procedimenti paralleli e contrastando il ricorso al c.d. «*forum shopping*», pratica frequentemente adottata

con il Regolamento (UE) 1111/2019 il quale entrerà in vigore il 1° agosto 2022. Il nuovo regolamento ha per oggetto la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale e la sottrazione internazionale di minori. Il Regolamento 1111/2019 è consultabile al seguente indirizzo www.eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TX-T/?uri=CELEX%3A32019R1111.

¹³ V. *Piano d'azione del Consiglio e della Commissione, del 3 dicembre 1998, concernente le modalità ottimali di attuazione delle disposizioni del trattato di Amsterdam relative alla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Parte seconda, Paragrafo 4.

¹⁴ V. *Libro verde sul conflitto di leggi in materia di regime patrimoniale dei coniugi*, compreso il problema della competenza giurisdizionale e del riconoscimento reciproco del 17 luglio 2006 COM (2006) 400 definitivo, p. 4. In argomento, v. M. PINARDI, *I Regolamenti europei del 24 giugno 2016 nn. 1103 e 1104 sui regimi patrimoniali tra coniugi e sugli effetti patrimoniali delle unioni registrate*, in *Coop. giur. int.*, 2018, 58, p. 104 ss.

¹⁵ Cfr. V. BONANNO, *Patrimonial regime and de facto cohabitation in European and Italian law, in Cases studies and best practices analysis to enhance EU family and succession law. Working paper*, cit., p. 19 ss.

per incardinare la controversia davanti all'autorità giudiziaria che si ipotizza maggiormente favorevole¹⁶. L'ambito di applicazione dei due Regolamenti è ampio in quanto essi sono applicabili anche a quelle coppie che pur presentando una nazionalità comune abbiano beni oppure risiedano in Paesi diversi da quelli del loro Paese di origine. I due Regolamenti da un lato rendono possibile la scelta della legge applicabile (art. 22) e del foro (art. 7), dall'altro, in linea con altre regolamentazioni europee, prevedono che per il riconoscimento delle decisioni emesse in uno Stato non sia necessario alcun procedimento affinché le stesse abbiano effetto in uno stato diverso. Una speciale procedura prevista dagli artt. 44 ss. di entrambi i Regolamenti prevede che per l'esecuzione di una decisione, emessa in uno Stato membro e ivi esecutiva, occorra presentare un'istanza nello Stato richiesto per chiedere la dichiarazione di esecutività di tale decisione, secondo la procedura di cui agli artt. da 44 a 57. Significativamente il riesame della competenza dello Stato d'origine (art. 39) o del merito della decisione emessa in un altro Stato membro (art. 40) è escluso così da evitare alle coppie *cross-border* ulteriori dilazioni e costi determinati dalla riapertura di nuove procedure.

Il Regolamento n. 1103 fornisce una nozione di regime patrimoniale quale regime, individuato dalle legislazioni nazionali, per i beni e per tutti i rapporti patrimoniali, sia tenendo presenti i rapporti tra i coniugi ma anche i rapporti con i terzi, derivanti dal matrimonio ma anche dal suo scioglimento¹⁷. Il Regolamento n. 1104, per contro, ha per oggetto gli effetti patrimoniali latamente¹⁸ intesi delle coppie la

¹⁶ V. *Parere della commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni* del 6 settembre 2012, sulla proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, consultabile al seguente indirizzo www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0254+0+DOC+XML+V0//IT#title3.

¹⁷ Al riguardo cfr. art. 3 e considerando 18 del Reg. n. 1103/2016.

¹⁸ In base al Considerando 19 «A fini di chiarezza, diverse questioni che si potrebbero ritenere legate agli effetti patrimoniali delle unioni registrate dovrebbero essere esplicitamente escluse dall'ambito di applicazione del presente regolamento», di conseguenza, a meno che non sia espressamente escluso, ogni profilo riguardante tanto la gestione quotidiana dei beni dei *partner* quanto la liquidazione del regime patrimoniale rientra nell'ambito di applicazione del re-

cui unione sia stata registrata, secondo le regole adottate dagli Stati membri. In entrambi i Regolamenti l'accordo delle parti costituisce lo strumento principale per individuare la giurisdizione ed essi indicano, come principale criterio di radicamento della controversia, la residenza abituale della coppia anziché la cittadinanza comune dei coniugi; per le unioni è aggiunto un ulteriore criterio di competenza costituito dallo Stato in cui l'unione è stata costituita. Entrambi i Regolamenti operano universalmente in quanto la legge applicabile individuata sulla loro base può essere anche quella di uno Stato membro che non ha partecipato alla procedura di cooperazione rafforzata (art. 20).

Uno dei problemi più rilevanti affrontati dai Regolamenti è costituito dall'assenza di una tavola comune dei diritti reali: l'Unione europea presenta, infatti, grandi diversità in ordine alla tipologia e ai contenuti dei diritti reali. La regolamentazione dedicata ai regimi patrimoniali delle coppie *cross-border* ha, pertanto, gestito la difformità introducendo all'art. 29 un meccanismo di adattamento¹⁹ secondo il quale se una parte invoca sulla base della legge in concreto applicabile un determinato diritto reale, tale diritto è adattato nella misura del possibile «al diritto equivalente più vicino» previsto dalla legge dello Stato in cui tale diritto dovrebbe essere rispettato²⁰. L'adattamento costituisce uno strumento flessibile e modulabile poiché l'individuazione del diritto reale corrispondente avverrà guardando agli obiettivi, agli interessi e agli effetti perseguiti dal diritto reale in questione. È evidente quanto questa norma richieda da parte delle autorità giudiziarie competenti una lettura non esegetica e letterale dei diritti reali, ma un'interpretazione che guardi alla funzione degli istituti con un approccio sicuramente in grado

golamento anche se questo profilo discenda dalla separazione personale o dalla morte di un *partner* (Considerando 18).

¹⁹ Anche il Reg. 650/2012 ha utilizzato l'adattamento per risolvere le problematiche poste dalla disomogeneità della nozione di diritto reale. Sul punto v. P. BRUNO, *I Regolamenti Europei sui regimi patrimoniali*, cit., p. 219 s.

²⁰ Cfr. D. DAMASCELLI, *Diritto internazionale private delle successioni a causa di morte*, 2013, Milano, p. 109 ss.; G. RUSSO, *Legacy by vindicationem: how to manage right in rem issues*, in *Cases studies and best practices analysis to enhance EU family and succession law. Working paper*, cit., p. 159.

di sprigionare soluzioni giuridiche²¹ che aiutino le coppie a gestire al meglio i diritti reali prescindendo da tassonomie e formalismi che ancora oggi connotano il sistema dei diritti nazionali di alcuni Stati membri. Per entrambi i Regolamenti le norme di applicazione necessaria della legge del foro (art. 30) costituiscono filtri pienamente operanti a garanzia dello Stato membro in cui opera l'autorità giurisdizionale, sia essa un'autorità giudiziaria o un professionista competente in materia, ad esempio un notaio. È da rilevare che l'Italia ha individuato quali professionisti competenti in materia di regimi patrimoniali gli avvocati e gli ufficiali dello Stato civile che compiano la negoziazione assistita ai sensi del d.l. 312/2014. Sebbene l'accordo frutto di negoziazione assistita non abbia quel carattere decisivo presupposto dai Regolamenti all'art. 3 comma 2²², la scelta italiana sembra un'indice dell'progressivo maggior uso dell'autonomia negoziale in materia familiare²³. Per entrambi i Regolamenti l'art. 31 esclude l'applicazione della legge designata in caso di manifesta incompatibilità con l'ordine pubblico del foro. L'ordine pubblico funge da barriera anche all'automatico riconoscimento delle decisioni che non possono essere riconosciute se non sono stati rispettati i diritti di difesa, se si rileva un'incompatibilità con una precedente decisione emessa in un procedimento tra le stesse parti nello Stato membro in cui è richiesto il riconoscimento o con una

²¹ Considera l'adattamento uno strumento funzionale al rispetto del contenuto dei diritti reali riconosciuti in un determinato Stato Corte giust., 12 ottobre 2017, caso *Aleksandra Kubicka*, C-218-16 con nota di M. RIZZUTI, *Successioni transnazionali e pubblicità dell'acquisto dei legati*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, p. 285 ss.

²² L'art. 3, comma 2 fornisce una nozione ampia di «autorità giurisdizionale» individuandola in «qualsiasi autorità giudiziaria e tutte le altre autorità e i professionisti legali competenti in materia di regime patrimoniale tra coniugi che esercitano funzioni giudiziarie o agiscono per delega di competenza di un'autorità giudiziaria o sotto il suo controllo, purché tali altre autorità e professionisti legali offrano garanzie circa l'imparzialità e il diritto di audizione delle parti e purché le decisioni che prendono ai sensi della legge dello Stato membro in cui operano: a) possano formare oggetto di ricorso o riesame davanti a un'autorità giudiziaria; b) abbiano forza ed effetto equivalenti a quelli di una decisione dell'autorità giudiziaria nella stessa materia».

²³ Per una riflessione sul ruolo dell'autonomia nei rapporti familiari v. L. RUGGERI, *La transazione*, in L. RUGGERI, E. MINERVINI, *Contratti transattivi e negozi di accertamento*, Napoli, 2016, p. 89 ss.

decisione emessa precedentemente tra le stesse parti in un altro Stato membro o in un Paese terzo, in un procedimento avente il medesimo oggetto e il medesimo titolo, qualora tale decisione sia riconoscibile nello Stato membro in cui è richiesto il riconoscimento (art. 37)²⁴. Oltremodo rilevante risulta il richiamo effettuato da entrambi i Regolamenti all'art. 38 al rispetto dei diritti fondamentali e ai principi riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e, in particolare, del principio di non discriminazione: nella complessa dialettica tra Stati con difformi legislazioni in materia di famiglia e di diritti patrimoniali il richiamo espresso ai valori della Carta costituisce un'importante sottolineatura del legame tra profili patrimoniali e profili esistenziali accentuando ancor più il ruolo del giurista europeo quale vigile sentinella del rispetto dei valori europei in ogni procedura e prassi, fosse anche di carattere patrimoniale.

3. L'Italia con il suo regime primario costituito dalla comunione dei beni²⁵ è rimasta fino al 2016 priva di una specifica regolamentazione per i rapporti patrimoniali delle coppie non sposate. L'assenza di una regolamentazione *ad hoc* era comunque colmata dall'applicazione di soluzioni ermeneutiche proposte dalla dottrina e adottate dalla giurisprudenza le quali fornivano forme di tutela patrimoniale ai diritti dei componenti la coppia non sposata²⁶. Diritti quali la continuazione del rapporto di locazione abitativa o doveri di

²⁴ Per un'interessante esame della nozione e del ruolo dell'ordine pubblico v., di recente, di G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, *passim*.

²⁵ Per una disamina generale della disciplina italiana si v., fra tutti, G. VETTORI, A. GORGONI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Tratt. dir. fam.* Bonilini, II, Torino, 2016, *passim*, nonché M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, Milano, 2016, pp. 85-121. Per approfondire la tematica della comunione legale si legga G. RUSSO, *Mutamento del regime patrimoniale dei coniugi: comunione ordinaria o ultrattività della comunione legale?*, in *Foro nap.*, 2019, pp. 447-468.

²⁶ Sulla famiglia non fondata sul matrimonio tra gli altri si v.: P. PERLINGIERI, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, in *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Napoli, 1988, p. 136 ss.; F. PROSPERI, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, Camerino-Napoli, 1980, p. 84 ss.; N. LIPARI, *Rapporti coniugali di fatto e rapporti di convivenza. Note a margine di un iter legislativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 1025 ss.

solidarietà costituzionali permettevano di ottenere forme di tutela quali il risarcimento del danno in caso di scomparsa del convivente cagionata dal fatto illecito altrui²⁷. Ma è soltanto nel 2016, con la c.d. l. Cirinnà, che il legislatore italiano modifica la tassonomia familiare espressamente prevedendo le unioni registrate²⁸ tra persone dello stesso sesso e regola i diritti patrimoniali delle coppie conviventi plasmandone il contenuto su molteplici direttrici: per le unioni registrate riservate alle sole coppie omosessuali il regime patrimoniale sarà in tutto simile a quello delle coppie sposate (art. 1, comma 13, l. Cirinnà), per le convivenze, siano esse omosessuali o eterosessuali, occorrerà distinguere tra coppie che optano per un contratto c.d. di convivenza in grado di regolamentare profili patrimoniali e coppie che decidono di convivere senza suggellare in alcun atto la loro convivenza.

La trasformazione della tassonomia familiare italiana è frutto del cambiamento culturale e sociale, della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ma anche nelle politiche di sviluppo e promozione della cittadinanza europea. A partire dal 2010 la Commissione europea ha posto al centro delle politiche dell'Unione l'eliminazione degli ostacoli che impediscono ai cittadini l'esercizio dei diritti²⁹. Il programma di Stoccolma e una serie di indagini condotte dal Parlamento europeo avevano evidenziato la presenza di barriere che impedivano ai cittadini operanti in Stati diversi da quello di origine l'esercizio dei diritti di proprietà: il quadro regolamentare frammentato rendeva incerta l'individuazione della legge applicabile a beni cointestati o situati in Stati diversi da quello di residenza e impediva di individuare

²⁷ Sulla rilevanza della famiglia c.d. di fatto v., per tutti, F. PROSPERI, *La famiglia non "fondata sul matrimonio"*, Napoli, 1980, *passim*.

²⁸ In argomento, per tutti, v. G. OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Torino, 2016, *passim*; A. ALBANESE (a cura di), *Le nuove famiglie*, Pisa, 2019; C.M. BIANCA (a cura di), *Le Unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, Torino, 2017, *passim* e S. PATTI (a cura di), *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2020, *passim*.

²⁹ Cfr. *Eliminare gli ostacoli all'esercizio dei diritti dei cittadini dell'Unione*, Relazione 2010 sulla cittadinanza dell'Unione, COM (2010) 603 definitivo, p. 5.

con sufficiente certezza il giudice competente in caso di controversie originate da divorzi oppure da successioni. La gestione dei beni richiede un quadro regolamentare sufficientemente certo, che prima del 2016 non era presente a livello europeo per le coppie *cross-border* ed era assente per le coppie italiane non fondate sul matrimonio (siano esse omosessuali o eterosessuali). L'attenzione per i patrimoni di privati cittadini è cresciuta dopo la recessione del 2008: lo sviluppo di patrimoni destinati, la promozione di strumenti di gestione del sovra indebitamento del consumatore o dell'imprenditore non sottoposto a fallimento esprimono la preoccupazione degli Stati per la salvaguardia del risparmio e della piccola proprietà privata. L'adozione di strumenti di gestione dei patrimoni privati, anche piccoli, è funzionale alla salvaguardia di una vita dignitosa in una prospettiva che, dopo il Trattato di Lisbona, esalta il ruolo della solidarietà in un dialogo, ancora in corso di definizione³⁰, tra Corte di Giustizia, Corte di Strasburgo, Corti nazionali, ma improntato a una tavola valoriale che connota l'Europa e che pone al centro la persona con le sue esigenze di effettività dei diritti.

Come ben evidenziato negli atti preparatori dei Regolamenti

³⁰ La definizione del dialogo tra le Corti domestiche, la Corte di Giustizia e quella di salvaguardia dei diritti dell'uomo è probabilmente uno dei temi di maggiore complessità e attualità fondamentale per un buon funzionamento dell'Unione europea e, più ampiamente, dei rapporti tra gli Stati europei. In argomento v. le riflessioni di P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra corte costituzionale e corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli, 2008, p. 9 ss. In questo contesto è davvero rilevante il varo del Protocollo n. 16 che costituisce una significativa innovazione al *modus operandi* della Corte europea dei diritti dell'uomo. In base a questo Protocollo, entrato in vigore con la decima ratifica operata dalla Francia il 12 aprile 2018, le Corti supreme nazionali potranno effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di Strasburgo sospendendo il procedimento interno per ricevere un parere sull'interpretazione e sull'applicazione delle norme contenute nella Convenzione Europea o in suoi Protocolli addizionali. L'Italia, ad oggi, non ha ancora ratificato il Protocollo. In argomento, fra gli altri, v. O. POLLICINO, *La Corte costituzionale è una "alta giurisdizione nazionale" ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo 16?*, in *Dir. un. eur.*, 2014, p. 2; A. RUGGERI, *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla CEDU e all'entrata in vigore del Prot. 16)*, in *Rivista AIC*, 2014, 1.

gemelli, «il regime patrimoniale tra coniugi è così intrinsecamente connesso al matrimonio da rientrare nel diritto di famiglia: esiste solo se c'è matrimonio e cessa con il suo scioglimento (per morte di un coniuge, divorzio o separazione personale)»³¹. Questa connessione, tra profili personali e patrimoniali, opera anche quando la coppia sia unita non in matrimonio, ma su basi o vincoli diversi (libera unione, unione registrata) e permane anche quando la coppia sia composta da componenti dello stesso sesso o di nazionalità diversa. In altri termini la connessione tra persona e patrimonio, che caratterizza tantissimi aspetti della vita, è presente anche in questo ambito e l'innovazione apportata nella tassonomia delle coppie finisce con riverberarsi sulla disciplina dei profili patrimoniali della vita di coppia. Il varo di regolamentazioni dei diritti patrimoniali familiari non può prescindere dalla tassonomia familiare adottata in un determinato Stato: in questo senso i Regolamenti gemelli hanno contribuito ad accelerare la sedimentazione di un corpo normativo nuovo dedicato alle unioni registrate e alle convivenze³². Anche se il Considerando 17 precisa che in nessun modo l'adozione del Reg. 1104/2016 dovrebbe imporre ad uno Stato di introdurre nella propria legislazione interna il modello dell'unione registrata, la cui definizione e operatività sarebbe, pertanto, operante solo per quei casi che presentino elementi di internazionalità, è indubbio che la

³¹ Così, testualmente, *Proposta di Regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi* del 16 marzo 2011, COM (2011) 126 definitivo, p. 4. Per approfondire si leggano S. WINKLER, *La crisi del rapporto coniugale tra soluzioni nazionali e prospettive europee*, in *Derecho moderno, Liber Amicorum Marcos M. Cordoba*, Tomo II, Buenos Aires, 2014, p. 283 ss., nonché ID., *Il diritto di famiglia*, in G.A. BENACCHIO, F. CASUCCI (a cura di), *Temi e Istituti di Diritto Privato dell'Unione Europea*, Torino, 2017, pp. 300-305.

³² V. C. GRIECO, *The role of party autonomy under the regulations on matrimonial property regimes and property consequences of registered partnerships. Some remarks on the coordination between the legal regime established by the new regulations and other relevant instruments of European private law*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, pp. 457-476, nonché S. MARINO, *Strengthening the European civil judicial cooperation: the patrimonial effects of family relationships*, in *9 Cuadernos Derecho Transnacional*, 2017, p. 265 ss.

previsione di regole, seppur di solo conflitto, espressamente dirette a unioni registrate, abbia accentuato il processo di avvicinamento a questo modello tassonomico anche per le coppie domestiche. In siffatto contesto, la sentenza della Corte di Strasburgo (caso Oliari) del 2015³³ pone l'accento sulla necessità di rimeditare la tassonomia familiare italiana aprendo le porte alla futura l. Cirinnà. In questa procedura i ricorrenti evidenziavano che «la legislazione italiana non permetteva loro di sposarsi o di entrare in qualsiasi altro tipo di unione civile e quindi venivano discriminati a causa del loro orientamento sessuale» e che i *partner* di fatto potevano godere di un numero limitato di diritti. L'assenza di un tipo legale diverso dal matrimonio e dalla mera convivenza determinava una discriminazione nella protezione dei membri della coppia in ambiti quali l'assistenza materiale e morale tra i *partner*, le responsabilità nel contribuire ai bisogni della famiglia o le loro scelte relative alla vita familiare, mancava il riconoscimento del diritto di eredità in caso di successione intenzionale. I *partner* di fatto non avevano diritto a una parte riservata (legittima), un *partner* sopravvissuto non godeva di un diritto reale a vivere nella casa di famiglia di proprietà del *partner* deceduto e in quei casi non esisteva alcun diritto alla pensione di reversibilità³⁴. I *partner* di fatto non potevano beneficiare della maggior parte delle politiche fiscali o sociali relative alla famiglia: ad esempio detrazioni fiscali applicabili ai coniugi dipendenti. La Corte europea ha dichiarato, pertanto, ammissibili le denunce, ai sensi dell'articolo 8 e dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8, fornendo una base alla l. Cirinnà che prevede anche per i *partner* di un'unione civile omosessuale di fornire reciproca assistenza morale e materiale e di contribuire a bisogni comuni.

³³ Si tratta di Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 luglio 2015. La decisione è stata oggetto di un ampio dibattito. Per tutti v., L. PALADINI, *Corte europea dei diritti dell'uomo (Quarta Sezione), sentenza del 21 luglio 2015, Oliari e altri c. Italia. L'inerzia del Parlamento italiano in tema di unioni civili al cospetto della Corte di Strasburgo*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 3/2015 e P. BRUNO, *Oliari contro Italia: la dottrina degli obblighi positivi impliciti al banco di prova delle unioni tra persone dello stesso sesso*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 1069 ss.

³⁴ Cfr. F. PASCUCCI, *Intersectional discrimination and survivors' pension*, in *Cases studies and best practices analysis to enhance EU family and succession law. Working paper*, cit., p. 159 ss.

4. Un secondo impatto della regolamentazione europea è costituito dall'emersione nel dibattito nazionale dell'esistenza di nuovi principi propri di ordinamenti improntati a rispondere alle esigenze delle famiglie *cross-border*. Si pensi al riguardo al c.d. principio di continuità e stabilità per lo stato personale e familiare straniero³⁵ dal quale sono fatti discendere tre corollari: inapplicabilità delle norme di conflitto e delle norme sostanziali che conducano al mancato riconoscimento dello stato; mantenimento in tutto il territorio dell'Unione europea dello stato personale e familiare acquisito legalmente nello Stato membro di origine con la conseguenza che gli Stati membri sarebbero tenuti a riconoscere le relazioni giuridiche acquisite *ex lege* o mediante un atto delle autorità pubbliche; lo Stato membro di riconoscimento dovrebbe in linea di principio garantire al rispettivo *status* un effetto il più possibile simile all'effetto della stessa situazione nello Stato di origine.

Il principio del diritto internazionale privato del reciproco riconoscimento non è in grado di sostituire le tradizionali regole sul conflitto di leggi nel loro insieme. Uno dei motivi è che il campo di applicazione del principio è limitato alle situazioni all'interno della Unione europea. Secondo questa impostazione, sulla base dell'art. 81 (*ex art.* 65 Trattato CE) del TFUE, prevedibilità e continuità delle relazioni familiari potrebbero essere garantite attraverso l'adozione di un coerente sistema europeo di diritto internazionale privato. Gli artt. 20 e 21 del TFUE (*ex artt.* 17 e 18 Trattato CE) garantiscono ai cittadini dell'UE «il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri». Questo diritto include il diritto di spostarsi con lo stato personale e le situazioni familiari acquisite legalmente nel rispettivo Stato membro d'origine³⁶. In questo modo la Corte di giustizia europea ha statuito nella causa *Dafeki*³⁷, in cui la Corte aveva

³⁵ V. R. BARATTA, *Riconoscimento dello stato personale e familiare straniero: una prospettiva basata sui diritti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, p. 413 ss.

³⁶ In argomento v., fra gli altri, J.-Y. CARLIER, G. RENAUDIÈRE, *Libre circulation des personnes dans l'Union européenne*, in *Journal de droit européen*, 2019 p. 166 ss.

³⁷ Si tratta di Corte di Giustizia, 2 dicembre 1997, C-336/94, in *Foro it.*, 1998 IV, c. 292 s. Numerosi i commenti: tra gli altri, cfr. S. FRANCO, *La force probante*

affermato «almeno in linea di principio l'obbligo di riconoscere che un lavoratore (che esercita una libertà fondamentale) aveva lo stesso *status* personale che possedeva nel suo stato nazionale». Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia europea (cause *Konstantinidis*³⁸ e *Garcia Avello*³⁹) i valori giuridici concessi a una persona dal suo Stato nazionale non possono essere negati da un altro Stato membro, in particolare ogniqualvolta tale rifiuto abbia un effetto negativo sull'integrazione dei cittadini europei e, più in generale, sulla loro libertà di circolare e di godere dei diritti fondamentali. Gli Stati membri, sulla base dell'art. 4, comma 3 del Trattato sono tenuti ad adottare «ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione». In questa prospettiva uno Stato membro non può rifiutare a priori di riconoscere uno *status* giuridico debitamente acquisito da un cittadino dell'UE in base al suo ordinamento giuridico nazionale.

In questo ordine di idee si colloca da ultimo un importante

des actes étrangers: l'apport de la Cour de justice des Communautés européennes, in *Revue du droit des étrangers*, 1999, p. 85 ss.

³⁸ Si fa riferimento a Corte Giustizia, 30 marzo 1993, C-168/91, in *Revue européenne de droit privé*, 1995, p. 483, con nota di D. Gaurier. Per un commento v., anche, A. LANG, *Problemi di traslitterazione del nome di fronte alle corti europee: i casi Kostantinidis e Mentzen*, *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, 2010, p. 139 ss. Sul tema del cognome e dell'identità personale v., anche, M.C. DE CICCO, *Cognome e principi costituzionali*, in *Persone, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di M. Sesta e V. Cuffaro, Napoli, 2006, pp. 203-280, spec. p. 225 ss.

³⁹ Si tratta di Corte Giustizia, 2 ottobre 2003, C-148/02, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, p. 1088 ss. e in *Revue critique de droit international privé*, 2004 p. 192 ss., con rilievi critici di P. Lagarde. Per A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿un orden público europeo armonizador? (a propósito de las SSTJCE, asuntos K.B. y García Avello)*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2004, p. 507 ss.) questa decisione è apprezzabile perché apre ad un concetto di cittadinanza europea quale potenziale espressione di molteplici libertà che gli Stati debbono riconoscere. Sul tema della doppia cittadinanza e sul ruolo del diritto europeo v. O.W. VONK, *Dual Nationality in the European Union: A Study on Changing Norms in public and private international law and in the municipal laws of four EU member states*, Martinus Nijhoff Publish., Leiden, 2012, p. 144 ss.

decisione della Corte di Giustizia⁴⁰ che ribadisce la necessità per gli Stati membri di rispettare la libertà riconosciuta a ogni cittadino dell'Unione di circolare e di soggiornare nel territorio degli Stati membri senza frapportare come ostacolo a tale libertà le differenti tassonomie familiari che nel caso di specie erano costituite dall'assenza, nella Romania, del matrimonio tra persone dello stesso sesso.

La spinta della Corte europea al riconoscimento di tassonomie familiari assenti in Italia si combina con un ulteriore indirizzo, che in qualche modo ne riduce la portata: in modo netto, infatti, la Corte europea esclude che uno Stato sia in qualche modo obbligato a concedere a una coppia dello stesso sesso lo strumento matrimoniale. Si colloca in questo spazio rispettoso delle tradizioni culturali di ogni Stato la scelta italiana di riservare l'istituto matrimoniale alle sole coppie di sesso diverso⁴¹ e di non consentire alle coppie di sesso diverso di utilizzare l'unione registrata. Il quadro tassonomico sembra, però, tutt'altro che giunto ad un punto di equilibrio: non bisogna infatti trascurare che una recente sentenza adottata dalla Suprema

⁴⁰ Si fa riferimento a Corte Giust., 5 giugno 2018, caso *Coman*, C-673/16, punto 38, la quale richiama, tra le altre, Corte Giust., 2 giugno 2016, caso *Bogendorff von Wolffersdorff*, C-438/14, punto 32. Sul caso *Coman v.*, per tutti, E. CHIARETTO, *Libera circolazione dei coniugi dello stesso sesso nell'Unione europea*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1759 ss.; J.-Y. CARLIER, *Vers un ordre public européen des droits fondamentaux - L'exemple de la reconnaissance des mariages de personnes de même sexe dans l'arrêt Coman*, in *Rev. Trim. des droits de l'homme*, 2019, p. 203 ss. e A. TRYFONIDOU, *The ECJ Recognises the Right of Same-Sex Spouses to Move Freely Between EU Member States: The Coman ruling*, in *European Law Review*, 2019, p. 663 ss.

⁴¹ Il diritto dell'Unione non pregiudica la competenza di ogni Stato membro in materia di stato civile e di matrimonio. Tale orientamento è costantemente ribadito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia: tra le molte v., Corte Giust., 1° April 2008, caso *Maruko*, C-267/06, punto 59; Corte Giust., 14 ottobre 2008, caso *Grunkin e Paul*, C-353/06, punto 16; Corte Giust., 24 novembre 2016, caso *Parris*, C-443/15, punto 59, ove si stabilisce che «Gli Stati membri sono dunque liberi di prevedere o meno il matrimonio per persone del medesimo sesso o una forma alternativa di riconoscimento legale della loro relazione, nonché, eventualmente, di prevedere la data dalla quale decorreranno gli effetti di un tale matrimonio o di una tale forma alternativa».

Corte inglese⁴² ha sancito il principio di non discriminazione fondata sul sesso per l'accesso a modelli giuridici di coppie e ha determinato un cambiamento legislativo⁴³ fondato sostanzialmente sul rispetto dei principi della Convenzione Europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo, così come ricavabili dall'art. 8 e dall'art. 14⁴⁴. Questa decisione, frutto di una lettura inglese della Convenzione europea, si contrappone, peraltro, ad un diverso orientamento espresso dalla Corte europea nel 2017⁴⁵ con il quale si era definita legittima la scelta della legislazione austriaca di precludere alle coppie eterosessuali il ricorso all'unione registrata.

Si comprende, pertanto, come si sia giunti all'adozione di due differenti Regolamenti sui regimi patrimoniali, uno per le coppie sposate e un secondo per le unioni registrate e, del pari si comprende come la scelta italiana di riservare il matrimonio solo a coppie

⁴² Si tratta della sentenza [2018] UKSC 32, del 27 giugno 2018, consultabile al seguente indirizzo www.bailii.org (www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2018/32.html). In argomento, v. R. GARETTO, *Civil Partnerships: the EU Framework for Cross-Border Couples and the Recent Legislative Reform in the UK*, in *6th SWS International Scientific Conference On Social Sciences 2019, Conference Proceedings*, 6, 1, p. 66 e M. DI COSTANZO, *Matrimonio e Civil Partnership nel Regno Unito. A proposito della recente sentenza (2018) UKSC 32*, in *Famiglia*, 2019.

⁴³ Si fa riferimento al *The Civil Partnerships, Marriages and Deaths (Registration Etc.) Act 2019*, che ha permesso l'accesso alle Civil Partnerships anche alle coppie di sesso diverso.

⁴⁴ In argomento v. R. GARETTO, *Opposite-sex registered partnerships and recognition issues*, in J. KRAMBERGER ŠKERL, L. RUGGERI, F.G. VITERBO, *Case studies and best practices analysis to enhance eu family and succession law*, p. 89 s. In generale sull'impatto della Convenzione Europea v. J.M. SHERPE, *The Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe and the Role of the European Court of Human Rights*, in *The Equal Rights Review*, Vol. X (2013), p. 84 ss.

⁴⁵ Si fa riferimento a Corte Europea dei diritti dell'uomo, 26 ottobre 2017, caso *Ratzenböck and Seydl v Austria*, commentata da P. BRUNO, *Coppie omosessuali e unione registrata: la Corte di Strasburgo evita la reverse discrimination*, in www.ilmfamiliarista.it. È da precisare, però, che pochi mesi dopo la Corte costituzionale con sentenza del 4 dicembre 2017 (Verfassungsgerichtshof, G 258-259/2017-9), ha dichiarato incostituzionale, per violazione del principio di uguaglianza, l'impossibilità per le coppie etero-sessuali di accedere all'istituto dell'unione registrata. Per un commento a questa decisione v. F. RESCIGNO, *Omnia non vincit Amor*” *Riflessioni sulla giurisprudenza costituzionale italiana ed austriaca in tema di coppie omosessuali*, in *Federalismi.it*, 2018, p. 15 ss.

eterosessuali sia compatibile con l'attuale quadro giuridico europeo⁴⁶. La riserva dell'istituto dell'unione civile alle sole coppie dello stesso sesso determina un diverso assetto disciplinare per matrimonio e unione civile: ad esempio l'assenza dell'obbligo di essere fedeli e la mancanza di separazione pre-divorzio. Qualora l'Italia, come avvenuto in Gran Bretagna, introduca anche per le coppie di sesso diverso l'istituto dell'unione civile anche a queste sarebbe applicabile il Reg. 1104/2016 in quanto esso prescinde dal sesso dei componenti l'unione civile⁴⁷. Soltanto la legislazione italiana, in linea con una sua specifica tradizione, distingue l'ambito di applicazione del matrimonio e dell'unione civile sulla base del sesso dei componenti, mentre la regolamentazione contenuta nei due Regolamenti prescinde dal sesso dei componenti le coppie.

5. Un terzo tipo di impatto è costituito dal cambiamento delle regole di diritto internazionale privato. Nel 2017, a seguito della l. Cirinnà, l'Italia ha novellato il suo sistema di diritto internazionale privato introducendo anche in questo ambito l'unione civile nonché il riconoscimento del matrimonio straniero per una coppia di italiani dello stesso sesso⁴⁸. Il riconoscimento, introdotto dall'art. 32-*bis* c.c., è fondato su un meccanismo riconducibile al fenomeno novativo: due italiani dello stesso sesso sposati in un Paese diverso dall'Italia, per l'Italia non sono sposati, ma il loro *status* viene trasformato in membri di un'unione civile⁴⁹. La trasformazione del matrimonio

⁴⁶ Ribadisce che l'istituto matrimoniale italiano è riservato a coppie etero-sessuali anche Corte cost., 11 giugno 2014, n. 170, in *Fam. dir.*, 2014, 10, p. 861 con nota di V. BARBA, *Artificialità del matrimonio e vincoli costituzionali: il caso del matrimonio omosessuale*.

⁴⁷ Sul punto v. P. BRUNO, *I Regolamenti europei sui regimi patrimoniali*, cit., p. 24 ss.

⁴⁸ Cfr. D. DAMASCELLI, *La legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi, uniti civilmente e conviventi di fatto nel diritto internazionale privato italiano ed europeo*, in *Riv. dir. int.*, 2017, p. 1147 ss.

⁴⁹ Cfr. O. LOPES PEGNA, *Effetti in Italia del matrimonio fra persone dello stesso sesso celebrato all'estero: solo una questione di ri-qualificazione?*, in *Dir. umani dir. int.*, 2016, p. 89 ss.; C. CAMPIGLIO, *La disciplina delle unioni civili transnazionali e dei matrimoni esteri tra persone dello stesso sesso*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, p. 39 ss.

in unione opererebbe anche quando la coppia è composta da un italiano e da uno straniero⁵⁰, mentre la disposizione non è applicabile ai matrimoni contratti all'estero da due stranieri⁵¹.

La novazione costituisce uno strumento compromissorio tra la necessità di fornire un quadro giuridico per le coppie omosessuali che abbiano contratto un matrimonio e la scelta di non aprire il modello matrimoniale alle coppie omosessuali, scelta perfettamente compatibile con il TFUE e con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che ne ha fatto uso per riqualificare i rapporti matrimoniali dopo una rettificazione del sesso di uno dei due coniugi⁵². La novazione prescinde totalmente dall'*animus novandi* dei coniugi, essendo un fenomeno completamente gestito *ex lege* ed *ex auctoritate*: fonte del rapporto tra i *partner* sposati all'estero diventa la legge e non l'autonomia che aveva condotto all'opzione per il matrimonio.

Anche il «titolo» cambia dal momento che i due *partner* continuano a vivere insieme come membri di un'unione civile e non come sposi: le differenze, tuttora presenti tra disciplina del matrimonio e disciplina delle unioni registrate, hanno condotto a qualificare questa forma di novazione come «*downgrading*»⁵³, evidenziando il minor livello di tutela che la coppia legata da matrimonio contratto all'estero avrà a seguito del processo di riqualificazione effettuato

⁵⁰ Il tema della possibile discriminazione determinata dall'art. 32-*bis* tra matrimoni *same sex* contratti da due italiani o da italiani con stranieri come tali non trascrivibili e matrimoni trascrivibili perché contratti da due stranieri è trattato, fra gli altri, da E. CALÒ, *Le norme di conflitto nelle unioni civili e nelle convivenze*, in *Notariato*, 2017, p. 394 ss.

⁵¹ In argomento v., fra gli altri, P. BRUNO, *I Regolamenti europei sui regimi patrimoniali*, cit., p. 20 ss. Sulla trascrivibilità di un matrimonio omosessuale contratto all'estero da due stranieri, v. Cass., 14 maggio 2018, n. 11696, in *Nuova giur. civ.*, 2018, 10, p. 1442 nota di V. Caredda e in *Fam. dir.*, 2019, 2, p. 136 con nota di L. Serra.

⁵² V. Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 16 luglio 2014, caso *Hämäläinen c. Finlandia*, in cui la Corte considera compatibile con la Convenzione di salvaguardia dei diritti dell'uomo la legislazione finlandese che trasforma automaticamente, in caso di mutamento di sesso, un matrimonio in unione registrata.

⁵³ Cfr. G. BIAGIONI, *Unioni same-sex e diritto internazionale privato: il nuovo quadro normativo dopo il d.lgs. n. 7/2017*, in *Riv. dir. int.*, 2017, p. 522 ss.

autoritativamente dalla legge. Il Reg. n. 1104 esclude un'estensione dell'ambito di applicazione a forme poligamiche⁵⁴ di unione giacché, all'art. 3, comma primo, lett. *a*, definisce l'unione registrata come il «regime di comunione di vita tra due persone» ed altresì non si applica a forme di convivenza che non abbiano ricevuto un formale riconoscimento da parte di autorità dei singoli Stati⁵⁵. In sostanza, le norme di diritto internazionale privato sembrano perfettamente in linea con il quadro europeo che preserva spazi di discrezionalità espressione della cultura e tradizione dei singoli Stati membri⁵⁶, ma non soddisfacente appare la scelta di procedere a piccole inserzioni di norme senza adeguare l'intero *corpus* normativo ad un mutato quadro normativo italo-europeo. Non sembra, infatti, adeguatamente assicurata effettività e soprattutto efficacia nella gestione della possibile conflittualità in coppie *cross-border*. Il sistema di diritto internazionale privato italiano è stato redatto nel 1995 e molte regole in materia di diritto di famiglia e di successione non sono

⁵⁴ La non riconoscibilità di rapporti poligamici lascia, però, impregiudicata la possibilità di attribuire rilevanza a taluni profili della poligamia: tutela della libertà religiosa, tutela della persona che esplica la propria personalità in formazioni sociali connotate dalla contemporaneità di rapporti, ricongiungimento familiare. Su questi profili di rilevanza della poligamia c.d. di fatto v. le interessanti riflessioni di G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, cit., p. 116 ss.

⁵⁵ Così espressamente chiarisce il cons. 16 del Reg. n. 1104. «Il modo in cui il diritto nazionale concepisce le forme di unione diverse dal matrimonio varia da uno Stato membro all'altro ed è opportuno operare una distinzione tra coppie la cui unione è istituzionalmente formalizzata mediante registrazione davanti a un'autorità pubblica e coppie che vivono in unione di fatto. Sebbene siano legalmente riconosciute da alcuni Stati membri, le unioni di fatto dovrebbero essere dissociate dalle unioni registrate, il cui carattere formale permette di tenere conto della loro specificità e di definire norme ad esse applicabili in uno strumento dell'Unione».

⁵⁶ Il rispetto delle tradizioni nazionali, specificamente previsto dall'art. 4 del TFUE, è stato oggetto di un ampio dibattito. In argomento v., P. PERLINGIERI, *Il rispetto dell'identità nazionale nel sistema italo-europeo con ampi richiami di dottrina e giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Foro nap.*, 2014, p. 449 ss.; A. ALPINI, *Diritto italo-europeo e principi identificativi*, Napoli, 2018, p. 101 ss.; E. AMBROSINI, *Matrimoni omosessuali e libera circolazione. Regole europee e interpretazioni evolutive*, in *Fam. dir.*, 2019, p. 125 ss., spec. note 41 ss.

state modificate dopo i nuovi Regolamenti dell'UE (1103 e 1104, ma anche dopo il regolamento Roma III o l'introduzione del certificato europeo di successione)⁵⁷. I cittadini senza un *background* culturale giuridico specifico non possono sapere quali sono i Regolamenti sui loro regimi patrimoniali in caso di implicazioni transnazionali. L'articolo 30, rubricato Rapporti di proprietà tra i coniugi, ancora oggi così recita «La legge applicabile ai loro rapporti personali regola i rapporti di proprietà tra i coniugi», con la conseguenza che il rinvio da esso operato all'art. 29 contenente la disciplina dei rapporti personali condurrebbe un cittadino non adeguatamente informato a concludere che i rapporti patrimoniali tra i coniugi sono regolati dalla legge della loro nazionalità comune. Questa conclusione cozza con le regole adottate dal Reg. 1103 del 2016 che da un lato prevedono che gli sposi possano scegliere la legge applicabile (art. 20 Reg.) e dall'altra, adottano una serie di criteri per l'ipotesi in cui la coppia non abbia esercitato la scelta della legge applicabile, uno solo dei quali è la nazionalità comune, peraltro posto non in posizione prioritaria. La mancata menzione dei Regolamenti rende oltremodo complessa l'individuazione della legge applicabile in quanto complesso e articolato è il rapporto tra norme italiane e norme europee. Come è noto, infatti, il contrasto tra regola domestica e disposizione contenuta in un regolamento europeo è risolto facendo ricorso alla disapplicazione. Quest'ultima costituisce un *éscamotage* adottato dalla Corte costituzionale italiana per salvaguardare il rispetto dei Trattati in un sistema legislativo che con fatica riesce a monitorare e ad adeguare tempestivamente le regole domestiche. Un *éscamotage* che, però, non favorisce la conoscenza delle regole effettivamente applicabili in un ambito in cui destinatari delle norme sono coppie *cross-border*, persone che anche a causa della loro nazionalità non coincidente con quella italiana più di altre sono in una condizione di possibile ignoranza della legge e più di altre necessiterebbero di conoscere il quadro giuridico applicabile.

⁵⁷ In argomento, fra gli altri, M. GIOBBI, *The law applicable to matrimonial property regimes after the regulation (UE) No. 2016/1103. The impact upon the italian law*, in 6TH Sws international scientific conference on social sciences 2019, Conference proceedings, vol. 6, 2019, Bulgaria, p. 213 ss.

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE

LOS MATRIMONIOS SIMULADOS O DE CONVENIENCIA EN LA EXPERIENCIA JURÍDICA ESPAÑOLA

SUMARIO: 1. Principio de personalización del matrimonio y nulidad matrimonial. – 2. La simulación causa de nulidad matrimonial. – 3. La reserva mental no es simulación, aunque la misma también sea un supuesto de inexistencia del consentimiento que da lugar a la nulidad del matrimonio. – 4. El régimen procesal de la acción de nulidad por simulación. – 5. La prueba de la simulación. – 6. La simulación en matrimonios con elementos de extranjería.

1. La promulgación de la Constitución de 1978 supuso, sin duda, la transformación más profunda sufrida por el Derecho civil español desde los tiempos de la Codificación.

Esta transformación fue consecuencia ineludible de una Constitución, marcadamente renovadora, que proclama el Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1.1), que propugna la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.2) y que establece como fundamento del orden político el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1); y, sobre todo, de una Constitución, cuyas normas vinculan a los ciudadanos y a los poderes públicos (art. 9.1), por lo que no tienen un mero carácter programático, sino que están dotadas de valor normativo inmediato y directo.

La incidencia de los principios constitucionales ha sido especialmente intensa por cuanto se refiere al Derecho de Familia, debiéndose destacar la impronta que en la moderna configuración del matrimonio supuso el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, que ha llevado a una creciente *personalización* del matrimonio. Poco a poco, se ha ido acentuando, en efecto, la función del matrimonio como un medio de desarrollo de la personalidad de los cónyuges, en detrimento de su carácter de institución social, cuya estabilidad se ha considerado, desde siempre, un valor social, lo que ha estado en estrecha relación con la conexión de la institución matrimonial con la procreación y educación de los hijos;

y de ahí la tradicional exigencia del requisito de la heterosexualidad de los contrayentes.

De hecho, las reformas de Derecho de familia más importantes llevadas a cabo en España tras la promulgación de la CE encuentran una de sus ideas directrices en el principio de libre desarrollo de la personalidad, aunque, solo a partir de 2005, el legislador haga un reclamo expreso a dicho principio como un argumento para establecer soluciones discutidas, como son la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo (por la Ley 13/2005, de 1 de julio) o el divorcio por el mero consentimiento de cualquiera de los cónyuges (Ley 15/2005, de 8 de julio).

Sin embargo, ya la Ley 30/1981, de 7 de julio, que admitió el divorcio vincular (aunque no con la amplitud actual), marca un tránsito en la concepción del matrimonio (de *institucionalista* a *personalista*), en concreto, por cuanto aquí nos interesa, en orden a la nulidad matrimonial.

La concepción *institucionalista* (no *personalista*) del matrimonio se plasmaba en el inadecuado tratamiento de las causas matrimoniales de carácter consensual, por parte del originario art. 101.2º CC, en particular, en materia de error, rechazándose la relevancia invalidante del recayente sobre las cualidades personales del otro contrayente y admitiendo, exclusivamente, el atinente a su identidad; tampoco la simulación y la reserva mental encontraban encaje legal entre las causas de nulidad del matrimonio¹.

En realidad, desde la perspectiva del nuestro decimonónico Código civil, el matrimonio era, ante todo, un estado civil, con incidencia en la capacidad de obrar de las personas; y de ahí que sacrificara el interés privado de los contrayentes a la tutela de la *realidad* e *integridad* del consentimiento, es decir, la posibilidad de demandar

¹ Lo que no impidió a G. GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid, 1959, pp. 168-169, defender la relevancia invalidante de la simulación, argumentando que, si bien en el Código civil español anterior a la reforma del 81 no existía norma semejante n'ya a la contenida en el art. 146 del *Code* (conforme al cual, "il n'y a pas de mariage lorsqu'il a point de consentement"), no obstante, el sistema la suponía implícita, lo que deducía el autor de una lectura conjunta de los arts. 89, 100 y 101.1º, en relación con los arts. 83.2º y 101.

la nulidad del matrimonio en caso de inexistencia de aquel o de presencia de vicios de la voluntad, en aras al interés público a la seguridad y estabilidad de las relaciones matrimoniales y a la certeza de las actuaciones relativas al estado civil, lo que explicaba la rigurosa identificación del consentimiento matrimonial con el manifestado en sede de celebración², esto es, la consideración del “matrimonio como un acto jurídico formal”³) y, por ende, que se prescindiera del examen de sus contenidos materiales. Es lo que se ha llamado el principio de “absorción del consentimiento matrimonial en la forma de celebración”⁴, lo que estaba íntimamente ligado a la consideración de que la participación del funcionario ante quien se celebraban las nupcias era integrativa del acto jurídico del matrimonio⁵.

Por el contrario, la Ley 30/1981 estableció una normativa protectora del consentimiento (actualmente vigente), que confirmó la calificación del matrimonio como un acto de autonomía privada, encaminado a actuar intereses personalísimos de los contrayentes, lo que es conforme a la tesis actualmente indiscutida en la doctrina española de que se trata de un negocio jurídico de Derecho de familia⁶. Es claro que el contenido de la relación jurídico-matrimonial (por afectar al estado civil de las personas y a la estructura de las relaciones familiares) está predeterminado por la ley: las normas que regulan los efectos personales del matrimonio, son imperativas y no pueden ser modificadas por los particulares. Pero ello no impide la calificación dogmática del matrimonio como negocio jurídico, pues, como se ha dicho, “la sustancia del negocio jurídico no se encuentra

² Cfr. S. CARRIÓN OLMOS, *En torno a la simulación de matrimonio civil*, *Revista de Derecho Privado*, 1981, p. 42.

³ Observa E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *Estudios de Derecho matrimonial*, Madrid, 1962, p. 248, respecto a la legislación civil anterior a la reforma del Código civil por Ley 30/1981: “La forma se muestra en el Derecho civil como rígida objetivación del consentimiento. En otras palabras: no existe jurídicamente otro consentimiento que el manifestado en la forma requerida”.

⁴ E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *Estudios de Derecho matrimonial*, cit., pp. 248-249.

⁵ Lo constata E. PEREGO, *La simulazione nel matrimonio civile*, Milano, 1980, pp. 7-8.

⁶ En particular, tras el célebre trabajo de L. DíEZ-PICAZO, *El negocio jurídico de Derecho de Familia*, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1962, p. 771 ss.

tanto en el poder de determinación del contenido de la relación jurídica que el negocio crea como en el poder de creación de la propia relación jurídica⁷.

En el matrimonio concurre lo que tradicionalmente se ha considerado la esencia misma del *Rechtsgeschäft*, es decir, el ser una declaración de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos que el ordenamiento realiza, porque son queridos por las partes. Y, aceptada dicha noción de negocio jurídico, no hay ninguna dificultad en calificar como negociales las recíprocas declaraciones de voluntad, en virtud de las cuales cada contrayente manifiesta su consentimiento en contraer matrimonio con el otro (art. 58 CC): los efectos establecidos por los arts. 67 y 68 CC se producen, en cuanto queridos por los contrayentes (*cf.* arts. 45, I, 73.1º CC); y el funcionario autorizante es, simplemente, un testigo cualificado, cuya presencia no enerva un ápice el carácter negocial del acto.

En definitiva, en 1981 el legislador abandonó su tradicional posición, consistente en ignorar la *realidad e integridad* del consentimiento de los contrayentes: se proclamó expresamente el principio según el cual “no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial” (vigente art. 45 CC) y, consecuentemente, se consideró nulo el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial (vigente art. 73.1º CC), con lo que la simulación y la reserva mental encontraron encaje específico entre las causas de nulidad; como también las hipótesis, rarísimas en la práctica, de error obstativo en la emisión o en el contenido de la declaración. Por otro lado, se amplió el ámbito de aplicación del error invalidante, que se extendió al recayente sobre las cualidades personales del otro contrayente (vigente art. 73.4º CC).

Esta reforma creo que es merecedora de valoración positiva: la nulidad y el divorcio no solo son instituciones distintas desde un punto de vista conceptual y práctico, sino que no proporcionan la misma satisfacción a los sujetos que acuden a ellas, dándose, además, la circunstancia de que el divorcio puede ser contrario a las creencias religiosas de los contrayentes.

La categoría de la nulidad presupone un sistema jurídico en el que el matrimonio, por decisión del legislador, solo puede tener su

⁷ L. Díez-PICAZO, *El negocio jurídico*, cit., p. 773.

origen en un negocio jurídico válido, es decir, en el que deben concurrir los requisitos de capacidad (arts. 46-47 CC), consentimiento (arts. 45, 73 CC) y forma (arts. 51 ss. C.C) legalmente establecidos al efecto. Por ello, la ausencia de alguno de tales requisitos (o su inadecuada formación) se sanciona con la invalidez del acto negocial, siendo la nulidad del matrimonio la concreta sanción que el ordenamiento jurídico asigna al acto irregular (art. 73 CC).

La introducción del divorcio vincular por Ley 30/1981, de 7 de julio, no impidió que el legislador estableciera un estimable régimen jurídico de la nulidad matrimonial (que esencialmente continua vigente); y ello parece lógico, pues, siendo la nulidad una categoría plenamente asentada en la teoría general del negocio jurídico, hubiera sido un contrasentido que el mismo legislador, que establece una detallada reglamentación de la invalidez de los contratos (capítulo VI del título II del Libro IV del Código civil), hubiese, en cambio, descuidado la regulación de la nulidad de matrimonio, acto este, que comporta radicales consecuencias jurídicas, que trascienden de la esfera puramente patrimonial y afectan a lo más íntimo de la persona. Es más, la regulación de la nulidad matrimonial será un fiel reflejo del respeto que el propio legislador siente por la figura del matrimonio, tal y como es configurada por la legislación civil⁸.

Así, la norma del art. 45 CC, a cuyo tenor “no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial”, sería una declaración puramente formal, de nulo interés práctico, si la ley, correlativamente, no hubiera garantizado la *realidad e integridad* del concreto consentimiento de los contrayentes a través del establecimiento de los pertinentes capítulos de nulidad: ausencia de consentimiento matrimonial (art. 73.1º CC), error en la identidad o en cualidad personal (art. 73.4º CC), coacción o miedo grave (art. 73.5º CC)⁹.

⁸ Y es que, como expone L. I. ARECHEDERRA ARANZADI, *El consentimiento matrimonial (Comentario al artículo 45 del Código civil)*, Pamplona, 1989, p. 42, “el régimen de validez – inversamente régimen de nulidad – explicita el concepto de matrimonio”.

⁹ Y otro tanto puede decirse respecto de la regulación de los impedimentos para contraer matrimonio (*cf.* arts. 46 y 47 CC en relación con art. 73.2º CC) y de los requisitos de forma a los que debe ajustarse la celebración del negocio jurídico matrimonial (*cf.* arts. 51 ss. CC en relación con art. 73.3º CC).

La nulidad matrimonial asume, pues, la específica función de tutelar la recta formación del vínculo matrimonial, razón por la cual atiende al momento constitutivo del matrimonio, prescindiendo de las sobrevenidas situaciones de crisis conyugal, cuya solución jurídica podrá hallarse en el divorcio o en la separación.

Pero más allá de consideraciones de índole dogmático, yo creo que la *libertad nupcial*, protegida por el art. 32.1 CE (tanto en su vertiente positiva, como negativa, del derecho a contraer o no matrimonio) aconseja el reconocimiento a la persona del derecho a no ser considerada como casada, ante la sociedad y ante el Estado, en tanto no haya contraído matrimonio mediante la celebración de un acto jurídico en el que concurran todos los presupuestos de validez exigidos por la ley: el derecho, en definitiva, a solicitar la declaración de nulidad del negocio matrimonial inválido, lo que alcanza una especial significación en el concreto plano del consentimiento que, sin duda, constituye, el elemento básico del negocio matrimonial (art. 45 CC)¹⁰. Quien contrae matrimonio debe consentir realmente (y con entera libertad) todas las consecuencias jurídicas que de dicho acto derivan. La solución contraría pugnaría con la concepción del matrimonio como cauce al servicio del libre desarrollo de la personalidad del ser humano: la naturaleza misma del matrimonio exige la existencia de un consentimiento *real e íntegro*.

2. Es indiscutido que, aunque no se diga expresamente¹¹, la simulación absoluta encuentra encaje en el vigente art. 73.1º CC, en tanto que dicho precepto sanciona la invalidez del “matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial”¹².

¹⁰ Según expone P. SALVADOR CODERCH, *Comentario al art. 44 CC*, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Madrid, 1984 p. 118, “reglas como las relativas al consentimiento matrimonial o a la edad mínima para contraer matrimonio pueden configurarse como normas que están al servicio de la *libertad matrimonial*”.

¹¹ La simulación sí era expresamente contemplada como causa de nulidad en la redacción del art. 73.5º CC propuesta por el Proyecto de Ley del Gobierno, pero, posteriormente, se suprime su mención expresa, formulándose la regla general del art. 73.1 CC, sin duda, para ajustar la redacción del precepto a la del art. 45.I CC.

¹² Esta unánime posición consensualista a la que, lógicamente, me adhiero,

La simulación absoluta tiene lugar cuando a las recíprocas declaraciones formales de los contrayentes, de querer contraer matrimonio el uno con el otro, se superpone un pacto privado, en cuya virtud ambos excluyen la causa típica del negocio matrimonial¹³ (consistente en la instauración de una plena comunidad de vida tendencialmente perpetua entre dos personas, asumiendo estas las obligaciones conyugales establecidas en los arts. 67 y 68 CC)¹⁴.

contrasta con la lectura de la simulación en clave causalista, que realiza el común de la doctrina y la jurisprudencia españolas en el ámbito contractual, viendo en la simulación absoluta un caso de inexistencia de causa encuadrable en el art. 1275 CC, que da lugar a la nulidad del negocio, rechazando contemplarla, tal y como hace la tradición jurídica alemana (*cf.* § 117.I BGB) y, por influencia de esta, la portuguesa (*cf.* art. 240.1 CC luso) como un supuesto de divergencia consciente entre la voluntad real y la declarada, siendo a este respecto especialmente contundente F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1985 (reimpresión 1991), pp. 336-338, y 348-350.

Sin embargo, a mi parecer, las denominadas teorías causalista y consensualista se complementan en este punto, pues la razón por la que la voluntad real y la declarada divergen es, precisamente, porque los contratantes, en virtud del acuerdo interno simulatorio, excluyen asumir la causa objetiva del negocio, entendida como la función económico-social de mismo, buscando crear una pura apariencia externa para lograr finalidades ajenas a dicha causa.

En este sentido me parecen muy lúcidas las palabras de J. JORDANO FRAGA, *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*, Bolonia, 1988, p. 201, cuando afirma que la causa “falsa”, esto es, la que externamente y de manera aparente se asume con el negocio simulado, “es, en otras palabras, la causa no querida”, añadiendo que “es sólo a través de la falta de consentimiento como se determina la falsedad de la causa, que, por tanto, no es sino una consecuencia de ella”.

¹³ F. FINOCCHIARIO, *Matrimonio civile. Formazione, validità, divorcio*, 2ª ed., Milano, 1989, p. 17, observa, así, que el hecho de que el consentimiento de las partes deba adherirse a la función social del negocio, tiene relevancia todas aquellas veces en que la declaración de voluntad expresada ante el funcionario del registro civil no se dirige a crear el *consortium*, sino a otros fines.

¹⁴ No comparto, en absoluto, la posición de ciertos autores que como M^ªC. GETE ALONSO Y CALERA, *Comentario al art. 73 CC*, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Madrid, 1984, p. 373, excluyen que pueda hablarse de una causa del negocio matrimonial, por no exigirla expresamente el Código civil, a diferencia de lo que hace respecto de los contratos.

Creo, por el contrario, que hay una causa objetiva o típica del negocio jurídico matrimonial, que, lógicamente, se identifica con la asunción de una plena

Por el acuerdo simulatorio los contrayentes convienen entre sí en no adquirir el *status* de cónyuge, por lo que habrá un supuesto de divergencia consciente entre la voluntad real y la declarada (ante el funcionario autorizante), lo que dará lugar a una falta de consentimiento, que provocará la nulidad del negocio (art. 45, I CC): los declarantes o contrayentes no querían, en realidad, casarse, sino crear una apariencia de matrimonio para lograr un efecto que la ley

comunidad de vida con los derechos-deberes conyugales legalmente establecidos en los arts. 67 y 68 CC.

Me parece especialmente significativo el art. 123.I CC italiano, que, al regular la simulación, dice que “El matrimonio puede ser impugnado por cada uno de los cónyuges, cuando los esposos hayan pactado no cumplir las obligaciones y no ejercitar los derechos derivados del mismo”.

Resulta evidente que el precepto establece una clara conexión entre simulación y exclusión de la causa del negocio matrimonial, identificada con los derechos-deberes conyugales, aunque, ciertamente, hubiera sido más oportuno que hablara de un pacto, en cuya virtud se excluyera la asunción de los mismos, no su mero cumplimiento o ejercicio; o como dice F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, en *Trattato de diritto civile e commerciale* (dir. A. Cicu y F. Messineo, continuado por L. Mengoni), III, t. 1, Milano, 1988, p. 510, se podría haber establecido la presunción de que el matrimonio no es querido, si su celebración es precedida o acompañada del pacto que excluye el ejercicio de todos los derechos y el cumplimiento de todos los deberes que derivan del matrimonio.

De hecho, esta redacción del precepto ha llevado a algunos autores, como, p. ej., F. FINOCCHIARO, *Matrimonio*, en *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca* (a cargo de F. Galgano), t. II, Bologna-Roma, 1993, *sub* art. 123, pp. 166-169, a sostener que la norma no regula la simulación, pues sanciona un vicio que no afecta al momento de la formación del vínculo, sino a la fase de ejecución del mismo, de modo que los contrayentes no excluirían la asunción del estado de cónyuge.

Sin embargo, como certeramente señala C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1. La *famiglia*, 6ª ed., Milano, 2017, la objeción desaparece cuando se parte de una noción amplia de simulación, entendida como una apariencia negocial, reconducible a la hipótesis de una utilización intencional del negocio para una finalidad incompatible con su causa típica. Por otro lado, como constata V. BARBA, *La simulazione nel matrimonio civile*, en *Trattato di diritto di famiglia* (dir. G. Bonilini), vol. I, *Famiglia e matrimonio*, Torino, 2016, p. 463, hay una cierta dosis de artificialidad en el recurso al argumento de la literalidad del art. 123 CC italiano para negar que el precepto no se refiera a la simulación, pues, como dice el autor, pensar que la obligación pueda nacer privada de su característica esencial, en virtud de un acuerdo de no cumplirla, es tanto como negar su existencia misma.

asigna al mismo¹⁵: en la práctica, el efecto buscado suele ser que un contrayente extranjero obtenga el permiso de residencia en España, pero las finalidades pueden ser otras, por ejemplo, subrogarse en un arrendamiento urbano, cobrar una pensión de viudedad o disfrutar de los beneficios fiscales establecidos para las transmisiones de bienes entre cónyuges, en particular, a los efectos del impuesto de sucesiones y donaciones¹⁶.

Mayores problemas plantea la admisión de la simulación parcial (la denominada *simulatio partialis*) en el ámbito del Derecho matrimonial civil¹⁷. Dicha figura aparece regulada en el c. 1101, II del

¹⁵ Hay que tener en cuenta que, para que exista la simulación, no basta con que el propósito práctico perseguido por los contrayentes sea alcanzar alguno de los efectos secundarios que la ley asigna al matrimonio, ya que los motivos subjetivos de las partes para contraer matrimonio son irrelevantes: lo decisivo es que solamente se quieran alcanzar dichos efectos, excluyendo la asunción del estado civil de cónyuge y, por consiguiente, los derechos-deberes que del mismo derivan. *Vid.* a este respecto, las consideraciones realizadas por F. PEREIRA COELHO, G. DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da família*, vol. I, *Intrrodução Direito matrimonial*, 5ª ed., Coimbra, 2015, pp. 273-274.

¹⁶ En la jurisprudencia francesa Cass. 1ª 28 octubre 2003 (D. 2004, 21) se ha declarado nulo un matrimonio contraído por un varón con orientación homosexual, gravemente enfermo de sida, en previsión de su muerte, con una amiga (madre de un niño y que convivía de hecho con otro hombre). El varón aportó en capitulaciones matrimoniales sus bienes a la comunidad conyugal, pactándose su atribución integral al cónyuge sobreviviente, a cambio del acuerdo interno de que la mujer cuidara de su madre. Sucedió, sin embargo, que la madre murió y él mejoró de salud, gracias a la terapia seguida, por lo que demandó la nulidad del matrimonio por simulación.

¹⁷ *Vid.* en contra de la admisión de la misma, expresamente, L.I. ARECHERRA ARANZADI, *Comentario al art. 45 CC*, en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil* (coord. J.L. LACRUZ BERDEJO), 2ª ed., Madrid, 1994, p. 101, en particular, nota 29; P. DE PABLO CONTRERAS, *Comentario al art. 45 CC*, en *Código civil comentado*, vol. I (dir. A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández), 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 351; J.A. DORAL GARCÍA, *Comentario al art. 73 CC*, en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil* (coord. J. L. Lacruz Berdejo), 2ª ed., Madrid, 1994, p. 712; e implícitamente E. ROCA TRÍAS, *Los requisitos del matrimonio*, en *Derecho de familia* (coord. E. Roca Trías), 3ª ed., Valencia, 1997, p. 72.

vigente *CIC* (correspondiente al c. 1086 del viejo *Codex*), conforme al cual si uno de los contrayentes (o ambos) excluye, mediante un acto positivo de voluntad, alguno de los elementos o propiedades esenciales del matrimonio (es decir, el *bonum prolis*, el *bonum fidei* o el *bonum sacramenti*) contrae inválidamente. Desde la perspectiva del Derecho civil, la simulación parcial haría alusión a la hipótesis en que los contrayentes no excluyen la causa típica del negocio (quieren asumir el *status* conyugal), sino que, tan solo, pactan la no asunción de alguno de los caracteres definitorios (*propiedades* en terminología canónica) del tipo matrimonial civil (la unidad) o de alguna de las obligaciones que integran el contenido personal de la relación matrimonial (*ex art. 67 y 68 CC*).

Sin duda, existen razones que inducen a no reconocer relevancia invalidante a la simulación parcial¹⁸. De un lado, la circunstancia de que las obligaciones que integran el *status* conyugal son materia de orden público sustraída a la autonomía de la voluntad y, por ende, a la disponibilidad de los particulares (de ahí, que el art. 45, II CC declare enérgicamente que “la condición, término o modo del consentimiento se tendrá por no puesto”). De otro, la necesidad de armonizar el interés privado de los contrayentes a la protección de la *realidad* del consentimiento nupcial con el interés público a la certeza de las actuaciones relativas al estado civil de las personas, que, quizás, podrían padecer de manera excesiva con la admisión de la simulación parcial.

Sin embargo, no puede dejar de observarse que, en ocasiones, lo que, *prima facie*, aparece como una simulación parcial, podría, en realidad, ser constitutivo de una auténtica simulación total. Así, si los contrayentes, en virtud de un pacto, excluyeran toda convivencia habría que dudar de la seriedad de su propósito de contraer matrimonio y de asumir el *status* conyugal. Y otro tanto cabría decir, de existir un pacto dirigido, no a modalizar, sino a excluir, total y absolutamente, la obligación de respeto, fidelidad o auxilio mutuo, o la propiedad de la *unidad*, característica del modelo matrimonial de

¹⁸ La doctrina foránea se inclina por no admitir la relevancia de la simulación parcial: *cf.* así, respecto de la italiana, entre otros, F. GALGANO, *Il negozio*, cit., p. 510; y, respecto de la portuguesa, F. PEREIRA COELHO, G. DE OLIVEIRA, *Curso*, cit., p. 275.

Occidente. En realidad, las obligaciones que integran el contenido de la relación matrimonial son tan mínimas y, por otra parte, tan indispensables en orden a la instauración de una plena comunidad de vida, que resulta difícil imaginar la existencia de un verdadero consentimiento *ad nuptias* desligado de la voluntad de asumir todos los derechos-deberes contemplados en los arts. 67 y 68 CC; y, dada la *simplicidad* del instituto matrimonial civil, que, a diferencia del canónico, no tiene como fin típico la procreación y educación de los hijos, ni tampoco reviste, obviamente, los caracteres de la indisolubilidad y de la sacramentalidad, quizás, incluso, sea de escasa utilidad hablar de simulación parcial *versus* simulación total en el ámbito del Derecho civil matrimonial.

La cuestión adquiere especial interés desde el momento en que la Ley 15/2005, de 8 de julio, añadió al art. 68 CC un último inciso, que dice que los cónyuges “Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”.

A mi parecer, la oportunidad de esta disposición es dudosa¹⁹, en la medida en que supone una injerencia pública en un ámbito íntimo de la persona, como es el de la libre decisión de los cónyuges, acerca de la asignación y distribución de las tareas domésticas, lo que, además, parece estar en contradicción con el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, el cual implica el reconocimiento, como principio general inspirador del ordenamiento jurídico, de la autonomía de la persona para elegir entre las diversas opciones vitales, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias²⁰. Este intervencionismo estatal, calificado como

¹⁹ S. CARRIÓN OLMOS, *Separación y divorcio tras la Ley 15/2005, de 8 de julio*, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia de 2005* (coord. J. R. de Verda y Beamonte), Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 180, juzga esta disposición “quizá no del todo afortunada, al menos, por cuanto a su ubicación se refiere”.

²⁰ L. DÍEZ-PICAZO, A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 12ª ed., Madrid, 2018, p. 88, consideran que se trata de “un precepto difícil de integrar en el sistema legal, pues utiliza frases muy generales, susceptibles de todas las interpretaciones posibles”. E. SERRANO GÓMEZ, *Efectos del matrimonio*, en *El nuevo matrimonio civil. Estudio de las leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio, de Reforma del Código Civil. Con formularios*, Madrid, 2005, p. 70, en-

“una norma de pedagogía social”²¹, que pretende imponer a los cónyuges un modelo de organización de las tareas domésticas, basado en la igualdad (aunque expresamente no se utilice esta palabra), resulta paradójico²², si se tiene en cuenta que, precisamente, el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad es el hilo conductor de la reforma introducida por la Ley 15/2005, al establecer como causa de separación y disolución del matrimonio la mera voluntad de los cónyuges, así como también lo es de la reforma operada por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se admite el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Entiendo que, una vez proclamado en el art. 66 CC, que “El marido y la mujer son iguales en derechos y deberes”, proclamación seguramente necesaria al tiempo de promulgarse la Ley 30/1981, dado los antecedentes históricos de sumisión de la mujer al marido (que, por supuesto, no son exclusivos de nuestro Derecho), el Estado no tiene por qué predeterminar legalmente la distribución de las funciones que cada uno de los cónyuges asumirá en el matrimonio, sino que debe respetar los acuerdos a los que ambos lleguen libremente a este respecto, por ejemplo, que uno de ellos se dedique a las labores del hogar y el otro trabaje fuera de casa, opción, que, desde un punto de vista constitucional, es tan perfectamente legítima, como aquella en la que se pacta una distribución por igual de las tareas domésticas²³.

tiende que “esta referencia ‘a compartir las responsabilidades domésticas’, se trata de una concesión legal del legislador a determinados movimientos feministas”.

Tiene razón M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, en *Il codice civile. Commentario* (dir. P. Schlesinger), artículos 143 a 148, Giuffrè, Milano, 1990, p. 6, cuando habla de la necesidad de individualizar en los deberes conyugales el contenido mínimo para garantizar la identidad sustancial del matrimonio, respetando, al mismo tiempo, la legítima diferenciación de las diversas realidades familiares.

²¹ M^aL. ATIENZA NAVARRO, *La incidencia de las reformas de 2005 en materia de efectos personales del matrimonio*, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia de 2005* (coord. J.R. de Verda y Beamonte), Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 153.

²² M^aL. ATIENZA NAVARRO, *La incidencia*, cit., p. 156; y M^aT. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *Remedios indemnizatorios en las relaciones conyugales*, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia de 2005* (coord. J. R. de Verda y Beamonte), Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 157, llaman la atención sobre este punto.

²³ J.L. LACRUZ BERDEJO, *Efectos del matrimonio*, en J.L. LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho civil*, IV, *Derecho de familia*, fascículo 1º, 3ª ed., Barcelona, 1989, cit., p. 135, afirma, así, “la necesidad de respetar, junto al ‘libre desarrollo’, las bases sobre las cuales establecieron libremente los cónyuges la vida familiar”.

3. Distinta de la simulación es la reserva mental, que no tiene carácter bilateral, sino unilateral, es decir, que tiene lugar cuando uno de los contrayentes (desconociéndolo el otro) excluye la causa del matrimonio, mediante un acto de voluntad interno, no manifestado externamente²⁴. Quien realiza la reserva mental no desea, pues, asumir el estado civil de casado, sino solamente su mera apariencia para lograr un efecto que la ley asigna a dicho estado, por ejemplo, la tarjeta de residente comunitario, cuando se trata de un contrayente extranjero que se casa, con tal fin, con un español.

La reserva mental es causa de nulidad del matrimonio civil, como lo es del canónico, teniendo actualmente encaje (al igual que la simulación) en el art. 73.1º CC, al ser un supuesto de matrimonio “celebrado sin consentimiento matrimonial”, tal y como sostiene el común de los autores²⁵ y la jurisprudencia²⁶.

²⁴ Si el otro contrayente conoce la reserva mental de quien la realiza (y comparte su propósito de no asumir el estado civil de casado), estaremos, en puridad, ante una simulación tácita.

²⁵ La doctrina actual es favorable al reconocimiento de la reserva mental como causa de invalidez matrimonial. *Vid.*, en este sentido, M. ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho civil, IV, Derecho de familia*, 12ª ed. (puesta al día por S. Díaz Alabart), Madrid, 2013 p. 85; L. DÍEZ-PICAZO, A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema*, cit., p. 77; A. DÍAZ MARTÍNEZ, *Comentario al art. 73 CC*, en *Comentarios al Código civil* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), t. I, Valencia, 2013, pp. 833-834; J.A. DORAL GARCÍA, *Comentario al art. 73 CC*, en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo IV del Libro primero del Código civil* (coord. J.L. Lacruz Berdejo), 2ª ed., Madrid, 1994, p. 704; G. GARCÍA CANTERO, *Comentario al art. 47 CC*, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. Albaladejo), t. II, 2ª ed., Madrid, 1982, p. 218; C. HORNERO MÉNDEZ, *Las crisis matrimoniales*, en *Derecho de Familia* (dir. A. López y López y R. Valpuesta Fernández), 2ª ed., Valencia, 2017, p. 69; Mª LINACERO DE LA FUENTE, *Nulidad, separación y divorcio*, en *Tratado de Derecho de familia* (dir. Mª Linacero de la Fuente), Valencia 2016, p. 132; O. MONJE BALMASEDA, *Requisitos del matrimonio*, en *Sistema de Derecho civil, Derecho de familia* (dir. F. Lledó Yagüe y R. Herrera Campos), Madrid, 2002, p. 72; E. ROCA I TRÍAS, *Los requisitos*, cit., p. 73; MªD. TOLDRÁ I ROCA, *La reserva mental en el matrimonio civil*, en *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente* (coord. L. Prats), vol. II, Valencia, 1996, p. 519 ss.; y C. VILLAGRASA ALCAIDE, *Matrimonio civil y reserva mental*, Barcelona 1996.

²⁶ La jurisprudencia de instancia, en efecto, ha ido también progresivamente admitiendo la reserva mental como causa de nulidad de matrimonio. *Vid.*, en es-

Podría replicarse que la admisión de la reserva mental como causa de nulidad del matrimonio es difícilmente conciliable con el interés público a la certeza y seriedad de las actuaciones relativas al estado civil de las personas.

A mi parecer, esta objeción pierde fuerza a la luz de la especificidad del negocio jurídico matrimonial respecto del contrato. En el ámbito del Derecho de la contratación la exigencia de seguridad de las relaciones jurídicas patrimoniales (a los efectos de favorecer la circulación de la riqueza) justifica sobradamente que, en virtud del principio de responsabilidad negocial, nadie pueda invocar en perjuicio de la otra parte contratante una causa de nulidad imputable a la propia conducta dolosa de quien la alega²⁷. Sin embargo, tal consecuencia parece desmesurada respecto del matrimonio, que no es un contrato, sino un negocio jurídico de Derecho de familia, en cuya virtud dos personas asumen una plena comunidad de vida; y, de ahí, que deba tutelarse exquisitamente la realidad del consentimiento nupcial; y ello frente a otras consideraciones, debiendo prevalecer el interés privado de los contrayentes a demandar la nulidad del matrimonio contraído con reserva mental frente al interés público a la seguridad de las relaciones matrimoniales y a la estabilidad de las actuaciones relativas al estado civil de las personas²⁸.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que no existe reserva men-

te sentido, entre otras, SAP Barcelona 8 noviembre 1999 (AC 1999, 2588), SAP Valencia 20 julio 2006 (JUR 2007, 40031), SAP Málaga 30 noviembre 2006 (JUR 2007, 163775), SAP Málaga 22 enero 2009 (JUR 2009, 199377), SAP Barcelona 25 noviembre 2009 (JUR 2010, 151111), SAP Vizcaya 20 mayo 2010 (JUR 2010, 409090) y SAP Vizcaya 30 abril 2019 (JUR 2019, 226249).

²⁷ *Vid.*, así, expresamente, en sede de negocio jurídico en general, § 116 *BGB* y el art. 244.2º CC portugués, que, sin embargo, asimilan a la simulación la reserva mental conocida por el destinatario de la declaración de voluntad.

²⁸ No es esta la solución aceptada por el común de la doctrina portuguesa, motivada, creo yo, en parte, porque el Código civil luso, carece de un precepto paragonable al art. 73.1º CC español, que, con carácter general, declare la invalidez del matrimonio celebrado sin consentimiento. Por el contrario, el art. 1635 CC portugués contiene una enumeración de supuestos de falta de voluntad que dan lugar a la invalidez matrimonial, entre los que sí se encuentra la simulación, pero, en cambio, no la reserva mental, la cual, sin embargo, según el art. 244.2º CC, no es causa de nulidad del negocio jurídico, en general, salvo que la misma sea conocida por el destinatario de la declaración. En el sentido de aplicar esta

tal por el hecho de que el declarante quiera casarse para obtener una ventaja administrativa (permiso de residencia) o patrimonial (aumento de sus niveles de bienestar), pues los propósitos prácticos que llevan a una persona a contraer matrimonio son móviles subjetivos que el Derecho no entra a valorar (ya que pertenecen a la esfera de su libertad e intimidad), sino que es necesario que quien declara querer casarse solo busque crear una apariencia de matrimonio que le lleve a obtener dichas ventajas: es necesario, en suma, que en su fuero interno, mediante un acto positivo de voluntad, excluya la causa del negocio jurídico conyugal, es decir, la asunción de los deberes conyugales²⁹.

Afirmada la posibilidad de incardinar la reserva mental en el art. 73.1º CC, habrá que admitir, por aplicación del art. 74 CC, que la legitimación para interponer la demanda de nulidad corresponde, por supuesto, al contrayente que confió en la validez de la declaración emitida, a los terceros con interés directo y legítimo en la declaración de nulidad y al Ministerio Fiscal; pero también al contrayente, autor de la reserva mental³⁰.

norma general al matrimonio, invocando el principio de responsabilidad, *vid.* F. PEREIRA COELHO, G. DE OLIVEIRA, *Curso*, cit., p. 272.

²⁹ Hay que observar que la mera confesión del declarante de no haber querido contraer matrimonio (que raramente se dará, como no sea él quien demande la nulidad) no es suficiente para considerar acreditada la reserva mental (como tampoco lo es la confesión de ambos contrayentes para probar la existencia de una simulación, puesto que estamos ante una materia que afecta el estado civil), pero es un indicio de su existencia, el cual, con apoyo en otras circunstancias, puede hacer presumir racionalmente al juez que aquel carece de un propósito de asumir el estado civil de casado: por ejemplo, la obtención por parte del declarante extranjero de un permiso de residencia en España y el abandonado repentino del domicilio conyugal al poco tiempo de casarse. *Vid.*, así, SAP Barcelona 8 noviembre 1999 (*Tol* 22783) y SAP Málaga 22 enero 2009 (JUR 2009, 199377)

Por el contrario, la no obtención de un beneficio por parte del declarante como consecuencia de la celebración del matrimonio es un indicio de que existió un auténtico consentimiento matrimonial, como también si lo obtuvo, pero tuvo lugar un normal desenvolvimiento de la convivencia conyugal durante un período de tiempo prolongado. *Vid.*, en tal sentido, SAP Valencia 20 julio 2006 (JUR 2007, 40031), SAP Málaga 30 noviembre 2006 (JUR 2007, 163775), SAP Barcelona 25 noviembre 2009 (JUR 2010, 151111) y SAP Vizcaya 20 mayo 2010 (JUR 2010, 409090).

³⁰ En contra, sin embargo, C. VILLAGRASA ALCAIDE, C.: *Matrimonio civil*, cit., pp. 127-129.

Podría, quizás, objetarse que el reconocimiento de legitimación activa al autor de la reserva mental supondría un premio a la mala fe, en cuanto comportaría una injustificada prevalencia del interés del declarante a la tutela de la *realidad* del consentimiento, en perjuicio del interés del destinatario a la tutela de la confianza en la validez de la declaración emitida. Pero estimo que la objeción apuntada carece de fundamento, si se considera que la afirmación de la relevancia de la reserva mental no comporta, necesariamente, negar la operatividad del principio de responsabilidad negocial. Si ha existido convivencia conyugal el autor de la reserva deberá indemnizar al contrayente inocente, conforme a lo dispuesto en el art. 98 CC; y, en cualquier caso, deberá indemnizarle (a mi entender, con apoyo en el art. 1902 CC) los gastos hechos y las obligaciones contraídas en atención al matrimonio, los cuales quedan inútiles como consecuencia de la nulidad del mismo e, incluso, según la jurisprudencia, el daño moral “que se origina con la frustración de la esperanza de lograr una familia legítimamente constituida”³¹.

4. La acción de simulación es imprescriptible y, a diferencia de lo que establecen los arts. 75 y 76 CC (para los casos de matrimonio contraído mediando impedimento de edad o por error, coacción o miedo grave), se trata de una nulidad que no puede convalidarse por la convivencia posterior de los contrayentes durante un lapso de tiempo, lo que parece ajustado a la gravedad de esta causa de nulidad, excluyente del consentimiento matrimonial³².

³¹ *Vid.* a este respecto, STS 28 noviembre 1985 (*Tol 1736098*), recaída en un caso en el que la declaración de nulidad había tenido lugar en la jurisdicción eclesiástica, acudiéndose posteriormente por la mujer defraudada a la vía civil para pedir el resarcimiento del daño moral, que se le concedió, si bien, no con apoyo en el art. 1902 CC (responsabilidad extracontractual), sino con fundamento en las normas de la responsabilidad civil contractual.

³² En otros Derechos se adoptan soluciones distintas.

Así, según resulta del art. 1644 CC portugués, que, a diferencia de lo que hace el art. 240.2 de dicho código (en sede de negocio jurídico en general), considera meramente anulable (no nulo) el matrimonio simulado [*cf.* art. 1635.d) CC portugués], la acción solo podrá ejercitarse en el plazo de tres años a partir de la celebración del matrimonio o, si el mismo no era conocido por el demandante de la anulación, en el de seis meses a partir de que lo conociera (disposición esta última, que, obviamente, está pensada para los demandantes de anulación distintos de los

El legislador, en este punto, ha hecho prevalecer el principio de

propios contrayentes). Esta solución contrasta con la que resulta del art. 286 CC portugués para los negocios simulados en general, respecto de los cuales, siendo nulos, la acción para declarar su invalidez podrá ser ejercitada en todo tiempo por cualquier interesado y la nulidad podrá ser aplicada de oficio por el Tribunal.

También en el Derecho alemán se produce el mismo contraste entre el régimen de la invalidez en el negocio jurídico en general y el negocio jurídico matrimonial, que, apartándose de la regla prevista en el § 117.I *BGB*, no es nulo, sino anulable. Por ello, el matrimonio simulado (*Scheinehe*), considerado como causa de anulación por el § 1314.II, 5° *BGB*, se convalida por la convivencia posterior de los cónyuges, según prevé el § 1315.I 5° *BGB*. Sin embargo, la acción de anulación no está sujeta a plazo de ejercicio, como constata D. SCHWAB, *Familienrecht*, 24ª ed., München, 2016, p. 41.

El art. 123.II CC italiano prevé que, en el caso de simulación, la acción no puede ser ejercitada, una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio, o bien en el caso de que los contrayentes hayan convivido como cónyuge sucesivamente a dicha celebración.

Esta norma ha dado lugar a un fuerte debate doctrinal, existiendo autores que entienden que el régimen procesal de la acción que en ella se prevé es incoherente con la esencia de la simulación, porque, siendo esta un supuesto de inexistencia de consentimiento (elemento esencial del negocio jurídico), debe dar lugar a la nulidad del matrimonio y, por lo tanto, no es posible su sanación: la consecuencia es que, según ellos el art. 123 CC italiano no se referiría a la simulación (a pesar de que así lo dice su rúbrica), sino a otra figura distinta, como, por ejemplo (según opiniones), a un negocio indirecto, a un negocio fiduciario o la categoría del abuso de derecho. *Vid.* a este respecto, *in extenso*, E. PEREGO, *La simulazione*, cit., p. 50 ss.

A mi parecer, este modo de razonar incurre un apriorismo conceptual, que traslada automáticamente esquemas contractuales al matrimonio: se parte de la idea preconcebida de que la naturaleza sustantiva de un supuesto de hecho requiere una determinada regulación procesal y, si la que legalmente se establece no coincide con lo que exige esa idea preconcebida, se concluye que el legislador, en realidad, no ha querido regular dicho supuesto. En verdad, el régimen procesal de la acción de simulación es una cuestión que puede determinar el legislador de la manera que tenga por conveniente, y es a ese dato legal al que la doctrina debe atenerse para elaborar la categoría de la invalidez matrimonial, y no, al revés.

C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 163 observa, así, que la específica solución legal a la simulación matrimonial puede encontrar justificación en la exigencia de no posponer en el tiempo la incertidumbre de un matrimonio, cuya celebración ha sido realmente querida por los cónyuges.

Por último, en el Derecho francés se aplica a la simulación el vigente art. 181 del *Code*, de modo que la acción de nulidad no podrá ejercitarse pasado un plazo de cinco años, a contar desde la celebración del matrimonio.

tutela del consentimiento sobre el de seguridad jurídica de las relaciones matrimoniales³³. El régimen procesal de la acción de nulidad era diverso en el art. 77 Proyecto de Ley del Gobierno, cuyo tenor era el siguiente: “En caso de simulación sólo estarán legitimados los contrayentes y, para evitar fraudes, el Ministerio Fiscal. Unos y otros carecerán de acción si los cónyuges hubieren vivido juntos durante más de seis meses”.

Evidentemente, el régimen procesal de la acción es bien distinto del inicialmente previsto en el Proyecto de Ley, ya que, de la norma general formulada en el art. 74 CC (aplicable a la simulación), resulta (*a sensu contrario*, en relación a los arts. 75 y 76 CC), no solo que el matrimonio nulo por simulación no se convalida por convivencia de los contrayentes, sino que la legitimación activa para demandar la nulidad corresponde también a terceros con interés directo y legítimo en ella³⁴.

Se observa, pues, una evidente diferencia procesal entre las accio-

³³ Es interesante la evolución del Derecho luso respecto a la legitimación activa para ejercitar la acción de nulidad de matrimonio por simulación. El originario art. 1640.1º CC portugués atribuía la legitimación, exclusivamente, a las personas perjudicadas por el matrimonio simulado, pero no a los contrayentes, a quienes, sin embargo, también ahora se la reconoce el precepto desde la reforma llevada a cabo por el DL núm. 496/1977, de 25 de noviembre, lo que es valorado positivamente por la doctrina, por considerar que la solución anterior constituía una desviación injustificada de la norma general del art. 242.1º CC portugués. *Cfr.* a este respecto F. PEREIRA COELHO, G. DE OLIVEIRA, *Curso*, cit., p. 274.

³⁴ Sin embargo, creo que la actuación del Ministerio Fiscal procederá, exclusivamente (tal y como se decía en el Proyecto del Gobierno), a los efectos de “evitar fraudes”, entendiéndolo, por tales, aquellos con los que los contrayentes pretendan obtener algún beneficio que las leyes prevén en favor de los casados (normalmente, la residencia en España), ya que, en caso contrario, la injerencia pública en aspectos que afectan a la intimidad personal y familiar de los contrayentes y al ejercicio del *ius connubii* carece de razón de ser.

En todo caso, hay que advertir que son excepcionales los supuestos en que la demanda de nulidad es presentada por el Ministerio Fiscal, ya que este, normalmente, realiza el control de la posible existencia de una simulación en la tramitación del expediente previo a la celebración del matrimonio o al tiempo de la solicitud de la inscripción, cuando se trata de matrimonios celebrados en el extranjero con arreglo a la forma establecida en la *lex loci*. *Vid.*, no obstante, SAP Valladolid 12 marzo 1999 (Sec. 3ª, nº 74/1999) y SAP Asturias 31 enero 2000 (Sec. 1ª, nº 43/2000).

nes de nulidad por causa de simulación y las que tienen lugar por concurrir impedimento de edad o un vicio del consentimiento (error, coacción o miedo grave): mientras que la legitimación para ejercitar la primera corresponde “a los cónyuges, al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella” (art. 74 CC), por el contrario, respecto de las segundas existe una legitimación restringida. Así, el art. 75. CC establece que “Si la causa de nulidad fuere la falta de edad, mientras el contrayente sea menor sólo podrá ejercitar la acción cualquiera de sus padres, tutores o guardadores y, en todo caso, el Ministerio Fiscal”, añadiendo que “Al llegar a la mayoría de edad sólo podrá ejercitar la acción el contrayente menor, salvo que los cónyuges hubieren vivido juntos durante un año después de alcanzada aquélla”. Por su parte, conforme al art. 76 CC, “En los casos de error, coacción o miedo grave solamente podrá ejercitar la acción de nulidad el cónyuge que hubiera sufrido el vicio”; y “Caduca la acción y se convalida el matrimonio si los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año después de desvanecido el error o de haber cesado la fuerza o la causa del miedo”.

No creo que con apoyo en estos preceptos puede trasladarse al ámbito de la invalidez matrimonial la tradicional bipartición, propia de los negocios jurídicos patrimoniales, entre nulidad y anulabilidad³⁵, sino que la “nulidad” matrimonial (que es el término que, en

³⁵ La respuesta a la cuestión es diversa en los distintos países.

La doctrina francesa, desde antiguo, distingue claramente entre nulidades absolutas y relativas: las primeras son las que están fundadas en motivos de orden público, por lo que pueden ser invocadas por ambos cónyuges y por el Ministerio Público; las segundas son las fundadas en motivos de interés privado, por lo que solo pueden ser invocadas por las personas en cuyo interés están establecidas y cuyo silencio, durante un cierto tiempo, es suficiente para que no se pueda atacar la validez del matrimonio por dichos motivos. *Cfr.*, por ejemplo, entre los autores clásicos, DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, t. I, Dijon, Videcoq, Paris, 1834, pp. 74-75; y, entre los más recientes, PH. MALAURIE, H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, 5ª ed., Issy-les-Moulineaux, 2016, p. 170.

Por el contrario, la doctrina portuguesa no admite la bipartición entre nulidad y anulabilidad en sede de matrimonio, proponiendo, de acuerdo con la terminología del código portugués luso, una sola categoría de invalidez del matrimonio civil, esto es, la anulabilidad. *Cfr.*, en este sentido, por todos, F. PEREIRA COELHO, G. DE OLIVEIRA, *Curso*, cit., pp. 353 y 357, que caracterizan la anulabilidad del matrimonio por las siguientes notas: imposibilidad de apreciación de

sede de invalidez matrimonial, siempre utiliza el legislador de 1981, que, conociendo de la distinción, para nada habla de “anulabilidad”) es una categoría única³⁶ (regulada por los arts. 73 ss. CC), dependien-

oficio, necesidad de ser constata judicialmente, legitimación activa (de la acción para constatarla) restringida, existencia de un plazo de ejercicio de la acción y posibilidad de sanación del defecto en ciertos supuestos.

En la doctrina italiana hay opiniones contrapuestas entre los autores. Un sector de la doctrina se muestra contrario a trasladar al negocio matrimonial la distinción entre nulidad y anulabilidad: es, por ejemplo, el caso de F. GALGANO, *Il negozio*, cit., p. 501. Por el contrario, otros autores son favorables a distinguir ambas categorías en la invalidez matrimonial. En tal sentido se orienta, entre otros, V. BARBA, *Nullità, annullabilità e irregolarità del matrimonio civile*, en *Trattato di diritto di famiglia* (dir. G. Bonilini), vol. I, *Famiglia e matrimonio*, Torino, 2016, pp. 309-310, que funda la distinción en el interés general o particular protegido por la causa de invalidez y en la imposibilidad o posibilidad de sanación del matrimonio invalido.

³⁶ En la doctrina española es mayoritaria la opinión de que la nulidad matrimonial constituye una categoría única, de tal modo, que no es trasladable al negocio matrimonial la distinción entre nulidad y anulabilidad, distinción esta, propia del ámbito del Derecho de la contratación.

Cfr., en este sentido, M. ALBALADEJO GARCÍA, *Curso*, cit., pp. 79-80; F. BLASCO GASCÓ, *Instituciones de Derecho civil. Derecho de familia*, 3ª ed., Valencia, 2018, p. 266; A. DÍAZ MARTÍNEZ, *Comentario al art. 73 CC*, cit., pp. 801-802; L. DÍEZ-PICAZO, A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, cit., vol. IV, p. 104; M^aC. GETE ALONSO Y CALERA, *Comentario al art. 73 CC*, cit., p. 360 ss.; J. PUIG BRUTAU, *Compendio de Derecho civil*, vol. IV, *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 1ª ed., Barcelona, 1991, p. 31; N. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *La nulidad matrimonial*, en *Nuevos conflictos en el Derecho de Familia* (coord. E. Llamas Pombo), Madrid, 2009, pp. 69-100; E. SERRANO ALONSO, *El nuevo matrimonio civil*, Madrid, 2005, p. 91; P. DE PABLO CONTRERAS, *Comentario al art. 74 CC*, en *Código civil comentado*, vol. I (dir. A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández), 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 458.

Especialmente certeras me parecen las observaciones de A. LUNA SERRANO, *La nulidad del matrimonio*, en J.L. LACRUZ BERDEJO, *El nuevo régimen de la familia*, vol. I, *Matrimonio y divorcio*, Madrid, 1982, p. 135, para quien “el diferente tratamiento que en materia de nulidad matrimonial tienen [...] la legitimación y la convalidación según las diferentes causas de invalidez no obedece a circunstancias formalmente reconducibles a categorías abstractas – en cuanto conectadas a intereses homogéneos – sino que, a diferencia de lo que ocurre en tema de contratos – en cuya materia los intereses son homogenizables –, se basa en consideraciones de prudencia y, en definitiva, de política legislativa po-

do de las concretas normas (arts. 74, 75, 76.I C.c.) la legitimación activa para ejercitarla, sin que esté sujeta a plazo de prescripción³⁷, aunque la misma no podrá ejercitarse en los casos (expresamente

livalentes y, desde luego, más sensibles a la diversa apreciación moral y política de las distintas causas que invalidan al matrimonio y a las circunstancias que subsiguen, en cada caso, a su celebración”.

Sin embargo, admiten la distinción entre nulidad y anulabilidad en el ámbito de la invalidez matrimonial E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *La nulidad del matrimonio después de la Constitución*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1979, pp. 187-189; y, con posterioridad a la reforma de 1981, G. GARCÍA CANTERO, *Comentario al art. 73 CC*, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. Albaladejo), t. II, 2ª ed., Madrid, 1982, p. 204; M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de familia*, Madrid, 1989, pp. 80-83; y parece que también C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil*, t. VI, *Derecho de familia*, Madrid, 1997, p. 88.

³⁷ Surge la pregunta de si los plazos contemplados en los arts. 75 y 76 CC constituyen el único límite al ejercicio de la acción de nulidad o, por el contrario, aquella está, además, sujeta a plazo de prescripción.

La opinión negativa es la prevalente en la doctrina. Según M. ALBALADEJO GARCÍA, *Curso*, cit., IV, p. 90, “no hay límite de tiempo para pedir la nulidad. Así se sigue de que no establece la ley un plazo máximo como regla para cualquier caso, y de que por excepción sí fija en ciertos casos un cierto plazo para el ejercicio de la acción, lo que implica que en los demás, no hay plazo”. En el mismo sentido se pronuncian L. DÍEZ-PICAZO, A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, cit., vol. IV, p. 120, para quienes se trata de “una nulidad radical y de una acción que no está sometida a plazo de ejercicio en principio”; como también M^oC. GETE ALONSO Y CALERA, *Comentario al art. 73 CC*, cit., p. 410; y P. DE PABLO CONTRERAS, *Comentario al art. 76 CC*, en *Código civil comentado*, vol. I (dir. A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández), 2ª ed., Cizur Menor, 2016, p. 466. J. PUIG BRUTAU, *Compendio de Derecho civil*, cit., vol. IV, p. 36, parece adherirse a la opinión favorable a la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, en cuanto acción relativa al estado civil de las personas.

En contra, sin embargo, G. GARCÍA CANTERO, *Comentario al art. 73 CC*, cit., pp. 236-237, que, aplicando al negocio jurídico matrimonial las categorías de la inexistencia, nulidad y anulabilidad, distingue los siguientes supuestos: 1º) la acción es imprescriptible en los supuestos que él denomina de inexistencia (matrimonio celebrado sin consentimiento, art. 73.1º CCC) y de nulidad absoluta por bigamia y por impedimento no dispensable; 2º) la acción prescribe a los quince años en los demás supuestos de nulidad absoluta (básicamente, en caso de concurrencia de un impedimento dispensable y de matrimonio celebrado con defecto de forma); la acción prescribe a los cuatro años (por aplicación del art.

previstos por los arts. 75.II y 76.II CC) de convalidación de matrimonio nulo, la cual no tiene lugar por el mero transcurso del tiempo (no estamos, pues, en realidad, ante un caso de caducidad de la acción), sino por la convivencia de los cónyuges durante un año, a contar desde que el contrayente menor alcanzare la mayoría de edad o desde que hubiere cesado el vicio del consentimiento (en supuestos de error, coacción o miedo grave). Es, pues, la convivencia conyugal durante un plazo de tiempo la que convalida el matrimonio, y no el transcurso del plazo, en sí mismo considerado³⁸.

Estamos aquí ante una nulidad matrimonial, que precisa siempre de declaración judicial firme³⁹, contrastando dicho régimen con el de los contratos, donde las partes del negocio nulo pueden, de mutuo acuerdo, constatar la nulidad (p. ej. en documento público) sin necesidad de acudir a un proceso. Además, la declaración de nulidad matrimonial no hace desaparecer los efectos ya producidos respecto de los hijos y contrayentes de buena fe (art. 79 CC), de tal modo que la figura del matrimonio putativo concurre a matizar las rigurosas consecuencias resultantes de la aplicación del principio *quod nullum est, nullum effectum producit*.

5. Cuando la declaración de nulidad es instada por los propios contrayentes surge la necesidad de armonizar el interés privado de estos a la tutela de la *realidad* de su consentimiento con el interés público a la estabilidad y a la certeza de las actuaciones relativas al estado civil de las personas.

La antigua concepción del matrimonio como una institución, cuya estabilidad debía ser garantizada a todo trance, ha de ceder

1301 CC) en los supuestos que el autor califica de anulabilidad (error, coacción o miedo grave).

³⁸ Es cierto que el art. 76.II CC emplea la palabra “Caduca”, pero, como constata P. DE PABLO CONTRERAS, *Comentario al art. 76 CC*, cit., p. 466, el fundamento de la convalidación se halla en la tradicionalmente llamada *sanatio in radice*, conforme a la cual la convivencia de los cónyuges sana determinados efectos de los que adolecía el matrimonio al tiempo de su celebración.

³⁹ Como observa M^a GETE ALONSO Y CALERA, *Comentario al art. 73 CC*, cit., p. 36, tal exigencia se puede desprender de diversos preceptos del Código civil que aluden a la declaración de nulidad, presuponiendo que es el juez quien la pronuncia (arts. 78, 91, 95, 98).

ante la actual concepción del matrimonio como un cauce al servicio del libre desarrollo de la personalidad. La categoría de la nulidad ha de vertebrarse sobre la idea-fuerza del valor preeminente de la persona sobre la institución, lo que debe traducirse en una inequívoca protección de la voluntad real de los contrayentes, frente a desmesuradas consideraciones de utilidad social o de estabilidad del vínculo.

Ahora bien, ello no significa ignorar que la cuestión de la validez del matrimonio, por implicar el nacimiento de un estado civil, interesa a la entera sociedad, por lo que, en aras de la seguridad jurídica de las relaciones matrimoniales, ha de exigirse una cumplida prueba de la simulación, que es una causa de invalidez del matrimonio, y no, un remedio jurídico de las situaciones de crisis conyugal, motivadas por la desaparición sobrevenida de la *affectio maritalis*, las cuales deberán encauzarse, en su caso, a través de la separación o del divorcio.

En principio, se presume que la declaración de querer contraer matrimonio se corresponde con la voluntad real de las partes⁴⁰, por lo que quien afirme lo contrario debe probarlo. Ha de partirse, pues, de la presunción de validez del matrimonio y de la correspondencia entre la voluntad real y la declarada: quien afirme la divergencia entre ambas ha de probarla cumplidamente, debiendo el juzgador valorar atentamente los actos de los contrayentes, previos y posteriores a la conclusión del matrimonio y ponderar globalmente las circunstancias concurrentes en el caso litigioso.

La prueba de la simulación es, sin duda, la cuestión que más interés práctico suscita, pudiendo extraerse de la jurisprudencia las siguientes orientaciones:

1ª) A efectos de prueba de la simulación, no basta la mera confesión de los contrayentes, de no haber querido estos asumir los efectos jurídicos del matrimonio, ya que, dada la naturaleza de la materia debatida, a saber, la validez o invalidez de un negocio generador de un estado civil, no rige en este punto el principio dispositivo de las partes⁴¹.

2º) Para averiguar si realmente existió, o no, una simulación, la

⁴⁰ En este sentido se pronuncia expresamente, en sede de nulidad matrimonial, el art. 1634 CC portugués.

⁴¹ Cfr. SAP Navarra 12 mayo 1999 (Sec. 1ª, nº 98/1999) y SAP Valencia 24 febrero 2000 (*Tol* 247434).

jurisprudencia valora (aunque no como factor exclusivo) las ventajas prácticas que para uno de los contrayentes, o para ambos, pudiera haber reportado la creación de una apariencia de matrimonio: por ejemplo, obtener un contrayente extranjero el permiso de residencia en España⁴², recibir ambos contrayentes una ayuda económica que los padres de la pareja subordinan a la condición de que se casen⁴³ u obtener una pensión de viudedad, cuando el anciano marido, que en realidad era el padre del compañero sentimental de la mujer, fallezca⁴⁴.

3º) El hecho de que los contrayentes no hayan instaurado o mantenido una convivencia estable tras la conclusión de las nupcias, se considera un indicio importante en favor de la simulación, en particular, cuando uno de los contrayentes es un extranjero, al que la celebración del matrimonio le facilita la obtención del permiso de residencia en España o le evita la expulsión del territorio nacional⁴⁵.

4) Por el contrario, el hecho de que los contrayentes hayan mantenido relaciones estables antes del matrimonio⁴⁶ o hayan convivido

⁴² En especial, si se prueba que el otro ha recibido una entrega de dinero difícil de explicar. Así SAP Sevilla 30 junio 2015 (Sección 2ª, nº 285/2015).

⁴³ *Vid.* SJPI núm. 16 Barcelona 17 noviembre 1982 (RJC 1983, 267-269).

⁴⁴ *Vid.* SAP Castellón 1 febrero 2005 (JUR 2005, 81347).

⁴⁵ *Vid.* SAP La Rioja 4 junio 1999 (AC 1999, 1313), SAP La Rioja 8 julio 1999 (nº 419/1999), SAP Zaragoza 22 marzo 2000 (Sec. 2ª, nº 191/2000), SAP Asturias 27 marzo 2000 (AC 2000, 561), SAP Zamora 5 febrero 2015 (Sec. 1ª, nº 18/2015), SAP Guipúzcoa 30 marzo 2016 (AC 2016, 1041) y SAP Vizcaya 30 abril 2019 (Sec. 4ª, nº 698/2019).

⁴⁶ SAP Cantabria 18 marzo 2015 (Sec. 2ª, nº 139/2015) consideró válido el matrimonio contraído entre un español y una colombiana, por haberse probado la realidad de una relación constante y habitual entre ellos previa a la celebración del matrimonio, al haber existido numerosas comunicaciones a través de internet durante años, haberse aportado justificantes de viajes y visados que acreditaban razonablemente su contacto personal y directo, así como documentación probatoria de envíos de dinero; y, por último, haber adoptado el marido el hijo de la mujer, abonando los gastos de educación del menor.

SAP Vizcaya 9 febrero 2017 (AC 2017, 493) consideró también válido el matrimonio contraído entre un español y una cubana, por haberse acreditado la existencia de relaciones entre ellos, años antes de la celebración del matrimonio, que tuvo lugar en Cuba. El marido, antes de casarse, había realizado viajes periódicos anuales de un mes a la isla y había enviado a su mujer ayuda financiera de manera continuada. Considera la Audiencia que, si con posterioridad al matrimonio no se había instaurado una convivencia conyugal estable,

durante un cierto tiempo después de casarse es interpretado como un indicio en favor de la existencia de un auténtico consentimiento matrimonial, indicio este, que contrarresta otros, de los que pudiera deducirse lo contrario, tales como la obtención de beneficios por parte de uno o de ambos contrayentes⁴⁷.

El régimen de legitimación activa establecido en el vigente art. 74 CC permite demandar la nulidad, no solo a las partes, que quieran desvincularse, sino también a terceros con interés directo y legítimo en ella (por ejemplo, un propietario que quiera oponerse a la subrogación en favor del falso cónyuge del inquilino muerto). Sin embargo, la actuación del Ministerio Fiscal procederá, exclusivamente a los efectos de “evitar fraudes”, entendiéndose, por tales, aquellos con los que los contrayentes pretenderían obtener algún beneficio que las leyes prevén en favor de los casados.

Cuando quien insta la demanda de nulidad es un tercero, entran en conflicto dos intereses diversos: de un lado, el interés privado, de uno o de ambos contrayentes, a que se respete la voluntad, que en su momento manifestaron, de contraer matrimonio, sin verse sometidos a la necesidad de explicar las razones o propósitos que les impulsaron a celebrarlo, por ser cuestiones que entran dentro del ámbito de su derecho a la intimidad; de otro lado, el interés del tercero, a quien la existencia del matrimonio perjudica, en constatar que existió un auténtico consentimiento nupcial y en que, de no ser así, se declare la nulidad del matrimonio.

La apreciación de la simulación ha de ser especialmente cauta en aquellos supuestos en que la declaración de nulidad es instada después de la muerte de alguno de los contrayentes, dado que en tal supuesto existirá una indudable dificultad para averiguar cuál fue su auténtica voluntad y, por lo tanto, para determinar si existió, o no, un real consentimiento matrimonial⁴⁸.

ello obedecía a la dificultad de la mujer de salir de Cuba, existiendo facturas de la compañía telefónica, que acreditaban que los cónyuges habían mantenido conversaciones a través de mensajes de texto, de manera constante y prácticamente diaria.

⁴⁷ *Vid.* SAP Huelva 16 diciembre 1997 (Sec. 2ª, rec. 21/1997) y SAP Madrid 26 mayo 1998 (AC 1998, 1066).

⁴⁸ *Vid.* a este respecto SAP Cáceres 20 diciembre 1999 (Sec. 2ª, nº 312/1999),

6. Desde hace años proliferan los matrimonios simulados, celebrados por españoles con extranjeros, con la finalidad de que estos últimos obtengan la residencia en nuestro país y, consiguientemente, puedan adquirir la nacionalidad española en el plazo privilegiado de un año (art. 22.3 CC). Esta proliferación de matrimonios simulados llevó a la Dirección General de los Registros y del Notariado a dictar la Instrucción de 9 enero de 1995, para la tramitación de expedientes previos al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero.

Establece, así, que el Encargado del Registro, antes de autorizar el matrimonio, debe llegar a “la convicción de que los interesados intentan realmente fundar una familia y de que su propósito no es simplemente, en claro fraude de ley, el de beneficiarse de las consecuencias legales de la institución matrimonial sobre la base de un matrimonio en el cual no ha habido verdadero consentimiento matrimonial y que es, en rigor, nulo por simulación”. En definitiva, la finalidad de la Instrucción es anticipar la reacción del Estado frente al fenómeno de la simulación a un momento previo al de la conclusión del matrimonio, evitando tener que esperar a este momento para constatarla a través del ejercicio de la acción judicial de nulidad por parte del Ministerio Fiscal.

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha optado, no obstante, por una aplicación flexible de la Instrucción de 9 enero de 1995, denegando la autorización para la celebración del matrimonio, solamente, cuando los hechos comprobados por el trámite de la audiencia de los contrayentes son tan rotundos, que es posible deducir de ellos “sin sombra de duda” la inexistencia de consentimiento matrimonial⁴⁹.

La autorización para la celebración del matrimonio solo se deniega, en efecto, en casos excepcionales, de falta absoluta de conocimiento personal entre los contrayentes, unida a la ausencia de relaciones telefónicas o epistolares entre ellos (en particular, si se

SAP Valencia 2 febrero 2001 (Sec. 10ª, nº 55/2001) y SAP Valencia 11 abril 2001 (Sec. 10ª, nº 203/2001).

⁴⁹ *Vid.* en este sentido, entre otras muchas, RRDGRN 3 enero 2000 (*Tol 132092*), 13 enero 2000 (*Tol 118537*), 2 marzo 2000 (*Tol 132088*), 3 marzo 2000 (*Tol 132094*) y 10 junio 2000 (*Tol 117816*).

trata de matrimonios por poder), o cuando en sus respectivas declaraciones incurren en graves contradicciones sobre aspectos básicos de su personalidad o de su entorno social y familiar (por ejemplo, tipo de trabajo, aficiones, lugar de residencia, existencia de matrimonios anteriores, número de hijos), lo que evidencia un mutuo desconocimiento, del que es posible deducir en un grado de certeza moral la inexistencia de un verdadero consentimiento matrimonial, según las reglas del criterio humano⁵⁰.

Por ejemplo, se denegó la autorización de la celebración de un matrimonio por poderes en la Habana entre una española y un cubano, entre los que existía una diferencia de edad de treinta y tres años. El Centro Directivo entendió que no había prueba alguna de que los contrayentes hubieran mantenido previamente cualquier tipo de relación, ya que en la audiencia reservada ante el Registro Consular de España en la Habana el cubano, a pesar de afirmar que había conocido a la española durante un viaje de esta a Cuba, no supo precisar el lugar y la fecha de su nacimiento, ni si había estado casada anteriormente, como tampoco cuáles eran sus aficiones, salvo “que le gusta el cine y el teatro”⁵¹.

La Instrucción de 9 de enero de 1995 dicta normas relativas al expediente previo al matrimonio, cuando uno de los contrayentes no está domiciliado en España. No obstante, la práctica ha de-

⁵⁰ *Vid.* en este sentido, por ejemplo, RRDGRN 17 febrero 2000 (*Tol 117820*), 17 febrero 2000 (*Tol 117821*) o 19 mayo 2000 (*Tol 117818*).

⁵¹ RDGRN 17 febrero 2000 (*Tol 117820*), *Vid.* también en el sentido de denegar la autorización solicitada, entre otras muchas, RRDGRN 17 febrero 2000 (*Tol 117821*), 19 mayo 2000 (*Tol 117818*), 19 mayo 2000 (*Tol 117819*) 10 junio 2000 (*Tol 117816*) y 27 febrero 2019 (14^a) (BOMJ núm. 2226, enero 2020, p. 239).

La SAP Madrid 16 diciembre 2011 (*Tol 2388831*), por su parte, confirmó la denegación de la inscripción de un matrimonio efectuada por la DGRN. En la audiencia ante el encargado del Registro Civil Consular quedó acreditado que los cónyuges, él español y ella dominicana, incurrieron en abundantes contradicciones notorias sobre la forma y el momento de conocerse: por ejemplo, él decía que se conocieron telefónicamente desde 2003 y ella, que se conocieron en 2004, sin que, en ningún caso, hubieran aportado pruebas de dichas conversaciones telefónicas. Lo cierto es que se conocieron personalmente ocho días antes de la celebración del matrimonio, y ello, unido al desconocimiento mutuo de datos personales, lleva a la Audiencia a desestimar el recurso interpuesto contra la denegación de la inscripción del matrimonio.

mostrado que el riesgo de simulación es mayor cuando se trata de matrimonios contraídos fuera del territorio nacional entre un español y un extranjero, según la forma autorizada por la ley del lugar de la celebración, donde, por lo tanto, no existe una tramitación de expediente previo por parte de las autoridades españolas. Por ello, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha extremado las precauciones ante este tipo de matrimonios y ha facultado al Encargado del Registro Consular español en que se solicita la inscripción para calificar el consentimiento matrimonial de los contrayentes, a través del examen de sus respectivas declaraciones⁵².

Con el fin de acabar con incertidumbres y dar mayor seguridad

⁵² Tal posibilidad es admitida por la emblemática RDGRN 30 mayo 1995 (RAJ 1995, 4415), que razona de la siguiente manera: “el matrimonio que conste por ‘certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración’ (artículo 256.3 R.R.C.) es inscribible, ‘siempre que no haya dudas en la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la Ley española’, siendo título para practicar la inscripción ‘el documento expresado y las declaraciones complementarias oportunas’. Consiguientemente, si es necesario que no haya duda de la legalidad del matrimonio conforme a la ley española y si las declaraciones complementarias oportunas integran el título para practicar la inscripción del matrimonio en el Registro Civil español, la conclusión es que, del mismo modo que sucede en el expediente previo en el trámite de la audiencia, reservada y por separado, de cada contrayente (*cf.* artículo 246 R.R.C. y regla 3ª de la Instrucción de 9 de enero de 1995), también cuando el matrimonio ya se ha celebrado según la forma local el Encargado puede y debe comprobar, por medio de aquellas declaraciones complementarias, si el matrimonio cumple todos los requisitos legales exigidos por el Código Civil y, entre ellos, la existencia de real consentimiento matrimonial”. En el concreto supuesto de hecho, se denegó la inscripción en el Registro Consular español en Pekín de un matrimonio celebrado en China por un español con una nacional de ese país, al considerar que existían datos objetivos de que los que cabía deducir la existencia de una simulación: los contrayentes se conocieron por carta y no se vieron hasta escasos días antes de la celebración del matrimonio; ella no hablaba español ni él chino, comunicándose por medio de un hermano de aquella, que actuaba como intérprete; no hubo convivencia después de la celebración del matrimonio, residiendo los contrayentes en hoteles diferentes, y el contrayente español acabó reconociendo que “la boda no es normal”. *Vid.* también, denegando la inscripción, RRDGRN 22 noviembre 1995 (RAJ 1996, 608) y 18 enero 1996 (RAJ 1996, 10).

jurídica, la DGRN, mediante Instrucción de 31 enero 2006, ha precisado que los datos de los que cabe inferir la simulación del consentimiento matrimonial son dos: en primer lugar, el desconocimiento por parte de uno o ambos contrayentes de los “datos personales y/o familiares básicos” del otro; y en segundo lugar, la inexistencia de relaciones previas entre los contrayentes⁵³.

⁵³ En cuanto a la valoración de ambos elementos se han de tomar en cuenta los siguientes criterios prácticos: a) debe considerarse y presumirse que existe auténtico “consentimiento matrimonial” cuando un contrayente conoce los “datos personales y familiares básicos” del otro contrayente; b) aun cuando los contrayentes puedan desconocer algunos “datos personales y familiares básicos recíprocos”, ello puede resultar insuficiente a fin de alcanzar la conclusión de la existencia de la simulación, si se prueba que los contrayentes han mantenido relaciones antes de la celebración del matrimonio, bien personales, o bien por carta, teléfono o Internet que por su duración e intensidad no permita excluir toda duda sobre la posible simulación; c) los datos o hechos relativos al matrimonio que no afectan al conocimiento personal mutuo de los contrayentes, ni a la existencia de relaciones previas entre los contrayentes, no son relevantes para inferir de los mismos, aisladamente, la existencia de un matrimonio simulado.

CATERINA MUGELLI

CHINESE MIGRATION AND THE UNIVERSAL APPLICATION
OF FAMILY LAW REGULATIONS. CONSIDERATIONS
IN LIGHT OF REGULATIONS (EU) 2016/1103 AND 2016/1104

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Chinese migration, Chinese law and Regulation 2016/1103. – 3. Which is the meaning of ‘law’ as used in Article 20? – 4. The application of Chinese law pursuant to Article 20 of Regulation 2016/1104. – 5. Concluding remarks.

1. The European Union’s first activities in the field of private international law (EU PIL) took place in the 1990s, with the initial focus on commercial law and with the aim of pursuing harmonisation of the rules on jurisdiction, applicable law and the international circulation of judgements¹. While the EU’s priority was to ensure the integrity of the EU system, the idea of an international harmonisation of private international law rules did also play a role. The legal basis for this work is Article 81 of the Treaty on the Functioning of the European Union².

¹ Recital 1 of both Regulations (EU) 2016/1103 and 2016/1104 is explicit in this regards: «The Union has set itself the objective of maintaining and developing an area of freedom, security and justice in which the free movement of persons is ensured. For the gradual establishment of such an area, the Union is to adopt measures relating to judicial cooperation in civil matters having cross-border implications, particularly when necessary for the proper functioning of the internal market».

² The issue entails criticism because the development of the EU external relations in the area of private international law can be seen as a limitation from the point of view of some Member States that would like to directly negotiate (bilateral or multilateral) international relations with specific third countries, see A. MILLS, *EU External Relations and Private International Law: Multilateralism, Plurilateralism, Bilateralism, or Unilateralism?*, in P. FRANZINA (ed.), *The External Dimension of EU Private International Law After Opinion 1/13*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2017, pp. 101-116. See also A. NUYTS, N. WATTÉ (eds), *International Civil Litigation in Europe and Relations with Third States*, Bruxelles, 2005 and H.W. MICKLITZ, *The Visible Hand of European Private*

More recently, family law has become the subject of EU regulatory private law, with its regulation reflecting the aim of building an area of freedom, security and justice in which the free movement of persons is ensured by measures relating to judicial cooperation in civil matters with cross-border implications and also necessary for the proper functioning of the internal market³.

In this paper, Regulations (EU) 2016/1103 on matrimonial property regimes and 2016/1104 on the property consequences of registered partnerships are considered against this background. The two Regulations came into force on 28 July 2016 and, in accordance with Articles 69 and 70 became applicable as of 29 January 2019⁴. In particular, the articles concerning jurisdiction, recognition, enforceability and enforcement of the decisions and the acceptance and enforceability of authentic instruments will apply to all cases, all judgments handed down and all instruments drawn up on or after 29 January 2019. The rules concerning applicable law will apply not only to all marriages concluded on or after 29 January 2019, but also to marriages concluded before that date in the event that the spouses have a choice-of-law agreement regarding their matrimonial property regime concluded on or after 29 January 2019⁵.

Products of the so-called enhanced cooperation⁶, these rules are

Law, in *Yearbook of European Law* 2009, 28, 2010, pp. 3-60, G. COMPARATO, H.W. MICKLITZ, Y. SVETIEV, *European Regulatory Private Law - Autonomy, Competition and Regulation in European Private Law*, in *EUI Working Papers*, 6, 2016, pp. 1-155, p. 41 *et seq.*

³ A. MALATESTA, S. BARIATTI, F. POCAR (eds), *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, in *Studi e pubblicazioni della rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 71, 2008, E. PATAUT, *The External Dimension of Private International Family Law*, in M. CREMONA, H.W. MICKLITZ (eds), *Private Law in the External Relations of the EU*, Oxford, 2016, pp. 107-124.

⁴ The Regulations are available at eur-lex.europa.eu: Regulation 2016/1103 is available at www.eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R1103 and Regulation 2016/1104 is available at www.eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R1104.

⁵ See Article 69 on Transitional provisions and Article 70 on Entry into force of both 2016/1103 and 2016/1104.

⁶ Enhanced cooperation is a procedure where a minimum of 9 EU countries are allowed to establish advanced integration or cooperation in an area within

applicable only in the 18 participating EU Member States (Austria, Belgium, Bulgaria, Croatia, Cyprus, the Czech Republic, Finland, France, Germany, Greece, Italy, Luxembourg, Malta, the Netherlands, Portugal, Slovenia, Spain and Sweden). However, this does not mean that a national of a non-participating Member State will not find the Regulation applied to him/her when for instance s/he is one of the parties in a case in a participating Member State.

The Regulations apply not only to spouses/partners with different nationalities, but also to same-nationality spouses/partners habitually residing in different states at the time of marriage/creation of their registered partnership or where the assets of one of the spouses/partners are in a state other than that of his/her nationality or residence, or who got married/created their registered partnership in a state other than that of their nationality or residence⁷.

The development of rules on jurisdiction, applicable law and enforcement able to be applied in all national legal systems is the key scope of private international law. While the EU is investigating considerable effort in building an EU private international law system, this inevitably produces a twofold impact: i) an 'internal' dimension regarding the EU Member State system; and ii) an 'external' dimension relating to the private international law systems of non-EU countries, notwithstanding the overall aim of reaching an international harmonisation of private international law rules⁸. To this end, the EU PIL resorts to the consolidated techniques and

EU structures but without the other EU countries being involved. This allows them to move at different speeds and towards different goals than those outside the enhanced cooperation areas. The procedure is designed to overcome paralysis, where a proposal is blocked by an individual country or a small group of countries who do not wish to be part of the initiative. It does not, however, allow for an extension of powers outside those permitted by the EU Treaties. Cf. www.eur-lex.europa.eu/summary/glossary/enhanced_cooperation.html.

⁷ In accordance with Article 81 TFEU, these Regulations should apply in the context of matrimonial property regimes / registered partnerships property consequences having cross-border implications. See Recital 14 of both Regulations.

⁸ M. CREMONA, *Opinions 1/13 and 2/13 and EU External Relations Law*, in P. FRANZINA (ed.), *The External Dimension of EU Private International Law After Opinion 1/13*, cit., pp. 3-20, p. 19.

uniform instruments of private international law, including the principle of universal application⁹.

In both Regulations, universal application is enshrined in their respective Article 20, the first article in Chapter III on 'Applicable Law': «The law designated as applicable by this Regulation shall be applied whether or not it is the law of a Member State».

In other words, the conflict-of-law rules are universally applicable, i.e. they shall be applied by the judicial authorities of the Member States (participating in the enhanced cooperation) regardless of whether the governing law is a Member State's law¹⁰.

The parties can choose the law applicable to their matrimonial/partnership property regimes/consequence in accordance with Article 22.

As far as spouses or future spouses are concerned, they can choose as the law applicable to their matrimonial property regimes the law of the State of which at least one of them has the nationality or in which they (or at least one of them) habitually reside(s) at the time of choice¹¹. The same applies to registered partnerships, insofar as the chosen law attaches property consequences to such partnership and with the possibility to choose also the law of the State under whose law the registered partnership was created¹².

In the absence of a choice-of-law agreement, the following rules will be applied.

Pursuant to Article 26 of Regulation 2016/1103, the law applicable to the matrimonial property regime is the law of the state in which the spouses had their first common habitual residence after the conclusion of the marriage (first connecting factor), failing that,

⁹ A. ZANOBETTI, *EU Cooperation in Civil Matters and Multilevel Unification of Private International Law: Some Remarks*, in P. FRANZINA (ed.), *The External Dimension of EU Private International Law After Opinion 1/13*, cit., pp. 117-129, p. 123.

¹⁰ For instance, the principle of Universal application can also be found in Regulation 2012/650 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession and Art. 3 of both Rome I and Rome II.

¹¹ See Art. 22 (Choice of the applicable law) of Regulation 2016/1103.

¹² See Art. 22 (Choice of the applicable law) of Regulation 2016/1104.

their common nationality at the time of conclusion of the marriage (second connecting factor), failing that, the law of the state with which the spouses jointly had the closest connection at the time of conclusion of the marriage (third connecting factor)¹³.

Similarly, pursuant to Article 26 of Regulation 1104/2016, the law applicable to the property consequences of registered partnerships is the law of the state under whose law the registered partnership was created¹⁴.

One of the aims of the Regulations is to arrive at an integral approach, with jurisdiction (*forum*) and applicable law (*ius*) matching each other. Yet despite this legislative intention, the concrete result can actually be very different¹⁵.

The two Regulations dedicate 16 articles to “Jurisdiction” (Chapter II, Arts. 4 to 19). Naturally, the universal or *erga omnes* approach also covers the jurisdiction doctrine, providing for grounds of jurisdiction which will also have effect when neither of the parties is personally connected to one of more EU Member States¹⁶.

¹³ Anyhow, in accordance with section 3 of Article 26 of Regulation 1103/2016 exceptionally and upon application by either spouse, the judicial authority having jurisdiction to rule on matters of the matrimonial property regime may decide that the law of a State other than the law of the State of the first common habitual residence after marriage applies provided that: (a) the spouses had their last common habitual residence in that other State for a significantly longer period of time than the period of time spent in the State of their first common habitual residence; and (b) both spouses had relied on the law of that other State in arranging or planning their property relations.

¹⁴ In accordance with section 2 of Article 26 of Regulation 2016/1104, by way of exception and upon application by either partner, the judicial authority having jurisdiction to rule on matters of the property consequences of a registered partnership may decide that the law of a State other than the law of the State under whose law the registered partnership was created shall govern the property consequences of the registered partnership if the law of that other State attaches property consequences to the institution of the registered partnership and if the applicant demonstrates that: (a) the partners had their last common habitual residence in that other State for a significantly long period of time; and (b) both partners had relied on the law of that other State in arranging or planning their property relations.

¹⁵ See Recitals No 2 of both Regulations.

¹⁶ See A. BONOMI, *The Opportunity and the Modalities of the Introduction*

Generally speaking, both Regulations foresee that, when a court of a *Member State* is seised with a succession case (and therefore Regulation 650/2012 finds application), the courts of that country shall also have jurisdiction for matters of the matrimonial/partnership property regimes/consequences in the event of the decease of one of the spouses/partners¹⁷. The same will happen when a *Member State* court has been seised for divorce, legal separation or dissolution or annulment of a registered partnership¹⁸ (emphasis added).

In all other cases (i.e. cases not covered by Arts. 4 or 5), which Member State court has jurisdiction is subject to a hierarchy of possibilities dependent on when the court is seised: i) the courts of the Member State of the spouses'/partners' common habitual residence at the time the court is seised; failing that, ii) of the spouses'/partners last habitual residence, insofar as one of them still resides there; failing that iii) of the habitual residence of the respondent; or iv) of the spouses'/partners common nationality. As for registered partnerships, jurisdiction to rule on the property consequences of a registered partnership may also lie with the courts of the Member State under whose law the registered partnership was established¹⁹.

Notwithstanding the legislative intent, no coordination between jurisdiction and applicable law is assumed.

For instance, the first common habitual residence after the conclusion of the marriage, i.e. the first criterion used in determining the applicable law in the absence of a choice-of-law agreement by the spouses (cf. Art. 26 of 2016/1103) is not necessarily the same as the habitual residence at the time the court is seised (the first criterion for determining the relevant jurisdiction pursuant to Art. 6 of 2016/1103). Similarly, if the partners have not concluded a choice

of Erga Omnes EC Rules on Jurisdiction, in A. MALATESTA, S. BARIATTI, F. POCCAR (eds), *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, cit., pp. 149-160. See also the considerations on the EU Succession Regulation (2012/650) of F. MARONGIU BUONAIUTI, *Jurisdiction Under the EU Succession Regulation and Relationships with Third Countries*, in P. FRANZINA (ed.), *The External Dimension of EU Private International Law After Opinion 1/13*, cit., pp. 211-226, *passim*.

¹⁷ See Article 4 of both Regulations.

¹⁸ See Article 5 of both Regulations.

¹⁹ See Article 6 of both Regulations and their differences.

of law agreement, the State where the registered partnership was created is not necessarily the State in which the partners have their habitual residence at the time the court is seised (joint reading of Arts. 26 and 6 of Regulation 1104)²⁰.

Once again, no coordination between *forum* and *ius* is assumed.

Asymmetry between jurisdiction and applicable law can also occur in the event the couples made a choice of law agreement. Nevertheless, when the choice-of-law agreement made in accordance with Article 22 identifies as applicable the law of a Member State participating in the enhanced cooperation, the parties may agree that the courts of the Member State whose law is applicable pursuant to Article 22 shall have exclusive jurisdiction to rule on matters concerning their matrimonial property regime²¹. The same can be done if, in absence of a choice-of-law agreement, Article 26(1) point (a) or (b) of both Regulations identifies as applicable the law of a Member State participating at the enhanced cooperation²². Otherwise the parties may agree that the courts of the Member State in which the marriage was concluded shall have exclusive jurisdiction.

On a different note, if the choice-of-law agreement or, in absence of such, application of Article 26, identifies the law of a third country as applicable, it is unlikely that the applicable law and jurisdiction will match²³. To be more precise, if the spouses / partners make a choice-of-law agreement in favour of the law of a third country (pursuant to the respective connecting factors of Art. 22 of both

²⁰ See I. VIARENGO, *Choice of law agreements in property regimes, divorce, and succession: stress-testing the new EU Regulations*, in *ERA Forum*, 2016, pp. 543-554.

²¹ This is also true pursuant to Art. 7 of Regulation 1104: «In cases which are covered by Article 6, the parties may agree that the courts of the Member State whose law is applicable pursuant to Article 22 or Article 26(1) or the courts of the Member State under whose law the registered partnership was created shall have exclusive jurisdiction to rule on the property consequences of their registered partnership».

²² Art. 7 of both Regulations 1103 and 1104 of 2016.

²³ On the general problems of EU private international law with regard to relations with third states see E. PATAUT, *International Jurisdiction and Third States: A view from the EC Family Matters*, in A. MALATESTA, S. BARIATTI, F. POCAR (eds), *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, cit., pp. 123-148.

Regulations), they will have no possibility of making a *forum* choice in favour of the same third country.

Moreover, in light of Articles 8, (Jurisdiction based on the appearance of the defendant)²⁴, 9 (Alternative jurisdiction)²⁵, and 10 (Subsidiary jurisdiction)²⁶, the universal jurisdiction approach is not actually universal due to the fact that an EU regulation is not an instrument allowing jurisdiction to be assigned to a third country.

Finally, were no court has jurisdiction, the courts of a Member State may, on an exceptional basis, rule on a matrimonial property regime (or on the property consequences of a registered partnership) if proceedings cannot reasonably be brought or conducted or would be impossible in a third state with which the case is closely connected (Article 11 of both regulation on *Forum necessitatis*).

The same is true for the Member States not participating in the enhanced cooperation. In the context at hand, these have the same standing as a third country²⁷.

In other words, the judicial authorities to which Articles 4-19

²⁴ Articles 8 of both Regulations (Jurisdiction based on the appearance of the defendant) foresees a derogation by identifying the jurisdiction based on the appearance of the defendant before the court of the Member State whose law is applicable, providing that the appearance of the defendant was not instrumental to contesting the jurisdiction.

²⁵ Articles 9 of both Regulations (Alternative jurisdiction) foresees a derogation if the court having jurisdiction does not recognise the marriage/registered partnership. In such a case, it may decline jurisdiction. The parties (spouses or partners) may subsequently agree to confer jurisdiction on any other Member State. In the absence of an agreement the Member State in which the marriage was concluded will have jurisdiction for the matrimonial property issues of the spouses, while the Member State of the common habitual residence of the partners at the time the court is seised will have jurisdiction for the property consequences related to the registered partnership.

²⁶ Articles 10 of both Regulations (Subsidiary jurisdiction) foresees that, where no court of a Member State has jurisdiction, the courts of a Member State shall have jurisdiction in so far as immovable property of one or both spouses/partners is located in the territory of that Member State, but in that event the court seised shall have jurisdiction to rule only in respect of such property.

²⁷ This was also the opinion of F. MARONGIU BUONAIUTI, *Jurisdiction Under the EU Succession Regulation and Relationships with Third Countries*, cit., p. 219 in relation to Regulation 2012/650.

refer are those of the Member States party to the enhanced cooperation even if the relevant articles do not explicitly specify such²⁸.

As a consequence, as long as issues related to partnership/matrimonial property regimes/consequences foresee the application of the law of a third country (i.e. including a Member State not participating in the enhanced cooperation), coordination between *forum* and *ius* does not seem possible. The same is even true in the event of Article 17 of both Regulations (*Lis pendens*) which takes no account of the case of proceedings over the same matter and between the same parties being brought before a third-country court, but only that of proceedings being brought before courts of different Member States.

Here again, coordination between jurisdiction and applicable law is not given precedence. For instance, if a third-country court has been seised and the parties have a choice-of-law agreement favouring that country for matrimonial/partnership property issues, the regulations do not seem even to foresee any attempt at coordination.

Indeed, a third country is only taken into account in Article 13 of both regulations: «Where the estate of the deceased whose succession falls under Regulation (EU) No 650/2012 comprises assets located in a third state, the court seised to rule on the matrimonial property regime [or on the property consequences of a registered partnership] may, at the request of one of the parties, decide not to rule on one or more of such assets if it may be expected that its decision in respect of those assets will not be recognised and, where applicable, declared enforceable in that third state»²⁹.

It seems that EU judges are solely considering the possibility of the third country not recognising or executing their decisions.

This also implies disregarding recital 43 according to which «For reasons of legal certainty and in order to avoid the fragmentation of the matrimonial property regime, the law applicable to a matrimonial property regime should govern that regime as a whole, that is to say, all the property covered by that regime, irrespective of the nature of the assets and regardless of whether the assets are located in another Member State or in a third state».

²⁸ *Ibid*, with reference to Regulation 2012/650.

²⁹ The same is true for Regulation 1104.

Here again, no matching of *forum* and *ius* is achieved.

On the whole, the possibility that a judge of a Member State party to the enhanced cooperation shall be required to apply third-country law (including the law of a non-participating EU Member State) needs to be considered.

2. International migration to the European Union is a phenomenon worth of consideration. In 2018 immigration to the EU (27 Member States) from third countries was 2.4 million, with Germany, Spain, France and Italy receiving the largest total number on non-EU immigrants. There were about 21.8 million of third-country nationals living in the European Union on 1 January 2019, representing about the 5% of the total EU population. 71% of them were living in Germany, Spain, France and Italy, with Italy having about 3.700.000 non-EU citizens³⁰. This share includes the Chinese nationals living in Italy³¹.

As a consequence, there is a concrete possibility of, for instance, a Chinese couple resident in Italy wanting Chinese law applied to their matrimonial property, especially if they have a choice-of-law agreement specifying Chinese law (see Art. 22.b³²) or if they were resident in China immediately after their marriage (Art. 26.a³³) and before moving to Italy. In the event of a legal dispute, there is a high probability of them seising an Italian court in the municipality in which they have habitual residence³⁴.

³⁰ See the Eurostat statistics at www.ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_and_migrant_population_statistics.

³¹ In accordance with Article 3 Nationality Law of the People's Republic of China.

Adopted on and effective as of September 10, 1980: «The People's Republic of China does not recognize dual nationality for any Chinese national», so, many Chinese nationals do not actually ask for citizenship when they migrate. For each Member States' percentages, see the Eurostat statistics at www.ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_and_migrant_population_statistics.

³² Art. 22.b of Regulation 2016/1103 gives this possibility if at least one of the spouses has Chinese nationality at the time the agreement is concluded.

³³ Art. 26.a can, for instance, finds application if an Italian national and a French national fix their common habitual residence immediately after their marriage in the People's Republic of China.

³⁴ As far as 'habitual residence', see Court of Justice of the European Union,

Under Chinese Marriage Law (1980 revised in 2001)³⁵, the marriage system is based on freedom, monogamy and equality between man and woman³⁶. Article 13³⁷ foresees the equality of husband and wife in familial status, while Article 15 affirms that “Both husband and wife have the liberty to participate in production, work, study and social activities. Neither party may restrict or interfere with the activities of the other party³⁸”.

Division of community property can be requested by the spouses in the case of divorce or of the death of one of the spouses unless: i) a spouse conceals, transfers, sells, destroys or squanders community property, fabricates joint debts, or commits any other conduct that seriously damages the community property; ii) a person to whom a spouse has a statutory obligation of support suffers from a serious illness and needs medical treatment, but the other spouses refuses to

case C-20/17, 21 June 2018 and also the pending case C-80/19. Until now, the European Court of Justice did not give a definition of ‘habitual residence’ as far as family and succession law are concerned. Anyhow, relevant suggestion can be deduced from the EU ‘habitual resident test’ available at www.europa.eu/rapid/press-release_IP-14-13_en.htm. Recital No 24 of the Regulation 2012/650 is explicit in underlining that, in certain cases, determining habitual residence may prove complex, nevertheless this should not represent an insuperable obstacle (see recital 25 of the Regulation 2012/650), as it actually happened in an Italian decision of Tribunale di Salerno (Italy), April, 14th 2018, in which preference has been given to the *lex rei sitae*: a criterion that, in case of application of Regulation 1103 and 1104, is not even explicitly allowed according to Art. 22.

³⁵ While writing this paper the new Chinese civil code was issued (28 May 2020). The first book was already issued and it entered into force on 1 October 2017. The following books, that contain also the family and inheritance law disciplines will enter into force on 1 January 2021. For this reason, in the below paragraphs reference is still made to the legislation currently into force, but in the footnotes the corresponding new civil code articles has been added. English translation of the relevant legislation/judicial interpretations is available at www.pkulaw.cn/.

³⁶ See Art. 2 of the Marriage Law as revised in 2001 (Article 2 of the actual Marriage Law is now Article 1041 of the new Chinese civil code).

³⁷ Article 13 of the actual Marriage Law is now Article 1055 of the new Chinese civil code.

³⁸ See Art. 15 of the revised Marriage Law of the People’s Republic of China. Article 15 of the actual Marriage Law is now Article 1057 of the new Chinese civil code.

pay the relevant expenses. The claim can be supported by the people's court, provided that the creditor's interests are not damaged³⁹.

Generally speaking, the matrimonial property regimes' discipline is included in article 17, 18 and 19 of the Marriage Law of the People's Republic of China as revised in 2001.

Article 19 identifies the different matrimonial property regimes that can be achieved through a written agreement between the spouses' convention. In the absence of such, the statutory property regime foresees the community of all property acquired during marriage excluding pre-marital property, the payment for medical treatment or living subsidies for the disabled arising from bodily injury on either party, the articles of living specially used by either party and other property that shall be used by either party⁴⁰.

Article 17 lists the various forms of property acquired during the existence of marriage that shall be jointly owned by both husband and wife. The open list⁴¹ includes wages and bonuses; any income

³⁹ See Art. 4 of the Interpretation of the Supreme People's Court of Several Issues on the Application of the Marriage Law of the People's Republic of China issued on 9 August 2011 effective from 13 August 2011.

⁴⁰ This is the English translation given to Art. 18 of the Marriage Law of the People's Republic of China of 1980 and revised in 2001 issued on 9 August 2011 effective from 13 August 2011. Article 18 of the actual Marriage Law is now Article 1063 of the new Chinese civil code. Jianfu Chen simplifies the different Chinese Marital property regimes in the following:

contractual regime: i) unity of property: all property (acquired before or after marriage) of the spouses shall be co-owned by the spouses; ii) community of property: all property (acquired before or after marriage) belong to both spouses but is managed by one of them according to a contractual agreement; separation of property: all property (acquired before or after marriage) shall be owned and managed by each of the spouses separately.

Proprietary property: certain property (property before marriage, inheritance, IP) may belong to only one of the spouses;

Statutory property: property acquired during marriage, except proprietary property and in the absence of contractual agreement, shall be co-owned by the spouses. See JIANFU CHEN, *Chinese Law: Context and Transformation*, Leiden-Boston, 2015, pp. 574-575.

⁴¹ Article 17 of the actual Marriage Law is now Article 1062 of the new Chinese civil code. Art. 17.e specifies that among the property acquired during the marriage that shall be jointly owned by both husband and wife there are

incurred from production or management; any income incurred from intellectual property; any property inherited or bestowed, with some exceptions mentioned in Art. 18 Marriage Law. The last sentence of Article 17 specifies that «Both husband and wife shall have equal rights in the disposal of jointly owned property». The Interpretation of the Supreme People's Court of Several Issues in the Application of the Marriage Law of the People's Republic of China issued on 25 December 2001 and effective from 27 December 2001 (known as Marriage Law Interpretation No I) details that the abovementioned periphrasis shall be understood as follows: i) The husband and wife have equal right to dispose of their jointly owned property. If it is necessary to dispose of their jointly owned property for daily necessities, both the husband and wife shall have the right to make decisions; and ii) When the husband or wife needs to make an important decision to dispose of their jointly owned property due to daily necessities, both husband and wife shall discuss the matter on an equal basis so as to reach an agreement. Where others have reasons to believe any common genuine expressions of both husband and wife, the other party shall not challenge any *bona fide* third party on the ground that he (she) does not agree or does not know⁴².

In the event of the death of one of the spouses Article 26 of the Law of Succession of the People's Republic of China issued on 4 October 1985 and effective from 10 October 1985, states:

«If a decedent's estate is partitioned, half of the joint property acquired by the spouses in the course of their matrimonial life shall, unless otherwise agreed upon, be first allotted to the surviving spouse as his or her own property; the remainder shall constitute the decedent's estate. If the decedent's estate is a component part of the common property of his family, that portion of the property

other forms of property that shall be jointly owned: for this reason the list can be considered as an 'open list'.

⁴² This is the wording used by Art. 17 of the Interpretation of the Supreme People's Court of Several Issues in the Application of the Marriage Law of the People's Republic of China issued on 25 December 2001 and effective from 27 December 2001 that interprets Art. 17 of the Marriage Law of the People's Republic of China.

belonging to the other members of the family shall first be separated at the time of the partitioning of the decedent's estate»⁴³.

The division of matrimonial property is a topic intimately linked to a country's traditions. This is especially true in China, a country in which the family as a unit has gone through significant changes over the last hundred years⁴⁴.

Traditionally, Chinese family law was characterized by principles based mainly on Confucianism, in particular the hierarchical principle and the differentiation principle. The first entails that each member of society is in a senior/junior relationship in which the senior (the superior) offers kindness, affection and protection to the junior, while the junior (the inferior) shows gratitude, submission and respect to the senior. Differentiation means that each member of society, in light of his/her position in the hierarchy, has a differentiated role. For instance, offences committed by juniors against seniors are always treated more seriously than offences committed by seniors against juniors⁴⁵.

Moreover, three of the five Confucian relations are based on family relations: husband and wife; father and son; older brother and

⁴³ Article 26 of the actual Law of Succession is now Article 1153 of the new Chinese civil code.

⁴⁴ See T.R. JERNIGAN, *China in Law and Commerce*, New York, 1905, pp. 111 *et seq.*

⁴⁵ Traditionally, Confucianism is considered as the school of thought that deeply influenced the Chinese society. Confucianism is based on moral values enshrined in the so-called Confucian rites instrumental to keep the harmony within the society. Filial piety, ancestor worship and humanity were the basic values of Confucianism. Starting from the Han Dynasty, Confucianism became state ideology. Such ideology saw in the family the first basic unit of the society. When harmony cannot be maintained due to human breach of Confucian rites, written legislation (known as *fa* and developed by the Legalist school) was seen as a necessary evil for restoring order. In same ways, 礼 (*li*) and 法 (*fa*) (and their interaction known as the Confucianisation of *fa*) represent the basis of traditional Chinese law until the collapse of the Chinese Empire in 1911. See *inter alia*, G. MACCORMACK, *The Spirit of Traditional Chinese Law*, Athens-London, 1996 and D. BODDE, C. MORRIS, *Law in Imperial China*, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, 1967. For a comparative perspective see W. MENSKI, *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge, 2006, p. 495 *et seq.*

younger brother. With Confucian values based on benevolence, filial piety and respect enshrined in the formal part of traditional Chinese law, namely the written legislation (known as *fa*⁴⁶), these values and their associated rules run deep in Chinese society, surviving the collapse of the Chinese Empire in 1911 and in some case remaining valid to this day.

For instance, Article 13 of the Law of Succession of the People's Republic of China specifies that: «Successors same in order shall, in general, inherit in equal shares. [...] At the time of distributing the estate, successors who have made the predominant contributions in maintaining the decedent or have lived with the decedent may be given a larger share». This derives from the Confucian ideology based, *inter alia*, on filial piety and the fact that Confucianism became the state ideology during the Han dynasty (206 B.C. – 9 A.D.) and started to be enshrined in the different dynasty codes⁴⁷.

In the aftermath of the Opium Wars (1839-1842 and 1856-1860), China attempted to modernize its legal system. The Western Powers made China feel a great sense of inadequacy (also) from a legal point of view: lacking any deep understanding of China and in particular of its legal process dynamics, they had a negative impression of the Chinese legal system which in their eyes seemed underdeveloped⁴⁸.

This brought China to look at the Western Legal Tradition models⁴⁹. The first legal transplant concerning family and succession law was included in the so-called Republic of China civil code of the

⁴⁶ See *supra* 45.

⁴⁷ For instance in the Qing code of 1644 the Confucian value was enshrined in the form of a rule that a son who lived elsewhere from his parents during their lifetime was to be punished in any dividing up of family property. See E. PONTI, *La recezione del diritto privato occidentale in Cina fra il 1840 ed il 1949*, cit., p. 142 ss. See also ZHENG QIN and GUANGYUAN ZHOU, *Pursuing Perfection: Formation of the Qing Code*, in *Modern China* Vol. 21, No. 3 (Jul., 1995), pp. 310-344.

⁴⁸ The Opium Wars (1839-1842 and 1856-1860) made China feel also inadequacy from a political and military points of view. See J.A.G. ROBERTS, *Storia della Cina*, Bologna, 2013.

⁴⁹ See SHIPING HUA, *Shen Jiaben and the Late Qing Legal Reform (1901-1911)*, in *East Asia*, 2013, pp. 121-138. M. TIMOTEO, *Circolazione di modelli e riforme giuridiche: il caso est-asiatico*, Bologna, 2005.

1930s, enacted by the National Party that – at least formally – unified the country after a period of disorder known as the Warlords Period that began immediately after the collapse of the Empire⁵⁰.

This specific legal transplant was based mainly on German law and on the Bürgerliches Gesetzbuch or BGB in particular⁵¹.

In comparison to the rest of the National Party Code, the family and succession rules contained in it remained probably the least applied and implemented rules, as they were too distant from the centuries-old Chinese tradition⁵². In fact, such rules did not even have sufficient time to penetrate society in depth as they were only in force in mainland China until 1949 when the Communist Party under Mao Zedong took power⁵³.

In 1950, the new Chinese leader, conscious of the relevance of the family and promoting its role as a key building block of a socialist country, enacted the first Marriage Law of the People's Republic of China, introducing such principles as freedom of marriage, equality between sexes, monogamy, and the prohibition of third-party intervention in marriage, of mercenary marriages and of dowries,⁵⁴ marked a significant break with the Imperial tradition⁵⁵.

⁵⁰ The National Party (国民党 Guomindang) instituted a legal codification phase stimulated by a comparison with Western codes. The Six Codes (六法 *liu fa*) were all enacted between 1928 and 1935 (the constitutional law was actually enacted in 1947) and the main source of inspiration for all of them was German law. See W. MENSKI, *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, cit., p. 564 et seq.

⁵¹ See JIANFU CHEN, *Chinese Law: Context and Transformation*, cit., p. 38.

⁵² For a comparative perspective on the topic see D. BRADLEY, *A note on Comparative Family Law: Problems, Perspectives, Issues and Politics*, in *Oxford U Comparative L Forum*, 2005, pp. 1-15.

⁵³ The Six Codes of the National Party issued on the 1930s remained into force only until 1949 when Mao Zedong, the new Chinese leader took power (and actually started his Long March already in 1934), therefore National Party «law and legal institutions were far from reaching the Chinese people and had no substantial impact on the society at large» JIANFU CHEN, *Chinese Law: Context and Transformation*, cit., p. 40.

⁵⁴ Such principles were then reaffirmed in Article 2 of the actual Marriage Law. Article 2 of the actual Marriage Law is now Article 1041 of the new Chinese civil code.

⁵⁵ For some consideration on the Inheritance system in a soviet country like

In 1980, under the leadership of Mao's successor, Deng Xiaoping, a new marriage law was enacted, stressing the protection of the rights of the elderly, children and women (in line with tradition), and the introduction of birth control. Chapter III of the Marriage Law on "Family Relations" was particularly important, as it provided for the care of older family members in a country lacking a comprehensive welfare system. Within its provisions, family property was seen as playing a key role in maintaining and supporting three generations of family members (following the idea of a traditional Chinese family), as reflected in certain articles regarding the family system⁵⁶. For instance, the parents as well as a mother and father-in-law can be the heirs of a son/son-in-law⁵⁷.

More recently, the growing accumulation of private wealth in the wake of unprecedented Chinese economic growth needed clear rules on property division.

Consequently, the Interpretation of the Supreme People's Court on several Problems Concerning the Application of the Marriage Law of the People's Republic of China of 25 December 2003 (known as Marriage Law Interpretation No II) is mainly based on clauses regarding the division of property in the event of a divorce⁵⁸. In particular Art. 11 of the Interpretation expand the scope of Art. 17 of the Marriage Law to include «other properties that shall be jointly owned»: i) the income gained by a party from the personal property as an investment; ii) the housing subsidies and the public

China, see F. FOSTER-SIMONS, *The Development of Inheritance Law in Soviet Union and the People's Republic of China*, in *American Journal of Comparative Law*, 1985, pp. 33, 62.

⁵⁶ JIANFU CHEN, *Chinese Law: Context and Transformation*, cit., p. 543. See for instance Article 28 of the actual Marriage Law (Article 1074 of the new Chinese civil code): «Capable grandparents and maternal grandparents shall be under the obligation of upbringing the grandchildren and maternal grandchildren whose parents have deceased or are incapable of upbringing their underage children. Capable grandchildren and maternal grandchildren shall be under the obligation of supporting the grandparents and maternal grandparents whose children have deceased or whose children are incapable of supporting them».

⁵⁷ See Article 12 of the actual Succession Law of the People's Republic of China of 1985, which is now Article 1129 of the new Chinese civil code.

⁵⁸ JIANFU CHEN, *Chinese Law: Context and Transformation*, cit., p. 575.

accumulation fund for housing construction that both parties have actually obtained or should obtain; iii) the endowment insurance, bankruptcy resettlement compensations. The following articles of the Marriage Law Interpretation No II take also into account the jointly owned portfolios made of stocks, bonds, investment share and so on. Particular attention is also paid to houses rented by one party before the marriage and purchased by using jointly owned property after marriage⁵⁹.

Attention is then given to personal debts incurred during marriage and the *bona fide* creditors' protection⁶⁰.

The above is all based on the principle of gender equality and the assumption that women enjoy equal rights. Naturally, questions regarding gender discrimination have cropped up, especially with regard to women in rural areas where the so-called collectives are the owners of the land⁶¹. Yet, at least on paper, such situations were limited by the fact that «When performing land contracts in rural areas, women shall enjoy equal rights with men. The legitimate rights and interests of women shall be contractually protected»⁶².

⁵⁹ See article 19 *et seq.* of the Interpretation of the Supreme People's Court about several Problems Concerning the Application of the Marriage Law of the People's Republic of China of 25 December 2003 implemented as of April 1, 2004.

⁶⁰ See Article 23 *et seq.* of the Interpretation of the Supreme People's Court about several Problems Concerning the Application of the Marriage Law of the People's Republic of China of 25 December 2003, implemented as of April 1, 2004.

⁶¹ Private property is probably one of the most controversial issues in a socialist country like the People's Republic of China. Anyhow, since the first amendment of the 1982 Chinese Constitution in 1988 expedients had been found to build a socialist country with "Chinese characteristics". The 1988 Constitutional amendment permitted to the private sector of the economy to exist and develop within the limits prescribed by law. In particular, the amendment foresaw that the right to the use of land may be transferred according to law, and therefore having an economic value. Then, after the fourth Constitutional amendment in 2004 the Chinese Constitution declares private property as inviolable. In 2007 the Chinese Property Law has been enacted see, among the first comments, F.K. UPHAM, *Chinese Property Rights and Property Theory*, in *Hong Kong Law Journal*, 39, 2009, pp. 611-625.

⁶² See Art. 6 of the Law on Land Contract in Rural Areas of the People's

3. So-called civil law countries have abandoned the idea that a code can be fully exhaustive. Indeed, comparative law scholars have pointed out that civil law countries and common law countries are getting closer: legislation is acquiring greater importance in common law countries, while judicial decisions are fundamental to civil law countries and usually the starting point for law practitioners. Nevertheless, some differences persist: for instance even if deciding similar cases in a similar manner is (or at least should be) a fundamental principle (the predictability of law) of the Western legal tradition, in civil law countries a judge's decisions are not considered as sources of law.

From this point of view, the People's Republic of China is certainly closer to the civil law countries⁶³. Nevertheless, Chinese family law (*inter alia*) is made up not only of codified laws but also of judicial interpretations and principles deriving from the so-called Guiding Case Mechanism (指导性案例 *zhidao xing anli*).

The majority of the rules related to the matrimonial property division are enshrined within the articles of the three judicial interpretations issued respectively in 2001, 2003 and 2011 by the Supreme People's Court (SPC) on several issues on the application of the Marriage Law of the People's Republic of China. Under Article 33 of the Organic Law on People's Court «The Supreme People's Court gives interpretation on questions concerning specific application of laws and decrees in judicial proceedings». Nevertheless, since 1980's the SPC has shifted «from interpreting a concrete article on request from lower courts to interpret laws systematically initiated by itself»⁶⁴. Even if judicial interpretations are not mentioned as sources of law they are *de facto* considered as such⁶⁵.

Republic of China, adopted at the 29th Meeting of the Standing Committee of the Ninth National People's Congress on August 29, 2002.

⁶³ Please consider that common law instruments were anyhow transplanted into the Chinese context, but the overall legal system has a civil law-style stamp.

⁶⁴ Chunying Xin, *Chinese Courts History and Transition*, Law Press China, Pechino 2004, pp. 102-103.

⁶⁵ *Ibid.*, at the moment the 1986 General Principles of Civil Law and the 2017 General Provisions of Civil Law, that represents the first book of the new Chinese civil code coexist. Looking at the respective articles dedicated to the sources of law we can notice that the new General Provisions of Civil Law

Entering into force on 15 November 2010, the Guiding Case Mechanism has guiding effect on adjudication and enforcement work in courts throughout the country⁶⁶. The cases with guiding effects shall be selected and edited by the Supreme People's Court of the PRC, the court at the apex of the court hierarchy, if they are of widespread concern to society; (2) [involve] legal provisions [that are] of relatively general nature; (3) are of a typical nature; (4) are difficult, complicated or of new types. Nevertheless, also other cases may also be selected if deemed necessary⁶⁷. Cases can be selected from courts' decision of all levels and in accordance with Article 7 of the Provisions of the Supreme People's Court Concerning Work on Case Guidance, People's courts at all levels should refer to the Guiding Cases released by the Supreme People's Court when adjudicating similar cases⁶⁸. The main aim is of course to try to improve consistency in adjudication within a huge country characterized by different levels of judicial professionalism and independence⁶⁹.

confirm, in Article 10, the primacy of law (its primacy dates back to the Shen Jiaben's revision of the Qing code before the Chinese Empire's collapse), but customary law re-emerges as a secondary source of law, insofar as it is compatible with public order and good morals. This seems to be in line with the course taken by the current President of the People's Republic of China, Xi Jinping, and his dream of rejuvenating the Chinese nation. For the sake of clarity, the 1986 law in Article 6 foresees that: «Civil activities must be in compliance with the law; where there are no relevant provisions in the law, they shall be in compliance with state policies», while Article 10 of the 2017 General Provisions of Civil Law foresees that: «Civil disputes shall be resolved in accordance with the law; if the law is silent, customs may apply, but not contrary to public order and good morals». For a synthesis of the different reforms faced by China see C. MINZNER, *China After the Reform Era*, in *Journal of Democracy*, Volume 26, Number 3, July 2015, pp. 129-143.

⁶⁶ See Art. 1 of 《最高人民法院关于案例指导工作的规定》 (Provisions of the Supreme People's Court Concerning Work on Case Guidance), passed by the Adjudication Committee of the Supreme People's Court on Nov. 15, 2010, issued on and effective as of Nov. 26, 2010, China Guiding Cases Project, English Guiding Cases Rules, June 12, 2015 Edition, also available at www.cgc.law.stanford.edu/guiding-cases-rules/20101126-english.

⁶⁷ *Ibid*, Art. 2.

⁶⁸ Accordingly, the Chinese People's Court are not bound by the selected cases, but if they depart from them they shall motivate their choice.

⁶⁹ B. AHL, *Retaining Judicial Professionalism: The New Guiding Cases*

For instance one of the selected cases possibly relevant to the topic in question is case No 66 according to which, under certain circumstances, the court may recognise one of the spouses as the only possible owner of the assets, or attributing to him/her a greater portion⁷⁰.

Both instruments play a key role in Chinese adjudication. Therefore, even if neither is explicitly mentioned in the article dedicated to the sources of civil law⁷¹, they seem very relevant in the adjudication process. As a consequence, it seems plausible that an EU-based judge if requested to apply Chinese law when dealing with matrimonial property issues, should take them into due account just to eventually fill legislative gaps.

Finally, tradition needs also to be taken into account: family law is still to a large extent governed by customary law and practice, in particular at local level and among different nationalities⁷². Indeed, significant variations can occur, especially in minority autonomous regions: a circumstance that just can just theoretically make the work of an EU-based judge tasked with adjudicating a case involving Chinese respondents more complicated.

Generally speaking, the application of matrimonial property regimes by an EU-based judge does not seem to immediately raise doubts over public policy (*ordre public*) concerns (which, pursuant to Art. 31 of both Regulations, can lead to the competent Member

Mechanism of the Supreme People's Court, in China Quarterly, 217, 2014, pp. 121-140. R. PEERENBOOM (ed.), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge 2009.

⁷⁰ The Guiding Cases selected by the Supreme People's Court are available at www.en.pkulaw.cn/, nevertheless the Stanford University built a website in which the cases research by topic is very user-friendly. See case No 66: "Where, during or before a divorce lawsuit, one party [to the marriage] conceals, transfers, sells, or destroys the joint property of the husband and wife or fabricates debts in an attempt to appropriate the other party's property, [the court] may, in accordance with Article 47 of the *Marriage Law of the People's Republic of China*, give a smaller or even no share of the property to the party [carrying out any of the aforementioned acts], when the joint property of the husband and wife is divided in a divorce. It is at the judge discretion deciding about it. Available at www.cgc.law.stanford.edu/guiding-cases/guiding-case-66/

⁷¹ See *supra* 65.

⁷² F.K. UPHAM, *Who Will Find the Defendant if He Stays with His Sheep? Justice in Rural China*, in *Yale Law Journal*, 114, 2005, pp. 1675-1718.

State court refusing to apply a certain provision), especially as far as compliance with Article 21 on the principle of non-discrimination of the Charter of Fundamental Rights of the European Union is concerned. Any discrimination seems to be more related to the law in action than to any substantive law content⁷³.

4. EU regulation 1104/2016 deals with registered partnerships. Within the meaning of the Regulation, this means «the regime governing the shared life of two people which is provided for in law, the registration of which is mandatory under that law and which fulfils the legal formalities required by that law for its creation» (Art. 3.a)⁷⁴.

However, China lacks such a discipline regarding registered partnership also for same-sex relationships, even if Chinese scholars are widely in favour of introducing respective rules. It thus seems impossible that Chinese law could be the law chosen by the partners of a registered partnership in a choice-of-law agreement pursuant to Article 22 as Chinese law does not recognise such relationships⁷⁵. In the same vein, Article 26 on the applicable law in the absence of choice by the parties has no effect on Chinese situations. In fact, Art. 26 identifies as applicable the law of the State under whose law the registered partnership was created. Due to the absence of such instrument in the People's Republic of China, there is no chance of any such partnership being registered there⁷⁶.

⁷³ Interferences in the adjudication can come from influences both internal and external to the judicial system, in R. PEERENBOOM (ed.), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge, 2009, in which these factors are taken into account. For considerations in Italian see C. MUGELLI, *Indipendenza e professionalità del giudice in Cina*, Firenze, 2012.

⁷⁴ The actual Italian legislation is in this respect complicated allowing marriage, civil union qualified and non-qualified cohabitation, see G. PERLINGIERI, *Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi*, in *Rassegna di diritto civile*, 2018, pp. 101-130.

⁷⁵ Article 22 of Regulation 2016/1104 states that: «The partners or future partners may agree to designate or to change the law applicable to the property consequences of their registered partnership, *provided that that law attaches property consequences to the institution of the registered partnership...*» (emphasis added).

⁷⁶ Article 26 of Regulation No 1104/2016 states that «In the absence of a

Nevertheless, partnerships (and also same sex partnerships) recently saw a chance of their rights improving. The path chosen by the Chinese legislator regards the amendment of the guardianship system. With the enactment of the new General Provisions of Civil Law (民法总则 *minfa zongze*) which entered into force on 1 October 2017 and represents the first book of the new Chinese civil code, the system of guardianship has been modified. In particular, now «[a]n adult with full capacity for civil conduct may, by consulting in advance with his or her close relatives or other individuals or organizations willing to act as a guardian, determine his or her guardian in writing. [So that w]hen the adult loses all or part of capacity for civil conduct, the guardian shall perform the duty of guardianship of the adult»⁷⁷ (Article 33 Chinese civil code). This article provides a way for a partner to see his/her (also same-sex) partner, taking care of his/her property in the event the latter losing his/her legal capacity, even if it is not a specific instrument officially recognising heterosexual or homosexual registered partnerships.

5. The European legislator could probably have better matched *forum* and *ius*, for instance taking into account the availability of third-country courts to exercise jurisdiction pursuant to their own domestic rules in cases more closely connected to such courts, or at least considering the matching of jurisdiction and applicable law in the event of Art. 11 (*forum necessitatis*) and in the event of Art. 17 (*Lis pendens*) being applied⁷⁸.

choice-of-law agreement pursuant to Article 22, the law applicable to the property consequences of registered partnerships shall be the law of the *State under whose law the registered partnership was created*», (emphasis added).

⁷⁷ The General Principles of Civil Law of 1986, before the enactment of the new Chinese civil code – that will come into force, in a comprehensive manner, on January 1, 2021 – were the foundations of private civil law in China. Their Articles 16-19 established the guardianship system for minors and the mentally ill. On 1 October 2017 the new General Provisions of Civil Law entered into force, representing the first book of the new Chinese civil code. To the guardianship system was added the Article 33 of the New Chinese civil code issued on 28 May 2020. Please note that the new General Provisions of Civil Law are already into force and this article has been considered as a first step in allowing same-sex partners with more rights.

⁷⁸ See F. MARONGIU BUONAIUTI, *Jurisdiction Under the EU Succession Reg-*

However, instead of analysing the problems and difficulties related to the efforts to make in order to coordinate jurisdiction and applicable law, we can also try to figure out in concrete terms what kind of law could be applied and how an EU-based judge can deal with it. Some years ago, three Italian scholars said that jurists are now, to some extent, all comparatists⁷⁹. The time is probably now ripe to state that judges, as jurists, need to be comparative law experts. Judicial dialogue has (and already had) a key role to play in this sense, especially as far as constitutional law and principles are concerned⁸⁰, while the EU private international law regulations can become the key instruments with respect to private law.

ulation and Relationships with Third Countries, cit., p. 219 that in relation to the Succession Regulation 2012/650 says that «[t]his would have contributed on a larger scale to the achievement of the objectives of *Gleichlauf* and of unity of the succession pursued by the Regulation itself».

⁷⁹ A. GAMBARO, P.G. MONATERI, R. SACCO, voce *Comparazione giuridica*, in *Digesto IV, Sezione civile*, vol. III, Torino, 1988, p. 48 ss., see also the general context explained in V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, 6° ed, Torino, 2018, p. 5 ss.

⁸⁰ See, *inter alia*, B. MARKESINIS, J. FEDTKE, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, Bologna, 2009 and T. GROPPI, M.C. PONTTHOREAU (eds), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford-Portland, 2013.

GONZALO MUÑOZ RODRIGO
EL DERECHO ESPAÑOL
ANTE EL MATRIMONIO ISLÁMICO

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El matrimonio islámico en España. - 2.1 Celebración del matrimonio islámico en España. - 2.1.1. La dote. - 2.1.2. La intervención del walí. - 2.1.3. Poligamia, edad y diferencia de credos. - 2.2. Celebración del matrimonio islámico en el extranjero. - 2.2.1. Edad y consentimiento. - 2.2.2. La poligamia. – 3. La ruptura del matrimonio islámico. - 3.1 Formas de disolución del matrimonio islámico. - 3.2 La problemática del repudio en España: Especial referencia a Marruecos. - 3.2.1 El reconocimiento del repudio en España. - 3.2.2. La aplicación del repudio en España.

1. En los últimos años, el aumento de la llegada de inmigrantes a Europa provenientes de países cada vez más lejanos y culturas muy diversas a las nuestras, plantea una serie de retos en los diferentes ámbitos de las sociedades occidentales. Uno de ellos, tal vez el más decisivo, es la integración de dichas personas en los Estados de recepción y, en lo que aquí nos concierne, cómo compaginar el respeto de las leyes civiles de dichos Estados con las costumbres, tradiciones, instituciones jurídicas e incluso religión¹ de los inmigrantes que residen en Europa.

Pues bien, una de las culturas que mayor interés supone, no solo desde el punto vista jurídico sino también sociológico, debido al

¹ La Constitución Española de 1978 (en adelante, CE) establece en su artículo 16.1 que: “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por ley”. De esta forma, como veremos más adelante, la única barrera a la profesión de un culto determinado es que su ejercicio afecte al orden público español. Es decir, que su aplicación concreta suponga la vulneración de los principios y valores constitucionalmente protegidos, por ejemplo, la igualdad, la libertad y la dignidad de las personas. No obstante, la consecuencia de eso no será que cualquier manifestación de dicha religión quede vedada, sino solamente aquel acto que suponga la conculcación de los principios y valores protegidos.

elevado número de residentes en Europa, en general, y en España, en particular, son los musulmanes. Los cuales, al mismo tiempo, han demostrado históricamente una mayor resistencia a aceptar los principios occidentales² y desde hace unas décadas han protagonizado un proceso de reislamización y vuelta a los valores más fundamentales, como una vía de reafirmación de su identidad étnica frente a las dificultades que se han encontrado en occidente, provocadas en ocasiones, por conductas xenófobas³.

Igualmente, lo anterior también se debe a una característica propia del Islam y que se concreta en la ausencia de una separación entre el plano religioso y el civil. Mientras, desde hace unos siglos, en Europa hemos asumido un modelo secularizado o laico que propugna la existencia de dos ámbitos, a saber, cada persona podrá practicar la religión que considere oportuna y mantener una ideología propia, siempre que respete la normas que todos nos hemos dado y no atente contra el orden público establecido; en muchos países musulmanes dicha concepción no se observa. Todo lo contrario, generalmente en los Estados islámicos la barrera entre lo político y lo religioso es muy difusa o por no decir inexistente, prueba de ello es que en algunos de aquellos la única norma que rige la vida de las personas es la “Sharia”⁴. Además, el propio Corán regula varias cuestiones relativas al Derecho de familia y sucesiones, tales como el matri-

² M.C. FOLETS, *Family disputes involving muslims (and muslim women in particular) in contemporary Europe*, en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho Comparado. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Bilbao, 2001, p. 266, apunta que los musulmanes han sido el grupo que más se ha resistido a aceptar los valores de la sociedad occidental.

³ Cfr. A. MONTILLA, *El derecho islámico y su adaptación al derecho español. Planteamientos generales*, en *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español* (coord. A. Montilla), Córdoba, 2005, p. 19, cuando señala que la reislamización que han atravesado algunos países “contribuye a una confrontación con la sociedad occidental”, así como que frente al rechazo que algunas veces encuentran en Occidente el Islam se convierte “en una fuente alternativa de valores”.

⁴ La “Sharia” constituye la revelación que “Allah” (Dios para los musulmanes) hizo a “Muhammad” (el Profeta Mahoma) y que se compone del Corán, el libro que contiene la doctrina que le transmitió Alá a Mahoma, y de la Sunna, el libro de los dichos y hechos de Mahoma. *Vid.* en este sentido a P. MARTÍN

monio⁵. Así, todo esto implica que cuando los musulmanes llegan a Europa se asientan, forman una familia y comienzan a establecer una estancia prolongada en países como España o Italia, se les puedan plantear conflictos de coincidencia entre lo que no solo es creencia para ellos, sino norma moral de obligado cumplimiento, y aquello que los estándares occidentales exigen para las relaciones familiares (sobre todo a partir de las segundas y terceras generaciones)⁶.

De todos modos, tampoco es posible generalizar en exceso, ya que el mundo islámico es muy complejo, habida cuenta de las distintas ramas que existen en su propio credo, como también de las diferentes realidades socio-políticas que acontecen en cada uno de los países de origen de los musulmanes⁷. En ese sentido, como analizaremos en este capítulo, nada tiene que ver el ordenamiento jurídico marroquí en el cual nos detendremos específicamente por razones obvias, con digamos el iraní de mayoría chiíta que carece de los

DE HIJAS Y MUÑOZ, *Lo permanente en el Derecho musulmán y las tendencias modernas en el Islam*, Madrid, 1968, pp. 14-15.

⁵ Según C. MOHAMED, *Islam, Historia, Liberalismo en Sayyid Amir Ali*, en *Revista HMIC*, núm. 10, 2012, pp. 207-208, un estado islámico es tal si todas sus leyes se ajustan a la “Sharia”, sin excepción. Un verdadero musulmán lo es si rige todos los aspectos de su vida, ya sea su faceta personal, política o cultural, por los dictados de la “Sharia”. De todos modos, también se afirma por la doctrina que solamente un 3% de todos los versos que contiene el Corán presentan un carácter jurídico, y se refieren mayormente a materia de familia y sucesiones. Vid. G. M. BADR, *Islamic law: Its relation to other legal systems*, *The American Journal of Comparative Law*, núm. 26, 1978, pp. 187-198.

⁶ En similares términos, se pronuncia A. MOTILLA, *El derecho islámico*, cit., p. 20.

⁷ En primer lugar, hay que señalar que tal como señala Z. COMBALÍA SOLÍS, *Estatuto de la mujer en el Derecho matrimonial Islámico*, en *Revista Aequalitas*, núm. enero-abril, 2001, p. 15, hoy en día se pueden diferenciar dos grandes bloques en el mundo islámico. Aquellos países en los cuales la “Sharia” es la única o prácticamente la única fuente del Derecho (véase Irán o Afganistán) y aquellos dónde ha habido un mayor progreso socio-jurídico y la aplicación de la “Sharia” se centra principalmente en materia de familia o sucesiones (véase Marruecos o Túnez). Sin embargo, esta diversidad en el Islam no se debe estrictamente a un mayor aperturismo o modernización de los países desde un punto de vista político o jurídico, sino que tiene que ver también con la diferente forma de entender e interpretar el Islam, si bien ambas cuestiones están irremediamente relacionadas.

avances jurídicos que muestra el primero con el Código de Familia de Marruecos⁸, aunque siga basándose claramente en la “Sharia”.

Por tanto, en este capítulo se abordarán primeramente qué caute- las se deben seguir para la celebración de un matrimonio islámico en España, como también estudiar qué obstáculos puede encontrarse el reconocimiento de un matrimonio islámico en nuestro ordenamien- to. Y, posteriormente, nos detendremos en los métodos de disolu- ción del vínculo matrimonial, especialmente el repudio debido a la problemática que genera en los países occidentales. Todo ello con la finalidad de avanzar en el reto que supone la integración de las personas musulmanas en Europa sin que sufran discriminación por razón de su religión, pero que, al mismo tiempo, no suponga una asimilación de las instituciones islámicas, las cuales en ocasiones se fundamentan en valores muy diversos a los que inspiran los orde- namientos occidentales.

2. Expuesto lo anterior es momento de analizar las vías que existen para celebrar un matrimonio islámico en nuestro país, así como las posibilidades de reconocimiento de un matrimonio musulmán celebrado en el extranjero. Todo ello, poniendo especial énfasis en los obstáculos que pueden ser más conflictivos.

2.1. En primer lugar y como ya señalé al principio del capítulo, España es un Estado aconfesional y, por consiguiente, ninguna reli- gión tiene el carácter de estatal. Lo cual permite que cada ciudadano pueda manifestar y profesar el culto que considere.

Dentro de la libertad religiosa, España reconoce efectos civiles al

⁸ Ley nº 14 70-03 relativa al Código de Familia promulgada por el Dahir (Real Decreto) nº 1-04-22 de 12 de hija de 1424 (3 de febrero de 2004), traducción de *Matrimonio y divorcio en las relaciones hispano-marroquíes y Com- pilación de legislación de Derecho privado marroquí*, vol. II, Madrid, 2009, p. 9. Traducción que se va a seguir en el presente capítulo. El Código de Fam- ilia Marroquí si bien supone un avance jurídico muy significativo, se inspira en Escuela Malikí. De hecho, las lagunas que pueda presentar la ley serán suplidas según la doctrina de dicha escuela. Otro ejemplo de la cercanía del Código de Familia Marroquí a la Escuela Malikí se puede apreciar en la forma de denomi- nar el Código por los marroquíes: “Mudawana”, en honor al libro de su funda- dor “Malik ibn Anas”.

matrimonio religioso, siempre y cuando se celebren bajo los requisitos que marque la ley⁹. Esto es, no cualquier ceremonia religiosa que un determinado credo califique de matrimonio va ser un matrimonio reconocido por el ordenamiento español. Sino solo aquella que cumpla las previsiones contenidas en los respectivos Acuerdos¹⁰. Obviamente, esto se aplicará aquellos matrimonios que se celebren en España por españoles y por extranjeros que se acojan a la “*lex loci*”¹¹. Pero, no tendrá la misma incidencia en los extranjeros que celebren un matrimonio en el extranjero y pretendan que produzca efectos en España o en aquellos que celebren un matrimonio ante autoridad consular en España bajo su “*lex personalis*”. Debido a que, en esos casos, al no haberse contraído según el ordenamiento español, en principio, solamente podría negarse el reconocimiento si dicho rito vulnera el orden público.

Pues bien, si nos centramos en el primer grupo de matrimonios celebrados en España, sería posible celebrar en España un matrimonio islámico, con la condición de que se respete el contenido del Acuerdo celebrado con la Comisión Islámica Española. Concretamente, lo que aquí nos interesa en el art. 7 del mismo que viene a indicar como elementos indispensables del mismo los siguientes: 1) tener capacidad matrimonial suficiente según el Código Civil, 2) expresar el consentimiento ante un Imán debidamente acreditado por la CIE (de conformidad con el art. 3 del Acuerdo) y 3) celebrar el matrimonio ante dos testigos mayores de edad.

⁹ *Vid.* art. 49 CC.

¹⁰ Para dar cumplimiento a la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, España ha suscrito diferentes acuerdos con las respectivas confesiones que más incidencia tienen en el País. Se trata de un proceso que ha durado varios años siendo el primero el Acuerdo del Reino de España con la Santa Sede de 1979 y, posteriormente, en 1992 los Acuerdos con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEDER), la Federación de Comunidades Israelitas de España (FCIE) y con la Comisión Islámica de España (CIE). Desde 2015, a raíz de la Ley de Jurisdicción Voluntaria también es posible celebrar matrimonios de las confesiones que han recibido notorio arraigo en España, por ejemplo, los budistas o los Testigos Cristianos de Jehová.

¹¹ El art. 50 CC permite a los extranjeros contraer matrimonio en España tanto por forma de la ley personal de cualquiera de ellos como por la forma prevista para los españoles. Es decir, matrimonio civil o forma religiosa prevista en la ley (art. 49 CC).

Lo que no queda claro en el artículo es, si aparte de los anteriores condicionantes, también es requisito indispensable para la validez del mismo el “certificado de capacidad matrimonial”, así como la inscripción del matrimonio. Habida cuenta que, si seguimos la literalidad del apartado 2 del precepto, se señala que: “Las personas que deseen inscribir el matrimonio celebrado en la forma prevista en el número anterior, deberán acreditar previamente su capacidad matrimonial...”. Esto hace pensar que se introduce una inscripción facultativa del matrimonio islámico (a diferencia de los otros matrimonios religiosos), siendo el certificado de capacidad matrimonial un mero trámite necesario para la inscripción del matrimonio y que éste tenga plenos efectos civiles¹². Además, esta postura parece reforzarse cuando se indica que: “la inscripción podrá ser promovida en cualquier tiempo”. A mayor abundamiento, la Instrucción de la DGRN 10 febrero 1993 (Derogada por la Orden JUS/577/2016, 19 abril), aún causó más dudas si cabe sobre el asunto y quedó muy lejos de ser clarificadora. Puesto que, vino a señalar que el requisito de certificado de capacidad en orden a la inscripción no tiene que ser necesariamente previo, sino que se puede posponer. A saber, en su Declaración VI ponía de relieve que el matrimonio se podría celebrar sin el mentado certificado y que luego, si se pretendía su inscripción, el Encargado del Registro debería verificar en ese momento el requisito de capacidad y no solo que se cumplen los requisitos formales del matrimonio sobre la base del acta que emita el ministro de culto.

La posibilidad anterior resulta muy peligrosa pues, si se interpretaba en el sentido de que dichos matrimonios son válidos desde el momento de su celebración, favorecería la proliferación de matrimonios “aparentemente válidos” que serían posteriormente declarados ineficaces y no tendrían acceso al Registro, cuando en el momento de la inscripción el Encargado verificase la inexistencia de la capacidad matrimonial. Lo que, en consecuencia, podría facilitar la existencia de matrimonios polígamos “de facto” o de menores, con

¹² Esta tesis iría en consonancia con la regla general del matrimonio civil en España, el cual produce efectos desde su celebración y la inscripción del mismo solamente tiene carácter declarativo para la adquisición de plenos efectos civiles. De todas formas, el matrimonio sería válido desde el momento de su celebración.

los problemas que ello puede acarrear a los propios cónyuges. En cambio, si se interpretaba en el sentido de que la inscripción es preceptiva, pero esta queda a la voluntad de los cónyuges, el escenario tampoco es ideal. Porque en ese caso, algunos autores ya han dicho que permitiría la creación de un “estado civil en suspenso”¹³. Es decir, los cónyuges podrían decidir en cualquier momento si desean otorgar efectos civiles al matrimonio que han contraído. Circunstancia que afectaría gravemente a la seguridad jurídica y a la certeza del estado civil.

Por ese motivo, la STC 1 diciembre 2014 vino a zanjar la cuestión¹⁴. Se trataba de un supuesto que resolvió sobre la solicitud de una pensión de viudedad que fue denegada en instancias inferiores, porque el matrimonio no solo no estaba inscrito, sino que tampoco se llevó a cabo en su momento el certificado de capacidad matrimonial. Aunque el recurrente defendía la validez del matrimonio a pesar de que éste no estaba inscrito, el Tribunal Constitucional estableció que la cuestión no radicaba ahí, sino en la necesidad de certificado de capacidad matrimonial. Es decir, determinó que “la certificación de la capacidad matrimonial sirve para acreditar la concurrencia de los requisitos de fondo de la validez del matrimonio, por lo que en ausencia de la misma no puede hablarse de un matrimonio existente para la legislación del Estado”.

En consecuencia, según el TC no existen dos formas de celebrar un matrimonio islámico válido, según parecía concluir la DGRN (con examen de capacidad previo o con examen de capacidad diferido). Todo lo contrario, ya que interpreta que, por un lado, tendríamos la regla general en virtud de la cual hay matrimonio válido

¹³ M.L. LABACA ZABALA, *Eficacia civil del matrimonio celebrado en forma religiosa*, en *Saberes*, vol. 5, 2007, p. 2., citado por I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, *Matrimonio celebrado por el rito islámico, certificado de capacidad matrimonial y derecho internacional privado*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 2, vol. 7, 2015, p. 393.

¹⁴ STC 1 diciembre (RTC 2014, 194). Sobre esta sentencia véase también, A. CABEZUELO ARENAS, *Ilegitimidad de matrimonio contraído por el rito islámico: Denegación de inscripción en el Registro Civil y la pensión de viudedad*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2015, pp. 83-94, que reflexiona sobre la diferencia entre matrimonio ilegítimo (no válido para el ordenamiento) y el matrimonio legítimo, pero no inscrito.

desde la celebración, puesto que primeramente las autoridades se han cerciorado de la capacidad de los contrayentes, y, por otro lado, tendríamos una regla excepcional según la cual es posible comprobar la capacidad matrimonial a posteriori, si bien, hasta el momento de la inscripción dicho matrimonio no sería válido. Habida cuenta que, en tal caso la comprobación de la capacidad se estaría produciendo por el Encargado del Registro antes de proceder a la inscripción (de forma que, en esta circunstancia la inscripción adquiriría una importancia decisiva que, en principio, no tendría). Así, sienta el Constitucional que, en el supuesto litigioso, dado que no se procedió a examinar la capacidad matrimonial con anterioridad ni tampoco después, el mismo carecería de validez y, por tanto, de eficacia en nuestro ordenamiento.

La solución del Tribunal Constitucional es bastante drástica y aunque soluciona el problema de los matrimonios “aparentemente válidos” (puesto que solo cuando se haya comprobado la capacidad podríamos considerarlos como tales), seguiría favoreciendo, en cierta medida, la autonomía de la voluntad en la asignación de efectos civiles a los matrimonios musulmanes, con las reservas que un sector de la doctrina ya ha manifestado¹⁵. De todos modos, algún autor pone de relieve que, basándonos en el art. 65 CC y la propia Declaración VI de la RDGRN de 1993, a lo que yo añadiría los principios “favor negotii” y “favor matrimonii”, sería muy aventurado decir que dichos matrimonios carecen de toda validez o efecto porque no haya mediado la comprobación¹⁶. En todo caso, serían subsanables, más aún cuando se pueda verificar, incluso en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, que no había ningún impedimento en el momento de celebración.

Reseñado lo anterior, podemos afirmar que, junto con los requisitos expuestos de capacidad, ministro de culto y testigos, se deberá observar también el de certificado de capacidad si las partes quieren que su matrimonio tenga efectos civiles.

La primera impresión que puede provocar cómo se configura en el ordenamiento español el matrimonio islámico es justamente que

¹⁵ *Vid. supra.*

¹⁶ I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, *Matrimonio celebrado*, cit., pp. 391-393.

nada tiene de religioso¹⁷, pues suprime varios elementos esenciales del mismo si seguimos la “Sharia” e incluso añade alguno nuevo como la presencia de un ministro culto (cadí, imán o mullah)¹⁸. Esto ha implicado que parte de la doctrina haya reflexionado sobre la aparente quiebra de la libertad religiosa en la regulación de dicho matrimonio, si lo comparamos con el canónico¹⁹.

Sin embargo, esto no es así puesto que, en definitiva, el estado no prohíbe o, dicho de otro modo, no impide que la ceremonia se lleve a cabo de una determinada forma. Al final, el Estado simplemente establece un mínimo indispensable para dotar de seriedad y seguridad al matrimonio como es la presencia de testigos, de una autoridad, la concurrencia de capacidad según nuestras leyes y el consentimiento. Por ese motivo, siempre y cuando se haga lo apuntado, todo aquello que no sea contrario al orden público podrá realizarse también, puesto que no es facultad del Estado definir el rito islámico²⁰.

De esta forma, tal y como considera parte de la doctrina a la que me sumo, determinadas características del matrimonio islámico no son totalmente incompatibles con el ordenamiento español²¹ y

¹⁷ Así lo afirma, R. RODRÍGUEZ CHACÓN, *El matrimonio religioso no católico en el derecho español*, en *El matrimonio en España en el año internacional de la familia (Problemática sociológica y jurídica)*, Salamanca, 1995, p. 254.

¹⁸ Cuando con carácter general, por lo menos en el sunismo, no existe un clero organizado a imagen y semejanza de la Iglesia católica. De hecho, se puede aseverar que resulta evidente la inspiración en el matrimonio canónico cuando se habla de ministro de culto. Comparar la regulación del Acuerdo con el art. 13 CF, que recoge cuáles son los elementos esenciales del matrimonio en Marruecos, resulta bastante esclarecedor: 1) Capacidad del marido y la mujer, 2) Ausencia de acuerdo sobre la supresión de la dote, 3) Presencia del tutor matrimonial (walí) siempre que el presente Código lo requiera, 4) Presencia de dos “Adules” que levanten acta del consentimiento pronunciado por ambos cónyuges y consignación de la misma, y 5) Ausencia de impedimentos legales.

¹⁹ *Ídem* R. RODRÍGUEZ CHACÓN, *El matrimonio religioso*, cit., p. 254.

²⁰ La libertad religiosa no es absoluta, y el estado puede limitarla siempre que respete su contenido esencial (art. 53 CE), con la finalidad de salvaguardar el orden público.

²¹ S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, *El matrimonio islámico en el acuerdo con el estado español de 1992*, en *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español* (coord. A. Motilla), Córdoba, 2005, pp. 133 y 131.

su ejercicio puede facilitar el reconocimiento de los mismos en el de sus países de origen para evitar situaciones claudicantes²². Es el caso, de la dote (elemento nuclear del matrimonio musulmán) y de la intervención del “walí”.

2.1.1. En cuanto a la dote, un sector de la doctrina ha declarado que uno de los principales problemas que puede presentar es que se conciba como un precio de la mujer y que, por consiguiente, se convierta en una forma de perpetuación de la violencia contra ella que atenta contra su dignidad²³. No obstante, la doctrina también señala que lo importante para evitar un mal uso de la dote es que la legislación de los estados asegure que su destinataria sea la mujer y no la familia o los parientes de esta²⁴. Puesto que, en ausencia de otros instrumentos jurídicos como el régimen económico matrimonial o la pensión compensatoria en la “Sharia”, la dote puede jugar un papel fundamental en la protección e independencia económica de la mujer²⁵. De forma que incluso los Tribunales podrían aceptar reclamaciones de este tipo.

En ese sentido, la dote puede ser completamente inocua, ya que esta se parece mucho a una donación por causa del matrimonio que puede hacer el novio a su futura esposa. Nada impediría, por tanto, que uno de los contrayentes le haga un regalo al otro antes del

²² Es decir, que tienen efectos en España, pero no en sus países de origen, por no cumplir sus respectivas normas internas.

²³ E. ABAD ARENAS, *Matrimonio: Especial consideración a los forzosos, precoces e infantiles*, Porto, 2019, p. 52.

²⁴ A. MOTILLA, *Eficacia civil del matrimonio celebrado en el extranjero conforme a la ley islámica*, en *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español* (coord. A. Motilla), Córdoba, 2005, p. 165.

²⁵ V. gr. M.D. CERVILLA GARZÓN, *La aplicabilidad de las normas del código de familia marroquí que regulan el divorcio en España: El filtro constitucional*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 1, vol. 10, 2018, p. 162, señala que, si bien, no debería pasar el filtro de constitucionalidad por su configuración legal, puesto que como se ha visto en el capítulo se exige la consumación del matrimonio, debemos ser cautos, porque “el orden público no debería jugar en contra de la mujer musulmana” (con cita a E. ZABALA ESCUDERO, *Los efectos del matrimonio en una sociedad multicultural: especial referencia al Islam*, en *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, núm. 8, 2002, p. 245) y la dote puede ser “una fórmula muy beneficiosa para ella”.

matrimonio, costumbre que incluso puede llegar a observarse en países occidentales. Más complejidad, presenta la parte diferida de la dote o “cali”, ya que puede ser más difícil de calificar en nuestro ordenamiento, sobre todo en caso de reclamación con posterioridad a la muerte del esposo o por ruptura matrimonial. Sin embargo, Tribunales extranjeros ya han empezado a reconocer reclamaciones de este tipo²⁶.

2.1.2. Respecto a la intervención del walí, las opiniones son muy dispares. Esto es debido a que no podemos perder de vista que el consentimiento matrimonial debe prestarse con carácter general de forma personal, dado el carácter personalísimo del negocio²⁷. De todos modos, hay que reconocer que en España es posible el matrimonio por poderes (art. 55 CC), que viene a excepcionar la regla general y permitiría que uno de los cónyuges actuase a través de un mandatario debidamente acreditado (que debería atenerse a la voluntad de su mandante), a condición de que el otro cónyuge si acuda personalmente a la boda. Con apoyo en esta particularidad, un sector de la doctrina sostiene que nada impediría que el consentimiento se manifestase a través de un walí, siempre y cuando estuviere autorizado por poder notarial y de esa manera se pudiese comprobar sin lugar a dudas la integridad del consentimiento²⁸. Además, añade que, en definitiva, “tampoco la emisión personal y directa del consentimiento matrimonial es garantía plena de que el mismo se emite con las condiciones de libertad y conciencia que su validez requiere”²⁹.

A esta postura se le replica que las mujeres pueden verse fuertemente influenciadas por su entorno familiar, así como que al aplicar-

²⁶ Sobre este punto, la Sentencia del Tribunal Supremo Alemán de 28 enero 1987, calificó el “cali” tras el divorcio como un pacto de alimentos al que el marido dentro de su autonomía negocial se había obligado. Véase E. ZABALA ESCUDERO, *Los efectos del matrimonio*, cit., pp. 247-252, para una mayor explicación sobre la dote en el Derecho comparado.

²⁷ J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, P. CHAPARRO MATAMOROS, *Requisitos y efectos del matrimonio*, en *Derecho Civil IV: Derecho de Familia*, 2ª ed., Valencia, 2016, p. 53.

²⁸ S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, *El matrimonio islámico*, cit., p. 131.

²⁹ *Ibid.*, p. 131.

se la forma religiosa de celebración “no hay mecanismo que permita obligar al otorgamiento de una escritura pública”³⁰. Totalmente en contra se posicionan otros autores que afirman que el orden público español no permitiría que “un tercero – el walí – consintiera el acto en lugar de la contrayente marroquí, aun a riesgo de que el matrimonio así celebrado no fuera válido en Marruecos”, por exigencia de los principios de igualdad de los cónyuges ante la ley (arts. 14 y 32 CE) y consentimiento matrimonial personal³¹.

2.1.3. A diferencia de los elementos anteriores, otras características que presenta el matrimonio islámico, como la posibilidad que existe de celebrar matrimonios entre menores en algunos países musulmanes, la poligamia o el impedimento de diferencia de credos, no tendrían virtualidad en el ordenamiento español.

Esto se debe principalmente a que, al ser matrimonios controlados por autoridades españolas, sería imposible que un matrimonio polígamo o celebrado entre menores pudiera ser autorizado en nuestro país. Más aún, cuando desde hace unos años en España no es posible la dispensa judicial del requisito edad³². Tras la reforma producida por la Ley 15/2015, de 2 de julio, se derogó el art. 48.II

³⁰ Así, se pronuncia, A. TAZÓN CUBILLAS, *Matrimonio islámico y derecho de familia español: Algunos aspectos conflictivos*, en *Revista Aequalitas*, núm. 22, 2008, p. 44. Aunque, acaba diciendo que tal vez habrá que valorar en cada caso si la intervención del walí coacciona a la mujer o simplemente se trata de una forma ritual.

³¹ A. RODRÍGUEZ BENOT, *Eficacia ante el ordenamiento español de matrimonio celebrado por contrayentes de los que, al menos, uno sea marroquí*, en *Matrimonio y divorcio en las relaciones hispano-marroquíes y compilación de legislación de derecho privado marroquí*, vol. I, Madrid, 2009, p. 54.

³² F. BLASCO GASCÓ, *Instituciones de derecho civil: Derecho de familia*, 2ª ed., Valencia, 2015, p. 60, J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, *Una relectura de la legislación española en materia de capacidad para contraer matrimonio y de prohibiciones matrimoniales*, BFD 95/1, 2019, p. 442. Autor que valora este cambio de forma positiva, pues ya no parece adecuado que menores de edad accedan al matrimonio. Dispensa que estaba basada en razones anacrónicas como era el “matrimonio reparador”. Véase también, A. CARRIÓN VIDAL, *Comentarios a vuela pluma en materia de capacidad y forma de celebración del matrimonio, tras la modificación del Código Civil por la Ley 15/2015, de 2 de julio de la jurisdicción voluntaria*, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015, p. 378.

CC que permitía la dispensa judicial por “justa causa” a partir de los 14 años. Por consiguiente, en España solo es posible casarse una vez cumplidos los 18 años o si se trata de un menor emancipado (el cual necesariamente ha de tener 16 años, *vid.* arts. 317, 319 y 320 CC).

Por lo que respecta a la poligamia, el impedimento de ligamen (art. 46. 2º CC) impediría valga la redundancia que una persona previamente vinculada por matrimonio con efectos civiles pudiera contraer un nuevo matrimonio. Salvo que el primer matrimonio sea declarado nulo o disuelto por divorcio, muerte o declaración de fallecimiento de alguno de los cónyuges (art. 85 CC). Por este motivo, cuando musulmanes españoles o extranjeros quieren contraer nupcias en nuestro país en ocasiones se encuentran con que ya están casados a ojos del ordenamiento español. Esto pasa muchas veces por desconocimiento, pues ya han contraído matrimonio coránico en España y pretenden casarse otra vez por lo civil, cuando lo propio sería inscribir el matrimonio islámico en el Registro Civil³³. Igualmente, también sucede que quiénes han adquirido la nacionalidad española desean casarse nuevamente en España, pero aún se encuentran vinculados por un matrimonio islámico no disuelto en el extranjero, ante lo cual se les deniega la autorización.³⁴

En cuanto al impedimento de diferencia de credos, como ha señalado la doctrina, dicho obstáculo no tendría operatividad en España y bajo ninguna circunstancia se podría impedir que una mujer musulmana pudiera contraer matrimonio con un no musulmán.³⁵ Esto es, siendo que la capacidad de las personas se rige por su ley personal *ex art.* 9.1 CC y que para una mujer cuya ley personal sea la “Sharia”, tal impedimento, teóricamente, le sería de aplicación. No se podría admitir por respeto al orden público español, considerar lo contrario supondría vulnerar el principio de no discriminación por razón de sexos, de religión y además del *ius nubendi*.

³³ En virtud del artículo 15 LRC, tienen acceso al Registro Civil tanto los actos que realicen los españoles tanto en España como en el extranjero, así como los actos que lleven a cabo los extranjeros en España.

³⁴ Sobre las anteriores situaciones, *vid.* RDGRN 21 enero 2009 (JUR 2010, 99162); RDGRN 1 de septiembre 2017 (1ª) (BMJ, septiembre de 2018, pp. 620-622) y RDGRN 21 abril 2017 (36ª) (BMJ, abril de 2018, pp. 357-358).

³⁵ A. RODRÍGUEZ BENOT, *Eficacia ante el ordenamiento*, cit., p. 48.

Por último, no podría finalizar este apartado sin referirme al otro caso de matrimonios celebrados en España entre extranjeros, pero ante autoridad consular. En ese supuesto peculiar, la ley de aplicación a la forma del matrimonio no sería la española sino su propia ley personal. Por tanto, tal matrimonio coránico no se celebraría según lo dispuesto en el art. 7 del Acuerdo, sino en función de las normas del país de origen. Esto ha pasado en la RDGRN 31 mayo 2007, la cual consideró válido un matrimonio marroquí celebrado según los requisitos del art. 13 CF³⁶ y pudo acceder al Registro Civil al ser un matrimonio celebrado en España. De todos modos, aún en estos casos la barrera del orden público no se podría quebrar, por lo que hubiera sido denegado si se tratase de un matrimonio entre menores o polígamo.

2.2. Uno de los aspectos más peliagudos sobre el matrimonio islámico es el reconocimiento de aquel que no ha tenido lugar dentro de nuestras fronteras. Habida cuenta que, cómo es lógico, al tratarse de ordenamientos inspirados en valores sensiblemente distintos a los nuestros no es infrecuente encontrarse solicitudes de reconocimiento de matrimonios polígamos u otros en los cuales puede ser complicado comprobar si el consentimiento de las partes fue íntegro.

Generalmente, los mencionados matrimonios llegan a conocimiento de nuestras autoridades cuando los extranjeros adquieren la nacionalidad española y pretenden reconocerlos a efectos de obtener los beneficios que la ley otorga a la unión matrimonial. Sin embargo, aunque es posible que tales matrimonios sean reconocidos por el ordenamiento jurídico español, no siempre lo harán pues en ocasiones vulneran el orden público español.

Sobre la celebración del matrimonio en el extranjero, quiero hacer un inciso antes de seguir con los principales escollos que pueden encontrarse, y es el caso de los matrimonios celebrados por españoles de origen marroquí en Marruecos. Puesto que, cierta autora³⁷, ha observado recientemente que, por particularidades de las normas sobre nacionalidad, aquellos son considerados por nuestras autoridades

³⁶ En ese sentido, se realizó ante dos adules, intervino el “wali” y se consignó la dote. RDGRN 31 mayo 2007 (JUR 2008, 263997).

³⁷ I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, *Matrimonio celebrado*, cit., pp. 397-398.

solamente como ciudadanos españoles, pero por las marroquíes por únicamente marroquíes. Esto provoca que cuando acuden a su país de origen a celebrar nupcias, no se les exige tramitar un expediente de capacidad previo, cautela que si se impone a los extranjeros. No obstante, cuando vuelven a nuestro país se encuentran con que el Registro Civil deniega el reconocimiento del matrimonio, ya que se ha celebrado sin el preceptivo certificado de capacidad matrimonial que la *lex loci celebrationis* exige a los extranjeros y para España dichas personas son extranjeras en Marruecos³⁸. Por lo tanto, lo más recomendable es, que hasta que se solucione dicha paradoja, contraigan matrimonio islámico en España, algo perfectamente posible.

2.2.1. En este epígrafe haré referencia tanto al requisito edad como al consentimiento en los matrimonios celebrados en el extranjero, pues su casuística es generalmente diferente a la que se presenta en España y, al mismo tiempo, se trata de dos elementos íntimamente relacionados. Pues, como señala la doctrina, el matrimonio infantil estaría dentro de los llamados matrimonios forzosos, porque los menores sin la madurez suficiente para poder comprender la esfera matrimonial, pueden verse coaccionados e influenciados por su entorno familiar y social para contraer dichos matrimonios.³⁹

La preocupación por el matrimonio infantil y el forzado ha aumentado en los últimos años a raíz de los fenómenos migratorios que han acaecido en Europa. Esto ha implicado algunas reformas legales que, entre otras cosas, han introducido tipos penales ya olvidados, pero que han sido reintroducidos para luchar contra este tipo de situaciones.

³⁸ Véase, las más recientes RDGRN 23 mayo 2013 (JUR 2013, 329994) y 10 octubre 2012 (2013, 322331). La Dirección General se ampara en el art. 252 CC que viene a decir que: “Si los contrayentes han manifestado su propósito de contraer matrimonio en el extranjero con arreglo a la forma establecida por la Ley del lugar de celebración y esta Ley exige la presentación de un certificado de capacidad matrimonial, una vez concluido el expediente con auto firme favorable, el instructor entregará a aquéllos tal certificado”.

³⁹ J. ALVENTOSA DEL RÍO, *Matrimonio de menores de edad no emancipados en el Derecho Español actual*, en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés* (coords. F. Blasco Gascó, M. Clemente Meoro, F.J. Orduña Moreno, L. Prats Albentosa y R. Verdera Server), t. II, Valencia, p. 110.

En España no existe el tipo penal de matrimonio infantil, pero sí el de matrimonio forzoso, regulado en el art. 173 bis CP cuyo número 1, señala que: “El que con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años y seis meses o con una multa de doce a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.” Después, su número 2 apunta que: “La misma pena se impondrá a quien, con la finalidad de cometer los hechos a que se refiere el apartado anterior, utilice violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español o no regresar al mismo”. Finalmente, en su número 3 encontraríamos lo que puede ser una especie de regulación del matrimonio infantil, puesto que establece una mayor pena en las conductas anteriores (“se impondrán en su mitad superior”) cuando la víctima fuese menor de edad.

Sobre esta cuestión, algún autor ha puesto de manifiesto el pernicioso papel que puede jugar la dote, aunque, con carácter general, hayamos dicho que no tiene porque ser negativa. Pues bien, si en un “matrimonio” de esta clase, por ejemplo, se ha engañado a la persona para que acuda a otro país dónde se le ha obligado a casarse, y ha mediado un beneficio económico para los partícipes, a veces la propia familia de la víctima, estaríamos claramente ante un supuesto de trata de blancas⁴⁰. Dónde una familia vende a su propia hija a cambio de una “dote” (que desde mi punto de vista ya no lo sería porque la beneficiaria no es mujer), que le entrega el futuro esposo o la familia del novio. Este escenario que parece de película, no es baladí y ha sido detectado por las autoridades españolas.

Prueba de ello es la STS (Sala de lo Penal), 8 enero 2010⁴¹, que resolvió un caso en el cual una menor de 14 años fue llevada a su país de origen para luego ser obligada a casarse contra su voluntad con un hombre adulto. Una vez en España, fue víctima de agresiones físicas y psicológicas por su marido, así como por su madre al negarse a mantener relaciones sexuales con él. El Tribunal Supremo condenó a su progenitora como “cooperadora necesaria de un delito de

⁴⁰ T. PERAMATO MARTÍN, *Matrimonio infantil, precoz y forzado (2ª parte)*, en *Diario la Ley*, núm. 8966, 24 de abril de 2017, epígrafe V.

⁴¹ STS (Sala de lo Penal), 8 enero 2010 (La LEY 2010, 5323).

agresión sexual y como autora responsable de un delito de maltrato familiar, de lesiones graves a familiar; de coacciones y amenazas”, a su padre como “autor responsable de un delito de maltrato familiar y, amenazas”, y a su esposo como autor “responsable de un delito de agresión sexual”.

Claro está, que este caso se pudo detectar porque había pruebas fehacientes de ello y había ocurrido en España, aunque el matrimonio forzoso tuviera lugar en el extranjero. Evidentemente, puede pasar que un matrimonio infantil con el paso de los años llegue a España y sea reconocido, ya que si los cónyuges son estos momentos mayores de edad y han convido más de un año en dichas circunstancias, el impedimento edad sería convalidado por mor del art. 75 CC.

Respecto al consentimiento, seguramente este sea uno de los elementos que más dificultad presenta controlar, pues existe una presunción de que éste se presta libre, así como de la buena fe las partes. De hecho, algún autor señala que “al Encargado del Registro Civil no le corresponde ponderar la existencia de intimidación que concurre en los matrimonios forzosos debido a que, podría comprometerse el *ius connubii* de la mujer”⁴². Por este motivo, si no se pueden deducir indicios suficientes de simulación matrimonial, se debe autorizar el matrimonio⁴³. Si bien, existen bastantes supuestos de matrimonios que han sido denegados por haber sido realizados en fraude de ley (muchas veces entre españoles y marroquíes celebrados en Marruecos), cuando se ha solicitado el certificado de capacidad matrimonial⁴⁴.

En relación con el consentimiento, también podemos preguntarnos cómo juega la intervención del “walí”, en los matrimonios que son celebrados en el extranjero. Cómo ya hemos dicho antes, sería admisible el matrimonio por poderes en España según el art. 55 CC. Sin embargo, el *quid* de la cuestión estaría en si tenemos garantías suficientes de que el consentimiento así prestado en el extranjero nos

⁴² S. SÁNCHEZ LORENZO, *La inconveniente doctrina de la DGRN de los matrimonios de conveniencia*, en *Derecho Registral internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid, 2003, p. 270.

⁴³ A. MOTILLA, *Eficacia civil del matrimonio*, cit., pp. 170-171.

⁴⁴ *Vid. v. gr.* RRDGRN 15 junio 2005 (RJ 2005, 7536) y 31 enero 2012 (JUR 2012, 309070).

permite saber con seguridad que éste ha sido íntegro. Un sector de la doctrina, al que me sumo, afirma que “si la mujer solicita la inscripción en España de un matrimonio celebrado en un país islámico, reitera su consentimiento y, por tanto, no hay motivos para rechazar la eficacia de ese matrimonio por aplicación del orden público interno”⁴⁵ Cabe destacar que la DGRN en la Resolución-Curricular 29 junio 2005⁴⁶ ha dicho que ha rechazado en Resolución 7-1ª julio 2005 la aplicación de “leyes extranjeras que autorizan el matrimonio sin necesidad de la voluntad libre y real prestada por cada uno de los contrayentes o aún contra la voluntad de los mismos.” De todos modos, esto podría indicar que la clave estaría en si la ley extranjera permite los matrimonios prescindiendo de la voluntad de los cónyuges, en caso contrario si podría encontrar reconocimiento, aunque se trate de un país islámico (por ejemplo, el art. 24 del Código de Familia de Marruecos señala que “la mujer mayor de edad ejercerá dicho derecho [la tutela matrimonial] conforme a su voluntad e intereses”).

2.2.2. En cuanto a la poligamia, ya se ha repetido en este capítulo su contrariedad al orden público español, pues atenta contra la concepción monógama del matrimonio en la sociedad occidental⁴⁷, como también a los principios constitucionales de igualdad y dignidad de la mujer. En realidad, la poligamia llega a tal punto de incompatibilidad con el derecho español, que contraer un segundo matrimonio estando vigente el primer matrimonio constituye un delito de bigamia (art. 217 CP).

⁴⁵ A. MOTILLA, *Eficacia civil del matrimonio*, cit., p. 170, por contra, dicho autor señala que S. FERRARI, *Diritto de Famiglia e libertà di coscienza. Problemi italiani e prospettive europee*, en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho Comparado. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Bilbao, 2001, p. 170, en cuanto al derecho italiano, considera que “el matrimonio celebrado en el extranjero en el cual el consentimiento de la mujer es prestado por un tutor, va contra el orden público interno, aunque puede reconocérsele algunos efectos particulares como la sucesión hereditaria”.

⁴⁶ «BOE» núm. 188, de 8 de agosto de 2005, pp. 27817-27822.

⁴⁷ En ese sentido coinciden, J.M. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional Privado*, Madrid, 1996, p. 122 y J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, *Una relectura*, cit., p. 451.

Por tanto, se ha denegado de la inscripción de matrimonios celebrados en el extranjero cuando se ha detectado su carácter polígamo. Algo que se ha tenido en cuenta, no sólo si estos eran efectivamente polígamos (es decir, existían varias esposas a la vez), sino también cuando el matrimonio era de “tipo polígamo”⁴⁸. El rechazo general a la poligamia en nuestro país ha despertado las suspicacias de cierta doctrina que llega a decir, en relación con la denegación de ciertas prestaciones, que “el problema, más que ético o moral es económico”⁴⁹, apoyándose en las situaciones de los cónyuges que tienen a su vez una pareja extramatrimonial. Si bien, desde mi punto de vista, no se puede comparar la institución matrimonial a la que la ley exige unos requisitos y anuda unas consecuencias legales en función de unos valores comúnmente aceptados por la sociedad, con la circunstancia de que algunas personas casadas tengan a su vez otras parejas sexuales.

De todos modos, el hecho de que estos matrimonios no tengan encaje en Occidente, no impide que se les pueda reconocer una serie de efectos, en virtud de la doctrina del orden público atenuado⁵⁰, cuando han sido válidamente celebrados en el extranjero en base a la ley personal de los contrayentes. Así, se desprende de varias RRDGRN que vienen a decir que: “no es cuestión dilucidar aquí los efectos de distinto tipo que ese segundo matrimonio pueda pro-

⁴⁸ A este respecto resulta muy ilustrativo J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, *Una relectura*, cit., pp. 454-455 con cita a varias RRDGRN que señalan que también se deniega la inscripción cuando “hay una remisión expresa a la propia *Sharia*”, al indicar cuestiones tales como el número de esposas que están casadas en la actualidad, aunque aparezca la mención “ninguna”. Vid. RRDGNR 27 octubre 2017 (BMJ, septiembre 2018, pp. 444-445) y 28 agosto 2015 (BMJ, enero 2016, pp. 487-492).

⁴⁹ I. GARCÍA RODRÍGUEZ, *La celebración del matrimonio religioso no católico*, Madrid, 1999, pp. 306 y ss., afirma que no existen grandes diferencias “ente los matrimonios polígamos y los matrimonios monógamos simultáneos a uniones de hecho”. De hecho, considera “una hipocresía moral” que se rechace la primera, pero se acepten socialmente las “poligamias de hecho”.

⁵⁰ Véase, A. RODRÍGUEZ BENOT, *Eficacia ante el ordenamiento*, cit., p. 37. La doctrina del orden público atenuado se inició en Francia a raíz de la sentencia “Riviére” del Tribunal Supremo de Casación. Sobre la doctrina del orden público atenuado vid. M.L. LABACA ZABALA, *El matrimonio polígamo islámico y su repercusión*, cit., pp. 306-324.

ducir para el ordenamiento español” (a pesar de que había denegado su inscripción), u otra que abre la puerta al reconocimiento de efectos de forma similar al matrimonio putativo (art. 79 CC) “que ese matrimonio no pueda ser inscrito [...] no ha de impedir [...], que el matrimonio islámico haya de surtir al menos, los efectos del matrimonio putativo y, por tanto, siempre el carácter de la filiación matrimonial del menor...”⁵¹.

Últimamente, se ha avanzado más en el reconocimiento de ciertos derechos a los matrimonios polígamos válidamente celebrados en el extranjero, cabe destacar la STS (Sala Tercera), 24 enero 2018⁵², que reconoce la pensión de viudedad a las dos esposas de un ciudadano marroquí fallecido, el fallo establece que “la constatación de una situación de poligamia de un súbdito marroquí no impide, por razones de orden público, el reconocimiento del derecho a una pensión de viudedad en el régimen de clases pasivas del Estado, regulado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, a favor de todas las esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas con el causante perceptor de una pensión con cargo al Estado español”. Eso sí, la pensión deberán compartirla por partes iguales.

No obstante, esta sentencia no debería suponer una novedad y resulta hasta sorprendente que haya llegado al Supremo, ya que el Alto Tribunal fundamenta su decisión en el art. 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos, de 8 de noviembre de 1979 (el cual desde su publicación por el BOE en el año 1982 ostenta, como tratado internacional que es, una posición de superioridad jerárquica sobre cualquier otra norma, incluida la Constitución, según el art. 96 de la misma) que viene a disponer: “La pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación”.

Aún así, la doctrina considera que queda por mucho por hacer, pues todavía existen algunos derechos que son conflictivos, sobre todo el derecho de reagrupamiento familiar. Este derecho se en-

⁵¹ RRDGRN 3 diciembre 1996 (RJ 1997, 7371) y 10 julio 1996 (RJ 1996, 9703).

⁵² STS (Sala Tercera) 24 enero 2018 (Roj 2018, 121).

cuentra regulado actualmente en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, y permite que los extranjeros que residan legalmente en España puedan, con mayores facilidades que otros extranjeros, traer a sus familiares más cercanos. Evidentemente, esto genera un conflicto con la poligamia, ya que su art. 17. a) señala que: “no podrá reagruparse más de un cónyuge, aunque la Ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial”. Y, para que pueda reagrupar a una nueva esposa, se deberá acreditar que “la disolución de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y sus hijos comunes en cuanto al uso de la vivienda común, a la pensión compensatoria a dicho cónyuge y a los alimentos que correspondan a los hijos menores, o mayores en situación de dependencia”.

Por este motivo, un sector de la doctrina señala que “el principio de igualdad parece quebrar” en la regulación del derecho de reagrupamiento, porque, en definitiva, permitiría solo reconocer a la primera esposa en caso de matrimonio polígamo en el extranjero⁵³, y a la segunda solo le quedaría la opción de que su marido se divorciase de la primera para poder acceder a este derecho. Del mismo modo, los menores con derecho de reagrupamiento son “los hijos del residente y del cónyuge, incluso los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años o personas con discapacidad”, y si son solo de uno de los cónyuges tendrá que ejercer “en solitario la patria potestad o que se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo” (art. 17. b). Ante esto, hay quien dice que dicha regulación, a pesar de que sea “prudente y lógico, en aras de la seguridad jurídica” establecer por ley quiénes son las personas reagrupables, no respeta el art. 39 CE que, como es sabido, garantiza “la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y a las madres, cualquiera que sea su estado civil”, así como otros textos internacionales, véase el art. 8 del Convenio de Roma. Por consiguiente, este derecho solo tendría sentido “en cuanto que procede de un deber de protección de la vida familiar del extranjero, derivado de un derecho funda-

⁵³ A. TAZÓN CUBILLAS, *Matrimonio islámico*, cit., p. 46.

mental, cuyo contenido esencial no puede desvirtuarse a raíz de su configuración legal”⁵⁴.

Para terminar, es interesante mencionar cómo la poligamia ha llegado a influir cuestiones tales como la solicitud de nacionalidad, pues en un reciente pronunciamiento, la Audiencia Nacional ha denegado la nacionalidad española a un senegalés residente en España⁵⁵ desde 1985 porque en la documentación aportada en el momento de solicitud aparecía que contrajo un matrimonio de tipo polígamo en 1993. Si bien, cuando fue advertido de ello presentó un escrito renunciando a la poligamia, “dicho documento no puede ser tenido en cuenta para enjuiciar la resolución recurrida” y la Audiencia considera que no ha acreditado “un suficiente grado de integración en la sociedad española”. Puesto que, según se sigue argumentando para poder adquirir la nacionalidad se ha de demostrar un alto grado de aceptación de los valores y principios de la sociedad en la que se pasa a formar parte, no solo un conocimiento del idioma, de la cultura y desarrollo profesional, habida cuenta de los derechos políticos que lleva aparejado (participación en el sufragio activo y pasivo), y, en cambio, la poligamia es totalmente incompatible con los principios que inspiran el ordenamiento español.

3. Una vez llegados a este punto, toca analizar los cauces por los que un matrimonio islámico puede ser disuelto y, en particular, su operatividad en España, ya sea por vía del reconocimiento o la aplicación por parte de nuestros Tribunales. Todo ello, haciendo especial hincapié en la controvertida figura del repudio. Por lo que, en realidad nos centraremos más en la ruptura del mismo que en todo aquello que engloba a la disolución.

3.1. El matrimonio islámico al igual que el matrimonio occidental tiene diversas formas de disolución. A saber, la ley coránica conoce la figura de la nulidad matrimonial (“batil”), al igual que presenta

⁵⁴ M.L. LABACA ZABALA, *La prohibición del reagrupamiento familiar polígamo en la legislación de extranjería: limitación legítima o ilegítima del legislador ordinario en el ámbito familiar*, en *vLex*, www.vlex.com/vid/235580. (Consultado, 22 marzo 2020).

⁵⁵ SAN (Sala de lo Contencioso), 4 febrero 2019 (Roj 2019, 465).

otras tales como la imperfección del mismo (“fasid”). Estos mecanismos legales se activarán ante circunstancias que la “Sharia” considera patológicas como la celebración de un matrimonio sin dote, sin la intervención del “wali” (en caso de que sea necesario), por contraer matrimonio no respetando alguno de los impedimentos que existen, etc.⁵⁶.

Sin embargo, el derecho islámico presenta una institución que contrasta seriamente con la configuración legal del matrimonio en occidente y, además, resulta de común aplicación. Se trata del repudio (“talaq”) y permite romper el vínculo matrimonial de forma unilateral por el hombre sin alegar causa alguna⁵⁷. De todos modos, la figura del repudio o divorcio, pues algunas escuelas musulmanas utilizan en ocasiones la misma palabra (“talaq”) tanto para hacer referencia al repudio del marido o por mutuo acuerdo, presenta varias modalidades que su vez son diferentes en función de los países que se tomen en consideración. Por este motivo, nos centraremos en el ordenamiento de Marruecos.

En el Derecho Islámico clásico, el repudio o “talaq” tradicional permite al marido disolver el vínculo conyugal de forma discrecional, sin necesidad de abrir un proceso judicial, es decir, es extrajudicial y, con carácter general, está vedado a la mujer⁵⁸. No obstante,

⁵⁶ Sobre la ineficacia del matrimonio islámico, vid. S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, *El estatuto del musulmán en el ordenamiento matrimonial según el Derecho islámico*, en *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español* (coord. A. Montilla), Córdoba, 2005, cit., pp. 52-58.

⁵⁷ La doctrina internacional rechaza la figura del repudio por ser un acto que discrimina profundamente a la mujer, al ser un derecho reservado al marido y que en muy pocas ocasiones va a poder ser alegado por la esposa. Además, otras características como su revocabilidad a instancia del hombre o la falta de control judicial en algunos países no facilitan tampoco su reconocimiento. Vid. C. СТАА-ТН, *La excepción de orden público internacional como fundamento de denegación del reconocimiento del repudio islámico*, en *AEDIPr.*, t. X, 2010, pp. 717-729.

⁵⁸ Digo con carácter general, por que también existe la posibilidad de que la mujer repudie a su marido bajo circunstancias muy concretas, modalidades que también tienen reflejo en las normas más modernas de los países islámicos. El mejor ejemplo de ello, es el repudio “khol” o por compensación económica, que aparece en la Sunna cuando el Profeta le dice a la mujer de Zábít bin Qais (Yasmina), la cual quería separarse de su esposo, que si le devolvía a su marido el jardín que le regaló los separaría. A. АYA, *¿Porqué sólo el hombre tiene derecho*

la “Sharia” considera que la ruptura matrimonial es negativa y busca ante todo su permanencia, así el repudio se caracteriza también por su revocabilidad, circunstancia que, cómo veremos, es la que más problemas genera.

La consecuencia de todo esto es que, tras la declaración oral o escrita (tiene que ser inequívoca) de repudio por parte del varón, la mujer inicia un período de “idda” o espera durante el cual no podrá mantener relaciones sexuales, pero en el que sí se mantienen el resto de deberes conyugales por lo que el esposo deberá proveerle un mantenimiento (“nafaqa”) y deberá vivir en el domicilio conyugal. Una vez transcurrido dicho período de pureza, que será de tres meses, sin que tenga lugar la revocación, el repudio devendrá irrevocable y, por tanto, la disolución matrimonial será definitiva. A lo largo de este lapso de tiempo, el marido podrá revocar el repudio por su sola voluntad, que no requerirá de ninguna especial formalidad jurídica. Junto con el repudio tradicional, existe otra modalidad llamada “talaq hasan”, que se configura como un método más largo de reflexión, pues el repudio se hará efectivo tras la formulación de tres repudios revocables después de sus respectivos períodos de pureza (estos espacios de tiempo serán más cortos, de un mes). Al tercer repudio, será irrevocable.

También existe otra modalidad menos recomendable por el Islam, denominada “talaq al-bid’a” mediante la cual el marido puede disolver el matrimonio en un solo acto, de manera que éste sea irrevocable desde el primer momento. Para obrar en ese sentido, el varón tendrá que pronunciar tres veces seguidas la fórmula del “talaq”. Aún así, la mujer también deberá guardar un período de espera por esta causa. Desde que el repudio sea irrevocable, ya se utilice cualquiera de los métodos, el marido no podrá volver a unirse en matrimonio con la ya ex esposa, salvo que ella vuelva a casarse y luego sea otra vez repudiada o enviude⁵⁹.

al repudio?, en *WebIslam*, www.webislam.com. (Consultado, 4 abril 2020). Algunas escuelas como la Malikí también contemplan la figura del repudio de la mujer por concesión del marido y, por el contrario, la Shiíta restringe la facultad de la mujer a repudiar a su marido, a la única causa de que éste sea impotente.

⁵⁹ Sobre el repudio tradicional, vid. S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, *El estatuto del musulmán*, cit., pp. 59-64, y M.D. ORTIZ VIDAL, *El repudio en el Código de*

Expuesto lo anterior, algunos países como Marruecos, aunque en puridad conservan la institución del repudio tradicional, han progresado en la regulación de su derecho de familia, otorgando más modalidades de ruptura matrimonial (sobre todo en favor de la mujer) o modificando el propio repudio, que pasa a ser controlado por las autoridades judiciales.

Cabe destacar, los art. 78 y ss. del Código de Familia que regulan el “divorcio bajo control judicial” (en realidad es el repudio bajo control judicial)⁶⁰. Siendo lo más relevante, la necesidad de autorización judicial para proceder al repudio, para lo cual el juez llamará a las partes a un proceso en el que se identificará correctamente a las mismas, cuál es situación económica, número de hijos, etc. Después de un intento de reconciliación (preceptivo), si no ha sido posible dictará resolución en la que indicará la cantidad de dinero que el marido deberá depositar para garantizar los derechos debidos a su mujer e hijos, así como las medidas que sean oportunas, en especial, la custodia de los menores si los hubiera. Si durante el período de espera el marido desea volver con la mujer, necesitará conseguir una certificación de dos notarios (“adules”) que será comunicada al juez. En caso de que la mujer no desee volver con su marido podría interponer un divorcio “siqah” como veremos en el párrafo siguiente.

Aparte del repudio del marido controlado judicialmente existen otras modalidades de ruptura matrimonial que sobre todo buscan ampliar las posibilidades al alcance de la mujer. Además, del repudio por mutuo acuerdo (art. 114 CF) o el “khol” (art. 115 CF), esto es, repudio por compensación económica de la mujer al marido (que ya aparece en los textos sagrados). Tenemos, por ejemplo, el repudio “tamlík” regulado en art. 89 CF, que consiste en el repudio de la mujer por concesión del marido y que tiene su fundamento en la escuela malikí. También, el divorcio por discordia o “siqah” (art. 94 y ss. CF), el cual puede ser un recurso muy útil para la mujer por lo genérico de su formulación⁶¹, es decir, se trata de un repudio

Familia de Marruecos y la aplicación del derecho marroquí en la UE, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, 2014, pp. 211-212.

⁶⁰ M.D. CERVILLA GARZÓN, *La aplicabilidad*, cit., pp. 146-147.

⁶¹ M.D. CERVILLA GARZÓN, *La aplicabilidad*, cit., p. 148 señala que tal y como está formulado no presenta grandes diferencias con el divorcio unilateral

por “desavenencias” que deberá ser valorado por el Tribunal, en función de las circunstancias. Por último, también estaría el divorcio por otras causas (art. 98 CF) que vendría a ser como una especie de divorcio por vicios redhibitorios del marido, cómo puede ser la ausencia del mismo, enfermedad que le impida mantener relaciones íntimas, juramento de continencia, etc.

El Código de Familia Marroquí o “Mudawana” resulta digno de estudio no solo por la amplitud de formas para romper el vínculo matrimonial, sino también por recoger cuáles son los efectos y consecuencias que tienen este tipo de rupturas. De esta forma, con carácter general, se puede afirmar que el repudio o divorcio generará una serie de derechos a favor de la mujer (art. 84 CF) como son la parte pendiente de la dote, el “don de la consolación” (que se fijará en función de la duración del matrimonio, las causas del divorcio y el grado de arbitrariedad del marido), y la pensión alimenticia (“nafaqa”) de la mujer durante el período de espera. A esto habría que añadir el salario de lactancia (regulado en art. 201 CF) al que la mujer tendrá derecho en tanto en cuanto se encuentre en dicha situación, así como la remuneración de custodia del art. 167 CF (“hadana”) y los alimentos de los hijos, estos dos últimos conceptos deberán ser cumplidos en el supuesto de que haya hijos y la custodia corresponda a la mujer⁶².

3.2. Como es de esperar, la configuración legal del repudio en muchos países islámicos dificulta su eficacia en el territorio español. Esto se debe a diferentes factores que chocan con nuestro ordenamiento jurídico, los cuales principalmente se resumen en la desigualdad intrínseca que sufre la mujer en un procedimiento de repudio,

occidental, ya que las “desavenencias” pueden equipararse con una pérdida de la “*afectio maritalis*”. En el mismo sentido, M.C. FOLETS, M. LOUKIV, *Marriage et divorce dans le nouveau Code marrocaïn de la famille: ¿Quelles implications pour les Marocains en Europe?*, en *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 95, núm. 3, 2006, p. 524.

⁶² En la mayoría de los casos así será, pues según el derecho musulmán es al padre a quién le corresponde alimentar a sus hijos (en sentido amplio, comida, ropa, hogar...), véase art. 168 CF. No obstante, se prefiere a la mujer para realizar dicha función (art. 171 CF).

su revocabilidad e incluso, en algunos Estados, la absoluta falta de garantías y derecho de defensa.

No obstante, algunos países como Marruecos han introducido un repudio controlado judicialmente, lo que en sí mismo, ya es un paso en positivo para facilitar su reconocimiento. Y, al mismo tiempo, al analizar este tipo de situaciones debemos servirnos de un concepto de orden público más flexible, pues de lo contrario se podría caer en conclusiones injustas para alguna de las partes en juego. De hecho, la doctrina habla de un modelo de orden público que atienda al resultado de la norma extranjera, y solo cuando éste produzca un efecto contrario a nuestro ordenamiento deberá ser rechazada. Dicho en otras palabras, no podemos partir de un concepto de orden público en abstracto que simplemente valore las leyes extranjeras en su conjunto para decidir su adecuación⁶³.

3.2.1. Las reglas sobre el reconocimiento de sentencias judiciales de divorcio marroquíes en España se recogen en el art. 23 del Convenio de Cooperación Judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos de 30 de mayo de 1997⁶⁴. Y son las siguientes: 1) La resolución debe proceder de un órgano jurisdiccional competente en virtud de la normas del país dónde fue dictada, 2) las partes han debido ser legalmente citadas, representadas o declaradas rebeldes, 3) la resolución debe ser firme conforme a las leyes del Estado que la dictó, 4) la resolución no puede contener disposiciones contrarias al orden público del foro, tampoco a los principios de Derecho internacional que sean aplicables en el mismo, ni ser contraria a otra resolución dictada en el Estado receptor, 5) No debe existir litispendencia.

Así, el sistema consistirá en que el Juzgado de Primera instancia

⁶³ Entre otros, M.D. CERVILLA GARZÓN, *La aplicabilidad*, cit., p. 152, C. GARCÍA-VASO PÉREZ TEMPLADO, *El repudio islámico: posibles soluciones ante su reconocimiento*, en *El derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales* (dirs. A.L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz), Madrid, 2004, p. 413, y M.D. ORTIZ VIDAL, *El repudio*, cit., p. 240, señalan que el juez debe comprobar el resultado, no únicamente la ley que se aplicó.

⁶⁴ Se comprenderían tanto las sentencias de disolución matrimonial, como también las relativas a medidas cautelares o provisionales sobre alimentos.

del lugar del solicitante, deberá abrir un procedimiento de reconocimiento/exequátur para comprobar si los documentos presentados (*vid.* arts. 25 y 28 del Convenio) cumplen con lo requerido en el acuerdo.

Generalmente, en el caso de Marruecos la primera condición no genera muchos problemas, porque se considera que, en tanto en cuanto el repudio o divorcio judicial se autoriza por un juez revestido de *imperium* (es decir, lo fundamental es la intervención de una autoridad con potestad jurisdiccional)⁶⁵, éste se adecua al concepto de sentencia que maneja el Tribunal Supremo. Eso sí, en el supuesto de que no nos encontremos ante un acta levantada por los adules y refrendada por el juez, sino simplemente ante un documento en el cual los adules den fe del acto de repudio, no sería posible su reconocimiento⁶⁶.

Tampoco debe ser especialmente conflictiva la segunda, en la medida que se cite adecuadamente a la mujer. Sin embargo, si que pueden ser más problemáticas la tercera y la cuarta, relativas a la firmeza de la sentencia y a la inexistencia de pronunciamientos contrarios al orden público español (imaginemos un pronunciamiento que provoque una completa desprotección económica de la mujer). Sobre todo, la tercera, lleva consigo que aquellas resoluciones que autoricen repudios revocables no puedan, en principio, ser reconocidas.

De todos modos, la consideración de un concepto de orden público flexible ha llevado a los tribunales a aceptar resoluciones en las cuales, aunque se hubiera vulnerado el derecho de defensa de la mujer o, de alguna otra forma, la misma estuviera sustentada en normas discriminatorias, fuese la mujer la que solicitase su reconocimiento y así, se estaría implícitamente admitiendo su consentimiento. Es el caso del Auto del Tribunal Supremo 21 abril 1998⁶⁷, que reconoce el exequátur de la resolución, al ser la mujer la que lo solicita⁶⁸. Si-

⁶⁵ Resulta indiferente para el ordenamiento español la nomenclatura de la autoridad que resuelva el litigio, lo importante es que ejerza *imperium* (*vid.* ATS febrero 2008, RJ 2005, 95351).

⁶⁶ M.D. ORTIZ VIDAL, *El repudio*, cit., p. 239.

⁶⁷ ATS 21 abril 1998 (RJ 1998, 3563).

⁶⁸ Con esta solución se evita la generación de una situación claudicante que causaría un mayor perjuicio a la mujer, cuando paradójicamente la contrarie-

guiendo esta línea jurisprudencial, un sector de la doctrina afirma, que esto supondría la posibilidad reconocimiento en España de los repudios a instancia de la mujer, como puede ser el “khol” o en el “tamlik”⁶⁹ (por compensación económica y por concesión del marido respectivamente), aunque sea evidente que se fundamentan en normas contrarias al orden público español.

Pues bien, el siguiente obstáculo sería la revocabilidad del repudio, que vendría a afectar directamente a la certeza del estado civil que exige el ordenamiento jurídico español.⁷⁰ Sin embargo, en base a ese mismo argumento cuando por el paso del tiempo o la naturaleza del repudio éste sea irrevocable no habría problema para que pueda ser reconocido como una ruptura matrimonial.⁷¹ La doctrina coincide señalando que este extremo no debería por sí solo, implicar un escollo a su reconocimiento, siempre y cuando exista la certeza de que el repudio se ha vuelto irrevocable⁷². Aunque es posible encontrar resoluciones que no lo ven de la misma forma y no atienden al elemento temporal⁷³. Lo descrito supondría, desde mi punto de vista, la posibilidad de reconocer incluso un repudio instado por

dad al orden público habría nacido de normas que la discriminan. Es lo que la doctrina francesa denomina “double victimisation”, que a todas luces hay que evitar, pues no reconocer el divorcio extranjero implicaría que la mujer seguiría estando casada a ojos del ordenamiento de residencia y tendría que entablar un procedimiento judicial en dicho país para obtener un divorcio civil. *Vid.* J.Y. CARLIER, C. HENRICOT, *Belgique, de l'exception d'ordre public aux accommodations reciproques?*, en *CeDIE*, working Paper núm. 03/2011, p. 26, citado por M.D. CERVILLA GARZÓN, *La aplicabilidad*, cit., p. 154.

⁶⁹ M.D. CERVILLA GARZÓN, *La aplicabilidad*, cit., p. 154

⁷⁰ Mientras el estado civil de los cónyuges se encuentre en esa especie de limbo que supone la revocabilidad no se podría admitir su reconocimiento, en similares términos RDGRN 12 septiembre 2002, (RJ 2003, 136).

⁷¹ En similares términos se pronuncia el ATS 18 mayo 2004 (Roj 2004, 6452), cuando señala que, para negar el reconocimiento a una sentencia extranjera de repudio, es necesario que la revocabilidad exista en el momento de solicitarlo. Pues si por el transcurso del tiempo ha caducado la acción del marido, el repudio se ha convertido en definitivo.

⁷² A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico*, en *La multiculturalidad: Especial referencia al Islam*, núm. 8, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2002, p. 155.

⁷³ RDGRN 4 de junio 2001 (RJ 2002, 5494).

el marido, bajo la condición de que haya devenido irrevocable en el momento de su solicitud y, por supuesto, no haya otro impedimento por razón del orden público. A mi entender, que se haya garantizado el derecho de defensa de la mujer, así como sus derechos económicos. Puesto que, en definitiva, la unilateralidad del mismo es coincidente con el divorcio español.

3.2.2. Para terminar, es interesante analizar la posibilidad de que los tribunales españoles lleguen a aplicar la ley personal de los extranjeros de países islámicos en materia de disolución matrimonial. Para lo cual, me centraré en el supuesto más común de nacionales marroquíes.

Esto es, una vez determinados los tribunales españoles para conocer una demanda de divorcio en base al Reglamento “Bruselas II-bis”⁷⁴ de marroquíes residentes en España se planteará, seguidamente, cuál es la ley aplicable al asunto en virtud del Reglamento 1259/2010, por el que se establece una Cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la cooperación judicial. Digo divorcio, pero el Reglamento 1259/2010 o “Roma III”, parte de un concepto amplio y autónomo de “divorcio”, que resulta independiente de las denominaciones que reciba en cada país, de esa forma será aplicable a cualquier asunto que verse sobre la “disolución o relajación del vínculo matrimonial” (Considerando 10), con excepción de la nulidad matrimonial. Además, el Reglamento “Roma III” se corresponde con los llamados reglamentos universales, pues puede permitir la aplicación de la norma de un Estado ya sea miembro o no de la UE. Todo esto implicaría que sería perfectamente posible que la demanda alegase derecho extranjero y se llegara designar como norma aplicable al divorcio/repudio el Código de Familia Marroquí.

Las normas de conflicto que regula el Reglamento 1259/2010, se inspiran en la autonomía de la voluntad, pero buscando al mismo tiempo un criterio de conexión razonable con la ley aplicable. Así, las partes podrán designar la ley que consideren ajustada a sus in-

⁷⁴ Reglamento (CE), 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

tereses o creencias siempre que sea: 1) La ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio, 2) La ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio, 3) La ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio, 4) La ley del foro. Esta solución resulta ajustada las tendencias modernas que permite a las partes desligarse de su ley personal si desean que sea la ley de su residencia la que regule esta situación de su vida, a diferencia de lo que sucedía antaño con el art. 9.7 CC.

Claro está, para poder elegir alguna de estas leyes las partes lo deberán haber pactado previamente en un convenio⁷⁵, que podrá ser celebrado en cualquier momento antes de la fecha de interposición de la demanda (art. 5.2) o incluso durante la tramitación del procedimiento si la ley del foro lo permite (art. 5.3).

Sin perjuicio de lo anterior, el que la aplicación del Reglamento sea “*erga omnes*” y las partes puedan pactar su ley personal, en teoría, como aplicable al repudio, no implica que sea aplicable cualquier norma. En este sentido, por ejemplo, la ley aplicable no podrá ser una ley religiosa, sino las leyes estatales⁷⁶. Así mismo, como señala cierta doctrina, de la interpretación del Reglamento se deduce que la norma conflicto no se aplicará “si la ley extranjera no contempla el divorcio o la separación judicial”, “si la ley extranjera no concede a los cónyuges igualdad para acceder a la disolución de su vínculo matrimonial”, o “si la aplicación de la Ley extranjera produce un resultado manifiestamente incompatible con el orden público del foro”⁷⁷.

Sobre estas cuestiones ha reflexionado la doctrina internacionalista, para determinar si la aplicación de la “Mundawana” por parte de

⁷⁵ Los arts. 6 y 7 del Reglamento recogen los criterios de validez de dicho convenio. Pues se deberá comprobar tanto la validez material y validez del consentimiento por la ley elegida por las partes. Como también, la validez formal del mismo, cumpliendo los requisitos que puedan resultar de la ley de residencia habitual.

⁷⁶ *Vid.* M.D. ORTIZ VIDAL, *El repudio*, cit., p. 234.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 234.

nuestros tribunales pasaría las excepciones antes expuestas⁷⁸. Puesto que, como ya se ha descrito, que las partes puedan valerse de su ley personal para regular diferentes facetas de su vida, siempre que no sea contrario al orden público, puede ser beneficioso para evitar el surgimiento de situaciones claudicantes. Es decir, un divorcio producido en España, pero que se haya resuelto según las normas del Código de Familia Marroquí encontrará más facilidades de reconocimiento en Marruecos que si las partes han recurrido al divorcio civil español.

En definitiva, las conclusiones a las que llega la doctrina indicada es que la “Mundawana” superaría tanto la primera como la segunda de las barreras por los siguiente motivos: Por un lado, existe la posibilidad de disolver el matrimonio por divorcio y, por otro lado, aunque no haya “igualdad” para seguir las mismas vías de disolución matrimonial, a saber, cada sexo tiene diferentes formas de conseguir el divorcio/repudio, en ningún momento se veda completamente a la mujer el acceso al mismo. Dicho en otras palabras, el Reglamento no exige “identidad” sino “igualdad” en la facultad de acceder al divorcio. Por consiguiente, que cada sexo disponga de unas clases de divorcio con diferentes requisitos cada uno no supondría una discriminación⁷⁹.

No obstante, el tercer requisito habrá que valorarlo caso por caso⁸⁰. Si se pretende la aplicación de un repudio revocable por parte de los ciudadanos marroquíes, aunque autorizado por la “Mundawana” el resultado deberá ser la denegación, habida cuenta que vulnera la certeza del estado civil español⁸¹. Sin embargo, no parece que un divorcio “khol” o retribuido (art. 115 CF) instado por la mujer deba plantear problemas, como tampoco un divorcio “siqah” por desavenencias (art. 94 CF) también interpuesto por la mujer

⁷⁸ *Ibid.*, pp. 234-237.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 236.

⁸⁰ Coincide con la doctrina descrita M.D. CERVILLA GARZÓN, *La aplicabilidad*, cit., p. 159. También, apuesta por un tratamiento individualizado de las instituciones extranjeras caso por caso C. GARCÍA-VASO PÉREZ TEMPLADO, *El repudio*, cit., p. 424, aunque también advierte de los peligros que puede acarrear la “excesiva flexibilidad”.

⁸¹ ATS 3 abril 2001 (Roj 2001, 990).

y, mucho menos, un divorcio de mutuo acuerdo del art. 114 CF. De hecho, así se ha considerado por parte de la jurisprudencia en algunos casos⁸², ya que la valoración del orden público deberá hacerse atendiendo al resultado concreto de la norma aplicada. Aunque, también es posible encontrarse resoluciones que rechazan la aplicación de la “Mundawana” por considerar que su regulación del divorcio es discriminatoria, al exigirle a la mujer condiciones para poder acceder a él, mientras que el varón siempre tendrá a su disposición el repudio.⁸³

Por último, la aplicación del derecho extranjero requerirá de su alegación y prueba, tal como exige nuestro ordenamiento (art. 281.2 Ley de Enjuiciamiento Civil). Sobre esto, los Tribunales son muy estrictos, especialmente en lo que respecta a la alegación, aunque en materia de prueba se muestran más flexibles⁸⁴.

⁸² *Vid.* SAP Cáceres, 23 mayo 2012 (Roj 2012, 403).

⁸³ SAP Rioja, 7 abril 2014 (Roj 2014, 223).

⁸⁴ Los jueces españoles no están obligados a conocer el derecho extranjero y quién quiera valerse de él deberá alegarlo y probarlo. De todas formas, en lo que respecta a su prueba, el propio Tribunal Supremo ha reconocido que los jueces tienen amplias facultades y medios de averiguación para aplicar el Derecho extranjero, de manera que no se trata de un medio probatorio más y se encomienda a los tribunales una labor activa de búsqueda, *vid.* STS 10 junio 2005 (Roj 2005, 3760). Igualmente, si lo conoce deberá aplicarlo.

ISABELLE SAYN

UNE NOUVELLE FORME DE CONJUGALITÉ ?
LE PACTE CIVIL DE SOLIDARITÉ

TABLE DES MATIÈRES: 1. Introduction. – 2. Pourquoi un Pacte civil de solidarité. – 3. Mariage et PACS, deux modes de conjugalité encore différents. – 4. Comparer les modalités d'entrée et de sortie du mariage et du PACS. – 5. Comparer les droits des mariés et des partenaires durant leur vie de couple. – 6. Comparer les droits des mariés et des partenaires après leur séparation. – 7. La protection spécifique et logement de la famille. – 8. Conclusion.

1. *Introduction.* Le développement des relations internationales et notamment des alliances entre partenaires issus de pays et donc de législations différentes multiplie les situations dans lesquelles il devient nécessaire de comparer des institutions nationales pour déterminer si elles peuvent être traitées sur un même pied et emporter des conséquences similaires. La question se pose du point de vue du droit international privé, notamment s'agissant des différentes formes de conjugalités. En effet, dans nombre de pays, la diversité succède dorénavant à l'hégémonie du mariage pérenne, monogame et hétérosexuel comme seule forme légitime de vie en couple. Dans ces pays, les conséquences tant personnelles que patrimoniales attachées à ces différents modes de vie se rapprochent ou sont même parfois identiques.

La question se pose également du point de vue du droit interne. Cet article a pour objectif de montrer si les partenaires liés par un pacte civil de solidarité et plus largement vivant en couple peuvent être regardés, du point de vue du droit français, comme ayant accédé à une nouvelle forme de conjugalité, assimilable au mariage. Dans ce texte, nous distinguerons le mariage, le pacte civil de solidarité (PACS) et l'union libre ou concubinage. Le premier crée des époux, ou conjoints, le second des partenaires, le troisième des concubins. Le premier n'a pas besoin d'être défini ici parce qu'il renvoie à une notion partagée, y compris lorsqu'il peut être polygame. Il est une institution traditionnelle dans la presque totalité

des sociétés humaines où il légitime voire autorise les relations de couple et leur attribue un ensemble de conséquences juridiques qui peuvent, elles, varier d'une tradition à l'autre. Le second renvoie à une institution relativement nouvelle dans le droit français, issue de la loi du 24 novembre 1999 réformée depuis. Le simple fait d'utiliser le terme « institution » à son endroit est d'ailleurs déjà polémique, ce qualificatif devant pour certains être réservé au mariage – dont les mêmes se demandent d'ailleurs si le mariage est encore une institution, in France dans la mesure notamment où la sortie du mariage (le divorce) non seulement est dorénavant possible mais peut en outre résulter d'un accord des époux (le divorce par consentement a été introduit en France par la loi du 11 juillet 1975), et même d'un accord dont la teneur n'a plus à être contrôlée et homologuée par un juge (loi du 18 novembre 2016). L'union libre a quant à elle reçu une définition légale par la loi du 24 novembre 1999, en même temps qu'elle créait le PACS : « Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple » (art. 515-8 C. civ.).

2. *Pourquoi un pacte civil de solidarité ?* Ce texte faisait suite à une série de décisions rendues par la Cour de cassation qui refusaient d'assimiler le concubin de même sexe au concubin hétérosexuel pour l'attribution de droits sociaux. On le sait, les années 1980 ont été les années SIDA, des années sombres pour les couples homosexuels masculins qui ont été plus que d'autres atteints par cette maladie d'autant plus mortelle qu'aucun traitement efficace n'existait alors. Ces années ont également été celles de l'émergence des revendications des couples homosexuels, jusqu'alors confinés dans une sorte d'invisibilité sociale. Ces revendications étaient d'autant plus pressantes qu'elles portaient sur des droits liés à l'épidémie, en particulier le droit du concubin survivant de rester dans le logement commun après le décès de son compagnon ou encore celui du concubin malade d'accéder à une assurance maladie via les droits ouverts du chef de son compagnon, dans une configuration où l'ouverture de droits à la sécurité sociale était liée à l'exercice d'une activité professionnelle.

C'est dans ce contexte que la Cour de cassation a rendu des arrêts de principe par lesquels elle refusait de reconnaître au concubin homosexuel les droits reconnus aux concubins. Elle a ainsi pu considérer d'une part qu'en se référant à la notion de vie maritale, « le législateur [avait] par là même entendu limiter les effets de droit, au regard des assurances maladie et maternité à la situation de fait consistant dans la vie commune de deux personnes ayant décidé de vivre comme des époux, sans pour autant s'unir par le mariage, ce qui ne peut concerner qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme »¹. Elle a jugé d'autre part qu'en se référant au « conjoint en union libre », le statut de la compagnie aérienne qui accorde des facilités de transport sur ses lignes à ses agents et aux membres de leur famille « doit être compris comme ayant entendu avantager deux personnes ayant décidé de vivre comme des époux, sans pour autant s'unir par le mariage, ce qui ne peut concerner qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme »². Elle a confirmé enfin l'arrêt d'appel qui avait estimé que lorsque la loi dispose que « lors du décès du locataire, le contrat de location est transféré [...] au concubin notoire [...] qui vivait avec lui depuis au moins 1 an à la date du décès », elle ne vise que le cas de concubinage entre un homme et une femme, le concubinage ne pouvant résulter « que d'une relation stable et continue ayant l'apparence du mariage, donc entre un homme et une femme »³.

Une première réponse légale avait été d'étendre la qualité de bénéficiaire de l'assurance maladie aux concubins homosexuels dès lors qu'ils étaient à la charge totale, effective et permanente de l'assuré social (loi 27 janvier 1993). La seconde a été la loi du 15 novembre 1999 instaurant le PACS et imposant une définition élargie du concubinage. Mais le temps avait passé et il ne s'agissait alors plus seulement d'ouvrir des droits spécifiques aux concubins homosexuels, comme l'avait fait la loi de 1993. Il s'agissait plus largement d'offrir une reconnaissance de type statutaire (en l'occurrence contractuelle) à des couples, homosexuels ou hétérosexuels, souhaitant à la fois bénéficier d'un statut juridique minimal et ne pas entrer pour autant

¹ Cass. Soc., 11 juillet 1989, n° 86-10665 (1^{er} arrêt).

² Cass. Soc., 11 juillet 1989, n° 85-46008 (2^{ème} arrêt).

³ Cass. Civ. 3, 17 décembre 1997, n° 95-20779.

dans le mariage. Ce besoin de reconnaissance s'est traduit ensuite par la loi du 17 mars 2013 instaurant le mariage pour tous : dorénavant, l'institutionnalisation des couples peut passer tout aussi bien par le PACS que par le mariage. Cependant, il n'en reste pas moins que les dispositions applicables et notamment les droits et devoirs de chacun restent différents. Leur comparaison permet de montrer que si l'on peut dorénavant affirmer que le PACS constitue bien un nouveau mode de conjugalité, celui-ci offre des droits limités écartant toute assimilation entre ces deux modèles.

Une première approche par les données chiffrées montre l'importance numérique de ces nouvelles modalités de mise en couple. Certes, en décembre 2017, 2,9 millions de personnes étaient pacsées, les couples pacsés représentant alors seulement 7 % de l'ensemble des couples alors que 73 % des couples étaient mariés et 20 % vivaient en union libre (2016). Mais cette surreprésentation des couples mariés est liée à un effet de stock, les générations antérieures ayant une propension bien plus forte au mariage. En flux, on constate en effet que le nombre de nouveaux PACS rejoint progressivement le nombre de mariages : en 2016, on dénombre quatre PACS conclus pour cinq mariages et, en 2017, 234 000 mariages (dont 7 000 mariages entre personnes de même sexe) pour 194 000 PACS (dont 7 000 PACS entre personnes de même sexe). Le dénombrement des couples en union libre est par hypothèse plus délicat, dès lors qu'il ne donne pas lieu à une procédure d'entrée ou de sortie ni même à une simple déclaration.

3. *Mariage et PACS, deux modes de conjugalité encore différents.* Des pans entiers de la législation alignent dorénavant les droits des membres du couple, que ce soit entre eux ou avec les membres de leur famille. Ainsi il n'y a plus lieu de comparer leur situation s'agissant des enfants et, dans une moindre mesure, s'agissant de la protection sociale. L'égalité des filiations est acquise depuis la deuxième moitié du 20^{ème} siècle. Les règles d'établissement du lien de filiation paternelle ont très largement évolué et n'imposent plus l'établissement d'une filiation paternelle à l'égard du mari de la mère, pas plus qu'elles n'interdisent d'établir une double filiation hors mariage. Il reste une différence dans les techniques mise en œuvre (présomption de paternité versus reconnaissance de paternité) et des différences propres à

l'adoption ou à la procréation médicalement assistée. Le débat porte justement que la nécessité de vivre en couple et/ou sur celle de formaliser ce couple via le mariage pour bénéficier de la possibilité d'adopter⁴ ou d'accéder aux différentes techniques de procréation médicalement assistée.

Elles sont en cours de discussion et ne seront pas traitées dans le cadre de cet article. Parallèlement, les liens de famille ainsi établis sont de même nature et ouvrent les mêmes droits à tous les enfants, qu'ils soient nés de deux personnes mariées entre elles ou de deux personnes qui ne le sont pas, fussent-elles mariées par ailleurs. Au cours de la même période, l'égalité a également été acquise s'agissant de la protection sociale, même si c'est plus récent pour les couples homosexuels et sauf en ce qui concerne les droits sociaux à cause de mort, particulièrement les droits à la retraite (cf. infra). Les règles applicables entre les membres du couple ont également fait l'objet de rapprochements importants qu'il s'agisse de l'entrée et de la sortie du statut, des droits des membres du couple pendant la vie du couple ou des droits des membres du couple après leur séparation. Des différences importantes subsistent cependant. C'est ce tableau très général qui sera dressé dans les lignes qui suivent, en laissant de côté le concubinage simple. Signalons simplement que, sauf exceptions, les biens des concubins relèvent du droit commun des contrats tandis qu'ils bénéficient, tout comme les époux ou les partenaires, de l'égalité des filiations et de l'égalité en matière de protection sociale⁵, sous réserve, toujours comme les partenaires, de différences maintenues sur certains droits dérivés à cause de mort (pension de retraite dite de réversion)

4. *Comparer les modalités d'entrée et de sortie du mariage et du PACS. L'entrée en mariage est soumise à des conditions de forme qui*

⁴ L'adoption par une personne célibataire est admise. En revanche, l'adoption conjointe par les deux membres d'un couple n'est ouverte qu'aux couples mariés.

⁵ Soit en matière d'assurance maladie, d'assurance maternité et de prestations sociales ou familiales, sachant que l'assurance chômage n'est pas familialisée et octroie des droits personnels, indifférents à la situation familiale des bénéficiaires.

assurent une publicité de la cérémonie elle-même et lui donne un caractère à la fois laïque⁶ et solennel. Sous réserve de quelques exceptions, il doit être célébré publiquement, par un officier d'état-civil (un maire ou l'un de ses adjoints), lors d'une « cérémonie républicaine » organisée dans les locaux de la mairie, portes ouvertes, et après une période d'affichage du projet de mariage (art. 165 s. C. civ.). Tout en organisant la publicité nécessaire à l'information des tiers, la loi instaurant le PACS avait entendu se démarquer du mariage et prévu que les personnes qui concluaient un pacte devaient en faire la déclaration auprès du greffe du tribunal. Cette préoccupation a disparu lors de la réforme du PACS (loi 18 nov. 2016). C'est dorénavant devant l'officier d'état-civil que les personnes qui ont conclu un pacte doivent en faire la déclaration conjointe. C'est donc bien les services de la mairie qui sont également mobilisés, sans pour autant qu'il y ait lieu à une forme quelconque de rituel prévu par la loi. Signalons que les notaires peuvent aussi procéder à l'enregistrement d'une convention de PACS, mais cette solution reste très minoritaire.

Les conditions de fonds du mariage et du PACS sont plus proches. Un mariage préalable non dissout interdit de contracter un PACS comme il interdit un nouveau mariage (polygamie) ; les empêchements à mariage liée aux liens de famille (inceste) sont purement et simplement appliqués au PACS, sans pour autant que les textes renvoient les uns aux autres. Il n'y a donc pas de PACS ou de mariage entre ascendants en ligne directe, entre alliés en ligne directe (beaux-parents et beaux-enfants) et entre collatéraux jusqu'au troisième degré (frères et sœurs, oncles et tantes)⁷. Une différence importante subsiste cependant : alors que le PACS non dissous interdit de contracter un nouveau pacte, il est sans effet sur la possibilité de

⁶ Depuis la période révolutionnaire, seul le mariage civil existe aux yeux de la loi (droit interne). L'éventuel mariage religieux doit obligatoirement être célébré après le mariage civil et il est sans effet sur le statut personnel des époux.

⁷ Les magistrats ont donc considéré que le PACS pouvait être conclu entre deux personnes qui revendiquent des relations de nature « filiale », dès lors qu'elles ne sont pas concernées par l'un des empêchements prévus peu important comme l'avait relevé la cour d'appel que la notion de filiation soit étrangère à celle de couple et que les relations des demandeurs ne correspondent pas à celle du pacte civil de solidarité, Cass. Civ. 1, 8 mars 2017, n° 16-18685.

se marier. Le mariage met fin au PACS de plein droit, quelle que soit l'identité de l'époux. Cette distinction maintient clairement une forme de hiérarchie entre ces deux formes de conjugalité.

Mariage et PACS doivent faire l'objet d'une publicité, les droits des tiers pouvant en être modifiés. Le mariage fait l'objet d'un acte d'état-civil, dressé sous la responsabilité de l'officier d'état civil qui procède au mariage. Sauf de rares exceptions, cet acte constitue la preuve du mariage et il fait l'objet d'une retranscription sur l'acte de naissance de chacun des époux. Ceux-ci se voient en outre remettre un livret de famille dans lequel seront aussi inscrits, s'il y a lieu, les enfants à naître. La loi de 1999 prévoyait une publicité spécifique, parallèle à l'état civil, pour affirmer le caractère contractuel du PACS et le démarquer du mariage, qui a des effets personnels inscrits dans les actes d'état-civil. Cette solution, qui rendait en outre la publicité peu efficace, a été abandonnée et la loi de 2006 prévoit dorénavant que, comme le mariage, le partenariat désormais enregistré et célébré en mairie ou devant notaire fait l'objet d'une inscription en marge de l'acte de naissance de chacun des partenaires.

Les modalités de sortie du PACS et du mariage restent également différentes, même si l'instauration du divorce par consentement mutuel et sans juge (loi 18 novembre 2016) renforce le caractère contractuel du mariage. En effet, seul l'accord des époux tant sur le principe du divorce que sur ses effets permet un divorce sans juge, et la loi impose alors que les intérêts de chacun soient représentés par son propre avocat, la convention qui en résulte étant ensuite enregistrée par un notaire. En revanche, le PACS peut être dissous à la fois sans aucun contrôle juridictionnel et par volonté unilatérale : les partenaires peuvent faire une déclaration conjointe ; un partenaire peut rompre le pacte unilatéralement, que ce soit du fait du mariage avec un tiers ou au moyen d'une signification faite à l'autre et dont une copie est adressée à l'officier d'état-civil compétent qui l'enregistrera.

5. *Comparer les droits des mariés et des partenaires pendant leur vie de couple*. Les textes organisant les droits des membres du couple entre eux ou à l'égard des tiers constituent deux ensembles différents au sein du code civil, l'un autre titre « Du mariage » (art. 143 s.), l'autre au titre « Du PACS et du concubinage » (art. 515-1 s.), titre

terminant jusque récemment le livre premier du code civil intitulé « Des personnes » et par conséquent situé juste avant le début du livre suivant, intitulé « Des biens et des différentes modifications de la propriété ». Un titre nouveau est venu fermer ce livre, permettant des mesures de protection en cas de violences familiales, mais cette place dans le code civil reste significative d'une volonté de distinguer ces différentes formes de conjugalités. Pourtant, si les textes conservent chacun une rédaction distincte et veillent à ne pas utiliser le même vocabulaire, des rapprochements s'opèrent, particulièrement s'agissant de la solidarité entre les membres du couple ou à l'égard des tiers. A l'opposé, certains dispositifs restent résolument distincts, mais des évolutions ont en cours.

Des droits qui les rapprochent

S'agissant de la solidarité entre les membres du couple, les époux « se doivent mutuellement [...] secours, assistance » (art. 212) et ils doivent chacun contribuer aux charges du mariage « à proportion de leurs facultés respectives », sauf convention matrimoniale (art. 214). Parallèlement, les partenaires se doivent une « aide matérielle et une assistance réciproques », cette aide matérielle étant « proportionnelle à leurs facultés respectives », sauf convention contraire (art. 515-4). Les obligations légales sont donc très proches, sous réserve de dispositions conventionnelles contraires et très rarement prévues. En revanche, on peut poser l'hypothèse que la mobilisation judiciaire de ces textes est différente. Alors que l'on dénombre un nombre relativement faible d'actions formées devant le juge pour obtenir l'exécution de cette obligation entre époux, ce type d'action est probablement inexistante dans le cadre du PACS, compte tenu de la possibilité de mettre un terme unilatéralement au partenariat. La construction des statistiques judiciaires ne permet cependant pas de disposer de cette information concernant les partenaires.

Solidarité et imposition commune des partenaires comme des époux. Dès 1999, la loi a prévu que l'impôt sur le revenu suivraient les mêmes règles de calcul pour les époux et les partenaires, soit une imposition commune qui fait masse des revenus des deux membres du couple, masse sur laquelle s'appliquent le taux progressif d'imposition. C'est sur le fondement de la solidarité des partenaires que

le Conseil constitutionnel⁸ a admis cette imposition commune des personnes liées par un pacte civil de solidarité. En effet, il a considéré que si l'avantage susceptible d'être tiré d'une imposition commune par rapport à la situation où ils seraient imposés séparément, comme le sont les personnes vivant seules ou en concubinage, pouvait être de nature à constituer une atteinte au principe d'égalité, ce risque était de fait écarté. En effet, l'économie d'impôt réalisée par ce mécanisme « n'atteint sa valeur maximale que dans le cas où les revenus propres de l'un des membres du couple sont faibles ou nuls ; l'avantage alors tiré par l'autre de l'imposition commune se justifie [...] par la présence à son foyer d'une personne à sa charge ». En outre, et contrairement aux personnes vivant en concubinage, les partenaires d'un pacte se doivent, « une aide mutuelle et matérielle », cette différence de situation justifiant une différence de traitement.

S'agissant de la solidarité à l'égard des créanciers, la parallèle est également notable. Toute dette contractée par un époux oblige l'autre solidairement, dès lors qu'elle concerne l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, sauf lorsqu'il s'agit de « dépenses manifestement excessives, eu égard au train de vie du ménage » et sauf lorsqu'il s'agit d'achats à crédit, à moins qu'ils représentent des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante et que leur montant cumulé ne soit pas manifestement excessif, toujours eu égard au train de vie du ménage (art. 220). La solidarité des partenaires à l'égard des tiers est très proche, si ce n'est que le texte prévoit leur solidarité pour les dettes contractées « pour les besoins de la vie courante » plutôt que pour « l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants ». Les exceptions sont quant à elles exactement identiques, à la suite de modifications successives de la loi (art. 515-4).

Témoigner contre son époux ou son partenaire ? Un dernier domaine illustre encore le rapprochement qui s'opère entre mariage et PACS. Le Conseil constitutionnel⁹ vient de considérer que l'art. 331 du code de procédure pénale qui impose aux témoins entendus par une cour d'assises de prêter serment et qui prévoit à la fois une sanc-

⁸ Décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999 relative à la loi instaurant le pacte civil de solidarité.

⁹ Conseil constitutionnel, décision n° 2019-828/829 QPC du 28 février 2020.

tion en cas de refus et une sanction en cas de mensonge sous serment ne saurait dispenser les seuls époux de cette obligation : la personne vivant en concubinage avec l'accusé et celle avec laquelle il est lié par un pacte civil de solidarité doit être traitée de la même façon dès lors qu'elle est soumise au même dilemme moral. Le conseil ajoute que le problème de la preuve des relations de couple n'est pas un argument recevable pour maintenir la distinction, le pacte civil de solidarité faisant l'objet d'un enregistrement en mairie et le concubinage étant défini par la loi comme une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes qui vivent en couple. Les critères de stabilité et de continuité mettront la cour d'assises en mesure de s'assurer de l'existence d'une vie commune constitutive d'un concubinage. Pour ces raisons, la différence de traitement est contraire au principe d'égalité devant la loi et ce texte sera abrogé au 31 décembre 2020.

Des droits qui les distinguent

Cet alignement formel des droits et obligations des membres du couple ne se vérifie pas pour l'ensemble des dispositions les concernant. D'autres conservent une distinction nette.

Quant au régime des biens, chacun des deux modes de conjugalité prévoit un statut légal, susceptible d'être modifié par accord des parties, même si les techniques relevant du régime matrimonial et du contrat de mariage sont réservées aux époux. L'ensemble du corpus de textes relatifs aux biens des époux leur reste réservé, tandis que c'est le droit commun des biens qui est appliqué aux partenaires. De plus, le régime légal des époux est un régime de communauté, dans lequel les biens acquis pendant la vie commune sont communs, tandis qu'il est un régime de nature séparatiste entre les partenaires : les biens détenus avant la PACS ou achetés pendant la vie commune restent des biens personnels et les difficultés de preuve sont réglés par une présomption d'indivision par moitié. Un rapprochement s'opère cependant, non du fait de la loi, mais du fait des usages sociaux : les époux choisissent nettement plus souvent qu'autrefois de s'écarter du régime légal de communauté. Celui-ci a longtemps été la règle, il concerne dorénavant environ 85 % des époux. C'est (encore ?) beaucoup, mais la tendance est assez nette. La protection qu'apporte le régime légal au conjoint le plus faible économique-

ment recule. La distinction maintenue entre mariage et partenariat s'incarne également dans le droit d'usage du nom de l'autre membre du couple ou encore dans les règles relatives à l'attribution de la nationalité française ou au droit d'entrée et de séjour des étrangers en France, qui ne seront pas exposées ici. On retiendra seulement que contrairement au mariage, le PACS est sans effet direct sur ce point.

Le mariage confère à chacun des époux le droit d'utiliser le nom de famille de l'autre, à titre de nom d'usage. La neutralité apparente de cette règle renvoie en fait à l'usage très répandu pour les épouses d'utiliser le nom de leur mari, marquant ainsi l'unité du foyer dès lors que les enfants reçoivent encore massivement le nom de leur père¹⁰. Ce droit d'usage disparaît de plein avec le divorce, sauf autorisation expresse généralement demandée et obtenue. Comme le mariage, le PACS est sans effet sur le nom de famille des partenaires, mais il ne donne pas non plus de droit d'usage sur le nom de l'autre. Il serait donc intéressant de savoir si les enfants nés d'un couple non marié se voient plus souvent que ceux nés d'un couple marié attribuer comme nom de famille les noms accolés de leurs deux parents.

6. *Comparer les droits des mariés et des partenaires après leur séparation.* Les conséquences économiques de la séparation restent nettement différentes d'un mode de conjugalité à l'autre, que la séparation ait lieu du vivant des membres du couple ou à cause de mort. Même la protection du logement de la famille, qui fait l'objet d'une protection spécifique compte tenu de son importance vitale, reste dissemblable.

Séparation du vivant des membres du couple.

Le droit du mariage prévoit traditionnellement deux mécanismes permettant d'améliorer la situation de l'époux le plus faible économiquement après le divorce : une forme dorénavant atténuée de solidarité qui s'incarne dans la prestation compensatoire et les effets du partage des biens relevant de la communauté légale. Aucun de ces mécanismes n'est ouvert aux partenaires séparés.

¹⁰ Les termes de « nom patronymique » ont disparu pour désigner le nom de famille depuis la loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille. La transmission du seul nom du père n'est plus une obligation, y compris pour les enfants nés de parents mariés entre eux, même si les usages perdurent.

La prestation compensatoire remplace depuis 1975 le maintien d'une obligation alimentaire entre époux divorcés, alors réservée à l'« époux innocent ». Elle a pour objet de compenser, « autant qu'il est possible », la disparité des niveaux de vie entre les époux consécutive à la rupture. Soumise par hypothèse à la capacité contributive de l'époux débiteur, une telle somme d'argent est prévue dans environ 20 % des divorces, pour un montant médian de 25 000 qui cache de très grandes disparités¹¹. Rien de tel n'est prévu pour les partenaires qui se séparent.

Le régime matrimonial légal est un régime de communauté qui prévoit, sauf dispositions conventionnelles contraires, le partage par moitié des biens acquis pendant la vie commune au moment du divorce. Les biens acquis par l'industrie des époux profitent donc aux deux, y compris lorsque seul un des époux exerçait une activité professionnelle ou que l'un d'eux bénéficiait de revenus professionnels bien supérieurs. Les partenaires sont en revanche liés par un régime de nature séparatiste, les biens achetés par chacun pendant la vie commune restant, sauf dispositions conventionnelles contraires, des biens personnels. La disparité des situations professionnelles entre les deux partenaires n'est donc pas compensée au moment de la séparation par le partage des biens. La solidarité traditionnelle instaurée entre les membres du couple dans lequel la partage de l'enrichissement est assuré alors même que l'un travaillerait tandis que l'autre s'occuperait des affaires domestiques est ainsi abandonné pour les partenaires.

Séparation à cause de mort.

Le régime matrimonial légal protège l'époux également en cas de veuvage : il recevra sa part de la communauté avant que ne soit abordée la question de la succession. Le régime de type séparatiste n'aboutit pas, quant à lui, à l'accroissement du patrimoine de partenaire survivant. Simplement, l'imbrication des patrimoines liée à des années de vie commune peut être résolue par la reconnaissance d'une dette en valeur, dans l'hypothèse par exemple où un partenaire

¹¹ www.justice.gouv.fr/art_pix/stat_Infostat%20144.pdf En l'état actuel, l'instauration du divorce par consentement mutuel sans juge par la loi du 18 novembre 2016 ne permettra pas de fournir des chiffres réactualisés pour l'avenir, les conventions de divorce étant dorénavant des actes privés conservés par les notaires sans qu'il soit prévu ni remontées statistiques, ni accessibilité aux conventions.

aurait participé sur ses deniers à l'acquisition d'un bien immobilier par l'autre.

L'époux survivant dispose en outre de droits ab intestat sur les biens relevant de la succession et la loi du 3 décembre 2001 a nettement amélioré sa situation successorale : en présence d'enfants nés du couple qu'il formait avec le défunt (ou de petits-enfants venant en représentation), il recueille à son choix l'usufruit de la totalité des biens du défunt ou la propriété du quart, tandis qu'en présence d'autres enfants du défunt, il recueille la propriété du quart des biens du défunt. En l'absence d'enfants, il recueille la moitié, les trois-quarts ou la totalité de la succession selon qu'il est en concurrence avec les deux parents du défunt, un seul d'entre eux ou aucun d'entre eux (Art. 757 s. C. civ.). Enfin, le conjoint survivant est désormais réservataire à hauteur du quart de la succession en l'absence de descendants (art. 912 C. civ.) et la réserve des descendants (de la moitié à trois-quarts des biens selon le nombre d'enfants du défunt) ne fait pas obstacle à ce qu'il bénéficie de son usufruit sur la totalité des biens relevant de la succession : en présence d'enfants tous communs, cet usufruit est de plein droit, en présence d'enfants issus d'un autre lit, il peut être prévu par le défunt.

Imposition de la transmission à cause de mort. Si les partenaires ne disposent d'aucun droit successoral ab intestat, ils sont en revanche placés dans la même situation que les époux en cas de succession testamentaire au regard des droits de mutation. Alors que les concubins restent traités comme des étrangers et doivent acquitter un impôt de 60 % du montant des biens transmis, les époux comme les partenaires sont, depuis peu, purement et simplement exonérés de droit de succession.

Pension de réversion. Enfin, la séparation à cause de mort permet au conjoint survivant qui n'aurait pas de droits propres à la retraite, ou des droits faibles, de bénéficier d'une pension dite de réversion, qui représente un pourcentage de la pension de retraite qu'aurait reçu le défunt s'il avait survécu. Les retraites complémentaires, conventionnelles, ont leurs propres règles et peuvent être plus généreuses pour les partenaires. Elles ne seront pas détaillées ici. Mais s'agissant de la retraite dites de base, dispensée par le régime de la sécurité sociale dans la sphère privée, ou par le régime des pensions dans la sphère publique, la distinction entre mariage et

PACS demeure, malgré des tentatives de remise en cause de cette distinction : seul le mariage ouvre droit à la pension de réversion.

S'agissant des pensions civiles et militaires, cette distinction a été validée par le Conseil constitutionnel dans une décision du 29 juillet 2011. Le conseil a considéré que si, contrairement au concubinage, le PACS créait des obligations réciproques entre les partenaires, il ne prévoyait pas pour autant d'obligations civiles après la séparation, contrairement au mariage qui a pour objet « non seulement d'organiser les obligations personnelles, matérielles et patrimoniales des époux pendant la durée de leur union, mais également d'assurer la protection de la famille ; que ce régime assure aussi une protection en cas de dissolution du mariage ». Ces dispositions soumettant les personnes à des régimes différents, la différence de traitement quant à la pension de réversion ne méconnaît donc pas le principe d'égalité. S'agissant du régime de base de la sécurité sociale, la Cour de cassation (pourvoi n° 13-11362) a considéré dans une décision du 23 janvier 2014 que « la protection du mariage constitue une raison importante et légitime pouvant justifier une différence de traitement » et que l'option entre mariage et pacte civil de solidarité procédait du libre choix des intéressés (l'affaire se situait avant l'introduction du mariage pour tous, mais elle concernait un couple hétérosexuel). Elle en déduit que réserver la pension de réversion revient à tirer les conséquences d'un statut civil spécifique, la différence de situation entre les personnes mariées et les autres quant aux droits sociaux reposant sur un « critère objectif ».

7. *La protection spécifique du logement de la famille.* Compte tenu de son importance cruciale, le logement de la famille, qu'il abrite le seul couple ou également des enfants, fait l'objet de dispositions spécifiques dérogatoires au droit commun, permettant de s'assurer que les résidents pourront y demeurer malgré la séparation.

Sur ce terrain aussi, le mariage offre un statut nettement plus protecteur. Sans être exhaustif, on signalera que, d'une façon générale, les époux ne peuvent pas « l'un sans l'autre, disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille », tout acte passé seul pouvant faire l'objet d'une demande d'annulation par l'autre (art. 215 al. 3 C. civ.). En outre, lorsque le logement est assuré par un bail, les deux époux en sont nécessairement co-titulaires, y compris lorsque le contrat a été signé par un seul des époux avant même le mariage (art. 1751 C. civ.).

Leur double consentement est donc nécessaire pour y mettre un terme, l'époux survivant en sera le titulaire exclusif en cas de décès et il sera attribué à l'un ou à l'autre en cas de divorce. Par ailleurs, le droit des successions prévoit d'une part la jouissance gratuite de ce logement pendant une période d'un an après le décès (art. 763 C. civ.), quel que soit le statut du bien, la gratuité étant assurée sur les fonds de la succession (notamment par le paiement des loyers s'il y a lieu), d'autre part un droit viager de l'époux survivant sur ce logement (art. 764 C. civ.). Seule cette dernière disposition peut être écartée, par une disposition testamentaire contraire du défunt, prévue dans une forme solennelle.

Ni l'interdiction de disposer seul des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni la co-titularité de plein droit du bail d'habitation assurant le logement de la famille ne sont applicables entre partenaires, pas plus que le droit viager du survivant sur ce logement. Cependant, les deux partenaires obtiennent la co-titularité du bail s'ils en font la demande conjointe (alors qu'elle peut être refusée aux concubins), le partenaire survivant en devenant alors le titulaire exclusif en cas de décès de l'autre (art. 1751 C. civ.). Le partenaire survivant dispose aussi, comme l'époux, de la jouissance gratuite de son logement pendant une période d'un an après le décès, quel que soit le statut du bien. Cette protection s'ajoute à la protection de droit commun prévue par les textes organisant les rapports locatifs dans une rédaction issue de la loi du 3 déc. 2001 et prévoyant qu'en cas de décès ou d'abandon du domicile par le locataire, le contrat de location continue notamment au profit du partenaire ou du concubin notoire du titulaire du bail (art. 14 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs). Ce dispositif est le seul qui protège le concubin et on remarquera qu'il dépend d'un corps de textes distincts dont l'objet n'est pas l'organisation des relations familiales mais l'organisation des rapports locatifs.

8. *Conclusion.* Ce rapide tour d'horizon montre que le rapprochement entre le mariage et le partenariat, et a fortiori le concubinage, est finalement assez limité. Certes, le statut des enfants est dorénavant unique, quelles que soient les circonstances de leur naissance, et les modalités d'accès à la qualité « d'enfant de » sont très proches, s'agissant cependant des seuls enfants « faits maison », mais la protection patrimoniale des membres du couple de partenaires reste très limitée.

Une explication possible est la volonté de prendre acte de l'égalité

entre les hommes et les femmes : les règles protectrices du mariage avaient à l'origine pour objectif d'assurer la protection des femmes, dont la situation économique dépendait de celle de leur conjoint. Les règles beaucoup plus récentes qui organisent le PACS n'auraient plus à respecter cette logique. Mais on sait bien que cette égalité formelle est loin d'être atteinte concrètement et la protection patrimoniale des femmes reste d'actualité. Pour s'en convaincre, il suffit de comparer les ressources déclarées après le divorce par les époux divorcés¹² ou encore les droits à la retraite des hommes et des femmes dès lors qu'ils sont fondés sur les cotisations réalisées tout au long du parcours professionnel de chacun¹³.

Une explication plus raisonnable est sans doute la volonté de protéger le mariage comme une institution considérée comme fondatrice et qui ne saurait être concurrencée par un modèle alternatif. Cette logique explique selon nous les arrêts de la Cour de cassation considérant que le partenariat¹⁴ (comme le concubinage¹⁵) ne créant pas d'alliance, il n'y a pas lieu d'étendre par une jurisprudence constructive aux partenaires l'exception ouverte aux époux. Ceux-ci peuvent être entendus par une cour d'assises sans prêter serment et ne sont donc pas susceptibles d'une sanction pénale en cas de refus ou de mensonge sous serment. Cette position a été écartée depuis par le Conseil Constitutionnel (cf. supra).

La volonté de protéger le mariage comme porteur d'une valeur spécifique se retrouve aussi, à notre sens dans l'introduction du mariage pour tous dans la législation française. Les droits attachés au mariage restent attachés au mariage. Simplement, l'accès au statut d'époux est ouvert plus largement. Alors qu'en 2009, il s'agissait de créer un partenariat civil plutôt qu'ouvrir le mariage aux couples de même sexe, la loi de 2013 a ouvert le mariage aux couples de même sexe plutôt que renoncer à la spécificité prêtée au mariage, sans se préoccuper du fait que les modes de vie des familles inscrites dans ces deux formes de conjugalité peuvent être identiques.

¹² C. BONNET, B. GARBINTI, A. SOLAZ, *Les variations de niveau de vie des hommes et des femmes à la suite d'un divorce ou d'une rupture de Pacs*, Insee référence, les «Couples et familles», Paris, 2015.

¹³ www.cor-retraites.fr/pensions-advisory-council.

¹⁴ Cass. Crim 25 mai 2011, n° 10-86.229.

¹⁵ Cass. Crim 18 déc. 1996, n° 96-82.451.

M^a DEL CARMEN CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO
LA MEDIACIÓN TRANSNACIONAL:
APLICACIÓN TEÓRICO-PRÁCTICA
EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA

SUMARIO: I. Concepto y características de la mediación familiar en los conflictos transfronterizos. – II. Supuesto práctico de una mediación transnacional aplicado a un conflicto familiar. - 2.1. Planteamiento. - 2.2. Papel del mediador transnacional. - 2.3. El procedimiento de mediación transnacional. - 2.3.1. Inicio del Proceso de Mediación. - 2.3.2. Identificación del conflicto y de las necesidades. - 2.3.3. Búsqueda de propuestas y alternativas. - 2.3.4. Momento individual o session caucus con cada uno de los hijos. - 2.3.5. Selección de alternativas y acuerdos. 2.3.6. - Finalización del proceso. - 2.4. El acuerdo de resolución de controversias y su ejecución. – III. Conclusiones.

I. En la sociedad actual el conflicto es parte de nuestra vida, forma parte de nuestro día a día. La forma tradicional de resolución de controversias ha sido acudir a la vía judicial. Sin embargo, los resultados obtenidos revelan que, en la mayoría de los casos, esa vía no es siempre la más adecuada. La resolución interpuesta por los jueces no satisface en muchas ocasiones a las partes y no consigue acabar con sus disputas originándose interminables procedimientos de ejecución de sentencia, que provocan, en ocasiones, incluso mayores rencillas y un recrudecimiento del conflicto inicial de muy difícil solución. Este sistema que ha permanecido durante años se aleja cada vez más de la realidad porque no ofrece respuestas eficaces a las necesidades de la sociedad del siglo XXI.

Un claro ejemplo de esta preocupación por disponer de otros sistemas alternativos de resolución de conflictos fue inicialmente la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, del Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, que pone mayor énfasis en que el principal objetivo que se pretende cumplir es el de mejorar la calidad de la justicia, tal y como expone en su considerando (6): “La

mediación puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes. Es más probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y también que preserven una relación amistosa y viable entre las partes. Estos beneficios son aún más perceptibles en situaciones que presentan elementos transfronterizos”.

El artículo 2 de la Directiva 2008/52/CE, considera “litigio transfronterizo” a aquél en que al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado distinto a aquél en que estén domiciliadas cualquiera de las otras partes a las que afecta,

cuando acuerden hacer uso de la mediación o sea obligatorio acudir a ella según la ley

aplicable. También se considera transfronteriza la mediación prevista o resuelta por acuerdo, cualquiera que sea el lugar en el que se haya realizado, cuando, como consecuencia del traslado del domicilio de alguna de las partes, el pacto o algunas de sus consecuencias se pretendan ejecutar en el territorio de un Estado distinto¹.

El artículo 3 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles se refiere de forma concreta a la mediación en conflictos transfronterizos, indicando que “un conflicto es transfronterizo cuando al menos una de las partes tiene su domicilio o reside con habitualidad en un Estado distinto de aquel en que cualquiera de las otras partes a las que afecta la disputa estén domiciliadas cuando acuerden hacer uso de la mediación o sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la Ley que resulte aplicable”. Hay que dejarlo bien claro: la Ley 5/2012, de 6 de julio, se aplica tanto a la mediación en la que no existe ningún elemento o característica de extranjería, como a aquella otra de carácter internacional, en la que existe algún elemento de extranjería, incluyéndose en este perfil claramente a la mediación transnacional.

En los conflictos transfronterizos, la mediación tiene lugar en el ámbito de las relaciones privadas internacionales, como es el caso de

¹ En este sentido, M^aC. CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, *Mediación transfronteriza y secuestro internacional de menores*, en *Revista Aranzadi Unión Europea*, nº 6, junio 2017, pp. 34-37.

la mediación familiar² (relaciones entre padres e hijos, cónyuges o miembros de una pareja, hermanos, parientes, etc.), donde entran en juego las diferentes leyes y jurisdicciones nacionales de cada país, así como los distintos idiomas y diversas culturas, todo lo cual supone una barrera importante a la hora de afrontarlos. Sin embargo, puede evitar el excesivo coste económico que supondrían los desplazamientos y estancias en otro país, así como la contratación de abogados o incluso los costes judiciales que se generarían si se emprendieran acciones legales en los juzgados autóctonos. Asimismo, se evitaría el coste temporal que suponen las dilaciones que se producen cuando se utilizan las vías tradicionales de resolución de conflictos.

En todo caso, los Estados miembros deberán reconocer la autonomía de la mediación y la posibilidad de que ésta haya tenido lugar antes, durante o después de un proceso contencioso, pudiéndose interrumpir los procesos judiciales pendientes y asegurando que en este caso la autoridad judicial u otra entidad competente conserve el poder de tomar decisiones urgentes relativas a la protección de las partes, de sus hijos y de su patrimonio. Finalmente, informar a la autoridad judicial u otra autoridad competente si los sujetos intervinientes cumplen o no con el proceso de mediación y si, en su caso, han o no llegado a un acuerdo.

La realidad latente en España es que los conflictos en el ámbito familiar van en aumento y están colapsando la vía judicial. Para su gestión y resolución nace como una medida alternativa de carácter legal y complementaria, la mediación familiar, que se configura como una forma extrajudicial y pedagógica de tratar problemas y resolver conflictos sin pasar por largos procesos judiciales. Podríamos señalar como características más notorias de un conflicto transfronterizo³:

² En el Derecho Europeo se ha intentado fomentar el uso de la mediación en el ámbito familiar a través de diversas Recomendaciones a los Estados miembros. La Recomendación n° R (98)1 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la mediación familiar, aprobada por el Consejo de Ministros, el 21 de enero de 1998, a partir de la 616 reunión de los Delegados de los Ministros contempla que "...la mediación familiar trata de los conflictos que pueden surgir entre los miembros de una misma familia, que estén unidos por lazos de sangre o matrimonio, y entre personas que tienen o han tenido relaciones familiares, semejantes a las determinadas por la legislación nacional...".

³ Véase P. VITALI, *Características de la mediación en los conflictos tran-*

a) *Lugar e idioma*. Lo normal es pensar que el lugar donde se lleve a cabo el procedimiento sea uno de los países en que una de las partes involucradas en el conflicto tenga fijado su domicilio o residencia. Ahora bien, éste será elegido de forma consensuada por los interesados. En cuanto al idioma empleado deberá ser aquel elegido por las partes y que permita una comunicación fluida y empática entre sí y con el mediador.

b) *Ley aplicable* al procedimiento de mediación. Dependerá de los diferentes supuestos en los que las partes pueden acudir al procedimiento. Así pues:

En los supuestos de mediación derivada por un juez o de mediación “obligatoria” prevista por la ley nacional, será de aplicación la ley del país en el que el órgano jurisdiccional derive las partes a mediación o se prevea la mediación como obligatoria⁴.

En los supuestos de recurso a la mediación por voluntad de las partes, será aplicable la ley nacional sobre mediación libremente pactada por las mismas. En la hipotética conjetura de falta de elección

sfronterizos, en *Diario Jurídico.com*, visto en www.diariojuridico.com/mediacion-en-conflictos-transfronterizos/, a fecha 13 de abril de 2010.

⁴ Sobre este particular, el Gobierno español, a propuesta de la ministra de Justicia, con fecha 11 de enero de 2019 aprobó el llamado “Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación”. Con esta nueva norma se pretende la implantación definitiva de la mediación como figura complementaria de la Administración de Justicia para la resolución extrajudicial de conflictos en los ámbitos civil y mercantil de una forma más ágil y con un menor coste económico y personal para las partes.

La nueva regulación supera el modelo de mediación actualmente vigente basado en su carácter exclusivamente voluntario, por el denominado de “obligatoriedad mitigada” que exige a los litigantes a asistir a una sesión informativa y exploratoria en los seis meses previos a la interposición de la demanda en un número tasado de materias. Esta sesión será conducida por un mediador y estará dirigida a explorar tanto el asunto objeto de controversia, como el posicionamiento inicial de las partes que recibirán información clara y precisa del procedimiento, de la dinámica de trabajo que se seguirá en caso de que finalmente se acuerde continuar la mediación y, de sus beneficios frente a la vía judicial en cuanto a ahorro de tiempo y costes. Esta mediación extrajudicial se concibe, por lo tanto, como un trámite necesario para acceder a la vía judicial pero no supone una obligación de someterse a un proceso completo de mediación o consensuar un acuerdo que ponga fin al litigio.

por los interesados, estaríamos ante un contrato de prestación de servicios. El mediador se compromete a cumplir con la prestación de sus servicios, obligándose las partes, al pago de los mismos. Se trataría, por lo tanto, de un contrato regulado por el Reglamento CE 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, el cual en su artículo 3 (“Ley aplicable a falta de elección”) establece que: “...*b*) el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual”. Es decir, donde el mediador tenga establecido su domicilio.

c) *Flexibilidad*. Es decir, la capacidad del procedimiento de adaptarse a las reales necesidades de las partes, como un “*Traje a Medida*”.

d) *Voluntariedad*. Entendida como:

Voluntad de las partes de permanecer en la mediación, siendo libres en todo momento de abandonar el procedimiento sin tener que detallar los motivos de su decisión.

Autonomía de la voluntad, es decir, control que las partes en todo momento mantienen en la resolución del conflicto y sobre los acuerdos que deban adoptarse.

e) *Confidencialidad*. En todo momento debe ser asegurada y garantizada en el proceso de mediación de tal manera que ni las partes ni el mediador puedan utilizar o difundir aquello que se haya debatido en el proceso, ni emplear en un juicio la documentación derivada del procedimiento.

f) *Confianza*. Depositada por las partes en la persona mediadora y en el proceso que inician.

g) *Participación* de las partes en el conflicto y *auto composición de intereses*. Las partes son las que están mejor posicionadas para conocer el origen del problema y la solución más conveniente para sus intereses, sin tener que delegar la decisión a una tercera persona.

h) Proceso *limitado* en el tiempo y que no *impide el acceso a la vía judicial o arbitral*. La mediación como método alternativo de resolución de conflictos, en ningún caso imposibilita a las partes el acceso a la tutela judicial, tanto en el supuesto en que se alcance un acuerdo parcial, así como en caso de no alcanzarse acuerdo alguno (art. 8 de la Directiva 2008/52/ CE).

II. – 2.1. Julieta y Álvaro contactaron con el Servicio de Mediación “*Mediadores por el mundo S.L.*”, cuando llevaban algo menos de tres años divorciados. Ambos eran padre y madre de tres niños; unas gemelas de catorce años y un niño de doce. La relación de pareja finalizó por iniciativa de Álvaro, que sufrió un progresivo desencanto en su vida con Julieta. Fue una decisión difícil, pero acertada. La organización familiar y las medidas legales tomadas tras la separación fueron las siguientes: patria potestad compartida, guarda y custodia para la madre, régimen de visitas con fines de semana alternos y una tarde por semana (miércoles) para el padre, periodos vacacionales al 50%, pensión de alimentos de 800 euros mensuales por hijo, gastos extraordinarios al 50% y uso de la vivienda familiar a favor de los hijos.

Estas decisiones se alcanzaron en un Convenio Regulador de mutuo acuerdo firmado el 20 de abril de 2015, con la intervención de dos abogados que les asesoraron en el proceso.

Aunque la relación y la comunicación entre Julieta y Álvaro no era especialmente fluida, ambos coincidieron en describirla como correcta. Álvaro inició una relación sentimental pocos meses después del fin de la convivencia con Julieta, aspecto que no contribuyó a mejorar la coparentalidad pero que, finalmente, mirando siempre por el bienestar de sus hijos y haciendo un gran esfuerzo, supieron adaptarse a las circunstancias.

Casi tres años después, el 10 de febrero de 2018, la situación profesional de Álvaro que es ingeniero de telecomunicaciones se complica cuando su jefe le anuncia que cierran de forma inminente la sede de su empresa en Madrid (España) y que le trasladan a París (Francia) a un nuevo proyecto que durará como mínimo 3 años. Deberá estar en París el 25 de febrero de 2018 para comenzar el proyecto con su nuevo equipo. Cuenta con 15 días exactos para organizarse. Quiere modificar las medidas adoptadas en el Convenio Regulador de mutuo acuerdo del 20 de abril de 2015 y pedir la guarda y custodia exclusiva de sus hijos para que se trasladen con él a París a partir del próximo curso escolar.

Cuando Álvaro traslada a Julieta sus intenciones, ella se niega en rotundo. Le propone acudir a mediación explicándole que se trata de un método resolución de conflictos alternativo a la vía judicial que implica menor coste económico y menor tiempo. Las propias

partes, con la guía y ayuda de un tercero llamado mediador, llegarán a un acuerdo voluntario satisfactorio para ambos. Julieta con cierta reticencia e incredulidad, pero incentivada con la idea de que suponga un menor coste económico frente a un procedimiento judicial, accede.

2.2. La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, regula en su Capítulo III “*el Estatuto del mediador*” y, sin recoger previamente una definición de esta figura, dispone en su artículo 11⁵ las condiciones para ejercer como tal: estar en pleno ejercicio de sus derechos civiles, tener un título oficial universitario o de formación profesional superior, hacer unos cursos para tener la formación específica que se requiere para el ejercicio de mediador y contar con un seguro de responsabilidad civil.

Las distintas Comunidades Autónomas no contemplan de manera unánime el perfil del mediador, aunque muchas de ellas coinciden al referirse a determinados profesionales con perfiles más encaminados al ejercicio de dichas funciones; así, los abogados, los psicólogos, los trabajadores sociales, los educadores sociales, los pedagogos son profesionales orientados en su formación a un adecuado desarrollo de las funciones de mediador. Sin embargo, no existe *numerus clausus* a la hora de determinar profesiones a las cuales esté reservado el acceso al ejercicio de la mediación. La Directiva 2008/52 del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, insiste en la necesidad

⁵ Art. 11 LM: “1. Pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión.

Las personas jurídicas que se dediquen a la mediación sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en esta Ley.

2. El mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional.

3. El mediador deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga”.

de promover la calidad de la institución mediadora garantizando la capacitación de los mediadores lo cual requiere un compromiso específico de los Estados de fomentar la adecuada formación de los mediadores. Reflejo de ello son los numerosos Instrumentos Internacionales y las normas nacionales dictadas en la materia⁶.

En cuanto a la formación específica, además de que el mediador pertenezca a un determinado colectivo profesional, ha de recibir una formación que le habilite para el ejercicio de una función mediadora. En este sentido, la Ley de mediación en su Disposición Final Octava hace recaer en “El Gobierno, a iniciativa del Ministerio de Justicia” la facultad de “determinar la duración y contenido mínimo del curso o cursos que con carácter previo habrán de realizar los mediadores para adquirir la formación necesaria para el desempeño de la mediación, así como la formación continua que deben recibir”.

Esta formación debe impartirse en cualquiera de las modalidades que presenta el modelo universitario actual e incluye como tronco común un conjunto de materias propias procedentes de la Psicología, la Sociología y el Derecho, como son las relativas al estudio de los conflictos, la estructura de las relaciones de poder, las técnicas de comunicación y negociación, los fundamentos de derecho negocial y el régimen jurídico de la mediación. En suma, a mayor grado de

⁶ Véase, entre otros países, Italia que en su Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, hace referencia expresa en su artículo 16 “*Organismi di mediazione e registro. Elenco dei formatori*” a la formación de mediadores; concretamente, en el apartado cuarto apunta que “...devono essere adeguatamente formati in materia di mediazione e mantenere la propria preparazione con percorsi di aggiornamento teorico-pratici...”. Asimismo, el Decreto Ministero della giustizia 18 ottobre 2010, n. 180 en su artículo 18, apartado 2, hace referencia a los requisitos de cualificación del mediador: licenciados, graduados o diplomados con un curso de formación teórico-práctico de 54 horas que les permita su posterior inscripción en el Registro de mediadores y, un curso de reciclaje bianual sobre las mismas materias que el curso base inicial. Sobre este particular, D. DALFINO, *Comentario del Codice di procedura civile, en Mediazione Civile e Commerciale*, Zanichelli, Bologna, 2016, pp. 545 a 551.

En la misma línea, Bélgica en la Ley de 21 de febrero de 2005 apunta que la Comisión Federal es la competente para determinar las condiciones y procedimientos para la aprobación de los organismos de formación y los programas formativos para acreditar a los mediadores; y, Austria, en su artículo 29.1 de la Ley de mediación austriaca, se refiere a los contenidos de la formación.

especialización habrá siempre una mayor garantía de que la intervención del mediador sea más acertada⁷.

En todo caso, es importante que la formación del mediador, así como su especialidad y experiencia, consten en el Registro para que las personas que solicitan una mediación puedan tomar, con pleno conocimiento y, por tanto, libremente, la decisión de realizarla con dicho mediador. Sin duda, el Registro tiene una importante función de control de los mediadores en el sentido de establecer los criterios

⁷ Sobre este particular, resulta interesante el informe elaborado por D. MARTÍNEZ ZAMPA (Coord.), E.G. MONTIEL, M.K. MAIELLA, L. VARGAS, *Conclusiones investigación "Estado de la mediación"*, 2019, en www.todosobremediacion.com.ar/wp-content/uploads/2020/02/INFORME-FINAL-INVESTIGACION-SOBRE-SITUACION-C3%93N-DE-LA-MEDIACION-C3%93N.pdf, visto a fecha 22 de abril de 2020) que lleva a cabo un estudio en los meses de septiembre y octubre de 2019, sobre la calificación que se da a la formación de los mediadores en España. Como apuntan los investigadores, predomina en primer término, la calificación "Buena" luego, "Muy Buena" y, finalmente, "Regular". Los motivos son los siguientes: "Buena": "Mi colegio profesional nos apoya en la organización de cursos", "Existen muchas posibilidades de seguir formándote", "Hemos corregido errores de la formación del pasado y cada vez es más práctica y aplicada a ámbitos distintos", "Si buscas, encuentras. buenos profesionales y buenos formadores", "Hay muchos cursos específicos y Masters, se organizan eventos", "Al ser fuera de la universidad es mucho más práctica y menos "académica".

"Muy buena": "me he formado y asistido a jornadas de calidad excepcional", "Reuniones periódicas para actualización y puesta al día, intercambio de experiencias", "Es extensa y con gran calidad en los aspectos que abarca la mediación", "Existen muchas actividades formativas de calidad", "Buenos profesores de excelencia", "Existen bastantes cursos, congresos y conferencias para poder seguir formándose", "Hay mucha oferta".

"Regular": "Muy burocratizada en los sectores universitarios. Una formación de una mediación como instrumento "tecnológico", "Depende de la oferta que suele ser muy repetitiva", "La formación permanente es más de lo mismo, falta innovación", "Las provincias carecen de formación de calidad", "Suelen ser poco innovadores, repetitivos y caros", "Cuando algunos mediadores terminan sus estudios y ven que no hay trabajo, se lanzan al mundo de la enseñanza, y esto perjudica a la calidad. A veces es difícil distinguir unos cursos de otros. También la legislación estatal rebajó los requisitos de estudios y la integración a un registro nacional de mediadores, que ha rebajado considerablemente el nivel. Ahora estamos todos mezclados. No comprendo cómo los mediadores de prestigio se prestaron a ello, únicamente por motivos económicos".

de acceso y determinar qué formación específica en mediación han de recibir para constar en él como mediadores.

En relación al supuesto de hecho que nos atañe, dado que Álvaro en quince días tiene que poner rumbo a París, el procedimiento de mediación estará dirigido por un mediador internacional. Este mediador aparte de cumplir con los requisitos anteriormente expuestos debe contar con un entrenamiento y experiencia como mediador cualificado. El mediador transnacional deberá disponer de una determinada formación, habilidades y recursos que le habiliten para poder trabajar de forma eficiente, superando con su intervención las enormes dificultades e incertidumbres que van aparejadas a la celebración de un procedimiento de mediación transnacional. Es por ello imperativo, que los mediadores deban subordinar su actuación profesional a los códigos de conducta, controles de calidad y códigos de buenas prácticas establecidos en los respectivos ordenamientos jurídicos bajo los cuales desarrollen su praxis profesional.

El mediador deberá cerciorarse de que Julieta y Álvaro tengan acceso al sistema telemático que se vaya a utilizar (e-mail, videoconferencia, aplicación informática, etc.) y que sepan cómo funciona. Incluso en los casos en que los mediados manifiesten estar familiarizados con tales métodos, convendría asegurarse de ello, para lo cual se puede hacer previamente algún tipo de prueba. Pensemos que el medio no puede nunca convertirse en un obstáculo para el fin perseguido con la mediación, que no es otro que ayudar a las partes a gestionar o resolver su conflicto.

Otra cautela fundamental que debe tener en cuenta el mediador transnacional viene dada por la necesidad de autenticar la identidad de las partes, para evitar, por un lado, suplantaciones y, por otro, que alguno de los participantes pudiera oponerse al cumplimiento de un acuerdo, alegando que “no fue él” quien prestó su conformidad. A este respecto, existen aplicaciones y plataformas digitales donde se ha incorporado un sistema de firma electrónica. Pero se da la circunstancia de que son muchos los mediadores que carecen de tales herramientas, quizá porque no realizan con asiduidad la mediación electrónica o, tal vez, porque la estructura y organización de su puesto de trabajo no les permite acceder a una de esas plataformas. En tales casos, los mediadores pueden convenir con las partes cualquier forma de validar su identidad, como establecer

una contraseña alfanumérica para incluir al principio o final de los mensajes, por ejemplo, o asignar a cada cliente, y hasta que concluya el proceso de mediación, una cuenta de correo ligada a un servidor administrado por los mediadores, pasando por todas las posibilidades que permiten las operaciones en la nube.

Toda información y exhibición de documentos electrónicos debe ser verificada, en el sentido de que conste que ha sido recibida. Por ello, no está de más acordar con las partes una fórmula de acuse de recibo.

Cuando se empleen correos electrónicos, se tendrá en cuenta que no todo el mundo interpreta igual las abreviaturas y el lenguaje simplificado. Es preferible, por tanto, advertir a las partes que escriban lo más ortodoxamente posible, para evitar confusiones y malentendidos.

Muchas veces, el reenvío continuo de mensajes y contestaciones hace que algunos de ellos “se pierdan” en el camino, dificultando de esta forma el diálogo y entorpeciendo la mediación. Es preferible que haya una sola respuesta por mensaje, pues esto mantiene el ritmo y facilita el seguimiento del proceso.

No debe olvidarse que, aunque se empleen métodos electrónicos, la mediación requiere de un clima de confianza y tranquilidad. Salvo cuando se utilice la videoconferencia, la mayoría de las veces no se tendrá la oportunidad de analizar el lenguaje no verbal, ni tan siquiera el paraverbal, lo que lleva a poner atención en cuidar mucho más el vocabulario y las formas. No deben obviarse las fórmulas de cortesía en lo concerniente a saludar y despedirse, así como dirigirse a las personas de manera amable y cordial. Y, por supuesto, los mediadores usarán las herramientas y técnicas propias de su profesión, como el parafraseo, el resumen, la reformulación, etc., pues no deben perder de vista la metodología propia de su trabajo.

En el procedimiento de mediación transnacional desarrollado entre Álvaro y Julieta, será necesario un contrato de mediación y confidencialidad, que básicamente es un contrato de prestación de servicio, que deberá contener las reglas básicas de la mediación. Deberá ser firmado por el propio mediador y por las partes mediadas, esto es, por Álvaro y por Julieta. Este contrato compromete al mediador a prestar los servicios propios de la mediación y obliga a Álvaro y a Julieta al pago de los servicios prestados.

2.3. El momento del conflicto en que se encuentran Julieta y Álvaro, no siendo propiamente el divorcio ya que éste se había producido casi tres años antes, está muy relacionado con las medidas legales que se tomaron como consecuencia del mismo.

Álvaro contactó con el mediador telefónicamente y desde España, estableciendo una primera entrevista presencial para recoger las circunstancias familiares y así manifestar su interés y el de su exmujer en el proceso de mediación y confiando así, en la viabilidad del mismo. Para que el proceso de mediación tenga las máximas garantías de éxito, es fundamental que todos los implicados sean informados e invitados a estar presentes en el procedimiento desde el primer momento.

Julieta y Álvaro acudieron juntos a la reunión acordada para asistir a la sesión informativa, ambos disgustados, expectantes y poco optimistas. En esta sesión, las funciones del mediador deben orientarse hacia la información y conocimiento de las ventajas que podría tener el procedimiento de mediación para la familia, la mejora de la comunicación y la toma de decisiones conjuntas. En este sentido, el mediador debe dar respuesta a preguntas tales como: ¿en qué consiste el procedimiento de mediación? ¿Cuál es la función del mediador? ¿Qué ventajas ofrece frente a un procedimiento judicial? ¿Qué efectividad tiene el acuerdo alcanzado? Y, ¿si no se llega a un acuerdo?, etc.

Julieta estaba especialmente disgustada por la situación. Señalaba a Álvaro como responsable directo de las complicaciones que tenían en ese momento al marcharse a vivir a París y quererse llevar a sus hijos. Sin embargo, la conversación llegó rápidamente a un punto en común: ambos coincidieron que para que llegar a un acuerdo, la relación y comunicación entre ellos debía ser fluida manteniendo el respeto que, con esfuerzo, se habían mantenido hasta el momento.

Álvaro comentó que a partir de la semana que viene él se encontraría viviendo en París y si existía viabilidad o posibilidad de una mediación transfronteriza entre ambas ciudades. El mediador contestó que sí. Las sesiones se llevarían a cabo los días y horas fijadas de común acuerdo por las partes y el mediador, a través de la plataforma habilitada al efecto, *www.mediadoresporelmundo.com*. Las sesiones serán desarrolladas en forma virtual a través de videoconferencias y para garantizar la identidad de las personas intervi-

nientes, será necesaria la utilización del DNI electrónico, que sólo les exigiría la instalación de un lector. Por otra parte, para garantizar la seguridad del procedimiento la plataforma verificará la integridad de los documentos que, en su caso, acrediten las partes, y/o de los generados en el propio expediente. Esto se conseguirá mediante la firma electrónica⁸.

El mediador a continuación explicó el marco general de los procesos de mediación: voluntariedad, confidencialidad, igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores, neutralidad, confidencialidad y secreto profesional, no se penaliza la interrupción del proceso y siempre orientados a alcanzar acuerdos que resulten beneficiosos a ambos. En cuanto a la confidencialidad, el mediador expuso a Julieta y a Álvaro que cuando algo sea remitido de forma conjunta a los dos, las respuestas deberán ir dirigidas a todos los intervinientes y no solo a él. Igualmente, y en lo relativo a la neutralidad, es recomendable no facilitar que las partes se sirvan del método electrónico para estrechar vínculos con el mediador o intentar alianzas.

También les informó del coste económico de cada una de las sesiones de mediación transnacional a través de medios electrónicos y que, a falta de otro acuerdo, cada uno de ellos asumiría el cincuenta por ciento de cada sesión celebrada.

Ambos se mostraron conformes con la propuesta y no plantearon inconvenientes, aunque Julieta sí se interesó sobre la posibilidad de la presencia de sus hijos en alguna de las sesiones. Dado que las

⁸ La decidida apuesta del legislador español por la promoción del uso de las nuevas tecnologías en la mediación se aprecia, fundamentalmente, en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que promueve en su artículo 24 la resolución de conflictos “*por medios electrónicos*”. Aunque no se establece en sentido estricto la obligación de que las comunicaciones electrónicas se realicen mediante videoconferencia o transmisión de voz e imagen, el hecho de contemplar expresamente estas funciones invita a considerar que el legislador requiere de estos medios técnicos para poder desarrollar las sesiones, sin perjuicio de que concurren otras funcionalidades como la mensajería, repositorio de archivos a disposición de todas o alguna de las partes, alertas de plazos, agenda, etc. Asimismo, la disposición adicional cuarta de la citada Ley de mediación prevé la adecuación de estos medios electrónicos a las normas sobre accesibilidad de las personas con discapacidad (Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios a la sociedad de la información y de comercio electrónico).

gemelas cuentan actualmente con catorce años y el niño con doce, solicitaba su presencia en el procedimiento al argumentar que cuentan con suficiente discernimiento de juicio como para expresar su opinión sobre si desean o no cambiar de vida e irse a vivir a Paría con su padre. Decidieron que, si el mediador así lo creyese oportuno, podría proponer su presencia en alguna de las sesiones.

Finalmente, se concertó una cita en quince días cuando Álvaro ya estuviera instalado en París y así dar comienzo al proceso de mediación familiar por vía electrónica. Asimismo, se les preguntó que si querían contar en las sesiones con la presencia de sus respectivos abogados a lo que respondieron que no. Ni Álvaro ni Julieta mostraron interés, lo que indica un primer alejamiento de la vía judicial; ambos decidieron acudir al servicio de mediación sin pedir “permiso” a su abogado.

2.3.1. Julieta y Álvaro siguiendo las directrices del mediador, se conectaron a la plataforma *www.mediadoresporelmundo.com* a la cual accedieron cada uno de ellos con su DNI electrónico, respectivamente. La hora fijada para el desarrollo de las sesiones fue las 13:00 horas ya que Julieta estaría tranquila teletrabajando en casa sin que los niños estuvieran presentes y, Álvaro tenía justo en la franja horaria de 13:00 a 14:30 horas, su descanso para comer.

La comunicación entre ambos en un primer momento fue tensa; es fácil comprender que se trata de los padres de tres niños que llevan tiempo sin hablar entre ellos, y que la comunicación mantenida a través de abogados y otros intermediarios ha consistido principalmente en quejas y acusaciones mutuas. El mediador en ese momento procura iniciar una conversación sencilla y amable, que permita que surja una comunicación hasta ahora poco frecuente.

Preguntar por la reunión presencial mantenida la semana pasada, interesarse por las posibles dudas, resolverlas y a continuación, presentar el compromiso de mediación, suelen ser los pasos habituales y fueron los que se tomaron con Julieta y Álvaro.

El compromiso de mediación es un documento que describe las normas y objetivos del proceso, así como especifica la voluntariedad, confidencialidad e imparcialidad del mismo. También recoge como finalidad facilitar un espacio donde plantear necesidades, hacer y valorar propuestas y buscar decisiones acordadas por los interesados

que cubran todas o algunas de esas necesidades. Este compromiso fue firmado por los interesados y por el mediador.

A continuación, el mediador consideró oportuno dedicar un tiempo a hablar con Julieta y Álvaro sobre su familia en un plano descriptivo. Se les preguntó sobre las edades de sus hijos, sus personalidades, que necesidades observaban que tenían cada uno de ellos, qué centro escolar atendían, si notaban que estuvieran a gusto en el mismo y los resultados eran satisfactorios, peculiaridades sobre su salud, etc. Esta exploración, siempre en presente y lo más objetiva posible, permite entrar de manera paulatina en terreno común. Los hijos de Julieta y Álvaro acudían al mismo centro escolar, aunque en distinto curso, su hijo pequeño estaba en 1º de la ESO y las gemelas cursaban 3º de la ESO.

El mediador asimismo consideró conveniente realizarles preguntas referidas a su situación como padres; si se sienten cómodos con sus hijos y si sienten que ellos están a gusto en su compañía, si alguno de sus hijos tiene especial dependencia con alguno de ellos y si tiene algún episodio de interés que quisieran contar en relación a esa dependencia. De todo lo anterior, obtendremos una imagen de la situación de la familia, así como del estado actual de las relaciones paternofiliales. Julieta describió a sus hijos como tres niños tranquilos y obedientes. Las niñas estaban en plena adolescencia y tenían algún episodio de “rebeldía” y el niño era bastante ingenuo e infantil y disfrutaba mucho jugando al fútbol con sus amigos y disfrazándose en casa. Álvaro ofreció una imagen similar, si bien se sentía más distante del entorno escolar y comentó que en ese aspecto tenía menos información.

2.3.2. El mediador propone una pregunta abierta a ambos, ¿por dónde empezar? Cada familia tiene su propia historia, evolución y peculiaridades, estar dispuestos a ajustarnos a su ritmo y prioridades nos permitirá centrarnos en lo que ellos consideren prioritario.

Julieta toma la palabra. Plantea que, por circunstancias inesperadas en el trabajo de Álvaro, éste tiene que trasladarse durante un periodo mínimo de tres años a París y quiere llevarse con él a sus hijos: “Álvaro nunca puso pega a que yo me quedara con los niños hace tres años porque para el eran un incordio; por aquel entonces, estaba con su amante y ahora que ya no hay amante, me los quiere

quitar”. Además, “yo soy enfermera y con el sueldo que tengo no me puedo permitir el estar cubriendo la manutención y educación que supondría el día a día de mis hijos en París. Es un coste económico que mis ingresos no lo pueden asumir. Es inviable”.

Álvaro, por su parte, señaló que Julieta sólo pensaba en ella misma, en la pena que le da no tener a sus hijos y disfrutar de ellos diariamente. “Los niños van en Madrid al Liceo Francés y, la posibilidad de vivir durante un tiempo limitado en un país de lengua francesa, les ayudaría a afianzar el idioma y vivir nuevas experiencias que les enriquecería como personas”.

Hasta este punto, Julieta y Álvaro habían repetido una conversación que ya habían mantenido semanas atrás. Es probable que la presencia y ayuda del mediador facilitase un tono más sencillo y cordial, pero el contenido venía a ser el mismo; una afirmación con una acusación velada: “Álvaro quiere quitarme a los niños” y, la respuesta defensiva escudada en que “los niños afianzarían el francés”.

Llegado este punto, el mediador procura ofrecer un cambio en la conversación, una diferencia que reorienta la dirección. Pregunta a Julieta si hace semanas, cuando Álvaro le había planteado la posibilidad de llevarse a sus hijos a París, había pensado en el posible beneficio que podía reportarles, dejando de lado los intereses de su exmarido. Como era previsible, la respuesta fue positiva; efectivamente lo había pensado y no consideraba que el beneficio fuera superior al perjuicio que les supondría estar sin su madre. Al mismo tiempo, se le preguntó a Álvaro si le parecía comprensible que Julieta se preocupase al escuchar de repente que su exmarido quería llevarse durante tres años a los niños a París. La respuesta fue negativa; no le parecía razonable apuntando que ella debía pensar en el beneficio de sus hijos y no en el suyo propio.

El mediador ofrece una reformulación de los anteriores contenidos: “bien, de modo que ambos coincidís en que queréis para vuestros hijos lo que mayor beneficio les reporte”. Ambos asintieron que sí. Álvaro, ¿puedes entender que apartar a Julieta de sus hijos durante tres años le pueda generar preocupación, angustia y ansiedad? A lo que éste respondió afirmativamente. Julieta, ¿puedes entender que Álvaro vea la posibilidad de llevarse a vuestros hijos durante tres años a un país de lengua francesa como una oportunidad para su crecimiento personal? A lo que Julieta respondió afirmativamente.

Ayudar a transformar las quejas de ambos en necesidades comunes y trabajar la empatía es la principal función del mediador en esta fase del proceso, cuando estamos estableciendo un marco de colaboración, orientado a recorrer juntos un proceso de cambio.

Al mismo tiempo que el mediador ofrece cautela sobre las expectativas en torno al proceso de mediación, debe ser un optimista entusiasta sobre el hecho de que la familia tiene recursos para mejorar la comunicación y poder alcanzar decisiones y consensos. Es decir, no sabemos si el Servicio de Mediación será lo que ellos esperan o necesitan, pero estamos convencidos de que es posible que puedan encontrar momentos comunes que les permitan tomar algunas decisiones juntos.

El mediador, antes de finalizar la primera sesión plantea que ya que ambas partes han expresado sus intenciones y deseos respecto a sus hijos, que piensen durante unos días en distintas opciones y vías de solución al conflicto planteado. Es decir, opciones en las que en ninguna de ellas se contemple una renuncia absoluta por alguna de las partes, sino una posibilidad de acuerdo que conforme beneficio y renuncia para ambas

La sesión se desarrolló sin ningún tipo de problema en cuanto al uso de la plataforma y la posibilidad de comunicación a través de la misma. El mediador se dirigió a ambos intervinientes por si querían manifestar alguna idea que pudiera mejorar o agilizar el proceso y Álvaro, propuso la posibilidad de enviar correos electrónicos durante esa semana, antes de la siguiente sesión, si lo considerase oportuno o sintiese la necesidad. El mediador asintió afirmativamente, pero dejó claro que cualquier e-mail que le enviarán o cuando algo fuera remitido de forma conjunta a los dos, los correos electrónicos o las respuestas a los mismos deberán ir dirigidos a todos los intervinientes y no solo al mediador.

Quedaron para la siguiente sesión que se celebraría por la misma vía, el jueves de la semana siguiente a las 13.00 horas. Ambos se encontraron cómodos con el desarrollo del proceso a través de la plataforma, afirmando que era fácil de manejar y muy intuitiva.

2.3.3. En la siguiente sesión la comunicación entre Julieta y Álvaro se fue relajando, disminuyó la tensión y se plantearon una serie de propuestas:

Álvaro pidió hablar primero a lo que Julieta no puso ninguna objeción. Planteó la posibilidad de que sus hijos permanecieran en España durante los 7 meses que faltaban hasta el comienzo del siguiente curso escolar. A finales de agosto, sus 3 hijos viajarían a Los Ángeles para pasar allí los tres cursos escolares siguientes. El trabajo le ponía la casa, y su sueldo, al ser expatriado, se multiplicaba por dos. Además, Álvaro había negociado que la matrícula del anual del colegio de sus hijos la pagara la empresa, teniendo Julieta y Álvaro que hacerse cargo solo de las dietas y los gastos extraescolares. Asimismo, dado que él podía escoger la casa donde vivir, dentro de un elevado presupuesto, se ofrecía a encontrar una casa en la que Julieta contara con habitación y baño propios. Ella podía ir a visitarles una semana al mes, y Álvaro durante esa semana se comprometía a alojarse en un hotel y así dejarle más intimidad con sus hijos.

En cuanto a los meses de julio y agosto que los niños estarían de vacaciones, los pasarían con su madre en España. Del mismo modo ocurriría en las vacaciones de Navidad.

Finalmente, Julieta no debería pasar ninguna cantidad económica en concepto de pensión de alimentos y así invertir ese dinero en los billetes de avión para ir a visitar a sus hijos.

Por su parte, Julieta se mostró en un primer momento reticente a las palabras de Álvaro y manifestó: “Álvaro si piensas que vas a comprar la guarda y custodia de nuestros hijos con dinero, estas muy equivocado”. Su propuesta fue rápida: sus hijos permanecieran en España y las vacaciones de verano, si los niños así lo querían, podrían viajar a París con su padre y pasarlas juntos.

El mediador dirigiéndose a Julieta le pregunto ¿crees que a tus hijos le puede beneficiar para su futuro profesional el hecho de vivir tres años en Francia? A lo que Julieta respondió afirmativamente. El mediador continuo, ¿qué piensas de la propuesta de Álvaro? A lo que Julieta respondió: “en un primer momento, me ha parecido que Álvaro intentaba convencerme con dinero, pero no me cierro en banda. Me gustaría hablar con mis hijos para escuchar su opinión. Deben ser partícipes de esta decisión”.

El mediador propuso para la siguiente semana tener una entrevista individual o sesión caucus con cada uno de sus hijos. La finalidad es poder escuchar su opinión sobre la posibilidad de vivir fuera unos años, sin dejarse influir por lo que otros dentro del núcleo familiar,

puedan querer o desear. Ambos aceptaron. A continuación, Julieta y Álvaro se comprometieron a hablar en un plazo de 48 horas con sus tres hijos a través de una videoconferencia, al no poder estar presente Álvaro ya que residía en París. La idea es explicarles conjuntamente la situación comprometiéndose ambos a mantener la calma transmitiendo paz y sosiego y, sobre todo, dejar que sus hijos se expresen no juzgando y coartando su opinión, sino aceptándola.

2.3.4. El mediador estableció una cita individual con los tres niños. Primero fue con Mateo, tenía 12 años y la idea de irse a vivir con su padre a París le parecía toda una aventura. Hablaba de su madre como una mujer seria y muy rígida y de su padre como un “colega” de juegos. Lo único que le echaba para atrás era pensar en que no vería a su mejor amigo y que los exámenes los tendría que hacer todos en francés.

Las gemelas adoptaron actitudes muy distintas. Carola lloraba y decía que sin su madre no podría vivir. Se ve que es una niña muy dependiente y el mediador no tardó mucho en darse cuenta de que una separación temporal de su madre podía ser muy beneficiosa para ambas. Por su parte, Alejandra era una niña más cerebral. Su forma de autodefensa era mantener las distancias y resultaba complicado llegar a ella. Se manifestó mostrando su indiferencia ante la situación ya que al fin y al cabo “ellos iban a hacer lo que les diera la gana, como siempre”.

2.3.5. En la siguiente sesión conjunta, el mediador comenzó preguntando a Julieta y a Álvaro que sensaciones habían experimentado después de hablar simultáneamente con sus tres hijos, y como había transcurrido todo.

Julieta empezó hablando: “la conversación que tuvimos me gustó. Por momentos volvíamos a parecer una familia unida, tomando decisiones en equipo. Hubo momentos complicados, sobre todo cuando Carola se puso a llorar diciendo que no podíamos ponerla en la tesitura de elegir. En seguida supimos reconducir la situación haciéndola entender que la estábamos tratando como a una persona adulta y que nos interesaba mucho saber si le apetecería irse un tiempo. Le explicamos que su madre iría a visitarles una semana al mes, y ella sonrió”.

Álvaro intervino: “la verdad es que sí. Estuvimos cuarenta y cinco minutos como una familia feliz. Nuestros hijos sonreían y nosotros con ellos. Mateo es un niño de actitud positiva y de fácil adaptación a cualquier situación. Dice que los exámenes no los quiere todos en francés, pero es lo que menos nos preocupa. Alejandra es más callada, creemos que es la que peor lo ha pasado con todo esto, aunque no lo manifieste, y creo que es una buena oportunidad para acercarme a ella ya que desde nos divorciamos su madre y yo, me ve como su enemigo”.

El mediador dirigiéndose a Julieta le pregunta ¿y que has pensado de la posible solución que te planteó Álvaro hace quince días? ¿qué te parece? ¿la ves en todo o en parte viable? Julieta rompió a llorar. “Es una realidad que no se vivir sin mis hijos, pero también es verdad que quiero lo mejor para ellos por encima de cualquier cosa. La posible solución que plantea Álvaro me parece correcta y justa, pero querría poner un condicionante a su propuesta: pasado el primer curso escolar y preguntando a nuestros tres hijos uno por uno e individualmente, si alguno de ellos quisiera volver, sin ninguna objeción se volverían los tres. Hay un curso escolar de prueba. Y luego, veremos”. Asimismo, Julieta añadió que había estado viendo el coste de los billetes de avión y que, si ella cedía y los niños se iban, que Álvaro además de todo lo hablado, se comprometiera a asumir el 50% coste del billete de avión mensual a París.

La diferente actitud de Julieta y Álvaro, respecto del momento de inicio del proceso de mediación era notable. Ambos hablaban más, en un tono más tranquilo y conciliador. Les resultaba fácil dirigirse amablemente al otro durante las conversaciones y llegado un punto, el mediador se sentía como un mero expectante.

El mediador dirigiéndose a Álvaro le pregunta ¿qué piensas? El contesto, “gracias, Julieta”. Nos organizaremos de modo que estemos todos cómodos y compraré a cada uno de los niños un móvil para que podáis estar en continuo contacto. Por supuesto, asumo las condiciones que expuse la semana pasada y, además, me haré cargo del 50% de coste del billete aéreo mensual a París.

2.3.6. Julieta y Álvaro finalizaron su proceso de mediación tras cuatro reuniones, las dos primeras semanales y las dos últimas quincenales. El acuerdo que alcanzaron fue el siguiente:

Patria potestad conjunta y modificación de la guarda y custodia

de los menores a favor del padre con un periodo de “prueba de adaptación” de los niños durante el primer curso escolar. En el hipotético caso de que alguno de ellos no se sintiera adaptado y quisiera volver a España, al año siguiente volverían los tres a Madrid modificándose la guarda y custodia a favor de la madre.

En este sentido, el padre se compromete a asumir todos los gastos en relación con la pensión de alimentos de los menores, asumiendo los gastos extraordinarios ambos progenitores conjuntamente al 50%. En cuanto al domicilio familiar en París, el padre se compromete a habitar en una casa en la que la madre pueda descansar y alojarse con su propio cuarto y baño durante la semana que acuda mensualmente a visitar a sus hijos. Durante esa semana, el padre se alojará en un hotel.

Asimismo, el coste económico del billete de avión mensual para el viaje de la madre de Madrid a París (ida y vuelta), será sufragado al 50% por ambos progenitores.

2.4. El considerando 19 de la Directiva 2008/52/CE, establece que la mediación no debe considerarse como una alternativa peor que el proceso judicial por el hecho de que el cumplimiento del acuerdo resultante de la misma, dependa de la buena voluntad de los sujetos intervinientes. Los Estados miembros deben asegurar que las partes en un acuerdo escrito resultante de la mediación puedan hacer que su contenido tenga fuerza ejecutiva, salvo cuando su contenido sea contrario a la legislación. Este acuerdo, conforme al artículo 27 de la Ley de Mediación “podrá ser ejecutado en España previa elevación a escritura pública por notario español a solicitud de las partes, o de una de ellas con el consentimiento expreso de las demás”. Como en este acuerdo se hace referencia a medidas legales tomadas respecto a tres menores de edad, será procedente la intervención del Ministerio Fiscal de modo que ratifique que los acuerdos alcanzados no suponen perjuicio alguno a los mismos.

En el supuesto que nos ocupa, se introdujo en el acuerdo una cláusula en la que se permitió a Julieta, ya que ella se encontraba en Madrid, solicitar la elevación a público de los acuerdos alcanzados permitiendo la realización de los actos legalmente necesarios para posibilitar la ejecución de los pactos. Reconocida fuerza ejecutiva, el pacto podrá ser reconocido y ejecutado en otros Estados miembros de la Unión Europea.

Al tratarse de un conflicto entre Estados pertenecientes a la Unión Europea, se reconoce su ejecutividad automáticamente sin necesidad de *exequátur* o procedimiento de homologación. Cada Estado obligado por la norma comunitaria ha de comunicar la autoridad o autoridades a las que atribuye capacidad para dotar de fuerza ejecutiva a resoluciones o documentos.

III. A pesar de los avances analizados y logros incuestionables de la mediación como sistema alternativo de resolución de conflictos, es evidente el largo camino que aún le queda por recorrer. Aunque hoy en día la mediación encuentra una mayor acogida frente a épocas anteriores, la resistencia “todavía” de abogados y jueces, la ausencia o escasez de políticas de promoción, la falta de legitimación social de los mediadores, sus escasos honorarios, la falta de formación de abogados y funcionarios, la escasa derivación judicial e incluso la falta de formación no tanto inicial, sino continua de los mismos, augura un recorrido fatigoso, pero con paso firme y seguro.

Ahondando de una forma más particular en el progreso y avance de la mediación cuando reúne elementos transfronterizos, resulta evidente un necesario apoyo financiero de modo que se logre sacar el mayor rendimiento a la resolución de conflictos a través de plataformas electrónicas. Crear un sistema de centralización estatal de los procesos de mediación internacionales en curso facilitaría en gran medida la identificación de las carencias en el proceso. Asimismo, resultaría interesante desarrollar una base de datos estatal de mediadores para poder seleccionar adecuadamente a los profesionales de acuerdo con cada circunstancia. Desarrollar programas de formación de mediadores e iniciativas de preparación sistemáticas encaminadas a la especialización de los profesionales y a crear una “nueva generación de mediadores”. En la misma línea, ningún avance en el plano internacional es factible sin la necesaria voluntad política, requisito *sine qua non* para que cualquier iniciativa sea sostenible.

En el ámbito de la mediación internacional debería intensificarse la cooperación de las Organizaciones Regionales y Sub-Regionales con Naciones Unidas, creando sinergias y evitando duplicidades a través de Acuerdos de Colaboración. Apostaría por la promoción del desarrollo de Líneas Directrices y Códigos de Conducta sobre mediación internacional. Debería lograrse el compromiso de las Or-

ganizaciones No Gubernamentales y de la sociedad civil con los medios y objetivos de la mediación. Sólo de esta manera se podrá seguir avanzando en la prevención, gestión y resolución de conflictos con la discreción y eficacia que garantiza la mediación internacional. A pesar de los múltiples avances realizados en estos últimos años, aún queda un largo camino por recorrer para que la mediación ocupe el lugar que merece en el plano internacional. A ello deben contribuir los expertos mediadores con su pericia y su especialización⁹.

En palabras de la Madre Teresa de Calcuta: “*El futuro no está en nuestras manos. No ejercemos poder sobre él. Sólo nos queda actuar, aquí y ahora*”. Actuemos pues, dando a los mediadores la formación necesaria e instrumentos adecuados para luchar por un mundo en el que la paz no sea una opción, sino un estado permanente.

⁹ A. CARRASCAL GUTIÉRREZ, *La mediación internacional en el sistema de Naciones Unidas y en la Unión Europea: evolución y retos de futuro*, en *Revista de Mediación*, año 4, n° 8, 2011, p. 33, visto en www.revistademediacion.com/wp-content/uploads/2013/10/Revista-Mediacion-8-03.pdf, a fecha 18 de abril de 2020.

FRANCESCA CRISTIANI

I MODELLI «FAMILIARI» NAZIONALI
ALLA PROVA DELLA REGOLAMENTAZIONE EUROPEA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I modelli della legislazione nazionale alla luce della legge n. 76 del 2016. – 3. Le ipotesi previste dai Regolamenti UE 1103 e 1104 del 2016: sovrapposizioni e differenze rispetto ai modelli interni. – 4. L'impresa familiare nell'ambito dei rapporti patrimoniali. – 5. Conclusioni: legge italiana e regolamenti europei: una difficile «convivenza».

1. L'evoluzione del concetto di famiglia¹ nella società contemporanea ha determinato l'esistenza di una pluralità di modelli «familiari»², con la constatazione della difficoltà di ricondurre ad unità un concetto ormai frammentato, o quanto meno «fluido», sia a livello sovranazionale³ che in ambito nazionale.

¹ Osserva come le norme recepiscono i mutamenti sociali e culturali, che rendono la famiglia un concetto non univoco né statico, tra altri, T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Torino, 2016, p. 7. In riferimento alla categoria della famiglia, segnala la coesistenza «di diversi concetti di famiglia, tutti giuridicamente plausibili» N. LIPARI, *Le categorie nel diritto civile*, Milano, 2013, p. 95. Parla di «uno stravolgimento della concezione tradizionale di famiglia» R. PICARO, *Le famiglie e la loro regolazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 1419 ss. Constata la crisi della formazione famiglia indagando sul senso attuale del concetto A. GORASSINI, *Il nuovo ordine della famiglia nella società del terzo millennio*, in *La famiglia all'imperfetto?*, Napoli, 2016, p. 15 ss.

² M. PORCELLI, *La famiglia al plurale*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 1248 ss. individua, anche alla luce della giurisprudenza, l'esistenza di differenti modelli familiari. Di una «pluralità di costellazioni familiari» che «si esprime attraverso una molteplicità di modi di essere» parla altresì L. ROSSI CARLEO, *Status e contratto nel mosaico della famiglia*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, p. 221. Esclude la possibilità di configurare attualmente un unico modello familiare L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. trim.*, 2010, p. 1105 ss.

³ V. in proposito F.D. BUSNELLI, *La famiglia nella cultura giuridica europea*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 148 ss.; e, più recentemente, ID., *Frantumi europei di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 767 ss. Nella prospettiva transnazionale cfr., tra altri, S. PATTI, *Il «principio famiglia» e la formazione del diritto europeo della*

Nell'ordinamento italiano, in particolare, la metamorfosi del modello familiare, avviata con le diverse interpretazioni dell'art. 29 della Costituzione⁴, specificamente all'indomani della riforma del diritto di famiglia del 1975⁵, si trova oggi a fare i conti con la normativa

famiglia, in *Familia*, 2006, p. 529 ss. e ID., *Modelli di famiglia e convivenza*, in *Introduzione al diritto di famiglia in Europa*, Milano, 2008, p. 111 ss.; W. PINTENS, *La famiglia e il diritto in Europa: sviluppi e prospettive*, *ivi*, p. 89 ss.; V. SCALISI, "Famiglia" e "Famiglie" in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 7 ss. e ID., *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia ad oggi*, parte II, *Pluralizzazione e riconoscimento anche in prospettiva europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 1287 ss.; S. WINKLER, *Il diritto di famiglia*, in G. A. BENACCHIO, F. CASUCCI (a cura di) *Temi e Istituti di Diritto Privato dell'Unione Europea*, Torino, 2017, p. 305.

⁴ F. CAGGIA, A. ZOPPINI, sub art. 29, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, I, Torino, 2006, p. 601 ss. riportano i termini del dibattito in Assemblea Costituente e le diverse interpretazioni del concetto di società naturale. In merito cfr. anche, tra altri, D. BARBERO, *I diritti di famiglia nel matrimonio*, in *Matrimonio fondamento della famiglia*, Roma, 1956, p. 66; C. GRASSETTI, *I principi costituzionali relativi al diritto di famiglia*, in *Comm. sistem. Cost.* Calamandrei e Levi, I, Firenze, 1950, p. 289 ss.; F. MANCINI, *Uguaglianza tra coniugi e società naturale nell'art. 29 della Costituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 225 ss.; M. BESSONE, in *Comm. Cost.* Branca, sub art. 29, Bologna-Roma, 1976, p. 1 ss.

⁵ Per una sintesi in relazione alle tappe fondamentali dell'evoluzione della famiglia sotto il profilo normativo, dal codice del '42 alla Costituzione ed alla riforma del 1975 si vedano, tra altri, G. CASSANO, *Famiglia e matrimonio*, *Cenni introduttivi*, in *Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, da lui stesso diretto, I, Milano, 2006, p. 3 ss.; V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia ad oggi*, parte I, *Dalla "famiglia-istituzione" alla "famiglia-comunità": centralità del "rapporto" e "primato della persona"* in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 1043 ss. e, più recentemente, G. CATTANEO, *La famiglia e i rapporti familiari nella costituzione, nel codice civile e nelle altre leggi ordinarie*, in *Tratt. dir. fam.* Bonilini, I, Torino, 2016, p. 3 ss. Tra i numerosissimi riferimenti in merito cfr. L. CARRARO, *Il nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, p. 93 ss.; G. CIAN, *Introduzione sui presupposti storici e sui caratteri generali del diritto di famiglia riformato*, in *Comm. rif. dir. fam.* Carraro, Oppo e Trabucchi, I, parte I, Padova, 1977, p. 23 ss.; A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, Milano, 1984, p. 250 ss. Segnala che con la legge del 1975 la famiglia ha abbandonato l'impianto ottocentesco, recepito nel codice civile, per accogliere quello costituzionale della famiglia come «societas avente base giuridica nel matrimonio» P. SCHLESINGER, *Quarant'anni di riforme del diritto di famiglia*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 969.

del 2016⁶, con la quale si è data regolamentazione, in maniera più o meno completa, a fattispecie di grande rilevanza sotto il profilo della diffusione, anche nell'ottica di necessario adeguamento ad una linea di sviluppo emersa prepotentemente in ambito europeo.

La constatata frammentazione del modello tradizionale di famiglia, originariamente unitario, risulta spesso insufficiente a giustificare una disciplina diversa per le singole ipotesi. A livello transnazionale, si impone anzi, con maggior forza, la necessità di approntare una normativa tendenzialmente unitaria, in presenza, naturalmente, di analogia di *ratio* normativa, pur nel doveroso rispetto delle scelte dei legislatori nazionali.

In questa prospettiva si pongono i due Regolamenti «gemelli»⁷ 1103 e 1104 approvati dal Consiglio dell'Unione Europea il 24 giugno 2016, all'esito di un lungo *iter*⁸ avviato nel 2011 con lo scopo di eliminare gli ostacoli alla libera circolazione delle persone, specificamente derivanti dalle difficoltà incontrate dalle coppie nella gestione o nella divisione dei loro beni, in presenza di elementi di estraneità.

Entrambi i Regolamenti precisano che le norme emanate non

⁶ Parla di un «ribaltamento dell'assetto complessivo che non potrebbe essere più netto rispetto alla tradizione» M. PARADISO, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, p. 1306. Osserva come la situazione normativa attuale sia caratterizzata dalla presenza di una multiformità di modelli F. PARENTE, *I modelli familiari dopo la legge sulle unioni civili e sulle convivenza di fatto*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 956 ss.

⁷ L'approvazione dei Regolamenti è avvenuta con una negoziazione effettuata in parallelo, con il risultato di due testi normativi in gran parte identici, cosa che li ha fatti da subito etichettare come regolamenti «gemelli»: cfr. in merito M. PINARDI, *I regolamenti europei del 24 giugno 2016 nn. 1103 e 1104 sui regimi patrimoniali tra coniugi e sugli effetti patrimoniali delle unioni registrate*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 733 ss.; D. DAMASCELLI, *La legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi, uniti civilmente e conviventi di fatto nel diritto internazionale privato italiano ed europeo*, in *Riv. dir. int.*, 2017, p. 1103 ss., con il riferimento all'aggettivazione suggerita da N. JOUBERT, *La dernière pierre (provisorie?) à l'édifice du droit international privé européen en matière familiale. Les règlements du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patromoniaux des partenariats enregistrés*, in *Rev. crit. dr. int. privé*, p. 1 ss.

⁸ Ripercorre analiticamente la strada che ha condotto all'adozione dei regolamenti P. BRUNO, *I regolamenti europei sui regimi patrimoniali dei coniugi e delle unioni registrate*, Milano, 2019, p. 3 ss.

incidono sulla nozione e sul contenuto del matrimonio e dell'unione registrata, che restano definiti e disciplinati dalle singole legislazioni nazionali. In questa prospettiva, la normativa regolamentare si applica esclusivamente alle questioni connesse ai rispettivi effetti patrimoniali.

Il Regolamento n. 1104, tuttavia, al considerando n. 16, nel prendere atto che gli ordinamenti statali concepiscono in maniera differente le forme di unione diverse dal matrimonio, impone, ai fini della sua applicazione, di dissociare le unioni di fatto dalle unioni registrate, istituzionalmente formalizzate⁹.

Risulta quindi indispensabile, in via preliminare, una sintetica verifica delle relative nozioni nel diritto interno, nel cui ambito è oggi rinvenibile una sostanziale tripartizione di modelli, non del tutto adeguati ad una integrale sovrapposizione con la configurazione ravvisabile nei Regolamenti del 2016.

2. Nonostante alcuni tentativi arginati, più o meno decisamente, dalla giurisprudenza, sia della Corte Costituzionale¹⁰ che della Corte

⁹ V. le considerazioni di G.V. COLONNA, *I regolamenti europei sui regimi patrimoniali dei coniugi e delle unioni registrate*, in *Fam. dir.*, 2019, p. 839 ss.

¹⁰ Con la sentenza n. 138 del 15 aprile 2010 la Corte Costituzionale ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento alle norme del codice civile che, sistematicamente interpretate, non consentono il matrimonio tra persone dello stesso sesso: si veda in *Giur. cost.*, 2010, p. 1629, con nota di R. ROMBOLI, *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco"*; e, *ivi*, p. 2715, con nota di B. PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sent. n. 138 del 2010 della Corte costituzionale*; in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 1505, con nota di L. MORLOTTI, *Il no della Consulta al matrimonio gay*; e in *Dir. fam. pers.*, 2011, p. 4, con nota di V. TONDI DELLA MURA, *Le coppie omosessuali fra il vincolo (elastico?) delle parole e l'artificio della "libertà"*. L'essenzialità della eterosessualità dei componenti ai fini della qualificazione come matrimonio della relativa fattispecie concreta è stata ribadita dalla Corte Costituzionale, che non ha mancato, peraltro, di stimolare il legislatore alla regolamentazione delle unioni tra persone del medesimo sesso, con la sentenza n. 170 del 2014, emanata in relazione alle conseguenze della rettificazione di sesso sul rapporto matrimoniale preesistente: cfr., tra altri, S. PATTI, *Il divorzio della persona transessuale: una sentenza di accoglimento che non risolve il problema*, in *Foro it.*, 2014, c. 2865.

di Cassazione¹¹, la nozione interna di matrimonio, nel suo atavico e tradizionale riferimento all'unione tra due persone di sesso diverso, non ha subito modifiche.

In questo specifico ambito, non sembra potersi dubitare che di regime patrimoniale nascente dal vincolo coniugale si possa parlare, in Italia, sia in relazione al matrimonio civile che a quello cattolico o acattolico, purché trascritti¹².

Quanto alle unioni affettive tra persone dello stesso sesso, è noto come la loro regolamentazione, ormai indifferibile alla luce delle indicazioni della Corte Costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo – che ha sollecitato l'Italia ad adeguarsi a principi di fonte sovranazionale, specificamente al divieto di ogni discriminazione affermato dall'art. 13 del Trattato istitutivo della Comunità europea e ribadito nell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – sia stata apprestata con la legge del 2016. Alla base della relativa disciplina, dettata con una tecnica alquanto singolare e criticata¹³, si è posta senz'altro, in maniera prepotente, una scelta di

¹¹ La Corte di Cassazione, pur ritenendo superata la concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi è presupposto indispensabile, per così dire «naturalistico», della stessa «esistenza» del matrimonio, ha sancito l'intrascrivibilità del matrimonio contratto all'estero tra cittadini italiani dello stesso sesso, non in virtù della sua «inesistenza», e neppure della sua «invalidità», ma della sua inidoneità a produrre, quale atto di matrimonio appunto, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano: cfr. Corte cass., Sez. I, 15 marzo 2012, n. 4184, in *Giur. cost.*, 2012, 2, p. 1520 con nota di F. ANGELINI, *La Corte di cassazione sui matrimoni omosessuali: nell'inerzia del legislatore la realtà giuridica si apre alla realtà sociale*; in *Foro it.*, 2012, I, c. 2754, con nota di R. ROMBOLI, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso: gli effetti nel nostro ordinamento dei dicta della Corte Costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'interpretazione della Corte di Cassazione*; in *Giust. civ.*, 2012, p. 691 ss., con nota di F. CHIOVINI, M.M. WINKLER, *Dopo la Consulta e la Corte di Strasburgo anche la Cassazione riconosce i diritti delle coppie omosessuali* e in *Fam. dir.*, 2012, p. 665 ss., con nota di M. GATTUSO, *“Matrimonio”, “famiglia” e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la “doppia svolta” della Corte europea dei diritti dell'uomo*. Di quest'ultimo Autore, sull'argomento, in generale, si veda *Matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Tratt. dir. fam.* Zatti, 2^a ed., Milano, 2011, p. 793 ss.

¹² Cfr. in merito, analiticamente, P. BRUNO, *o.c.*, p. 16 ss.

¹³ Rileva P. SCHLESINGER, in *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 847 come la tecnica legislativa utilizzata, fatta

compromesso tra l'esigenza di tutela e la richiesta di diversificazione rispetto alla fattispecie matrimonio, che continua ad essere riservata esclusivamente a persone appartenenti a genere diverso.

L'unione civile viene infatti qualificata espressamente dall'art. 1, comma 1 della legge n. 76 del 2016 come «una specifica formazione sociale ai sensi degli artt. 2 e 3 della Costituzione», con una precisazione che, nel delimitare il «riconoscimento» legislativo dell'unione omosessuale, «parrebbe avere due obiettivi collegati: sottrarre l'unione civile all'ambito dell'art. 29 della Costituzione – cioè all'ambiente costituzionale della famiglia fondata sul matrimonio – e sottolineare la “specificità” della formazione sociale così costituita, quasi a sottrarre l'unione dal campo concettuale della famiglia»¹⁴.

La cura – obiettivamente quasi maniacale¹⁵ – che il legislatore ha impiegato nell'evitare ogni riferimento alla natura «familiare» dell'unione civile¹⁶, contrasta con quanto rilevato dalla dottrina maggioritaria, che ha messo in luce, seppure con diverse angolazioni, come, nella sostanza, la costruzione della legge orienti verso l'intervenuto

di rimandi – totali, parziali, indiretti – rispetto all'apparato normativo codicistico che regola il matrimonio, determini punti di incertezza di grave rilievo. Critica la «disastrosa tecnica di *drafting* legislativo» G. DE CRISTOFARO, *Le “unioni civili” fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1-34 dell'art. 1 della legge 20 maggio 2016 n. 76, integrata dal d. lgs. 19 gennaio 2017 n. 5*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, I, p. 101 ss. La disciplina delle unioni civili viene espressamente definita «un tessuto normativo di cattiva qualità» da E. QUADRI, *Unioni civili: disciplina del rapporto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1688.

¹⁴ Nei termini riportati si esprime P. ZATTI, *Introduzione al convegno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1663.

¹⁵ Rileva come la legge eviti «con cura quasi maniacale l'utilizzazione della parola “famiglia” e dell'aggettivo “familiare” in tutte le disposizioni inserite nei commi 1-34 dell'art. 1» G. DE CRISTOFARO, *o.l.u.c.*

¹⁶ Ritiene, con forti accenni critici nei confronti del legislatore, che non si possa parlare di famiglia, allo stato, per l'unione civile, perché il legislatore italiano ha escluso dall'essenza dell'istituto proprio gli elementi che lo avrebbero connotato in tali termini, ovvero il legame affettivo stabile, la comunione di vita materiale e spirituale, la dimensione non meramente spontanea ma autenticamente «vincolata» – in quanto fondata su di un vero e proprio impegno reciprocamente assunto dai componenti della coppia – della vita comune di natura familiare G. DE CRISTOFARO, *o.l.u.c.*

riconoscimento – consapevole o meno, da parte del legislatore – di una pluralità di modelli «familiari»¹⁷, o comunque di diverse ipotesi di «famiglie»¹⁸, al plurale, sulla base della considerazione di fondo che «è l'aggregazione di, almeno, due persone legate affettivamente a integrare la famiglia»¹⁹, e che la coppia, anche omosessuale, ha una vita familiare, ed è famiglia, intesa come il luogo degli affetti, della solidarietà, della collaborazione, in cui in modo dialettico i diritti fondamentali dei singoli che ne fanno parte si confrontano e si temperano.

La criticata tecnica legislativa scelta per individuare la disciplina dell'unione impone una verifica dei termini di applicabilità ai soggetti uniti civilmente delle norme dettate per i coniugi. Infatti la legge del 2016 prevede, al comma 20 dell'art. 1, una equiparazione generale, seppure dettata «al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso»²⁰ tra queste ultime ed i

¹⁷ Osserva che «nell'ordinamento attuale il termine “famiglia” non designa un modello unitario, ma è riferito ad una pluralità di relazioni» M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in *Riv. trim.*, 2017, p. 576.

¹⁸ In proposito G. ALPA, in *Alcune osservazioni sul diritto comunitario e sul diritto europeo della famiglia*, in *Famiglia*, 2003, p. 439 ss., ha rilevato come la concezione della famiglia come «aggregato sociale nel quale convivono due o più persone con legami affettivi» costituisce un «semplice simulacro» della nozione complessa di famiglia, che sorge dalla constatazione, specificamente in ambito europeo, della diversità dei modelli familiari.

¹⁹ Nel senso riferito nel testo si esprime G. BONILINI, *L'unione civile quale formazione sociale e quale famiglia*, in *Tratt. dir. fam.* Bonilini, cit., V, 2017, p. 8, il quale, nel criticare quella che definisce la «sciatteria» del legislatore, non manca di evidenziare le problematiche in relazione al necessario aggiornamento del dato costituzionale. F.D. BUSNELLI, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, cit., p. 1476, osserva come «difficilmente comprensibile risulta l'agnostica definizione di “unioni civili” attribuita alla concreta realtà delle coppie omoaffettive».

²⁰ Osserva come «il generico rinvio» e la contestuale restrizione della relativa portata previsti dal comma 20 si prestano «a rendere particolarmente arduo il lavoro di ricostruzione sistematica da parte dell'interprete» E. QUADRI, *o.l.u.c.*, rilevando peraltro come una simile formula, con la quale «si è inteso, sul piano lessicale, attenuare l'impatto emotivo dell'enunciato principio estensivo pare, invero, non assumere un reale valore normativo». Ritiene che l'estensione applicativa contemplata dal precetto del comma 20 possa «operare soltanto se ed

coniugi, per quanto attiene alle disposizioni riferite al coniuge, nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi. Precisa inoltre come tale «equiparazione» non si applichi alle norme del codice non richiamate espressamente dalla legge stessa, nonché alle disposizioni di cui alla legge n. 184 del 1983, facendo peraltro salvo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti. Il riferimento alle disposizioni del codice è attuato in maniera singolare: in alcuni casi le norme sono specificamente richiamate; in altri richiamate – si potrebbe dire – «per blocchi»; in altri ancora vengono dettate disposizioni integralmente sovrapponibili a norme del codice, ma senza fare ad esse espresso richiamo.

A prescindere dalle ragioni²¹ che possono aver determinato una simile tecnica legislativa, una indagine analitica dei profili di disciplina²² consente di giungere alla conclusione che la differenza pressoché esclusiva²³ nel raffronto tra gli effetti dell'unione civile e

in quanto essa si renda indispensabile “per assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso”, ciò che dev'essere verificato caso per caso dall'interprete (sic!) in relazione ad ogni singola disposizione recante le parole coniuge/i o termini equivalenti» G. DE CRISTOFARO, *o.l.u.c.* In merito al meccanismo previsto dal comma 20 dell'art. 1 della legge n. 76 del 2016 si veda, diffusamente, V. BARBA, *L'applicazione delle norme relative al coniuge, alla persona unita civilmente*, in *Tratt. dir. fam.* Bonilini, V, cit., p. 521 ss.

²¹ La discutibile tecnica legislativa è certamente addebitabile al tormentato iter parlamentare; parla di «tante buone intenzioni miseramente naufragate, al momento del *redde rationem* di fronte al Senato, nel febbraio 2016, in un vero e proprio “psicodramma parlamentare” il cui esito finale, al di là della fin troppo nota vicenda della *stepchild adoption* ha in una non trascurabile parte stravolto l'impianto originario della riforma» G. OBERTO, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, in M. BLASI, R. CAMPIONE, A. FIGONE, F. MECENATE, G. OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino, 2016, p. 31. Rileva P. ZATTI, *o.l.u.c.*, come la soluzione di compromesso, per arrivare all'approvazione della legge, mantiene in vita il sottile diaframma tra l'unione civile e il matrimonio e l'istituto familiare, evitando il rinvio laddove tale diaframma potrebbe rompersi.

²² In proposito sia consentito rinviare, tra altri, a F. CRISTIANI, *Vincolo di parentela e mutazioni della famiglia*, Torino, 2019, p. 111 ss.

²³ In relazione agli effetti patrimoniali dell'unione civile, in particolare, L. GHIDONI, *L'applicabilità del regime della comunione legale tra coniugi alle per-*

quelli del matrimonio attiene alla legittimazione ad essere genitori adottivi²⁴.

Com'è noto, questo aspetto ha costituito il fulcro del dibattito parlamentare *in limine* dell'approvazione della legge che, nella stesura finale, ha accolto, sul punto, una soluzione «pilatesca». La già contorta formulazione del comma 20 dell'art. 1, infatti, nell'escludere l'applicazione alle parti dell'unione civile delle disposizioni che si riferiscono al «coniuge» nell'ambito della legge n. 184 del 1983, precisa, nel suo ultimo inciso, che «resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti». La diabolica soluzione del legislatore, in sostanza, finisce così per lasciare irrisolto il problema, sbarrando la porta all'adozione del figlio della parte dell'unione civile, ma al contempo lasciando aperto uno spiraglio l'ampiezza del quale è di fatto demandata all'interpretazione della giurisprudenza²⁵. Essa merita di essere decisamente criticata per la

sone unite civilmente in Tratt. dir. fam. Bonilini, V, cit., p. 271, parla di sostanziale trasposizione dell'intero impianto giuridico dettato per la disciplina del regime patrimoniale secondario.

²⁴ La dottrina ha pressoché unanimemente rilevato come la vera e propria differenziazione tra coniugi e parti dell'unione civile si giochi sul piano della filiazione: cfr. G. FERRANDO, *Conclusioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1777; E. QUADRI, *o.l.u.c.*; P. ZATTI, *o.l.u.c.*

²⁵ La questione si riferisce, specificamente, all'ambito di applicazione delle ipotesi previste per l'adozione in casi particolari, per le quali si è potuto costituire un parallelo, pur con le inevitabili differenziazioni, tra quanto è consentito ai parenti *ex lett. a)* della norma e quanto è consentito al coniuge nei confronti del figlio, anche adottivo dell'altro coniuge, *ex lett. b)*. La giurisprudenza si è ripetutamente pronunciata positivamente, seppur non in maniera univoca, in merito alla possibilità di applicare alla parte di una coppia omosessuale la *lett. d)* dell'art. 44, che prevede l'adozione in casi particolari nelle ipotesi di «constatata impossibilità di affidamento preadottivo». L'interpretazione di questo concetto di «impossibilità», rigorosamente intesa nei primi anni di vigenza della legge n. 184 del 1983 (quando l'ipotesi corrispondente era quella prevista dalla *lett. c)* dell'art. 44) come «impossibilità di fatto» dell'affidamento preadottivo, con esclusione di ogni applicabilità alle ipotesi di «impossibilità giuridica» dell'adozione, ha subito una evoluzione pressoché costante, soprattutto nell'applicazione della giurisprudenza. Tale evoluzione è stata in qualche modo avallata anche dalla modifica apportata alla norma con la legge n. 149 del 2001, che, con l'introduzione della *lett. c)*, ha contribuito ad ampliare i margini di elasticità già riconosciuti, in via interpretativa, nella fattispecie dell'adozione in casi partico-

sua intrinseca contraddittorietà²⁶, che la fa apparire viziata sia per eccesso che per difetto. Per eccesso perché, lasciando di fatto all'interpretazione giurisprudenziale il compito di colmare uno spazio fluido, potenzialmente aperto ad ogni contenuto, si rischia di travolgere l'interesse del minore ad un ambiente familiare idoneo, esclusivamente in virtù del diritto al mantenimento di una situazione ormai in essere, senza che sia garantita adeguata analisi sui fondamenti *ab origine* di tale situazione; per difetto perché la non discriminazione a causa dell'orientamento sessuale avrebbe dovuto determinare

lari. La Corte di Cassazione, con sentenza 22 giugno 2016, n. 12962, emessa all'indomani dell'emanazione della legge n. 76 del 2016 (normativa peraltro non applicabile, *ratione temporis*, alla fattispecie oggetto di pronuncia), ha accolto la soluzione positiva: si è ritenuta ammissibile la costituzione dell'adozione *ex art. 44, lett. d)* per colui (o colei) che, unito ad altro *partner* nell'ambito di una stabile relazione omosessuale, ha instaurato un rapporto affettivo con il figlio di questi, precisando che tale disposto normativo «integra una clausola di chiusura del sistema», alla quale si possa ricorrere ogni volta che, nel precipuo interesse del minore, sia opportuno dare forma giuridica ad una situazione di fatto il mancato riconoscimento della quale – o, a maggior ragione, la cui interruzione – possa costituire motivo di sacrificio della tutela del bambino, da assicurare in via assolutamente prioritaria. Si veda in *Dir. giust.*, 2016, fasc. 29, p. 61 ss., con nota di A. FIGONE, *La Cassazione dice sí alla stepchild adoption*; in *Foro it.*, 2016, I, c. 2342, con nota di CASABURI, *L'adozione omogenitoriale e la Cassazione: il convitato di pietra*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 1213 ss., con commento di G. FERRANDO, *Il problema dell'adozione del figlio del partner, Commento a prima lettura della sentenza della Corte di cassazione n. 12962 del 2016*. Obiettivamente, soprattutto considerando che la stessa «valvola» è stata utilizzata per consentire l'adozione del figlio del convivente *more uxorio* della coppia eterosessuale, non si può dubitare del fatto che risulterebbe priva di ogni fondamento una differenziazione basata soltanto sull'orientamento sessuale dei soggetti in questione, che palesemente si risolverebbe in una inammissibile e odiosa discriminazione. Cfr. in merito, tra altri, P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1203 ss.; V. CARBONE, *Riconosciute le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 855 ss.; E. A. EMILIOZZI, *L'adozione da parte di partners di unioni civili*, in *Riv. trim.*, 2018, p. 799 ss.

²⁶ Osserva come il comma 20 della legge raggiunga, al proposito, «il massimo dell'ambiguità», M. DOGLIOTTI, *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglia) di fatto*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 879. Parla in proposito di tecnica «alquanto discutibile» anche A. ARCERI, *Unioni civili, convivenze, filiazione, ivi*, p. 958.

piuttosto l'equiparazione del rapporto nascente dall'unione civile a quello di coniugio, consentendo anche alle parti dell'unione civile l'adozione, *ex art. 44, lett. b)*²⁷.

In altri termini, una cosa è non discriminare le persone a causa del loro orientamento sessuale; un'altra è attribuire loro, di fatto, il diritto ad essere tutelati in ogni loro esigenza, senza certezza che questa non corrisponda soltanto al loro egoistico interesse, eventualmente in conflitto con quello, preminente, dell'adottando. È vero che il provvedimento di adozione postula un'indagine in concreto, *ex art. 57 della legge 184 del 1983*; ma se tale indagine parte del presupposto dell'inopportunità, per l'adottando, della modifica di una situazione ormai in atto, ciò potrebbe comportare il rischio di un esame non sufficientemente approfondito, inerente alla valutazione comparativa di interessi eventualmente confliggenti ed alla stabilità del vincolo che lega le due parti del rapporto, alle quali si dovrebbe imporre almeno la formalizzazione, con la costituzione dell'unione civile. Il diritto alla non discriminazione è indiscutibile, così come il diritto ad una vita familiare; ma non si può porre sullo stesso piano un «diritto alla filiazione», che rischia di essere privilegiato ingiustificatamente, passando attraverso il principio (ritenuto) preminente della non modificazione di una situazione concreta in atto²⁸.

In conclusione, si può dire che – al di là della questione specifica del

²⁷ Così P. ZATTI, *o.l.u.c.*, propone sommessamente «una interpretazione evolutiva» dell'art. 44 della legge sull'adozione nell'ipotesi in cui consente l'adozione del figlio del coniuge, ritenendo che «il rapporto che nasce dall'unione civile non possa adeguatamente rappresentarsi se non come una forma di “coniugio”, che solo sottilmente e talvolta malamente il legislatore ha tentato di distinguere dal coniugio matrimoniale».

²⁸ Lo scudo con il quale, ormai da anni, si protegge ogni scelta del legislatore ed ogni soluzione della giurisprudenza *in subiecta materia* è costituito dall'interesse del figlio, la cui stabilità e continuità affettiva, nel diritto ad un ambiente «familiare», deve prevalere su ogni altra eventualmente contrastante esigenza. Appare però indispensabile evitare che tale scudo finisca per coprire altri interessi, che non necessariamente meritano analoga preminente tutela. In altri termini, talvolta la opportuna tutela del mantenimento di una situazione di fatto, ormai instaurata, potrebbe finire per dare maggiore o preminente spazio alla protezione di interessi egoistici del singolo, non automaticamente coincidenti con quelli dell'adottando.

diritto alla filiazione dei soggetti uniti civilmente, estranea all'oggetto che ci occupa in questa sede – il tema dei rapporti patrimoniali, come pressoché tutti gli altri aspetti di disciplina, accomuna in un'unica regolamentazione le parti dell'unione civile e i coniugi²⁹. Se è vero che l'unione civile non è, per l'ordinamento italiano, una forma di matrimonio e non è definita come una realtà di natura familiare, è altrettanto incontestabile che rappresenta una formazione sociale, ritenuta meritevole del medesimo trattamento normativo riservato ai membri della famiglia «tradizionale», ad esclusione del diritto alla filiazione.

In riferimento alla convivenza di fatto, l'individuazione del modello in ambito nazionale presenta ancora maggiori problemi: è noto infatti che la legge n. 76 del 2016, nel dettarne, per la prima volta, una regolamentazione, non ha raggiunto l'obiettivo, forse neppure pienamente perseguito, di superare la disciplina frammentaria previgente, frutto, in alcuni casi, di specifiche indicazioni legislative³⁰;

²⁹ Interessante segnalare un ulteriore elemento di discriminare tra unione civile e coniugio, che consiste nel fatto che tra la parte dell'unione civile ed i parenti dell'altro non si instaura alcun vincolo giuridico, poiché tra le norme del codice civile espressamente dichiarate applicabili anche ai soggetti uniti civilmente la legge n. 76 del 2016 non richiama l'art. 78. Questa scelta legislativa è stata oggetto di differenti valutazioni da parte della dottrina. Alcuni (v., tra altri, G. DE CRISTOFARO, *o.l.u.c.*; R. FADDA, *Le unioni civili e il matrimonio: vincoli a confronto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1387; M. SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 885; T. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia? (l. 20 maggio 2016 n.76)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 370) ne hanno posto in luce essenzialmente la piena coerenza con la palese – e criticata – volontà del legislatore di escludere, nelle caratteristiche generali dell'istituto, i contenuti più pregnanti e significativi che caratterizzano il matrimonio, per evitare che chi contraiga un'unione civile possa aspirare alla qualificazione di famiglia ai sensi dell'art. 29 Cost. Altri (così, ad es., E. QUADRÌ, *Unioni civili: disciplina del rapporto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1688) hanno ritenuto di non dover sopravvalutare questa indubbia differenziazione, rispetto agli effetti del matrimonio, evidenziando piuttosto come il significato dell'affinità tende ad essere colto essenzialmente in quella prospettiva del matrimonio come *alleanza tra famiglie* ormai datata sul piano storico.

³⁰ Le ipotesi in cui la normativa ha equiparato convivente stabile e coniuge si riferiscono tendenzialmente ad aspetti di natura personale, consentendo la tutela di valori di rilevanza costituzionale, di fronte ai quali anche la giurisprudenza ha mostrato maggiori aperture. Peraltro, la stessa esistenza di casi specificamente individuati

in altri, piú numerosi, di interpretazioni giurisprudenziali³¹ volte ad

dal diritto positivo, nei quali le norme siano espressamente riferibili anche al convivente, esclude in via interpretativa la possibilità di una equiparazione generalizzata di trattamento, che comunque non apparirebbe giustificata a fronte di una differenza di presupposti, che, per quanto se ne possa valorizzare, piú o meno, la rilevanza, resta comunque obiettivamente incontestabile. Il primo caso di disposizione normativa che ha contemplato espressamente il convivente *more uxorio* tra i soggetti destinatari delle informazioni sulle opportunità terapeutiche per la persona in attesa di trapianto e legittimati a presentare opposizione scritta all'espianto, equiparandolo al coniuge non separato, è rappresentato dalla legge sull'espianto degli organi (si veda il disposto dell'art. 3, comma 2, in relazione all'art. 23, della legge 1° aprile 1999, n. 91). Successivamente, la persona stabilmente convivente è stata espressamente indicata dall'art. 408 c.c. come uno dei possibili designati dal giudice nella scelta della persona che dovrà rivestire il ruolo di amministratore di sostegno e prevista dall'art. 417 c.c. tra i soggetti titolari della legittimazione ad agire in giudizio ai fini della richiesta di interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno. Il convivente è espressamente contemplato dall'art. 82 del Codice in materia di dati personali, anche nella formulazione risultante a seguito delle modifiche apportate con il d. lgs. 101 del 2018, come soggetto legittimato a ricevere le informazioni di cui agli artt. 13 e 14 del Regolamento, in caso di impossibilità dell'interessato. Inoltre, il convivente di fatto è stato ritenuto titolare dei diritti previsti nell'ambito del rapporto di lavoro, e volti a garantire la possibilità di fruire di permessi retribuiti per l'assistenza al convivente affetto da *handicap* e patologie. In quest'ultimo senso si è espressa anche la Corte Costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 33 della legge n. 104 del 1992, nella parte in cui non prevede il convivente tra i soggetti legittimati a fruire del permesso mensile retribuito di tre giorni per l'assistenza alla persona gravemente disabile, in alternativa al coniuge ed al parente o affine entro il secondo grado. L'art. 4 della legge n. 53 del 2000, in tema di congedi parentali, espressamente riconosce al convivente stabile, purché la stabile convivenza con il lavoratore risulti da certificazione anagrafica, il diritto al permesso in caso di decesso o grave infermità del *partner*. I soggetti stabilmente conviventi sono previsti come possibili destinatari delle misure di protezione riferibili ai collaboratori di giustizia dal comma 5 dell'art. 9 della legge n. 82 del 1991; si riferisce espressamente ai conviventi *more uxorio*, oltre che a coloro che risultino conviventi a carico della persona deceduta negli ultimi tre anni precedenti l'evento, il comma 2 dell'art. 4 della legge n. 302 del 1990, nel prevedere anche a loro favore la possibilità di elargizioni effettuate in caso di vittime di atti terroristici o di criminalità organizzata.

³¹ Alla situazione di stabile convivenza è stato espressamente attribuito specifico rilievo, per la tutela del diritto primario all'abitazione, con la sentenza della Corte Costituzionale 7 aprile 1988, n. 404, che ha dichiarato illegittimo l'art. 6 della legge n. 392 del 1978, nella parte in cui non prevedeva tra i successibili *ex lege* nel contratto di locazione il convivente *more uxorio*, riconosciuto altresì titolare del diritto a succedere nel contratto al conduttore che abbia cessato la convivenza, in presenza di prole. (Si veda

assicurare, in presenza di identità di *ratio*, una omologa disciplina tra coniugi e conviventi di fatto.

In particolare, la scelta dal legislatore del 2016 di definire la «convivenza di fatto» nei termini indicati dal comma 36 dell'art. 1, ovvero di «due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile» impone di circoscrivere il campo di applicazione della normativa³². Per l'accertamento della stabile convivenza, il comma

in *Giur. it.*, 1988, I, 1, p. 1627 nota di A. TRABUCCHI, *Il diritto di abitare la casa d'altri riconosciuto a chi non ha diritti*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, p. 515, con nota di S. GIOVE, *Estensione della tutela prevista dall'art. 6, l. n. 392 del 1978 al convivente more uxorio*; in *Dir. fam. pers.*, 1988, p. 1559 ss., con nota di A. SCALISI, *Il "diritto" all'abitazione del convivente more uxorio nella successione del contratto locativo, e ivi*, 1990, p. 767, con nota di M. DOGLIOTTI, *La Corte Costituzionale attribuisce (ma solo a metà) rilevanza giuridica alla famiglia di fatto*; in *Giur. cost.*, 1988, I, p. 1789, con nota di R. LENZI, *La famiglia di fatto e la locazione della casa di abitazione*). Al convivente è stato altresì riconosciuto il diritto al risarcimento del danno per la perdita subita a causa della morte dell'altro membro della coppia di fatto, in base ad un orientamento espresso dalla giurisprudenza di merito e successivamente fatto proprio dalla Corte di Cassazione (Cfr. Cass. 28 marzo 1994, n. 2988, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1849; Cass. civ., 29 aprile 2005, n. 8976, in *Dir. giust.*, 2005, n. 27, p. 18; Cass. civ., sez. III, 16 settembre 2008, n. 23725, in *Giust. civ.*, 2009, 12, I, p. 2714) e confermato dalla Corte costituzionale con la sentenza 27 ottobre 1994, n. 372 (si veda in *Foro it.*, 1994, I, c. 3297, con nota di G. PONZANELLI, *La Corte Costituzionale e il danno da morte*; in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 3029, con nota di F.D. BUSNELLI, *Tre "punti esclamativi", tre "punti interrogativi" e un "punto a capo"* e in *Resp. civ. prev.*, 1994, p. 976, con nota di G. SCALFI, *L'uomo, la morte e la famiglia*), la quale, precisando come «la tutela risarcitoria deve fondarsi su una relazione del terzo col bene protetto dalla norma incriminatrice, argomentabile, in via di inferenza empirica, in base ad uno stretto rapporto familiare (o parafamiliare, come la convivenza *more uxorio*)» dà per acquisita l'equiparazione, ai fini della tutela risarcitoria, tra congiunti e convivente. La convivenza di fatto con il genitore è stata ritenuta possibile presupposto di legittimazione all'adozione in casi particolari, secondo l'interpretazione più «elastica» dell'art. 44, lett. d) della legge sull'adozione, con riferimento all'impossibilità di affidamento preadottivo, interpretazione che è stata seguita in alcune pronunce, anche al fine di consentire l'adozione al *partner* del convivente nell'ambito di una coppia omoaffettiva: cfr. *supra*, nota 25.

³² Rileva come il modello normativo creato dalla legge 20 maggio 2016, n. 76 sia privo del carattere dell'universalità giacché non è destinato a trovare applicazione per tutte le tipologie di convivenza *more uxorio*. C. COPPOLA, *La convivenza di fatto*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da G. Bonilini, V, cit., p. 636. Ritiene criticabi-

37 fa riferimento alla esistenza di una dichiarazione anagrafica³³, il cui valore costitutivo³⁴ o probatorio³⁵, è stato oggetto di specifica attenzione sin dai primi commenti della legge, l'intento primario della quale appare il tentativo di fornire tutela³⁶ rispetto a condizioni fattuali, che si verificano indipendentemente da una manifestazione di volontà.

Alla luce di questa *ratio legis*, affiancata dall'insistito riferimento che nella legge compare ai conviventi «di fatto», locuzione che pone l'accento – al contrario che per l'unione civile, che si costituisce mediante «dichiarazione» – proprio sull'elemento fattuale della genesi

le la scelta di formalizzare la nozione di convivenza entro reticoli normativi, ed in particolare la norma che demanda all'interprete la necessità di distinguere tra convivenze formalizzate e convivenze condotte al di fuori dei modelli legislativamente configurati T. BONAMINI, *I diritti del convivente di fatto*, *ivi*, p. 673 ss., per le quali inevitabilmente si continuerà ad applicare la regolamentazione di fonte giurisprudenziale e legislativa che si è venuta a stratificare prima della legge del 2016. In questo senso cfr., tra altri, L. BALESTRA, *La convivenza di fatto. Nozione, costituzione, presupposti e cessazione*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 924; C. BONA, *La disciplina delle convivenze*, in C. BONA, P. CARELLO, G. CASABURI, I. GRIMALDI, I.E. PIPPONZI, A. ZEN, *Unioni civili e convivenze*, Pisa, 2016, p. 145.

³³ L'indicazione della norma è alla dichiarazione anagrafica di cui alla lettera b) del comma 1 dell'art. 13 del regolamento approvato con d.P.R. 30 maggio 1989, n. 223.

³⁴ Nel senso che, in assenza della registrazione anagrafica, non trova applicazione la disciplina della legge n. 76/2016: F. TASSINARI, *Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2015*, n. 76, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1736; U. PERFETTI, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1749; F. GAZZONI, *La famiglia di fatto e le unioni civili. Appunti sulla recente legge*, in *www.personaedanno.it*, 2016, p. 1; A. ALBANESE, in *Contr. impr.*, 2019, p. 1586 ss., e *Id.*, *Famiglia e impresa dopo la legge n. 76 del 2016 su unioni civili e convivenze. Il nuovo "diritto delle famiglie". Struttura dell'opera*, in *Le nuove famiglie*, a cura dello stesso a., Pisa, 2019, p. 47; A. MARCHESE, *Requisiti e modalità di costituzione delle convivenze di fatto*, *ivi*, p. 537 ss.

³⁵ Contestano il valore costitutivo della dichiarazione anagrafica, tra altri, L. BALESTRA, *o.u.c.*, p. 927; M. TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 866; L. MARTINEZ, *La rilevanza del "fatto" convivenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1731 ss.

³⁶ Pone l'accento sul carattere protettivo della normativa al fine di escludere il valore costitutivo della dichiarazione anagrafica U. SALANITRO, *Per una riflessione sistematica sul diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 563 ss.

del rapporto, sembrerebbe che – ferma la necessaria stabilità³⁷ del rapporto stesso come presupposto di applicazione della disciplina – la dichiarazione anagrafica ne costituisca strumento probatorio privilegiato³⁸, ma non imprescindibile o esclusivo³⁹.

³⁷ Esalta l'aspetto della stabilità del legame affettivo che la legge del 2016 ha inteso giuridificare, stabilità dimostrabile attraverso le risultanze anagrafiche ma anche *aliunde* B. TOTI, *Famiglia di fatto senza coabitazione - la coabitazione tra i partners: discrimen tra relazione affettiva e famiglia di fatto*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1054 ss. Rileva come, anche dopo l'entrata in vigore della l. n. 76/2016, «la convivenza continua ad assumere rilevanza giuridica a prescindere dall'esistenza della dichiarazione anagrafica, che possiede un valore unicamente probatorio di natura ricognitiva e concorre, assieme agli altri dati “a rilevanza esterna”, all'accertamento della fattispecie»; e «l'annotazione anagrafica, di per sé, nulla può dire in merito all'esistenza degli elementi costitutivi della fattispecie e, in particolare, di una stabile comunione di vita affettiva» R. MAZZARIOL, *Coabitazione e registrazione anagrafica; due requisiti non essenziali per la configurabilità di una “convivenza di fatto”*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, p. 1242 ss.

³⁸ Nel senso che «la dichiarazione anagrafica è richiesta dalla legge 76 del 2016 “per l'accertamento della stabile convivenza”, quanto a dire per la verifica di uno dei requisiti costitutivi ma non anche per appurarne l'effettiva esistenza fattuale», costituendo strumento privilegiato di prova, ma non elemento costitutivo di una formazione sociale «non esternata dai *partners* a mezzo di un vincolo formale» si è espressa, all'indomani dell'entrata in vigore della legge, la IX sezione del Tribunale di Milano, con ordinanza 31 maggio 2016. V. in *Fam. dir.*, 2017, p. 891 ss., con nota adesiva di S. PELLEGATTA, *Convivenza di fatto e dichiarazione anagrafica: natura costitutiva o probatoria?*, il quale pone in luce specificamente la rilevanza fattuale della convivenza, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1473 ss., con nota di R. SICLARI, *Dichiarazione anagrafica di convivenza ed accesso del concepito all'accertamento preventivo della paternità*. Quest'ultimo suggerisce di ovviare alla rigida alternativa tra valore costitutivo e probatorio, «associando alla formalità di cui al comma 37 la valenza di atto programmatico, di dichiarazione *ad hoc* (distinta dall'ordinaria dichiarazione costitutiva della famiglia anagrafica) diretta a manifestare l'impegno solidaristico dei *partners* di dar vita ad un nucleo di tipo familiare, fondato su ragioni affettive e rispondente ai caratteri di cui al comma 36». Alla dichiarazione anagrafica come strumento esclusivo di prova della stabile convivenza, quanto meno ai fini dell'opponibilità ai terzi, fa riferimento invece il Tribunale di Verona, nel decreto 2 dicembre 2016, in *Foro it.*, 9, 1, c. 2883.

³⁹ In tema si vedano altresì, diffusamente, C.M. BIANCA, *Premessa al comma 36 e seguenti. Note introduttive*, in C.M. BIANCA (a cura di) *Le unioni civili e le convivenze, Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, cit., p. 469 ss. e M. PARADISO, sub comma 36, 37, *ivi*,

Ne consegue che, in assenza della relativa prova di stabilità, dovrebbero continuare ad applicarsi le stesse norme e gli stessi principi scaturiti dalla precedente elaborazione giurisprudenziale; comunque applicabili, *a fortiori*, per quanto non espressamente previsto dalla recente normativa, anche alla stabile convivenza accertata con certificazione anagrafica, posto che lo spirito della legge è nel senso di ampliare la tutela delle convivenze di fatto e non certo di attenuarla.

In altri termini, la normativa dettata dalla legge del 2016 non soltanto non copre tutte le ipotesi di convivenza di coppia rilevanti per l'ordinamento, ma neppure esclude che per la fattispecie espressamente individuata come rappresentativa della «convivenza di fatto» si applichino norme non specificamente previste dalla legge che per prima ha cercato di dettarne una regolamentazione, evidentemente non unitaria né, tanto meno, esaustiva.

Peraltro, le conseguenze che la legge n. 76 del 2016 riconduce alla «convivenza di fatto» di cui al comma 36 dell'art. 1, non rivestono carattere di grande novità⁴⁰, se si escludono le norme in tema di alimenti, di diritto di continuare ad abitare nella casa di comune residenza in favore del convivente superstite in caso di decesso del convivente proprietario e di impresa familiare⁴¹. In molti casi, infatti, il legislatore si è limitato a prevedere espressamente disposizioni che già trovavano attuazione pratica, con la possibile conseguenza di determinare, nell'ottica di una interpretazione rigidamente formalistica, il riconoscimento di un più limitato ambito di applicazione di norme delle quali già i conviventi erano ritenuti destinatari,

p. 488 ss., S. PATTI, *Le convivenze “di fatto” tra normativa di tutela e regime opzionale*, in *Foro it.*, 2017, I, c. 302 ss.

⁴⁰ Osserva G. ALPA, *La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1718, come si sia trattato «più di un consolidamento e di una legittimazione (anche morale) che non di una innovazione straordinaria. Insomma, della trasformazione del diritto di creazione giurisprudenziale in un diritto legislativo».

⁴¹ La possibilità di applicare la normativa prevista dall'art. 230 *bis* c.c. anche ai conviventi *more uxorio* aveva costituito oggetto di dibattito da parte della dottrina, ma era stata tendenzialmente esclusa dalla giurisprudenza, quanto meno di legittimità: per una ricostruzione in merito cfr. E. FALLETTI, *La famiglia di fatto: la disciplina dei rapporti patrimoniali tra conviventi*, in G. OBERTO (a cura di), *Famiglia e patrimonio*, Lavis, 2014, p. 111 ss.

che potrebbe oggi ritenersi riferibile solo alle convivenze qualificate come tali dal comma 36 dell'art. 1 della legge. Quest'ultima opzione interpretativa dovrebbe tuttavia essere esclusa in virtù della considerazione della *ratio* della normativa che, ponendosi l'obiettivo di definire, in maniera inequivoca, l'applicabilità di alcune disposizioni ai conviventi di fatto, etero o omosessuali, non ha certamente, al contempo, voluto ridurre l'ambito di tutela della quale fino ad oggi, alla luce di interpretazioni delle norme vigenti avallate anche dalla giurisprudenza, hanno goduto i soggetti uniti in una stabile convivenza.

In sostanza, come poco sopra accennato, non sembra possa essere messo in discussione il fatto che le disposizioni normative che già venivano applicate ai soggetti stabilmente conviventi continuino a trovare applicazione per i medesimi⁴², indipendentemente dalla circostanza che la convivenza sia qualificabile come tale *ex* comma 36 dell'art. 1 della legge.

La conclusione che si trae in ordine ai confini atti ad individuare un modello di convivenza di fatto in ambito nazionale è quella di una situazione incerta. Al di là del fatto incontestato alla luce della legge del 2016 – ovvero che la rilevanza giuridica della stabile convivenza non può dipendere dal carattere eterosessuale, o meno, del rapporto di coppia⁴³ – l'ordinamento italiano prevede una biparti-

⁴² Cfr. E. QUADRI, "Unioni civili tra persone dello stesso sesso" e "convivenze": il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete, in *Corr. giur.*, 2016, 7, p. 893 ss.

⁴³ La definizione del comma 36 dell'art. 1 della legge n. 76 del 2016, nel precisare che si intendono per «conviventi di fatto» «due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile», ha inequivocamente e definitivamente ricompreso nel concetto di convivenza, rilevante per legge, situazioni nelle quali i due soggetti appartengano allo stesso sesso. La questione della tutela delle coppie omosessuali, prima dell'emanazione della legge che disciplina le unioni civili, doveva essere precedentemente affrontata alla luce del principio di non discriminazione, affermato dall'art. 13 del Trattato istitutivo della Comunità europea e ribadito nell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; principio che, proprio nell'ambito della convivenza di fatto, non avrebbe potuto soffrire di alcuna limitazione, invocata – o comunque invocabile – nella prospettiva della difficoltà di estendere il vincolo matrimoniale a coppie formate da persone dello

zione, dai confini non precisamente delineati, che porta alla applicabilità di normative (solo) in parte differenti.

Così, specificamente in relazione ai rapporti patrimoniali, ci si è chiesti se il contratto di convivenza previsto dal comma 50 dell'art. 1 della legge 76 del 2016 possa essere stipulato solo da conviventi registrati⁴⁴ oppure da tutti i conviventi che siano tali ai sensi del comma 36, e pertanto anche dai conviventi «non registrati», ossia che non siano iscritti tra le famiglie anagrafiche ai sensi dell'art. 4, d.P.R. n.

stesso sesso. Infatti, se ciò che distingue, e determina un trattamento normativo – sia o meno giustificato – diverso tra coppie di fatto e coppie coniugate è l'esistenza di un vincolo formalizzato attraverso l'atto matrimoniale, niente, alla luce del principio di non discriminazione, può giustificare un trattamento differenziato tra coppie di fatto etero o omosessuali. Benché già alcune pronunce, anche non recentissime, avessero seguito tale linea interpretativa, tuttavia lo stesso riferimento alla convivenza “*more uxorio*”, che, almeno nella tradizione, deve intendersi riferibile ad una coppia eterosessuale, poteva determinare l'esclusione dall'ambito di applicazione delle norme e delle interpretazioni datene dalla giurisprudenza, in ordine ai soggetti stabilmente conviventi del medesimo sesso: esclusione senz'altro inconcepibile alla luce di un'interpretazione sistematica successiva all'emanazione della legge del 2016, che conferma come la regolamentazione, per quanto frammentaria, relativa alla convivenza di coppia, deve essere riferita anche a persone tra loro legate in una relazione omoaffettiva.

⁴⁴ Cfr. in merito R. TRAVIA, *I contratti di convivenza*, in *Ratio Iuris*, 2018 il quale segnala come tale soluzione sia sostenuta da chi ritiene la disciplina della l. n. 76/2016 (compresa quindi la disposizione del comma 50) applicabile solo ai conviventi il cui rapporto sia accertabile ai sensi del comma 37), e anche da chi, pur considerando applicabile la disciplina dettata nei commi da 38 a 49 anche ai conviventi «non registrati», ritiene per questi ultimi non possibile la stipula di un contratto di convivenza *ex* comma 50, in quanto vi sarebbe una stretta correlazione tra il comma 37, il comma 50 suddetto ed il successivo comma 52 il quale stabilisce che, ai fini dell'opponibilità ai terzi del contratto di convivenza, il notaio che ha ricevuto l'atto in forma pubblica ovvero il notaio o l'avvocato che ne hanno autenticato la sottoscrizione debbono provvedere a trasmetterne copia al comune di residenza dei conviventi per l'iscrizione all'anagrafe. L'iscrizione del contratto di convivenza presupporrebbe la già avvenuta registrazione «anagrafica» della convivenza ai sensi del comma 37. I conviventi «non registrati» non potrebbero pertanto stipulare un contratto di convivenza *ex* comma 50, in quanto lo stesso non potrebbe a sua volta essere registrato presso i registri dell'anagrafe; essi potrebbero, tutt'al più, stipulare contratti di convivenza «atipici», non iscrivibili all'anagrafe e non opponibili a terzi, ma con valenza puramente «interna» limitata ai rapporti tra conviventi.

223/1989, come nel caso di conviventi che abbiano mantenuto diverse residenze⁴⁵. In modo analogo, è legittimo porsi il quesito di quale sia la tipologia di stabile convivenza che possa far scattare l'applicazione dell'art. 230 *ter* c.c.⁴⁶, per il partecipante all'impresa familiare⁴⁷.

Tutte le considerazioni finora esposte, in relazione all'ordinamento italiano, determinano certamente profili di difficoltà per individuare l'ambito e le prospettive di applicazione della normativa regolamentare, come si preciserà di seguito.

3. La scelta, espressa dal Regolamento n. 1103 del 2016, di non definire la nozione di matrimonio, che resta riservata alle legislazioni

⁴⁵ V., sul punto, C. COPPOLA, *I rapporti patrimoniali tra conviventi di fatto*, in *Tratt. dir. fam.* Bonilini, V, cit., p. 761 ss.; D. DAMASCELLI, *o.c.*

⁴⁶ La nuova disposizione introdotta nel codice civile, seppure ha il pregio di fugare definitivamente ogni dubbio sulla presunzione di gratuità delle prestazioni lavorative del convivente, pone quest'ultimo in una posizione molto meno solida rispetto a quella del coniuge e degli altri familiari. Se per un verso la posizione deteriore è giustificata dall'assenza di un regime primario di obblighi tra conviventi, il che determina l'assenza, nell'art. 230 *ter*, della previsione del diritto al mantenimento, poiché il *partner* è titolare solo del diritto di partecipazione agli utili, non altrettanto motivata appare la mancata estensione al convivente della facoltà di partecipare alle decisioni relative all'impresa, come previsto per gli altri partecipanti dall'art. 230 *bis*. Parla in proposito di una «inspiegabile limitazione di tutela tra persone considerate tutte “familiari”, limitazione di dubbia costituzionalità» T. AULETTA, *Modelli familiari, disciplina applicabile e prospettive di riforma*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 627. Ritiene che la scelta del legislatore sia basata proprio sull'assenza di un legame, sia esso di parentela, affinità, coniugio, unione civile, differenza valorizzata intenzionalmente dalla disposizione introdotta per il convivente F. ROSSI, *La disciplina dell'art. 230 ter c.c. e la sua (pretesa) lacunosità*, in *Riv. dir. priv.*, 2018, p. 582.

⁴⁷ Suggestisce un'interpretazione non formalistica G. QUADRI, *Le prestazioni di lavoro del convivente alla luce del nuovo art. 230 ter c.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 590 ss., che porti a ritenere comunque applicabile, anche in considerazione del tipo di interessi in gioco, la disciplina ogni volta ci si trovi concretamente in presenza di legami affettivi «connotati di stabilità e continuità», essenziali per poter parlare di «famiglia di fatto», indipendentemente dalla piena conformità alla definizione legislativa, per carenza del requisito della dichiarazione anagrafica del comma 37 ovvero per carenza di qualche presupposto di carattere sostanziale previsto dal comma 36 (ad es., per esistenza di un legame di coniugio con altro soggetto).

nazionali, determina la conseguenza della sua applicabilità anche ai matrimoni omosessuali, ma soltanto negli Stati nei quali tale forma di matrimonio sia ammessa o se ne riconoscano gli effetti. Non sembra che possa influire su questa conclusione – che è certo stata determinante nell’approvazione della normativa regolamentare da parte degli Stati più tradizionalisti in materia – la decisione della Corte di Giustizia del 5 giugno 2018⁴⁸, la quale ha precisato come la nozione di coniuge ricavabile dalla legislazione europea sulla libertà di soggiorno sia riferibile anche a persone del medesimo sesso, in quanto pronunciata nell’ambito di uno specifico quadro normativo e in applicazione di un criterio di per sé non suscettibile di estensione.

In ambito nazionale, seppur restano affidate alle norme interne, anche di diritto internazionale privato, le questioni relative alla esistenza, validità ed effetti del matrimonio e dell’unione registrata, in base a quanto espressamente indicato dai Considerando n. 21, i regolamenti sono destinati, con vocazione tendenzialmente esaustiva, nel loro oggettivo ambito di applicazione, a sostituirsi alle relative norme di diritto internazionale privato, nella formulazione risultante dal d.lg. n. 7 del 2017, emanato in attuazione della delega ricevuta ai sensi della lett. b), comma 28 dell’art. 1 della l. 76 del 2016.

L’estensione del modello matrimoniale cui si riferisce il Regolamento n. 1103 non coincide, a tutta evidenza, con quella che l’istituto ha nella normativa interna, che si caratterizza per la persistente attribuzione della qualifica di matrimonio alle sole ipotesi di coppie eterosessuali.

Va ricordato peraltro come, alla luce della intervenuta disciplina delle unioni civili, nonché in conseguenza dell’orientamento giurisprudenziale da ritenere ormai incontestato sul punto, si può escludere che la eterosessualità della coppia sia oggi qualificabile come principio di ordine pubblico⁴⁹.

Questa considerazione spiega la sua specifica rilevanza al fine di determinare la inclusione dei matrimoni omosessuali contratti all’e-

⁴⁸ Cfr. il relativo riferimento in P. BRUNO, *o.c.*, p. 14.

⁴⁹ In proposito ripercorre l’evoluzione della giurisprudenza F. DEANA, *Diritto alla vita familiare e riconoscimento del matrimonio same-sex in Italia: note critiche alla sentenza Orlandi e altri contro Italia*, in *Riv. dir. comp.*, 2019, p. 153 ss.

stero da cittadini italiani, o da un cittadino italiano ed uno straniero, nell'ambito del regolamento n. 1103 o piuttosto nel regolamento n. 1104, relativo alle unioni registrate.

Sotto questo profilo è essenziale il riferimento all'art. 32 *bis* della legge n. 218 del 1995, con il quale al matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani vengono attribuiti gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana. Questa disposizione è stata oggetto di ampie discussioni in dottrina in relazione all'ambito soggettivo di applicazione (solo ai matrimoni tra cittadini italiani, oppure anche tra un cittadino italiano ed uno straniero)⁵⁰, nonché in merito agli effetti della «degradazione»⁵¹ da matrimonio a unione civile.

Alla fattispecie «matrimonio», così riqualificata in «unione civile»⁵², si applica la relativa disciplina materiale, con esclusione delle norme di conflitto previste per le unioni civili⁵³.

La *ratio* della norma è quella di evitare scelte elusive⁵⁴ da parte dei

⁵⁰ Nel senso dell'applicabilità dell'art. 32 *bis* anche all'ipotesi di matrimonio omosessuale celebrato all'estero tra un cittadino italiano e uno straniero si è espressa parte della dottrina, seppur con qualche spunto critico nell'ipotesi in cui la «riqualificazione» si verifichi anche quando la legge nazionale del «coniuge» – non italiano – consente la celebrazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso (O. LOPES PEGNA, *Effetti dei matrimoni same sex contratti all'estero dopo il "riordino" delle norme italiane di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 2017, p. 527 ss.; P. BRUNO, *o.c.*, p. 22), e la giurisprudenza della Cassazione, con sentenza 14 maggio 2018 n. 11696: si veda in *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 1268. Ritene che sia esclusa l'ipotesi del matrimonio tra cittadino italiano e cittadino straniero A. NATALE, *Le norme attuative*, in *Tratt. dir. fam.* Bonilini, vol. V, cit., p. 622.

⁵¹ Rileva in proposito come siano ragionevolmente prospettabili riserve circa la legittimità costituzionale della disuguaglianza di trattamento creata dall'art. 32 *bis* tra i matrimoni *same-sex* contratti all'estero da cittadini italiani, riconosciuti, benché con i più ridotti effetti dell'unione civile, quale che sia il diritto applicato alla loro costituzione, e le altre categorie di matrimoni, che sono sottoposti al più rigoroso regime di conflitto stabilito dall'art. 27 A. DAVÌ, *Il riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite all'estero nella prospettiva di una riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 2019, p. 319 ss.

⁵² Secondo D. DAMASCELLI, *o.c.*, l'art. 32 *bis* non determina alcuna trasformazione da matrimonio ad unione civile, ma si limita ad assoggettarne gli effetti alla disciplina italiana in materia di unione civile.

⁵³ Critica questa soluzione O. LOPES PEGNA, *o.c.*

⁵⁴ Cfr. C. CICERO, A. LEUZZI, *Riconoscimento di matrimonio omosessuale all'estero e sua "degradazione" in unione civile*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 1284 ss.

cittadini italiani che, contraendo matrimonio omosessuale all'estero, vedrebbero poi loro applicata, in Italia, una disciplina diversa da quella cui sarebbero stati sottoposti se avessero formalizzato il loro rapporto, così come oggi consentito dall'ordinamento, per il tramite della costituzione di un'unione civile.

Appare certamente da condividere la riflessione secondo la quale non possono ritenersi di applicazione necessaria le disposizioni che qualificano come unione civile il rapporto formalizzato tra persone dello stesso sesso: con la novella della legge 218 del 1995, l'art. 32 *ter* ha espressamente attribuito tale carattere all'art. 1, comma 4 della legge n. 76 del 2016. Da ciò si desume, in via interpretativa, che non si possa riconoscere la stessa natura di norme di applicazione necessaria ad altre disposizioni dettate per l'unione civile, previste dalla medesima legge⁵⁵.

In base a queste considerazioni, nell'individuare l'ambito soggettivo di applicazione dei Regolamenti gemelli, sembrerebbe da condividere l'opinione di chi⁵⁶ ritiene che i rapporti patrimoniali scaturenti da matrimoni omosessuali contratti all'estero tra due cittadini italiani o tra un italiano ed uno straniero, debbano essere sottoposti alla normativa dettata con il Regolamento n. 1103.

Al contrario del suo gemello, il Regolamento n. 1104 prevede una definizione di «unione registrata», individuata come «il regime di comunione di vita tra due persone previsto dalla legge, la cui registrazione è obbligatoria a norma di legge e conforme alle formalità giuridiche prescritte da tale legge ai fini della sua creazione». Il considerando n. 17 precisa come tale definizione rilevi ai fini esclusivi del regolamento, in quanto il suo contenuto specifico «dovrebbe continuare ad essere definito dal diritto interno degli stati membri», affermando altresì che «nulla del presente regolamento dovrebbe imporre a uno Stato membro la cui legge non prevede l'istituto dell'unione registrata di prevederlo nel diritto nazionale».

La cornice nell'ambito della quale si inserisce la normativa dettata dal regolamento appare così assai precisamente delineata, dando luogo a rilevanti questioni interpretative in ordine alla individuazione

⁵⁵ V. D. DAMASCELLI, *o.l.c.*

⁵⁶ Cfr. ancora D. DAMASCELLI, *o.c. Contra* O. LOPES PEGNA, *o.c.*, p. 547.

dell'effettivo ambito di applicazione, per quanto si riferisce ai nostri modelli nazionali.

In particolare, alla mancanza di distinzioni derivanti dall'appartenenza al diverso o medesimo sesso dei membri della coppia, fa da contraltare, in senso restrittivo, il riferimento alla istituzionale formalizzazione mediante registrazione davanti a un'autorità pubblica, che assurge a imprescindibile criterio discrezionale rispetto alle unioni di fatto, per le quali è espressamente esclusa la sottoposizione alla disciplina regolamentare dal considerando n. 16.

In questo quadro normativo, le unioni civili previste dall'ordinamento italiano risultano agevolmente inquadrabili nel modello regolamentare, in quanto la relativa disciplina postula una modalità di costituzione che, seppure semplificata rispetto al matrimonio, risulta comunque sottoposta a verifiche provenienti dall'Autorità e ad una forma vincolata *ad substantiam*, con relativa iscrizione nel registro delle unioni civili⁵⁷.

Ben diverso e più problematico è invece il riferimento alla istituzionale formalizzazione e iscrizione per quanto attiene alle unioni di fatto. Queste ultime sono infatti escluse dall'ambito di applicazione del regolamento n. 1104, che precisa di aver voluto diversificare le mere relazioni fattuali rispetto a quelle formalizzate.

La definizione accolta dalla normativa regolamentare determina altresì, in relazione al nostro ordinamento, una pressoché integrale impossibilità di comprendere nel suo ambito di applicazione anche le convivenze di fatto che pure sono state oggetto di regolamentazione, benché non esaustiva, ad opera della legge n. 76 del 2016.

Per quanto abbia costituito, fin dall'emanazione di quest'ultima, motivo di ampio dibattito il valore da attribuire alla registrazione presso gli uffici comunali⁵⁸, è innegabile che la definizione accolta nel Regolamento sia irriferibile al modello di convivenza di fatto che emerge dalla legislazione italiana, anche volendo accogliere l'interpretazione più rigorosa sul significato della dichiarazione di residenza. Infatti, seppure si volesse attribuirle valore di presupposto imprescindibile per l'applicabilità della normativa nazionale

⁵⁷ V., tra altri, C. COPPOLA, *La costituzione dell'unione civile e la sua registrazione nell'archivio dello stato civile*, in *Tratt. dir. fam.* Bonilini, V, cit., p. 14 ss.

⁵⁸ Cfr. più diffusamente *supra*, § 2.

alle convivenze, mancherebbe comunque, a configurare il modello rappresentato nel regolamento europeo, la istituzionale formalizzazione del rapporto di coppia. La scelta del legislatore nazionale prescinde del tutto da ogni ipotesi di formalizzazione, che sembra rappresentare, al contrario, nel regolamento n. 1104, requisito irrinunciabile di riferimento.

Ne consegue, inevitabilmente, che il modello italiano, che già configura una normativa dai confini molto ristretti, anche e soprattutto in relazione ai rapporti patrimoniali⁵⁹, non potrà validamente trovare collocazione in ambito regolamentare europeo⁶⁰, lasciando così la relativa disciplina legata al funzionamento delle rispettive norme di diritto internazionale privato, nelle ipotesi caratterizzate da elementi di estraneità.

In relazione al nostro ordinamento, per la convivenza *more uxorio*, non sono state emanate disposizioni sulla legge applicabile, con la conseguenza che dovrà farsi riferimento alla relativa configurazione nel diritto interno. Non sembra potersi escludere, in astratto, che la normativa prevista per la convivenza di fatto dalla legge n. 76 del 2016 possa essere applicata anche in relazione a coppie di diversa nazionalità, nell'ipotesi in cui alla cittadinanza straniera di uno o entrambi i membri della coppia si accompagni la residenza in Italia⁶¹.

⁵⁹ Una disciplina organica riferita ai rapporti patrimoniali è del tutto assente, specificamente in relazione alle problematiche che il Regolamento 1104 si proponeva di risolvere, ovvero quelle conseguenti allo scioglimento della relazione di coppia. Gli aspetti patrimoniali oggetto di specifica considerazione sono soltanto quelli relativi alla previsione del contratto di convivenza, tipico e facoltativo, e alla possibile configurabilità del convivente di fatto come membro dell'impresa familiare, seppur con un trattamento differenziato rispetto agli altri partecipanti: v. *supra*, § 3. Cfr. più diffusamente, in merito, tra altri, C. COPPOLA, *I rapporti patrimoniali tra conviventi di fatto*, in *Tratt. dir. fam.* Bonilini, V, cit., p. 761 ss.

⁶⁰ Rileva E. CALÒ, *Variazioni sulla professio iuris nei regimi patrimoniali della famiglia*, in *Riv. not.*, 2017, p. 1093 ss. come l'applicazione del regolamento alle convivenze di fatto sarebbe ammissibile ma con notevoli rischi di forzatura, stando alla lettera della legge che, in riferimento alla dichiarazione anagrafica parla di accertamento e non di obbligatorietà, ritenendo comunque assai grave che le convivenze possa non essere ritenuta applicabile la normativa regolamentare, auspicando una riforma della disciplina della convivenza di fatto e del contratto di convivenza.

⁶¹ V. C. COPPOLA, *o.l.u.c.*, p. 787.

L'unica norma di natura internazionalprivatistica⁶² relativa alle unioni di fatto è rappresentata dall'art. 30 *bis* della legge n. 218 del 1995, che si riferisce esclusivamente alla individuazione della legge applicabile ai contratti di convivenza, nell'eventualità che i conviventi li abbiano stipulati, indicando una soluzione analoga a quella prevista per i rapporti personali tra coniugi.

In conclusione, la configurazione che emerge dalla legge italiana sulla convivenza di fatto non consente, nella prospettiva transazionale affrontata dal Regolamento n. 1104 del 2016, di operare alcuna distinzione di trattamento normativo, che sarà il medesimo, sotto il profilo di applicabilità della normativa regolamentare, indipendentemente dal fatto che nell'ipotesi concreta siano, o meno, ravvisabili le caratteristiche specifiche indicate per la fattispecie prevista dal comma 36 della legge n. 76 del 2016.

4. Il Regolamento n. 1103, nell'identificare il suo ambito di applicazione, definisce, all'art. 3, n. 1 lett. a) il «regime patrimoniale tra coniugi», come l'insieme delle norme che regolano i rapporti patrimoniali dei coniugi tra loro e rispetto ai terzi in conseguenza del matrimonio o del suo scioglimento. Il Regolamento gemello, nella disposizione corrispondente, precisa, in maniera omologa, come si intenda per «effetti patrimoniali di un'unione registrata» l'insieme delle norme che regolano i rapporti patrimoniali di *partner* tra loro e verso terzi, in conseguenza del rapporto giuridico creato dalla registrazione dell'unione o del suo scioglimento.

Merita, sotto questo profilo, evidenziare la singolarità della disciplina nazionale sull'impresa familiare, istituto da sempre di non agevole collocazione sistematica. In particolare, la questione di non poco momento si riferisce alla possibilità di includerla nel campo di applicazione dei rapporti patrimoniali, oppure di considerarla una materia che per le sue caratteristiche specifiche non possa esservi ricompresa.

La problematica è stata affrontata dalla dottrina in riferimento

⁶² Critica l'approccio minimalista utilizzato dal legislatore per introdurre la disciplina di conflitto sulla convivenza di fatto G. BIAGIONI, *Unioni same sex e diritto internazionale privato: il nuovo quadro normativo dopo il d.lgs. n. 7/2017*, in *Riv. dir. int.*, 2017, p. 496 ss.

alla normativa di diritto internazionale privato nazionale, con la conclusione, pressoché unanime, di escludere l'istituto dall'ambito di applicazione dell'art. 30 della legge 218 del 1995, seppur con la prospettazione di soluzioni diverse, volte a ipotizzare l'applicabilità della normativa in materia contrattuale, e specificamente riferita alle prestazioni lavorative⁶³, oppure prevista dall'art. 61, in relazione alle obbligazioni nascenti dalla legge⁶⁴. Sul presupposto, condiviso anche dalla giurisprudenza⁶⁵, che l'impresa familiare, seppur regolata nel codice civile all'interno del capo VI contenente il regime patrimoniale della famiglia, non può essere considerata alla stregua di un tipico istituto coniugale⁶⁶ ed è irriducibile ai rapporti familiari.

La questione deve essere affrontata, a questo punto, ai fini della delimitazione del campo applicativo di entrambi i regolamenti del 2016.

Dell'istituto, che rappresenta pressoché un *unicum* nel panorama europeo, si è posta in luce la natura residuale e suppletiva, rilevan-

⁶³ Cfr. G. DE ROSA, E. CALÒ, *Riflessioni del Notariato sul Diritto di Famiglia e delle Successioni alla luce dei nuovi modelli sociali*, Roma, 2012, i quali osservano come, trattandosi di prestazioni di lavoro, occorrerà tener conto dell'art. 8 del Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali – Roma I, il quale privilegia il criterio di territorialità. Precisano inoltre che mentre l'art. 30 della legge di riforma del diritto internazionale privato possiede una ovvia valenza anche extraterritoriale, nel caso dell'impresa familiare non sembra legittimo ipotizzare una sua applicazione in una giurisdizione diversa da quella italiana, trattandosi di istituto residuale, applicabile laddove non sia configurabile un diverso rapporto, che difficilmente potrebbe essere un rapporto straniero, se non altro per l'inammissibile alternativa fra un istituto residuale di diritto italiano (l'impresa familiare) ed eventuali altri istituti prevalenti (afferenti al diritto locale).

⁶⁴ Prospettano il riferimento all'applicazione dell'art. 61 della legge n. 218 del 1995 A. ZANOBETTI, *Il regime patrimoniale della famiglia nel diritto internazionale privato*, in *Tratt. dir. fam.*, a cura di F. Anelli e M. Sesta, Zatti, 2^a ed., Milano, 2011, III, p. 45; F. PROSPERI, *Impresa familiare*, Milano, 2006, p. 335.

⁶⁵ Seppure con riferimento alla normativa previgente alla l. n. 218 del 1995, la Corte di Cassazione ha escluso, ai fini della disciplina di diritto internazionale privato, che l'impresa familiare sia riconducibile ai rapporti di famiglia, inquadrandola invece nell'ambito della disciplina prevista per i rapporti contrattuali (così Cass., Sez. lav., 6 marzo 1999 n. 1917, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, 509).

⁶⁶ Così, tra altri, F. PROSPERI, *o.c.*, p. 334.

done la funzione di assicurare una tutela minima e inderogabile ai rapporti di lavoro che si realizzano nella compagine della famiglia. Tale *ratio legis* potrebbe orientare verso la soluzione, prospettata da alcuni, di attribuire alla disposizione che lo disciplina il carattere di norma di applicazione necessaria *ex art. 17 l. n. 218 del 1995*⁶⁷.

Non sembra che su queste considerazioni possano spiegare precipua rilevanza le nuove disposizioni regolamentari, dal cui ambito di applicazione, così come definito, l'impresa familiare potrebbe e dovrebbe comunque considerarsi esclusa.

La ritenuta necessaria applicazione delle norme relative all'impresa familiare da parte del giudice italiano, anche in presenza di soggetti di diversa cittadinanza, determinerebbe così comunque la sottrazione del relativo regime alla eventuale *optio legis* prevista dalle norme del diritto internazionale privato e ora dalle norme regolamentari.

Al contempo, l'applicazione necessaria della normativa sull'impresa familiare (sia per i coniugi che per i soggetti uniti civilmente⁶⁸) e la sua esclusione dall'ambito di applicabilità dei regolamenti ne farebbe un terreno specifico di disciplina materiale (quasi) uniforme⁶⁹ per le differenti tipologie di modelli familiari nazionali, indipendentemente dalla diversa cittadinanza dei componenti la coppia.

Come già ricordato⁷⁰ infatti, anche il soggetto stabilmente convivente è stato preso in considerazione dalla l. n. 76 del 2016 come possibile partecipante all'impresa familiare, con l'introduzione dell'art. 230 *ter c.c.*

Nelle ipotesi di rapporti caratterizzati da elementi di estraneità, la relazione *more uxorio* avrebbe così un trattamento normativo

⁶⁷ Cfr. ancora G. DE ROSA, E. CALO', *o.l.u.c.*

⁶⁸ Il richiamo posto dalla legge n. 76 del 2016, nel comma 13 dell'art. 1, comporta l'applicabilità anche alla parte dell'unione civile delle norme riferite al coniuge per quanto attiene all'impresa familiare, seppur con la differenza determinata dal fatto che l'unione civile non instaura alcun rapporto tra la parte dell'unione ed i parenti dell'altro (v. *supra*, nota 29), con la conseguenza che i parenti entro il secondo grado del soggetto unito civilmente all'imprenditore, non potendo qualificarsi affini, non potranno partecipare a tale impresa familiare. Cfr. in merito L. GHIDONI, *Unione civile e impresa familiare: la disarmonia di una mera estensione normativa*, in *Fam. dir.*, 2017, p. 701 ss.

⁶⁹ Cfr. *supra*, nota 46.

⁷⁰ V. *supra*, § 2.

analogo a quello previsto per il matrimonio e l'unione civile, ai fini dell'applicabilità irrinunciabile di disposizioni a sua tutela, anche in caso di scioglimento.

Al contrario, per gli altri aspetti, nelle ipotesi caratterizzate da elementi di estraneità, la convivenza di fatto – se si condivide la conclusione che la stessa, come configurata dalla legge italiana, è esclusa dall'ambito di applicazione dei regolamenti – si differenzia notevolmente dalla disciplina rispettivamente prevista per il matrimonio e per l'unione civile e si caratterizza per la assenza quasi totale di disposizioni in ordine alla legge applicabile. L'unico riferimento utile, infatti, è rappresentato dall'art. 30 *bis* della legge n. 218 del 1995⁷¹; per le altre problematiche, di natura personale e patrimoniale, che possano insorgere, non resta altra soluzione che far riferimento al diritto interno, e quindi ipotizzare l'applicazione della normativa nazionale, con i medesimi limiti oggettivi e soggettivi, indipendentemente dalla cittadinanza dei due *partners*.

5. Il pur sintetico quadro di raffronto tra i modelli nazionali e quelli che hanno costituito il presupposto per l'emanazione della normativa regolamentare, volta auspicabilmente alla ricerca di soluzioni uniformi per risolvere le problematiche relative ai rapporti patrimoniali nell'ambito della coppia – soprattutto nella fase, inevitabilmente foriera di contenzioso, dello scioglimento della relazione – consente di trarre alcune conclusioni.

Il legislatore europeo con grande fatica ha elaborato una disciplina che è riuscita a trovare l'approvazione unanime. Non ha volutamente e significativamente interferito (né avrebbe potuto legittimamente farlo⁷²) con scelte decisive in termini di ammissibilità e di definizione di istituti affidati alle singole sovranità nazionali.

⁷¹ L'art. 30 *bis* della legge n. 218 del 1995 rappresenta l'unica disposizione internazionalprivatistica relativa ai conviventi di fatto, che regola la legge applicabile ai contratti di convivenza in maniera analoga a quanto stabilito in ambito coniugale.

⁷² Sui limiti all'azione comunitaria in materia di diritto di famiglia cfr., tra altri, P. DE CESARI, *Il diritto della famiglia nell'Unione europea. Fondamenti e prospettive*, in *Tratt. dir. priv. Un. Eur.*, diretto da G. Ajani e G.A. Benacchio, vol. II, *Persona e famiglia*, a cura della stessa.

Se questo è stato certamente il modo per poter giungere ad una scelta condivisa, allo stesso tempo la soluzione adottata finisce per determinare anche il limite di operatività degli strumenti normativi, nella misura in cui essi si scontrano con modelli nazionali non coincidenti, o comunque non pienamente sovrapponibili, con gli schemi regolamentari.

Lo «scollamento» tra i due grandi modelli che rappresentano rispettivamente il presupposto dei Regolamenti nn. 1103 e 1104 risulta particolarmente evidente in relazione al nostro ordinamento, nel quale si realizza una tripartizione (o forse, meglio, una quadripartizione) di figure in astratto ipotizzabili.

La difficoltà di risolvere i problemi derivanti da tale mancata coincidenza si accentua di fronte alla considerazione delle ragioni che hanno determinato il legislatore nazionale a differenziare le diverse ipotesi, ragioni che non agevolmente trovano fondamento in una diversità ontologica, tanto che la stessa disciplina appare omologa per situazioni (quanto meno) nominalmente distinte ed espressamente differenziate.

La riflessione appena esposta si ataglia perfettamente all'unione civile, considerando la definizione e la disciplina che ne sono state date con la legge n. 76 del 2016. Come già rilevato⁷³, il modello nazionale riserva la qualifica di matrimonio esclusivamente al vincolo tra persone di sesso diverso, con una scelta, giustificata anche alla luce di diverse pronunce giurisprudenziali, essenzialmente di natura politica, che è stata sicuramente determinante per giungere all'approvazione della legge. Tale scelta – la si voglia condividere o meno – è comunque esplicitata in termini chiari, attraverso la espressa qualifica di formazione sociale che il legislatore si premura di attribuire all'unione civile, così da evitare di darle la connotazione “matrimoniale”.

Non altrettanto chiaro, tuttavia, risulta il senso della differenziazione nominale nel momento in cui, con tecnica composita e diversificata, si realizza un risultato tendenzialmente uniforme, che consiste nell'attribuire alla parte dell'unione civile gli stessi diritti e obblighi: in sostanza il medesimo trattamento normativo che viene riservato al coniuge.

⁷³ Cfr. *supra*, § 2.

La differenza essenziale – e pressoché unica – tra matrimonio e unione civile si coglie in relazione alla «questione filiazione»: differenza di non poco momento, che non investe, tuttavia, l'ambito strettamente relativo ai rapporti (personali e patrimoniali) tra i soggetti coinvolti nella relazione di coppia.

In sostanza, nella prospettiva riferita alle questioni patrimoniali, appare assai debole il fondamento di una mancata sovrapposizione tra matrimonio e unione civile, dal momento che, in ambito nazionale, entrambi gli istituti sono oggetto di un trattamento normativo pressoché indifferenziato.

Al di là, tuttavia, delle ragioni che possono aver determinato la scelta nazionale, l'inserimento dell'unione civile italiana nell'ambito di applicazione del Regolamento n. 1104 non desta specifici problemi applicativi in ambito internazionalprivatistico, sottraendo dal campo di applicazione della legge n. 218 del 1995 (specificamente dall'art. 32 *ter*) i relativi rapporti con elementi di estraneità.

Questioni di non facile soluzione si affacciano invece in merito alla convivenza di fatto, per la quale le scelte nazionali non risultano altrettanto chiare.

La legge italiana ha introdotto un modello di convivenza stabile la cui individuazione è quanto mai incerta; in ogni caso, i suoi indefiniti confini prescindono da una formalizzazione dinanzi all'Autorità, portando ad escludere la realizzazione della fattispecie prevista dal Regolamento n. 1104.

Ne consegue che i rapporti patrimoniali tra conviventi, già oggetto di una regolamentazione estremamente esigua in ambito nazionale, restano disciplinati dalle norme di diritto internazionale privato, con l'unico riferimento utile – che attiene, del resto, alla questione che, nei rapporti patrimoniali, ha costituito l'unico oggetto di specifica disciplina interna – rappresentato dall'art. 30 *bis* della legge n. 218 del 1995.

Per tutti gli altri aspetti, che sono in realtà quelli dove maggiormente si assiste ad una richiesta di tutela di uno dei due *partners* conviventi (siano o meno di sesso diverso), la relazione tra gli stessi resta priva di una disciplina anche in ambito internazionalprivatistico.

Questa conclusione appare perfettamente aderente con il dichiarato intento del Regolamento n. 1104, di escludere dal suo ambito di applicazione le unioni di fatto “non formalizzate”, ma risulta,

al contrario, in contrasto con l'esigenza di assicurare prevedibilità e certezza di disciplina a unioni di fatto di natura transazionale, caratterizzate da una stabilità che giustifichi la considerazione e il soddisfacimento di specifiche forme di tutela.

In definitiva – se è consentito il paragone figurato – si può dire che la convivenza tra i modelli che emergono dalla normativa regolamentare europea sui rapporti patrimoniali tra coniugi e gli effetti patrimoniali delle unioni registrate, ed i corrispondenti modelli nazionali, è una unione di fatto, ma una esaustiva e soddisfacente armonia è ancora lontana dall'essere raggiunta.

AGNESE ALAMANNI

THE MODIFICATION OF MATRIMONIAL
AGREEMENTS AND PROPERTY AGREEMENTS
BETWEEN PARTNERS AND COHABITANTS

SUMMARY: 1. The modification of marriage agreements: delimitation of the topic. Limits to the spouse's modifying power and contractual autonomy - 1.1. Conventional communion (art. 210 c.c.) - 2. Limitations to the variations expressly provided for in art. 210 c.c. - 2.1. Enlargement of the object - 2.2. The reduction and other modifications of the object of communion - 2.3. Further possible modifications of legal communion regulation - 2.4. Variations made to the separation of property regime - 2.5. Choice of the applicable law (Reg. UE 24 June 2016 n. 2016/1103 and n. 2016/1104) - 3. Modifications of property agreements in registered partnership and cohabitations de facto - 4. Publicity of changes on matrimonial property regimes and property regimes between partners and cohabitations.

1. The topic of the modification of the matrimonial agreements and of the agreements adopted in registered partnerships or cohabitation evokes reference to a multiplicity of hypothetical cases. In the panorama of juridical "transformations" a modification "in the broad sense" can be discerned in any substitution or variation that has been made to a negotiating regulation and therefore to the matrimonial agreement as well and the "to modify" intended generally as a replacement or eliminative supplementary activity, is an all-inclusive concept, to which the hypothesis of partial dissolution of the communion are abstractly attributable the changes from one regime to another, the hypothesis of partial dissolution of the communion, whether it refers to categories of goods or is limited to certain decisive assets, hypothesis better known as "expulsion", the exception to the legal discipline not aimed to bring down a certain property on joint ownership of the spouses, the so-called figure (much discussed) of the refusal of the co-purchase and the hypothesis of variations of the regime of communion that have as object the enlargement or reduction of the categories of properties provided for in the code of the legal regime, changes that affect the aspect of the discipline

and even the variations that determine the creation of a so called atypical regime.

The configurable hypotheses, therefore, are many some of which very problematic and discussed for the known limits that the doctrine and the jurisprudence find in the plot of norms and principles that regulate this field, norms that would perhaps need an organic revision in light of the changed socio-economic context¹.

Leaving a discussion of the individual questions posed by the various cases mentioned below, it can be said in general that the issue of the modifiability of the regime chosen by the spouses poses first of all a preliminary problem linked to the role that today can be attributed to the negotiating autonomy of the spouses and although without a doubt has had a progressive recognition it is still at the present time very controversial which actual limits are provided by the law or implicitly obtainable from the system².

¹ *Ex multis* F. BOCCHINI, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 452 of which, on the observation that spouses often change the regime of legal communion into that of separation due to the too many limits imposed on negotiating autonomy in this area, hopes for an organic legislative intervention that will redraw the boundaries between the individual initiative of the spouses and memberships in communion. Recalling the wide appeal that in the two-year period following the entry into force of the 1975 news had made the legal communion for the obvious gross tax benefits (possibility of transfers exempt from tax charges, the aim was to reduce the tax rates relating to family assets concentrated in the hands of only one spouse), proposes that the desired reform will take into account a tax incentive model in order to encourage the formation of community elements in the family economy.

² Cfr. B. VALIGNANI, *I limiti all'autonomia dei coniugi nell'assetto dei loro rapporti patrimoniali*, in *Famiglia*, 2001, p. 381, and so also the modification of art. 162, 3rd paragraph, of the Italian Civil Code (I. April 10, 1981, n. 142). Another sign of the increased space granted to the autonomy of the spouses must then be identified in art. 30 of 1. May 32, 1995. which highlights how the family law reforms, starting from that of 1975, testify to an expansion and strengthening of the faculties and powers of private autonomy, preparing a series of alternative property models among which the spouses can choose the one most appropriate to their needs, just think by way of example of the content of art. 159 of the Italian Civil Code, according to which the legal property regime of the family is that of communion in the absence of a different agreement stipulated pursuant to art. 162 c.c. And so also the modification of art. 162, 3rd paragraph, of the Italian Civil Code (I. April 10, 1981, n. 142). that has eliminated the necessary

Compared to the previous system in which any modification of the property agreement was prohibited, (thus under the code of 1865 art. 1385 and also in the code of '42 until the reform of the right of family law of '75, which had introduced the modifiability of the new conventions subordinating it to judicial control, which has been definitively abrogated in 1981³), today is currently provided for by art. 163 c.c. and also by art. 210 c.c.⁴, a rule that, as is known, regulates negatively the possible changes to the legal community

judicial authorization if they wish to enter into marriage agreements after the celebration of the wedding. Another sign of the increased space granted to the autonomy of the spouses must then be identified in art. 30 of 1. May 31, 1995, n. 218, provides for the possibility for the parties to derogate, with a specific written agreement, from the established criterion for the regulation of their patrimonial relationships. So also G. OBERTO, *L'autonomia negoziale nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Famiglia*, 2003, p. 617; E. ANDREOLA, *Autonomia negoziale dei coniugi e regime patrimoniale legale. Riducibilità della comunione e rifiuto del coacquisto ex lege*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 56.

³ Article. 162, 2nd paragraph, of the Italian Civil Code of 1942, in its original statutory formulation that “cannot be changed after the celebration of marriage” and art. 162.3 ‘paragraph provided for the possibility of entering into a marriage agreement after marriage provided that “they do not alter the marriage agreements already established”.

⁴ Article. 210 c.c. in the first place, it requires that the changes introduced by the spouses respect the requirements contained in art. 160 c.c., from which it can be inferred that the spouses cannot enter into agreements which depart from the rights and duties arising from marriage. Likewise, it is not allowed to depart from art. 161 of the Italian Civil Code, which prevents spouses from generally referring to foreign uses or laws, by requiring them, on the other hand, to make a concrete statement of the content of the agreements with which they intend to regulate their relations. Equally unsurpassed is the prohibition pursuant to art. 166 bis of the Italian Civil Code, which establishes the nullity of any agreement which in any case tends to the establishment of dowry goods. Furthermore art. 210 c.c. provides that it is not possible to extend the object of the goods constituting the communion by inserting some personal goods (art. 179 cc letter c, d, e), and finally that it is not possible to deviate from the rules of the legal communion relating to the administration of the communion benefits and the equality of the quotas limited to the assets that would form the subject of the legal communion. *Ex multis* E. RUSSO o.c., p. 505; F. GALLETTA, *I regolamenti patrimoniali tra coniugi*, cit., pp. 42 s.; ID., *La comunione convenzionale*, in *La comunione legale*, cit., p. 1054; E. QUADRI, *Modifiche convenzionali alla comunione legale dei beni*, in *Comm. dir. it. fam.*, Oppo e Trabucchi, III, Padova, 1992, p. 399.

regime by identifying certain limits whose extension is however far from clear and is the source of multiple interpretative doubts.

In an attempt to individuate the boundaries of the modifying power in this area, it can first be noted that the application of the principle of contractual liberty is also considered admissible to capital agreements, they being agreements aimed at regulating patrimonial relations⁵, to which should be applied the general discipline of contracts, in as much as specific provisions are not derogated⁶.

According to part of the doctrine, there would not be therefore doubts regarding the application of art. 1322 c.c. second paragraph, by virtue of which the 'constitutive' power of the spouses in relation to the stipulation of marriage agreements different from those that the law has expressly provided for and regulated should also be recognized⁷. In support of contractual autonomy in the topic here being examined, it can be highlighted how the legislator of 1975 did not accept the proposal to insert in art. 160 c.c. the prohibition for the spouses to dispose of their rights outside of the marriage agreements as provided by the code and deemed not to insert the sanction of nullity for the stipulation of matrimonial agreements different from those expressly provided⁸.

⁵ E. ANDREOLA, *Autonomia negoziale*, cit., p. 87.

⁶ G. GABRIELLI, *Regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 383. Cfr. also U. CARNEVALI, *Le convenzioni matrimoniali*, in *Tratt. Bonilini e Cattaneo*, Torino, 1997, 17, which highlights how controversial the legal nature of marriage agreements is, if in the case of common contracts included in the definitive rule of art. 1321 of the Italian c.c., even if subjected to a particular discipline, or if it is rather an independent legal category which is different from the contract of the common property law. The author notes, in any case, that the issue would have little practical relevance since both the proponents of the two different approaches come to the same conclusions regarding the applicability of the rules on contracts in general to matrimonial agreements. On the point V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, Milano, 1995, p. 37 ss.; MOSCARINI, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 1006 ss.

⁷ G. GABRIELLI, *Regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 383.

⁸ See OBERTO which reports the text of the proposed amendment to art. 160 c.c. advanced by the Sen. Falucci (art. 36), according to which "the spouses cannot dispose of the rights attributed to them by the law other than in the cases foreseen by the following rules" and of the amendment (proposed by the Hon. Morvidi) according to which "any marriage agreement other than those expressly provided for in this chapter is null ". On point cfr. also V. SACCO, *Regime patrimoniale e*

Analogous considerations lead also to the tenor of art. 161 of the Italian Civil Code which states that the spouses “cannot agree in a general way that their property relationships are wholly or in part governed by laws to which they are not subjected or by uses, but must make a concrete statement of the content of the agreements with which they intend to regulate their relationships.” From this it seems to be possible to deduce that the legislator certainly does not pursue the aim of prohibiting the constitution of agreements other than the typical ones, but that the content of the convention chosen by the spouses has a specific content⁹.

In addition, the doctrine considered art. 159 c.c. as the founding norm to recognize private autonomy in family law from which to derive the existence of a general principle of derogation from the legal regime, which in fact would operate «in the absence of a different convention stipulated pursuant to art. 162 c.c.»¹⁰.

The doctrine has generally shown openings regarding the possibility of constituting a completely atypical matrimonial regime¹¹,

convenzioni, in *Comm. rif. dir. fam.* Carraro, Oppo e Trabucchi, cit., p. 325, nota 6; A. e M. FINOCCHIARO, *o.c.*, p. 196 s.; A. MORELLI, *Autonomia negoziale e limiti legali nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Fam. dir.*, 1994, p. 105 s.

⁹ So M. CONFORTINI, *La comunione convenzionale tra coniugi*, in *Il diritto di famiglia, II. Il regime patrimoniale della famiglia, Trattato diretto da Bonilini e Cattaneo, continuato da Bonilini*, 2a ed., Torino, 2007, p. 297 according to which from the analysis of the rules of Chapter VI it can be concluded that there are no prohibitions to enter into agreements *aimed* at regulating their property relations according to rules that taken together cannot be traced back to any typed scheme.

¹⁰ RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, in *Comm.* Schlesinger e Busnelli, Milano 2004, p. 22; E. ANDREOLA, *o.c.*, p. 68 according to which art 159 cc it would constitute the institutional basis of contractual freedom in family property relationships, under which spouses could derogate from the legal regime of communion by stipulating special marriage agreements.

¹¹ For the legitimacy of atypical marriage agreements, see E. QUADRI, *Modifiche convenzionali alla comunione*, cit., p. 394; CORSI, *o.c.*, pp. 76-78; M. CONFORTINI, *o.c.*, p. 299, which concludes by stating that in the system outlined by the legislator spouses are given a wide choice regarding the regime to be adopted, being allowed to choose the legal communion regime, to adapt it pursuant to art. 210 c.c. to adopt the separation system or to insert on it an original and different property regime than the legal one. The Author highlights how in the case in which the spouses adopt an atypical matrimonial

governed exclusively by the agreement and stipulated with the sole limitation of compliance with the undisputable discipline of the primary patrimonial regime¹².

regime it *must* be subjected to the scrutiny of merit in the light of the general principles of autonomy and of the special discipline present in the provisions contained in Chapter VI of Title II of Book II of the Civil Code. On the subject before the reform of '75 cf. On the subject see, in a sense favorable to the rule of atypicality, C. GANGI, *Il matrimonio*, Milano, 1953, p. 317 ss.; BUSNELLI, voce *Convenzione matrimoniale*, cit., p. 514; *contra* FERRARA, *Diritto delle persone e della famiglia*, Napoli, 1941, p. 297; TEDESCHI, o.c., p. 477 s.; argues that prior to the reform, "it was widely believed that conventional freedom could only choose from typical regimes adopted by law" F. BOCCHINI, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, cit., p. 451. For the doctrine of the c.c. 1865 see. E. BIANCHI, *Del contratto di matrimonio*, Napoli, 1907, p. 30 ss.; (according to which the marriage contract "is inspired by the concept of the most boundless freedom [...]. Freedom is the rule, prohibition is the exception") (according to which the marriage contract "is inspired by the concept of the most boundless freedom [...]. Freedom is the rule, prohibition is the exception") *contra* STOLFI, *Diritto civile*, V, *Diritto di famiglia*, Torino, 1921, p. 285 (according to which in matrimonial conventions "individual autonomy has a not very wide field").

¹² In general on the question see PINO, *Diritto di famiglia*, Padova, 1975, p. 99 s.; TAMBURRINO, *Lineamenti del nuovo di famiglia italiano*, Torino, 1976, p. 210 s.; RUSSO, *L'autonomia privata nella stipulazione di convenzioni matrimoniali*, cit., p. 154 ss.; MAIORCA, voce *Regime patrimoniale della famiglia (disposizioni generali)*, in *Noviss. Dig. it.*, Appendix, VI, Torino, 1986, p. 472 ss.; DE RUBERTIS, *La comunione convenzionale tra coniugi*, in *Riv. notar.*, 1989, p. 42 ss.; MOSCARINI, *Convenzioni matrimoniali in genere*, cit., p. 1103; TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2000, p. 726 s.; ZATTI, COLUSSI, *Lineamenti di diritto privato*, Padova, 2001, p. 876. *Contra*, for the atypicalness, v. IRTI, *della comunione convenzionale*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, Carraro, Oppo e Trabucchi, I, 1, Padova, 1977, p. 459 ss.; DE PAOLA, MACRÌ, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1978, p. 219 ss.; GRASSO, *La comunione convenzionale*, in *Trattato Rescigno*, III, Torino, 1982, p. 535 s.; SANTOSUOSSO, *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 329 ss.; MORELLI, *Autonomia negoziale e limiti legali nel regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 105 s.; ID., *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 16 ss.; OBERTO, *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, cit., p. 604 s.; QUADRI, *Autonomia negoziale e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Giur. it.*, 1997, IV, p. 235 ss.; F. BOCCHINI, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, cit., p. 453; ID. *Rapporto coniugale e circolazione dei beni*, Napoli, 1995, p. 5

As far as the subject of this investigation is concerned, by virtue of the same argument, an atypical general 'regulatory power' with modifying content for the spouses could also be affirmed.

This obviously on the indefeasible assumption that such 'atypical' is compatible with the system of general rules and principles that regulate family law and in particular the property relations between spouses. The fact, in fact, that the spouses must have a specific property regime with precise non-derogable limits does not mean that the principle of the closed number applies in this matter – in order to create atypical regimes, they are the product of a constitutive or regulatory-modifying-power but rather it will be a matter of researching which spaces are allowed for atypicalness which in principle cannot be said to be excluded¹³.

In this regard, it can be anticipated as the 2nd and 3rd paragraphs of article 210 of the civil code, containing mandatory provisions, seem to refer exclusively to the modification of the regime of legal communion and not already that of the separation or other atypical matrimonial regime where deemed admissible¹⁴ and like art. 163c.c.

ss.; ZACCARIA, *Possono i coniugi optare per un regime patrimoniale «atipico»?», in *Studium iuris*, 2000, p. 947 ss.; PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, cit., p. 291 ss. On the topic also, in various ways, MARTI, *Il problema delle convenzioni atipiche nel diritto di famiglia*, in AA.Vv., *Tipicità e atipicità nei contratti*, in *Notebooks of Commercial Law*, 53, Milano, 1983, p. 89 ss.; GALLETTA, *I regolamenti patrimoniali tra coniugi*, cit., pp. 9 ss., 36 ss.; FUSARO, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Padova, 1990, p. 21 ss.; DORIA, *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, 1996, p. 156 s.; U. CARNEVALI, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 18 ss.; GABRIELLI, voce *Regime patrimoniale della famiglia*, in *Digesto disc. priv.*, Sez. civile, XVI, Torino, 1997, p. 382 ss.; GABRIELLI, CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, Milano, 1997, p. 236 s.; MONTECCHIARI, *In tema di forma e contenuto delle convenzioni matrimoniali modificative*, note to Cass., November 11, 1996, n. 9846, in *Dir. fam. pers.*, 1997, p. 1333; QUADRI, *Famiglia e ordinamento civile*, Torino, 1997, p. 96. For a review of the different positions PEPE, *Convenzioni matrimoniali - Comunione convenzionale - Separazione dei beni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, II, p. 233.*

¹³ So G. GABRIELLI, *Regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 335.

¹⁴ On the possibility of establishing an atypical regime in compliance with art. 161 c.c. and on the fact that this does not constitute a violation of the man-

regulate a general modifying power not referable exclusively to the legal regime, but to any marriage agreement¹⁵.

Central in this reflection is, therefore, the role of the autonomous negotiation of the spouses¹⁶ that must be assessed with reference to the *ratio* underlying the regulation of the family property regime necessarily to be reread based on the changed current socio-economic context, since the requests for protection placed at the basis of the family law reform have undoubtedly changed¹⁷.

There is no doubt that according to the idea that the *ratio rationale*? of the discipline dictated for legal communion would be

datory provisions of art. 210 c.c. see. E. GABRIELLI, *Regime patrimoniale della famiglia* in *Dig. Dis. Pr.*, XVI, Torino, 1997, p. 392 according to which the specific limits set by this rule would be dictated with exclusive reference to the modifiability of the legal regime and not already to the establishment of an autonomous matrimonial regime which would be subject only to the general limits of contractual autonomy and to those dictated with reference to the entire category of marriage agreements.

¹⁵ QUADRI, *Modifiche convenzionali alla comunione*, cit., p. 390. M. CONFORTINI, *La comunione convenzionale tra coniugi*, cit., p. 290 notes that conventional communion performs “the function of determining the degree of flexibility of the legal model of communion”. The coherence of conventional communion with the aims of the reform has recently been effectively highlighted by SATURNO, *La comunione convenzionale*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, diretto da Gabriella Autorino Stanzione, III, *I Rapporti patrimoniali. L'impresa familiare*, Torino, 2005, p. 313.

¹⁶ See G. CIAN, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, in *Confini attuali dell'autonomia privata*, a cura di D. Belvedere e C. Granelli, Padova, 2001, p. 37; R. AMAGLIANI, *Appunti su autonomia privata e diritto di famiglia: nuove frontiere della negozialità*, in *I Contratti*, 2014, p. 582.

¹⁷ It is undeniable that negotiating autonomy in the context of relations between spouses has undergone a great evolution, starting from the overcoming of a publicist conception of the family institution, in which the agreement between the spouses was sacrificed for the benefit of higher interests and of meta-individual values. The application expressed by the legislator of '42 had as a socio-economic reference a family organization characterized by a marked inequality, powers and subjection, by a hierarchical structure, focused on the figure of the husband, to whom the choices concerning the family life. See *ex multis* A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 213 ss.; R. AMAGLIANI, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, Torino, 2005, *passim*.

to protect the public interests, since these must prevail in any case over the negotiating autonomy of private individuals, is no longer supported by valid arguments and also surpassed by the most recent international legislation¹⁸.

As evidenced by the doctrine, the new model of family community has re-proposed the theme of the spouses' autonomous negotiation on a new basis, since the socio-economic scenario in which the family unit is placed today and with it the socio-legal relevance attributed to the family has changed¹⁹.

The 'nuclear' family model as a 'natural society', which is essentially configured as a meeting place for individual affections and freedoms, structured mainly in function of personal and spiritual values²⁰, such as solidarity and the sharing of existential moments,

¹⁸ *Ex multis*, F. BOCCHINI, *Autonomia negoziale*, cit., p. 453, who notes that marriage agreements have lost the traditional character of "constituent card of the new family", which still resisted in the civil code of 1942 with the main feature of their substantial immutability (art. 162 c.c. abr.) and that the so-called family affirmed nuclear or conjugal instead of the so-called enlarged or patriarchal as a by now generalized model of the family community, the regulation of property relations between spouses is now left to the exclusive autonomy of the spouses; reasons for which it states that marital agreements should be considered as instruments for regulating the secondary patrimonial content of the marital relationship with the content freely predeterminable by the spouses in compliance with the limits of the primary patrimonial regime.

¹⁹ See F. BOCCHINI, *Autonomia negoziale*, cit., p. 437, which highlights how the affirmation of businesses as the undisputed protagonist of economic life changes the same model of social relations. In today's society, families come into possession of money through multiple channels, often concomitant, such as wages, salaries, premiums, profits, annuities, interests, or subsidies and additions by the State, etc. wealth also takes on ever more forms of securities and businesses are less and less representative of family assets.

²⁰ See GALASSO, *Regime patrimoniale della famiglia*, t. I, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2003, p. 552; SCHLESINGER, *Della comunione legale*, in *Comm. rif. dir. fam.* Carraro, Oppo e Trabucchi, Padova, 1977, p. 364; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, 4^a ed., Milano, 2005, p. 88. In the sense that the reform would have been aimed at "raising the moral and juridical position of the woman to the same level as the position of the man; valorising the domestic work of the woman on a moral and patrimonial level, both in housekeeping, both in the care of people, both in education and in the education of children" see FALZEA, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *La riforma del diritto di*

has implicitly recognized greater value of the autonomy of organization of the family community, protected from State intervention²¹.

But in this area it would perhaps also be appropriate to rethink what ever interests are effectively protected by the current system and in particular if the protection of the weak spouse against those prevocations that he could suffer if space is left in this area to an excessive negotiating autonomy is still current, arguments based on a restrictive interpretation of the possibility of changing marriage agreements.

A relief, not exhaustive, but which cannot be devalued either, concerns the finding of the inconsistency of attributing to the agreement of the spouses the power to completely remove the regime of communion in order to apply the separation of property and instead deny it the power to make the changes that would most likely pursue their interests.

The prohibition to derogate from the regime of legal communion translates into the paradox that in order to circumvent it the spouses often come directly to the dissolution of the communion itself causing the complete dispersion of that sense of protection of the weaker spouse²².

famiglia. Atti del II Convegno di Venezia svolto presso la Fondazione «Giorgio Cini» nei giorni 11-12 marzo 1972, Padova, 1972, p. 62; similmente OPPO, Il regime patrimoniale della famiglia, cit., p. 71.

²¹ On the choice of the definition of the family as “natural society” cf. diffusely F. Bocchini, *Autonomia*, cit., p. 439 which reports the interesting debate that took place in the Constituent Assembly in particular about the meaning that was intended to be attributed to the expression natural society: Moro pointed out that with this formula it was intended to establish that “the family has its own sphere of autonomous order towards the state, which, when it intervenes, finds itself faced with a reality that cannot impair or change”; and La Pira added that this formula expressed “a natural law system that requires a constitution and a purpose according to the type of family organization”. The debate was summarized as follows by Mortati: “the definition [...] reveals its normative character. With it, in fact, we want to assign to the family institution its original autonomy, destined to limit the powers of the future legislator in order to regulate it”. The author highlights the importance of recognizing the family as a “natural society” which first of all marks the limits to the State’s intervention in the organization of family life, which is left to the free explanation of family relationships.

²² F. BOCCHINI, *Autonomia*, cit., p. 452 which highlights how the possibility

The inadequacy of the regime of the legal community often lies precisely in the excessive rigidity of the discipline as devised by the legislator and interpreted in doctrine and jurisprudence.

In the examination of the variations that may concern marriage agreements it can be appropriate, as a preliminary point, to attempt to decline the concept of modification to marriage agreements through an investigation of all those hypotheses that can recall the broad and generic notion of modification and which involve a whole series of transformations of innovations and alterations that can lead to misunderstandings, and even sterile discussions.

First of all, the modification contract determines a variation of the relationship which is placed on a continuity plane with the pre-existing relationship and which therefore fits on the same juridical track unlike the constitution or extinction of a juridical relationship, it invests only a part of it.

leaving the “identity” unchanged²³. Therefore, the concept of modification includes all those variations which, being “homogeneous”, transform the system of interests while leaving intact the fundamental nucleus of the chosen regime. When, on the other hand, the variation involves a transformation that affects the fundamental nucleus, making the marriage agreement as varied and as such no longer attributable to the previous one, a properly extinct phenomenon occurs²⁴.

The term “identity” expresses the compatibility of the modification with the continuation of the original legal situation, except

of using a property regime designed in a way that is functional to the needs of the specific family unit, especially in relation to the determination of the communion object, could prevent the couple from moving more easily towards the separation of assets (according to a standard which, moreover, is progressively increasing, especially in the areas and social classes with the most widespread economic development).

²³ M. ALLARA, *Le vicende del rapporto*, cit., p. 22; ID., *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1952, p. 7; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3^a ed., Napoli, 2006, p. 710.

²⁴ E. MARMOCCHI, *Modifica delle convenzioni matrimoniali*, in *Riv. not.*, 1981, p. 379, according to which we can speak of modification if the change occurs in the permanence of the regime whose essence is not changed.

for the variation made. A modification that alters the nature of the relationship would not only be a modification, but would lead to the extinction of the existing relationship²⁵.

Therefore the modification, as a partial transformation, change of something “accessory” in the permanence of the identity, should evoke the concept of adaptation, of variation aimed at making, in the case in question, the matrimonial actuarial regime and in accordance with the new set of interests but without replacing it with a regime so different as to extinguish progress.

Therefore, the agreements with which the spouses replace the regime of legal or conventional communion with the regime of the separation of property or vice versa, can be defined as agreements with extinctive and not already modifying efficacy, with which the extinction of the previous regime and a new one is established.

Apart from the extreme act of exclusion of the legal regime pursuant to articles 159 and 162 of the civil code there remain however, as we have seen, a wide range of documents by which the spouses, for reasons of economic convenience, linked for example to tax reasons, may wish to create a property structure even if only partially removed from the full operation of the legal community by carrying out individual derogations. We have already mentioned the various alternative hypotheses to the exclusion in full of the community regime through which to negotiate reductive agreements, to provide for partial dissolution of the legal regime, to enter into agreements that exclude individual goods from communion or to establish legal stores aimed at preventively preventing the purchase in communion of a specific asset by the so-called refusal of co-purchase.

However, not all of these hypotheses can be traced back to the modification category. In particular, the intention here is to investigate the legal nature of these agreements, postponing the reflections on their admissibility or otherwise, highlighting how some of these, although carrying out a “variation”, are agreements that exhaust their effects in execution and not on the programmatic level²⁶.

²⁵ A. ALAMANNI, *La modifica del contratto: l'identità e gli effetti*, Torino, 2018, p. 8.

²⁶ A. ALAMANNI, *La modifica*, cit., p. 13.

While the amending contract has an innovative efficacy that simultaneously determines a phenomenon of permanence and a phenomenon of transformation of the relationship, causing a change in the execution phase, the exclusion and the refusal of the co-purchase are agreements collocated in the execution phase and do not affect the source of the relationship. The spouses agree that a single asset is excluded from the regime of communion by becoming a personal good or that a single asset does not fall into communion, without determining a change in the current regime.

The distinction, therefore, between the expulsion of an asset or the refusal of co-purchase with a modification of the regime, is that the latter does not concern a single determined asset, but the inclusion of a different discipline that will apply for the future.

These figures determine *in executivis* a variation that does not affect the identity of the regime or even in its perceptive content, not implying a structural organic variation for the future²⁷.

Therefore with this agreement it is true that a variation of the property subject to the regime of communion is implemented, but it does not affect the object of the property agreement, remaining unvaried the norms that discipline the assets that in the future will fall into communion. There is not, therefore, an indispensable programmatic variation in the modification.

In a completely theoretical way, if it were admissible, it would instead constitute a modification of the regime of legal communion; instead of the attribution of power to the spouses, in the presence of certain assumptions, to derogate from the automatic purchase of goods in communion or the power to oust certain goods from the same. It would be an agreement aimed at modifying for the future the discipline envisaged by the code, with a programmatic function.

Other hypotheses ascribable to the modification category are those agreements aimed at expanding or reducing the categories of

²⁷ See on this point U. CARNEVALI, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 16, which highlights how marriage agreements can be distinguished, from the point of view of the effects that derive from them in dispositive programmatic conventions, including among the dispositions the conventions that for example bind a specific asset to the capital fund or those that extend communion with the inclusion of a specific asset already owned by one of the spouses.

goods subject to the regime of communion or aimed at various elements of the discipline.

In this context it is therefore a question of placing and qualifying the figure governed by art. 210 of the Italian Civil Code, entitled 'Conventional changes to the legal communion of goods', which, as is known, provides that spouses can modify the regime of legal communion of goods, by marriage agreement, circumscribing the limits of said modifying power in compliance with the provisions of art. 161, in the exclusion that some personal goods (lett. C, d, and art. 179 cc) can be included in the conventional communion, and in not being able to derogate from the norms of the legal communion relating to the administration of the goods of the communion and to the equality of quotas limited to assets that would form the subject of legal communion.

1.1. First of all, the evident difference between the regime of separation and legal communion, which have well-defined contents and discipline, and the conventional communion which is instead characterized by the atypical nature of its content; the norm in fact, by merely delimiting in the negative the spouses' modifying power without establishing in positive the content, is configured as a container subject to being filled with every hypothesis of permissible variation that the spouses want to give to their property relationships²⁸.

From the literal tenor of art. 210 c.c. there is no doubt that the spouses can determine the object of communion by agreement, including also personal property, with the exception of some categories expressly excluded from the same norm, or all the income that in the bond regime are subject to the deferred communion regime and limited to these assets to establish rules of administration and enjoyment other than the legal ones and eventually a different criterion for allocating the shares. These variations in large part could be qualified as modifying hypotheses. But the rule in question has been the subject of many interpretative doubts as to the extension or less of the limits it can find, and depending on whether one adheres

²⁸ CONFORTINI, *o.c.*, p. 19; CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, II, Milano, 1984, p. 10.

to a setting that enhances or diminishes the contractual autonomy of the spouses or not, there are also other variations to the legal communion regime not all of which may be pacifically traceable to the modifying category²⁹. More discussed are the possibility of reducing the object of communion and the hypothesis of changes in the discipline of goods excluded in the legal communion.

With regard to the reconditioning or not of the hypotheses mentioned above within the amending category, the well-known discussion in doctrine, especially in the first years following the family law reform of '75³⁰, on the question of whether conventional communion is to be qualified as a modification of the legal communion or if on the contrary it is an autonomous matrimonial regime compared to the regime of legal communion and that of separation³¹.

²⁹ Thinking, for example, of a change that leads to the exclusion of the hypotheses of immediate communion, with the establishment of a regime similar to that of the German *Zugewinnngemeinschaft*, that is, of a deferred communion of capital increases achieved during married life §§ 1363 ss. BGB, cfr. in tal senso ZACCARIA, *Possono i coniugi optare per un regime patrimoniale «atipico»?*, cit., p. 947 ss. e G. OBERTO, *Della comunione convenzionale*, cit., p. 491 ss. Sulla questione si veda il capitolo successivo

³⁰ To date, however, in doctrine the issue has lost the practical importance it had before the 1981 reform, when it was instead decisive to establish whether the judicial authorization, required only for changes to the regime and not for the change of regime, were also necessary for the stipulation of a conventional communion, cf. on the verge GRASSO, *o.c.*, p. 536, according to which the issue would have no greater practical relevance following the reform of 81.

³¹ T. AULETTA, in *Nuova Giust. civ.*, 2012, p. 617; PARRINELLO, *Della comunione convenzionale*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, a cura di Balestra, Utet, Torino, 2010, II, p. 240; N. IRTI, in *Comm. rif. fam.*, I, 1, p. 455; E. QUADRI, *Modifiche convenzionali alla comunione legale*, cit., p. 390; B. GRASSO, *o.c.*, p. 643; RUSSO, *vita notarile*, 1982, p. 488; F. PARENTE, *Comunione legale e autonomia coniugale*, Napoli, 1984; PITTALIS, in *Tratt. Zatti*, III, p. 519; M. CONFORTINI, *La comunione convenzionale tra coniugi*, in *Il regime patrimoniale della famiglia Tratt.* Bonilini e Cattaneo, II, Padova, 1997, p. 331; BONIS, *La nuova disciplina della pubblicità immobiliare con la riforma del diritto di famiglia*, in *Il nuovo diritto di famiglia. Contributi notarili*, Milano, 1975, p. 291 ss.; ATLANTE, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia alla luce della prima esperienza professionale notarile*, in *Riv. not.*, 1976, p. 6; GRANELLI, *Profili civilistici e riflessi tributari del nuovo diritto di famiglia*, in *Boll. Trib. informaz.*, 1977, p. 1424; DE PAOLA, MACRÌ, *o.c.*, p. 224; CORSI, *Il regime patrimoniale della*

According to part of the doctrine, it would be a conventionally modified legal community, through an integration of the legal regime and therefore defined as a conventional communion³².

The basis of this approach is the finding that the reference EU regime remains in any case that of the legal community being able to vary the rules regarding the administration, nor the equal retention of quotas and moreover that the same art. 210 c.c. makes reference only to the variation of the object of communion. They recognize in the norm that its only function is to circumscribe the spouses' powers to make changes to the legal regime³³.

Only by giving this interpretation it is believed that the rubric of the norm acquires a sense and thus even the formulation of the 1' paragraph of the same which explicitly makes reference to the modification and not to the diverse concept of substitution, as well as the mandatory nature of the provisions of the 3rd paragraph regarding the administration and the principle of equality. In addition, the whole tenor of the discipline would seem in their opinion to refer only to the extension of the object in the persistence of the regime communion³⁴.

famiglia, cit., p. 10; GRASSO, *La comunione convenzionale*, in *Tratt. Rescigno*, III, Torino, 1996, p. 645; SATURNO, o.c., p. 316; BARBIERA, *Comunione legale e regime patrimoniale*, Bari, 1979, p. 409;

³² In this sense the dominant doctrine is expressed. Among the authors who support this orientation see, without claims of exhaustiveness N. IRTI, sub *Artt. 210 e 211, Della comunione convenzionale*, in *Comm. Carraro, Oppo, Trabucchi*, Padova, 1977, p. 454; CIAN, VILLANI, *La comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)*, in *Riv. dir. civ.*, cit., p. 407; ID., *Comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)*, in *Noviss. Dig. it.*, cit., p. 188; E. RUSSO, *L'autonomia privata nella stipulazione di convenzioni matrimoniali*, in *Vita notarile*, 1982, p. 503; PINO, *Il diritto di famiglia*, 2^a ed., Milano, 1984, p. 130; MAIELLO, *Comunione dei beni tra coniugi*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988, p. 11; GALLETTA, *I regolamenti patrimoniali tra coniugi*, Napoli, 1990, p. 27; ID., *La comunione convenzionale*, in *La comunione legale*, II, cit., p. 1050; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, 4^a ed., Milano, 2005, p. 71 s.

³³ N. IRTI, o.c., p. 454; CIAN, VILLANI, *La comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)*, in *Riv. dir. civ.*, cit., p. 407; E. RUSSO, o.c., p. 503; PINO, o.c., p. 130; MAIELLO, *Comunione dei beni tra coniugi*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988, p. 11; GALLETTA, o.c., p. 27 ss.; C.M. BIANCA, o.c., p. 89 s.

³⁴ N. IRTI, o.c., p. 454; E. RUSSO, o.c., p. 503.

Contrarily, on the other hand, other parts of the doctrine believe that it is a self-governing regime and that articles 210 and 211c.c. would give spouses the power to replace the regime of communion outlined by the legislator with a different type of communion governed by their choice and subtracted, although not expressly foreseen, from the application of the rules dictated for legal communion³⁵. Support of this interpretation in addition to its systematic positioning, the conventional communion is regulated in an autonomous section equal to the other two regimes. The use of the conditional verbal procedure of the 3rd paragraph of art. 210 of the Italian Civil Code, by virtue of which it would be possible to speak of goods which “would form the object of legal communion” only if it is admitted that, by the will of the parties, the goods themselves are then concretely constituted the object of an alternative communion which would be precisely that which is conventional³⁶.

In any case, beyond the normative dictation and the terminology used by the legislator, it could instead be considered necessary to carry out a concrete assessment of the content of the changes made by the spouses and to establish from time to time their effective scope, so that their modification or non-modification nature actually derives from the incidence of additions, replacements or eliminations where they are such as not to have altered the fundamental

³⁵ BONIS, *La nuova disciplina della pubblicità immobiliare con la riforma del diritto di famiglia*, in *Il nuovo diritto di famiglia. Contributi notarili*, Milano, 1975, p. 291 ss.; ATLANTE, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia alla luce della prima esperienza professionale notarile*, in *Riv. notariato*, 1976, p. 6; GRANELLI, *Profili civilistici e riflessi tributari del nuovo diritto di famiglia*, in *Boll. Trib. informaz.*, 1977, p. 1424; DE PAOLA, MACRÌ, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 224; CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, II. *Le convenzioni matrimoniali. Famiglia e impresa*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, continued by Mengoni, Milano, 1984, p. 10; GRASSO, *La comunione convenzionale*, in *Tratt. Rescigno*, III, Torino, 1996, p. 645; SATURNO, o.c., p. 316; M. CONFORTINI, o.c., p. 331; E. QUADRI, *Il regime patrimoniale della famiglia nella prospettiva dell'autonomia privata*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 120; FRAGALI, *La comunione*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, already directed by Cicu e Messineo and continued by Mengoni, App. agg., I, Milano, 1977, p. 25 s.; A. e M. FINOCCHIARO, o.c., p. 1196; SANTOSUOSSO, *Beni ed attività economica della famiglia*, Torino, 1995, p. 309.

³⁶ S. PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, in *Tratt. Zatti*, III, p. 14 ss.

core of the regime³⁷. Undoubtedly the margin of modifiability that apparently leaves art. 210 c.c. to the contractual autonomy of the spouses would seem to be very slender and as such leaving no space for the creation of an autonomous regime, but this valuation must indeed take into account an evolutionary interpretation of the underlying interests of the rules here under analysis, which goes to analyze how much and how the limits set forth by the provisions of the rule are actually such.

In general, then, the norm elicits more than a few questions regarding its systematic positioning and, for the purposes of these first reflections, one must also question the relationship between the conventional communion and the modification contract, that is if without prejudice to a general modifying power of matrimonial agreements with spouses, art. 210 c.c. it represents only one of the possible explanations or if it constitutes the only hypothesis of modifiability having to consider implicitly forbidden any other modifying power for the spouses. Where the marriage agreement is the only possible modification hypothesis, it would therefore not be possible, for example, to make changes to the regime of separation of property, or at a later time to the same conventional communion. And, on the opposite side, one should also come to the conclusion that any variation one wishes to make to the regime of legal communion, albeit minimal, cannot fail to pass through the stipulation of a marriage agreement.

Although this approach has been supported in doctrine, it cannot be overlooked that art. 163 c.c. instead, refers to a general power to modify marriage agreements and how it is far from obvious to think that conventional communion should be interpreted as the only tool through which to make the changes governed by art. 163 of the Civil Code³⁸.

2. – 2.1. According to article 210, 2nd paragraph of the Civil Code, the legal community regime can be modified. With regard to the content of the modifications, the doctrine – with only a few excep-

³⁷ A. ALAMANNI, *Modifica del contratto*, cit., *passim*.

³⁸ M. CONFORTINI, *La comunione convenzionale*, cit., p. 295, which highlights how art. 210 c.c. seems to regulate only the limits to the modifiability of the legal regime while from it elements could not be drawn to consider exclusion of the power of the spouses to constitute atypical agreements.

tions – agrees in admitting the possibility to expand the object of legal communion by including personal assets as defined by art. 179 c.c., except for those listed by the same article at letter c), d) and e): assets of strictly personal use of each spouse, as well as their accessories; work-related assets of a spouse, except for those used for the management of a company which is part of the communion; assets obtained as compensation for damage; a pension relating to the total or partial loss of working capacity³⁹. Therefore, the possibility of a universal communion of goods is unanimously excluded. What is still being discussed by the doctrine is which personal assets can be included in a conventional community of property albeit not being explicitly excluded by art. 210, 2nd paragraph c.c. First of all, the debate refers to the assets purchased by spouses after the conclusion of the agreement, as a result of a donation or inheritance. In fact, there could be an alleged contrast both with the ban regarding donations of future assets and with the ban regarding successor agreements⁴⁰.

³⁹ Regarding *ratio* of the norm in the doctrine, it is believed that it resides in compliance with the right to self-determination enshrined in art. 2 Cost. it., Cfr. E. Russo, *L'autonomia privata*, cit., p. 505. It is also believed that the limit contained in art. 210 c.c. it should only refer to the modifications *tout court* and instead the spouses are allowed to put in communion single goods falling into the categories mentioned in art. 210, believing that “the specific nature of the object of such an act excludes, in fact, the possibility and risk of an attack on the independence and autonomy of the individual legal sphere”; so così LO SARDO, *La comunione convenzionale nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. not.*, 1991, I p. 1271 s. Cfr. R. DE RUBERTIS, *La comunione convenzionale tra i coniugi*, in *Riv. not.*, 1987, I, p. 49. Disagree Cfr. T. AULETTA, *o.c.*, p. 627, that critically highlights how the prevailing doctrine reconstructs, the limit of art. 210 c.c. restrictively, limiting it to the so-called ‘programmatic clauses’, bringing the entire indicated category into communion, while the Author believes that the contributions in communion of individual goods having said destination also constitute a violation of the prohibition. It notes that the entry into communion of the property does not necessarily mark the cessation of its use for the purpose, so if the entry into communion was incompatible with the protection of the fundamental values of the person, even dispositions concerning individual assets could be harmful to the same values. By way of example, it reports acts which the spouse introduces into communion the property where he carries out the work activity or different tools used in it, or the case of the company managed separately.

⁴⁰ About this questions seeing B. VALIGNAI, *I limiti all'autonomia dei coniugi nell'assetto dei loro rapporti patrimoniali*, in *Famiglia*, 2001, p. 381; GALLETTA,

With regard to assets purchased as a result of donation, it can be noted how the enlargement agreement would not include future assets at the time of the donation, but future donations of assets already existing at the time of the donation⁴¹. Part of the doctrine believes, however, that this explanation, although pertinent, can not be applicable if the enlargement of the object of the communion is considered an act of liberality⁴².

The doctrine expresses even more doubts with regard to the enlargement of the object of the communion with assets deriving from an inheritance yet to be opened⁴³. The validity of the enlargement depends on the ratio of the ban: the part of the doctrine that considers such an enlargement invalid, affirms that the sense of art. 458

o.c., p. 49; DE PAOLA, *o.c.*, p. 721 s.; LO SARDO, *o.c.*, p. 1297; QUADRI *Modifiche convenzionali alla comunione legale*, cit., p. 400; PALADINI, *La comunione convenzionale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, IV, II, Torino, 1999, p. 465 s.; GIUGLIANO, *La comunione convenzionale*, in *La famiglia, Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, II, Torino, 2000, p. 409 according to which the programmatic insertion of purchases by succession would lead to a possible violation of the prohibition of succession agreements. In this sense E. ANDREOLA, *o.c.*, p. 74 that thinking cannot be attributed to communion assets of letter b) (purchases *mortis causa* and by donation), for violation of ban successor agreements (art. 458 cc) and of ban donation of future assets (art. 771 cc). For a different opinion seeing VENDITTI, *Comunione tra coniugi e convenzioni ampliative*, in *Dir. fam. pers.*, 1995, p. 291 that instead believes that art. 210 c.c. indirectly it would have allowed the fall in communion of such goods, constituting a derogation from art. 458 c.c.; in the same sense OBERTO, *L'autonomia negoziale*, cit., p. 676, according to which such an interpretation would provide a totally abrogating reading of the reference to art. 179, lett. b) c.c. operated by art. 210 c.c.

⁴¹ VALIGNAI, *I limiti all'autonomia*, cit., p. 381; GALLETTA, *o.c.*, p. 49; DE PAOLA, *o.c.*, p. 721 s.; LO SARDO, *o.c.*, p. 1297; QUADRI, *Modifiche convenzionali alla comunione legale*, cit., p. 400; PALADINI, *La comunione convenzionale*, cit., p. 465 s.; GIUGLIANO, *o.c.*, p. 409 according to which the programmatic inclusion of purchases by succession would lead to a possible violation of the ban successor agreements, while it believes that there is no violation of the prohibition of art. 771 of the Italian Civil Code.

⁴² Cfr. T. AULETTA, *o.c.*, pp. 626.e 627.

⁴³ BALESTRA, MARTINO, *I patti successori*, in *Trattato delle successioni e donazioni* Bonilini, Giuffrè, 2009, I, p. 63 ss.; OBERTO, *L'autonomia negoziale*, cit., p. 676.

c.c. is the need to protect the successor from reckless acts of disposal including those regarding assets which he still doesn't own⁴⁴.

Another part of the doctrine has a more shareable opinion and believes that the problem is implicitly resolved by the fact that art. 210 2nd paragraph. c.c. does not include assets deriving from an unopened inheritance in the category of those which must be excluded⁴⁵. Thus, such assets constitute an exception to the aforementioned prohibitions.

In any case, the problem appears to be ill-posed. In fact, the successor agreements ban should regard the current act of disposal of unopened inheritances. However, in the case at hand, such actuality is absent as the agreement regards the future inclusion in the communion of assets purchased by inheritance. Since the purchase is not ongoing, there doesn't seem to be a violation of successor agreements. Furthermore, when an asset becomes part of a communion, it is subjected to certain management limitations and the administration rules do not correspond to the typical full ones of an owner.

Another way a conventional community of property can be enlarged is through the possibility of inserting into an immediate communion those assets which would be included in a *de residuo* communion⁴⁶.

⁴⁴ About this problem T. AULETTA, *o.c.*, p. 626, who in the opposite direction also adds that those who instead believe that the foundation of art. 458 c.c. it depends exclusively on a judgment of reprehensibility of the negotiations concerning the assets of a person still living believe the above extension legitimate. The Author specifies how the reference to such purchases would not in fact integrate the ratio of the ban. While the opposite solution, he says, should instead be received if the main foundation lies in the need to protect the successor from rash dispositions or in any case relating to assets not present in his assets. Disagree seeing PARENTE, *o.c.*, p. 41 e GALASSO, *o.c.*, p. 575

⁴⁵ For a different opinion regarding the ban of art. 458 c.c. seeing VENDITTI, *o.c.*, p. 291 who instead believes that art. 210 c.c. indirectly it would have allowed the fall in communion of such assets, constituting a derogation from art. 458 c.c.; agree PARENTE, *o.c.*, p. 41 and GALASSO, *o.c.*, p. 575, who share that art. 210 c.c. introduced a derogation from the ban on successor agreements; VALIGNAI, *I limiti all'autonomia*, cit., p. 381; GALLETTA, *o.c.*, p. 49; DE PAOLA, *o.c.*, p. 721 s.; LO SARDO, *o.c.*, p. 1297; QUADRI, *MODIFICHE CONVENZIONALI ALLA COMUNIONE LEGALE*, cit., p. 400; PALADINI, *La comunione convenzionale*, cit., p. 465 s.

⁴⁶ FRAGALI, *o.c.*, p. 26; BARBIERA, *o.c.*, p. 438; SANTOSUOSSO, *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 331; A. e M. FINOCCHIARO, *o.c.*, p. 1198; LO

While the majority of the doctrine believes that spouses can enlarge the object of a communion and include assets referred to by art. 179 lett. f) c.c.⁴⁷, a minor part of the doctrine denies this possibility.

It is argued that this clause would represent an unlawful way to bypass the rule set by art. 210 3rd paragraph. c.c. which prohibits subjecting assets of a legal communion to different administration rules. In fact, it is believed that this limitation does not apply to assets that become part of a communion through an enlargement agreement⁴⁸. In any case, this clause cannot be used to include the categories of assets expressly excluded by art. 210 c.c., into a communion⁴⁹.

Until a few years ago, the doctrine discussed if it was possible to modify a communion by inserting credit claims. Until recently, in fact, the jurisprudence stated that such claims were to be qualified as personal assets of the spouse who had the right to them. In such a context, the

SARDO, *La comunione convenzionale nel regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 1265 s.; E. QUADRI, *Modifiche convenzionali alla comunione legale*, cit., p. 400; DE PAOLA, *o.c.*, p. 722; SANTOSUOSSO, *Beni ed attività economica della famiglia*, cit., p. 311 s.; GABRIELLI, CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, cit., p. 296 s.; OBERTO, *Della comunione convenzionale*, cit., p. 491 ss.; SESTA, *Diritto di famiglia*, cit., p. 190; VALIGNANI, *o.c.*, p. 390, that highlights the fruits of personal property there seems to be no doubt, some doubts have been raised regarding the proceeds of the separate activity of each spouse, noting that in this way the spouse would be unable to purchase personal assets, between which also those who serve for the exercise of the profession, being deprived of own money. However, it has been correctly answered that this approach is incorrect, based on the assumption of the absolute impossibility that common money is used for the purchase of personal assets: it must in fact be considered that if one proceeds, with common money, to purchase assets of which art. 179 lett. c) and d) c.c. however, they remain personal, given the ban sanctioned by art. 210, 2nd paragraph, of the Italian Civil Code.

⁴⁷ LO SARDO, *o.c.*, p. 1251; R. DE RUBERTIS, *La comunione convenzionale*, cit., p. 63 s.; PALADINI, *o.c.*, p. 465; GIUGLIANO, *o.c.*, p. 411 ss.

⁴⁸ In this sense looking GALLETTA, *I regolamenti patrimoniali tra coniugi*, cit., p. 50 s.

⁴⁹ A. BECCU, *Ampliamento e riduzione dell'oggetto della comunione legale mediante convenzione stipulata ai sensi dell'art. 210 c.c.*, in *Fam., pers. Succ.*, 2009, p. 355 which highlights how for this reason other doctrine believes that the assets referred to in art. 179, lett. f), can be included in communion, as long as it is not a matter of purchases concerning assets belonging to the categories indicated in art. 179, lett. c), d) and e).

reference to the aforementioned clause had the purpose to overcome the consolidated judicial interpretation⁵⁰. Today, the doctrine still discusses the possibility of inserting assets purchased by accession, which are unanimously not considered part of a communion of assets⁵¹.

2.2. A matter which is still controversial regards the possibility to modify the object of a legal communion by excluding certain categories of assets or purchases, through the conclusion of a marriage agreement pursuant to art. 210 c.c.⁵².

An example could be an agreement which excludes that, at the time of the dissolution, profits and residual earnings and work-related assets of a single spouse become part of the communion. Other examples could be an agreement which excludes assets with a certain origin, such as those purchased with certain types of savings, from an immediate communion; or an agreement which excludes certain types of assets such as real estate or registered movable property, or assets intended for a particular use, such as the a company purchased or established during the marriage and managed by both spouses. An extreme example could be the exclusion of the entire immediate communion, and the creation of a regime similar to the german “*Zugewinnngemeinschaft*”, that is to say a communion de-

⁵⁰ T. AULETTA, *o.c.*, p. 626; PARRINELLO, *o.c.*, p. 257.

⁵¹ T. AULETTA, *o.c.*, p. 626

⁵² For the doctrine contrary to the reduction provided by the legal community, see DE RUBERTIS, *Pubblicità immobiliare e rapporti patrimoniali tra coniugi*, cit., p. 133 s.; BIANCA, *o.c.*, p. 90 s.; MAIELLO, *Comunione dei beni tra coniugi*, cit., p. 11, who thinks if the parties “do not want to reach the separation of assets regime [...] any limitation of the joint acquisition regime, other than that relating to the company, is void”; RUSSO, *L'autonomia privata*, cit., p. 264; GALLETTA, *o.c.*, pp. 32 e 72 s., according to which only the exclusion of goods considered individually is allowed and provided that this does not lead to a “substantial emptying of communion”. For the doctrine in favor of a marriage agreement which provides for the reduction of the object of communion goods, see instead T. AULETTA, p. 623 ss.; CONFORTINI, *o.c.*, p. 344; LO SARDO, *o.c.*, p. 1273 s.; PARRINELLO, *Della comunione convenzionale*, cit., p. 261; OPPO, *Responsabilità patrimoniale e nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 108 ss.; GABRIELLI, CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, cit., p. 296 s.; PALADINI, *La comunione convenzionale*, cit., p. 468; B. VALIGNANI, *o.c.*, p. 394.

ferred of profits gained during married life⁵³. Undoubtedly, if such a hypothesis were to be considered admissible, it would be legitimate to question whether it could be classified as a modification of a legal communion or as an autonomous and different legal regime.

Another hypothesis which can be examined is the conclusion of a matrimonial communion pursuant to art. 210 c.c. containing a specific clause attributing the possibility to eliminate a single asset from the communion, or the possibility, with the consent of the spouses, to avoid a single asset from becoming part of the communion in the presence of predetermined preconditions⁵⁴.

With regard to the first matter – the reduction of the object of the communion – part of the doctrine has denied that it is admissible, believing that such a possibility would inevitably lead to the violation of art. 210, 3rd paragraph. c.c. which prohibits the possibility to derogate from the rules regarding administration and equality of shares. Furthermore, it is argued that such a possibility should be considered implicitly precluded by art. 191 c.c. This article foresees the possibility of dissolution of the communion only in regard to the company managed by both spouses or established after the marriage⁵⁵.

On the contrary, the majority of the doctrine recognizes the possibility for the spouses to reduce the object. It is argued that if the legislator allows to substitute a legal regime with a separation one, it is not legitimate to interpret art. 210 c.c. in a restrictive manner⁵⁶. It can be noted, in fact, that such a modification

⁵³ Cfr. §§ 1363 ss. BGB, cfr. in this sense ZACCARIA, *Possono i coniugi optare per un regime patrimoniale «atipico»?», cit., p. 947 ss. e G. OBERTO, *Della comunione convenzionale*, cit., p. 491 ss.*

⁵⁴ We have already talked about the distinction between modification to a marriage agreement and acts that intervene on the subject of the legal communion in executivis and on the matter see the previous paragraph.

⁵⁵ In addition to the doctrine already mentioned, see also RESCIGNO, *Riconciliazione dei coniugi e regime patrimoniale*, in *Diritto e Giurisprudenza*, 1986, p. 515; BARBIERA, *La comunione legale*, cit., pp. 413 e 509; BONILINI, *Nozioni di diritto di famiglia*, cit., p. 80; GRANELLI, *Profili civilistici e riflessi tributari*, cit., p. 1424; M.C. SERMANNI, *La comunione convenzionale in Stato civile italiano*, 1980, p. 21 ss.

⁵⁶ The doctrine bases this conclusion mainly on the finding that, given that spouses are regulated by way of derogation from the legal regime by opting for the separation regime, more flexible forms of communication should be allowed,

cannot be considered in contrast with the system defined by the legal regime. Furthermore, it is not prohibited by any law including, in the first place, art 210 c.c. which doesn't limit the possibility to reduce the object of a legal communion in any way.

Moreover, it is believed that the reason for the limitations regarding the administration of assets and the equality of shares, established by art. 210 c.c., is to avoid that one spouse is assigned a larger share of common property than the other and not, on the contrary, that shared property must have a more limited base than the legal regime⁵⁷.

Such a prohibition has a programmatic value which must be applied to the common property. Therefore, a possible violation of the prohibition cannot be assessed by a "factual confirmation" aimed at verifying whether assets are subtracted from the the communion.

Furthermore, it was noted that the rules of administration do not depend on the quantity and type of assets which are administered, and that the principle of equality of shares does not depend on the dimension of the object of communion⁵⁸.

Art. 2647 c.c. supports this approach. In fact, with regard to publicity, the article expressly includes "marriage agreements which exclude assets from the communion between spouses", in the category of agreements that must be transcribed if they concern real estate⁵⁹.

An undoubtedly more problematic hypothesis is the possibility for the legal regime to be modified through the power of the spouses to eliminate a single asset (or to refuse it's purchase). This hypothesis is

see T. AULETTA, *o.c.*, p. 623 ss.; CONFORTINI, *o.c.*, p. 344; LO SARDO, *o.c.*, p. 1273 s.; PARRINELLO, *Della comunione convenzionale*, cit., p. 261; OPPO, *Responsabilità patrimoniale e nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 108 ss.; GABRIELLI, CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, cit., p. 296 s.; PALADINI, *La comunione convenzionale*, cit., p. 468; B. VALIGNANI, *o.c.*, p. 394.

⁵⁷ T. AULETTA, *o.c.*, p. 623 ss.; CONFORTINI, *o.c.*, p. 344; LO SARDO, *o.c.*, p. 1273 s.; PARRINELLO, *Della comunione convenzionale*, cit., p. 261; OPPO, *Responsabilità patrimoniale e nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 108 ss.; GABRIELLI, CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, cit., p. 296 s.; PALADINI, *La comunione convenzionale*, cit., p. 468; B. VALIGNANI, *o.c.*, p. 394.

⁵⁸ M. CONFORTINI, *La comunione convenzionale*, cit., 304.

⁵⁹ See T. AULETTA, *o.c.*, p. 623 ss.; QUADRI, *Modifiche convenzionali alla comunione legale*, cit., p. 403; DE PAOLA, *o.c.*, p. 724; GALASSO, *o.c.*, p. 579; LO SARDO, *o.c.*, p. 1273 s.; PARRINELLO, *Della comunione convenzionale*, cit., p. 260.

obviously affected by doubts expressed by the doctrine and in jurisprudence regarding the so called refusal of co-purchase and expulsion⁶⁰.

By inserting such a clause, spouses would have the power, with mutual consent, to eliminate (or refuse) one or more assets in compliance with the limitations previously agreed upon, such as, for example, a value limitation or the identification of a particular category of assets which can be eliminated. It could also be possible to foresee a just cause which defines the interests which must be kept into account during the elimination (or the refusal to co-purchase), or a maximum number of assets which can be eliminated or refused.

For the sake of not repeating arguments already covered and not wanting to anticipate others, it is believed that spouses have the power to stipulate atypical agreements and to modify existing agreements in compliance with mandatory principles defined by the primary property regime. With regard to the compatibility between art. 210 c.c. and the aforementioned possibility to modify the object, it is believed that the observations regarding the reduction of the object apply.

More generally, the broad debate regarding the admissibility of these modification hypotheses, can be reduced to the controversial – and already mentioned – matter of the spouses' level of autonomy in relation to the secondary property regime⁶¹. This level of autonomy

⁶⁰ In doctrine and jurisprudence there are no reflections on a programmatic modification that disciplines for the future the power to stipulate a refusal of the co-purchase or an exclusion of an asset from communion. Regarding the refusal of the co-purchase, see opposite LAURINI, *A proposito di un'originale interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 179 c.c.*, in *Riv. notariato*, 1990, p. 173 ss.; CARAVAGLIOS, *La comunione legale*, Milano, 1995, p. 172; QUADRI, *Famiglia e ordinamento civile*, cit., p. 172 ss.; LUPETTI, *Rifiuto del coacquisto: è il tramonto di un'epoca?*, in *Riv. not.*, 2003, p. 416 ss.; PALADINI, *sub art. 179*, in *Commentario del Codice civile. Della Famiglia*, II, a cura di Balestra, Torino, 2010, pp. 69-70. In favor of the expulsion, art. 2647 c.c. which can find application not only for a variation of a programmatic nature, making general reference to a good that ceases to be part of communion, see M.N. MIZZAU, *Genesi o tramonto del rifiuto del coacquisto: le Sezioni Unite prendono posizione sulla dichiarazione del coniuge non acquirente*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2012, p. 1801 ss.; M. SEMINARA, *L'autonomia contrattuale, la comunione legale fra coniugi ed il rifiuto del coacquisto*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 1263.

⁶¹ In doctrine it was also highlighted how the rapprochement of the contractual matter with the family matter further strengthened the autonomy of

is interpreted by a part of the doctrine in a very restrictive manner in light of an alleged principle of speciality of family law⁶² and of an alleged public function of legal communion⁶³.

the spouses in a general rethinking of the protection of the weaker party, enhancing the seriousness and self-responsibility in the assumption of the negotiation commitment. see in this sense M.R. MARELLA, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia: appunti per una rilettura*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 57. Think of the agreements on the family crisis, the general penetration of the due diligence clauses and good faith even in family stores, the responsibility for endofamily damage recently attributed to the theory of protection obligations, cfr. E. CAPOBIANCO, *I trasferimenti patrimoniali nella crisi familiare*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 391; L. MORMILE, *Vincoli familiari e obblighi di protezione*, Torino, 2013, *passim*; F. LONGOBUCCO, *Il c.d. rifiuto del coacquisto: spunti critici per una revisione evolutiva*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 837.

⁶² Cfr. Trib. Piacenza, 9 aprile 1991, in *Riv. not.*, 1993, p. 119 ss., in his opinion the regulatory system created by the legislator in 1975 is a special system with particular rules, however implanted on a legislative system (the civil code) based on clearly liberal principles. It is therefore not correct to automatically apply the liberal principles of art. 1321-1322 c.c. without taking into account the peculiarities of the property regime wanted by the 1975 legislator and based on principles of solidarity and protection of the weaker spouse. In fact, as regards private autonomy, it can easily be objected that it cannot be pushed to the point of completely obliterating a regulatory complex expressly wanted by the legislator to protect the weaker part of the marriage. In other words, in the face of the precise and unquestionable legislative choice of attribution of the quota of all the purchases that took place during the marriage between spouses in a regime of legal communion, it does not seem to doubt that any renunciation to purchase in communion, or any agreement aimed at making it fall within the different regime of ordinary communion, must be considered *tamquam non esset*. Thinking differently would mean making the exhaustive hypotheses in which, on the contrary, the legislator considered that, even in the presence of the regime of legal communion, some assets, when certain conditions exist, may not be part of the legal communion (artt. 178-179 c.c.). See the comment disagreeing of G. LO SARDO, *Ma la comunione legale dei beni non è una prigioniera*, in *Dir. fam.*, 1991, p. 1033, with comment of G. NAPPI, *Nel labirinto della comunione legale tra coniugi*. Cfr. anche Trib. Napoli 17 novembre 1993 e Trib. Parma 21 gennaio 1994 in *banca dati Juris Data*.

⁶³ Cass. 24 febbraio 2004, n. 3647, in *Vita not.*, 2004, p. 971 ss.; Cass. 27 febbraio 2003, n. 2954, in *Foro it.*, 2003, I, c. 1040 ss., the institution of the legal communion of goods, it would be aimed at fulfilling the obligations contracted in the interest of the family such as the maintenance of the family, education, the

This has led to rule out that recognition of spouses' negotiating autonomy can lead to a point where spouses, after having chosen the legal communion regime, can "empty" it of real content by reducing the object⁶⁴. This would mean distorting the legal institution as well as jeopardizing the system defined by the law and wanted by the spouses. Furthermore, it would create serious prejudice to the expectations of third parties⁶⁵.

Such a rigid logic implies the principle of non-derogation: rather than permitting a modification, it is preferable that the legal model be abandoned and replaced by the separation regime. From this point of view, it's as if the intangibility of the legal regime were something to be protected in itself and not as part of a system of rules which must be functional to the spouses' interests.

In this sense, the Italian Supreme Court of Cassation stated that once the spouses have established what their property regime is, they are obliged to follow the corresponding rules and they are not allowed any exceptions to such rules a part from expressly and strictly regulated ones. Otherwise, the whole system would be disrupted and result useless and, in the very end, there would be a *de facto* return to the old regime⁶⁶.

There can be numerous interests that make spouses want variations. They can regard fiscal reasons, various opportunities or the will to reduce the sharing of purchases⁶⁷. Furthermore, these interests can depend on an individual and concrete situation of a spouse compared to the other spouse, as well as on particular aspects of each family unit.

It can be noted, however, how the principle of speciality and the alleged public function, deserve to be reconsidered on the assumption

education of children [...] and the non-derogable obligations of a public nature by the spouses (art. 160 cc).

⁶⁴ Cfr. Trib. Piacenza, 9 aprile 1991, cit.

⁶⁵ Cass. 27 febbraio 2003, n. 2954, in *Foro it.*, 2003, I, c. 1040 ss., with comment of G. DE MARZO, *Acquisto in comunione ordinaria da parte di coniugi in regime di comunione legale*, in *Giust. civ.*, 2003, 1, p. 2107, with comment of M. FINOCCHIARO, *La Cassazione e la «corretta» interpretazione dell'art. 179, 2° comma, c.c.*, in *Contratti*, 2003, p. 669 ss., with note of E. CALICE, P. ACQUAVIVA, *Inammissibilità del rifiuto del coacquisto*.

⁶⁶ Cass. 27 febbraio 2003, n. 2954, cit.

⁶⁷ T. AULETTA, *o.c.*, p. 623.

that there cannot be a superior family interest different from the one identifiable by the people who form a family. By creating an alternative to the legal model, the legislator does not force an obliged choice between typified regimes but introduces the possibility to choose an atypical regime, as long as it complies with the primary regime of the family. The primary regime of the family defines the limits that cannot be modified by the spouses which include compliance with the principle of equality, proportionality and solidarity. In fact, it cannot be assumed from the text of art. 159 and art 162 c.c. that legal communion regime expresses a principle of public order, nor any other constitutional principle. On the contrary, these articles seem to refer to the possibility for such a communion to be derogated⁶⁸.

It is therefore a matter of evaluating – in light of constitutional values and imperative laws – the validity of single clauses and the way in which the agreement is carried out⁶⁹. Thus, a modification which doesn't comply with the principle of proportionality and violates the duty to contribute, must certainly be excluded. In the same way, a clause which introduces an exception to the principle of legal and moral equality between spouses applied to family life, established by art 144 c.c., must certainly be excluded⁷⁰.

In conclusion, at present it seems legitimate to introduce a modification which reduces the object of the communion or recognizes and regulates the power to refuse/eliminate single assets, as long as such modifications pursue interests worthy of protection⁷¹.

2.3. Spouses can define different administration rules by stipulating a marriage agreement. Article 210 3rd paragraph c.c. establi-

⁶⁸ See P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 973 s.

⁶⁹ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile*, cit., p. 968.

⁷⁰ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile*, cit., p. 976.

⁷¹ Doctrine called «family cause (causa familiare)» cfr. F. LONGOBUCCO, «*Estromissione del bene dalla comunione legale e "negozio a causa atipica familiare": nuovi percorsi dell'autonomia coniugale*, in *Contr. impr.*, 2005, p. 1029 ss., that exemplifies some possible negotiating causes, relating to the need to carry out an assessment shop to remove an existing contrast regarding the ownership of the money used for the purchase; the establishment of a settlement agreement; the will of the spouses to achieve a liberality.

shes which legal communion rules cannot be derogated: the legal communion asset administration rules and the rules regarding the equality of shares. These limitations apply only to the assets that would be part of the legal communion.

The principle of equality of shares and the legal communion asset administration rules are a direct expression of the constitutional principle of equality between spouses and, according to art. 210 3rd c. c.c., they are applied only to those assets which are part of an immediate communion pursuant to art. 177 c.c.

Thus it is possible that unequal shares and different administration rules from those set by art. 180 c.c., be established with regard to assets which are included in the communion through an enlargement decided by the spouses⁷². As a consequence, different administration rules could coexist since such assets could be subjected to an ordinary system of joint administration or, on the contrary, to an extraordinary system of disjunctive administration rules⁷³.

In any case, the mandatory limits regarding the creation of a endowment established by art. 166 bis c.c. apply to the assets that are included in the communion through an enlargement modification, in the same way they apply to any marriage agreement. Hence, the exceptions which assign the power to manage the assets exclusively to one spouse, remain invalid⁷⁴.

⁷² Even if in doctrine there is no unanimity of views on the reference of the limitation 'to only the goods that would form the object of communion' only to the rules relating to the equality of quotas or more widely also those relating to administration; see for further information for the first interpretation SANTUOSSO, *o.c.* p. 322 and for the second see G. GABRIELLI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi*, cit., p. 27 e ANDRINI, *o.c.*, p. 1120. In opinion of T. AULETTA, *Autonomia privata*, cit., p. 629 on the assets entered following the extension of the object, the spouses have more freedom to maneuver in derogating from the equality of the shares, while greater doubts would arise from the textual data, it is not clear if the reference to the assets added to the art. 210 c.c. third paragraph may also concern the equality of management powers. The author therefore wonders about the validity of a clause that reserved greater management powers to a spouse, even if only limited to the assets that would otherwise be included in his assets and that come from the same (he reports as an example a ban on alienation without his consent).

⁷³ M. CONFORTINI, *o.c.*, p. 1551; B. VALIGNAI, *o.c.*, p. 391.

⁷⁴ See LO SARDO, *o.c.*, p. 91.

Furthermore, the doctrine believes that the limits described in art. 210 3rd paragraph c.c, with regard to the assets that would be *de residuo* part of the communion and that were included in the object of the conventional community of property communion, apply solely to the compulsoriness of the equality of shares.

When it comes to administration rules, it is believed that spouses may make exceptions to legal communion rules. The assets that would be part of the communion *de residuo*, not being part of those assets “that would have formed the object of the legal communion”⁷⁵, cannot be subjected to art. 210 3rd par. c.c. This is also due to the very nature of the *de residuo* communion. In fact, the legislation which applies to the *de residuo* communion up until the moment of dissolution, is comparable to the one applied to personal assets⁷⁶: such assets, up until the moment of dissolution, can be freely administered by the owner and this does not imply that the other spouse has any kind of control over them.

It is discussed whether the same conclusions apply to the ban to derogate from the principle of equality of shares; in any case, the assets of the *de residuo* communion are part of the legal communion, even it has been deferred, and it is most unlikely that, at the moment of the dissolution, there can be an unequal division.

The doctrine considers modifications aimed at introducing specific ways to divide shared property, admissible. Such modifications include clauses that foresee a period of “non division”, or clauses that recognize the possibility for a spouse to withdraw a few assets and include them in their own share. Other examples include clauses which foresee a partial dissolution of the communion at certain conditions, such as the seizure of communion assets on behalf of personal creditors of one of the spouses⁷⁷.

⁷⁵ See PITTALIS, *o.c.*, p. 534; E. RUSSO, *L'autonomia privata*, cit., p. 507.

⁷⁶ See OBERTO *Della comunione convenzionale*, cit., p. 491 ss.; A. e M. FINOCCHIARO, *o.c.*, p. 1198.

⁷⁷ DE PAOLA, *o.c.*, p. 728; T. AULETTA, *Autonomia privata*, cit., p. 629, he also thinks that the rules for division by equal shares are limited, limited to the goods that have increased communion. He therefore admits that a change is legitimate which reserves a greater share in the division for the spouse from whom the goods that went to expand the object of communion come from,

The doctrine, for the most part, has denied the possibility of modifying legal communion rules regarding liability (art. 186 and following c.c.) and dissolution (art. 191 and following c.c.). Such provisions, being aimed at protecting third parties, are considered to be imperative and do not accept exceptions, in the same way that rules regarding administration and equality of shares don't, even if they are not specifically mentioned by art. 210 3rd c.c.⁷⁸.

2.4. It is necessary to question whether, a part from the modification hypotheses defined by art. 210 c.c., other possibilities of modification exist. In fact art. 163 c.c. does not seem to be limited solely to variations of the legal regime.

This subject is barely studied by the doctrine and attention is almost exclusively focused on the modifiability of the communion regime or, at most, on the constitution of atypical conventions.

However, if spouses who are applying a separation regime do not want to pass to a legal regime, but only introduce “doses” of communion – such as clauses which foresee that only a certain category of assets become part of their communion – they could make changes to their property regime.

provided that the same faculty was also provided for the other spouse on the assets from its heritage, respecting the principle of equality.

⁷⁸ See DE PAOLA, *o.c.*, p. 726; OBERTO, *o.c.*, p. 671; T. AULETTA, *Autonomia privata*, cit., p. 629 that thinks “the safeguarding of the coherence of the regulatory framework” would hardly allow private autonomy to effect the exclusion of a cause of dissolution of the communion, then adds that the inclusion of a further cause of dissolution such as, de facto separation or the judicial request for separation would not be feasible since it is in conflict with the protection of third parties, since there is no adequate publicity system for the causes of extinction. For the de facto separation there would also arise a problem of ascertaining the occurrence of the cause also in the relations between the parties. A part of the doctrine has instead come out in favor of this last modification hypothesis see GABRIELLI, CUBEDDU, *o.c.*, p. 301; Corsi, *o.c.*, p. 76. OBERTO, *o.c.*, p. 671 ss., that partially solves the problem by claiming that the additional causes of dissolution are unenforceable to third parties but that they can invoke them to their advantage. For the possibility of integrating the hypotheses of dissolution of the legal community, Lo Sardo is also pronounced, *or. c.*, 1245, although it is not considered possible to overturn it, to protect third parties and provided that these causes refer to objective circumstances.

Legislation regarding property relationships between spouses does not appear to foresee prohibitions of this sort. This seems to be confirmed not only by the aforementioned art. 163 c.c., but also by art. 159 c.c., which seems to represent the legal basis for the existence of a general principle of derogation from the legal regime⁷⁹.

In the opposite case, there would be a paradox because spouses would have to first change their separation regime into a communion regime, and then make further changes to reduce the content of the communion.

On the basis of these considerations it is possible to conclude that an agreement which modifies the separation regime must be considered admissible.

In those cases in which the modification consists in the inclusion of “doses” of communion with regard to certain categories of assets, it could indeed be noted that such a regime is comparable – with regard to the content – to a form of conventional community of property.

In fact, such a situation could always appear to be an attenuation (even if of the greatest kind) of a communion regime with an object reduced to the minimum.

Conventional community of property, as already mentioned in the previous paragraphs, has an “open” content since it can have an object that varies from the extreme limit of an almost universal communion, to a regime in which personal assets prevail over shared ones. Thus, overcoming the literal interpretation of art. 210 c.c., it is logically possible for the aforementioned agreement to be stipulated not by necessarily enlarging or reducing the legal communion, but also by integrating the separation regime!

The possibility to include such a particular case in the category of conventional community of property has important implications regarding the rules and the limits which must be applied⁸⁰.

⁷⁹ Cfr. T. AULETTA, *o.c.*, p. 631; RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 22 and E. ANDRINI, *o.c.*, p. 68 in her opinion the aforementioned provision would legitimize the stipulation of atypical marriage agreements.

⁸⁰ On the other hand, the case of an agreement with different characters would not be attributable to the models already provided for by the code see T. AULETTA, *o.c.*, p. 631 that refers to a property regime different from the commu-

The reference is obviously to art. 210 c.c. and the possible analogical application of the limitations established by this article. This matter has created a heated debate in the doctrine: some believe that such limitations must be applied to any atypical convention whereas others believe that, since an atypical convention cannot be classified as a conventional community of property, the only limitations that can be applied are those set out in the primary capital regime⁸¹.

The doctrine has a tendency to consider and classify every single marriage agreement variation which is not ascribable to art. 210 c.c., as a vague “atypical” category.

Without wanting to deny or limit the possibility of establishing atypical marriage agreements (which will not be analyzed in the present text), it is however necessary to reflect on the concept of atypicality. Furthermore, it is necessary to evaluate if certain atypical conventions can really be classified as such.

The very concept of atypicality is inevitably conditioned by the fact that the Civil Code defines typical regimes and, in relation to these, the conventional community of property is “atypical” and variable.

The consequence is that with regard to the aforementioned case, for example, it would perhaps be inappropriate to speak of an atypical marriage agreement *tout court*, as the variations make the agreement attributable to either a communion or a separation. It would probably be better to consider the agreement attributable to one of the possible “forms” of conventional community of property thus apply the corresponding legislation.

nion assimilable to the German “*zugewinnngemeinschaft*”, or to the French “*participation aux acquêts*” or to the Spanish “*régimen de participación*”, in which no joint ownership is expected (not even at the time of its dissolution) of the purchased goods separately during the wedding, with consequent participation in purchases in the form of an adjustment.

⁸¹ The issue is widely discussed in doctrine among those who believe that for any atypical convention the prohibitions set by art. 210 see DE PAOLA, *o.c.*, p. 727; BOCCHINI, *o.c.*, p. 454; ZACCARIA, *Possono i coniugi optare per un regime patrimoniale «atipico»?*, in *Studium iuris*, 2000, p. 947 ss.; LO SARDO, *o.c.*, p. 1305 and those who instead believe that the spouses have a full atypical power limited only by the limits found in the primary property regime cfr. T. AULETTA, *o.c.*, p. 631; even if the hypotheses considered by the author were different from the one considered here.

2.5. Council Regulations EU 2016/1103 and 2016/1104 of 24 June 2016 establish at Chapter III, art. 20 that spouses and registered partners can modify the rules applicable to their property partnerships at any time. In such cases, the Regulations specify that the effectiveness of the modification shall have prospective effect only and any retroactive effect shall not adversely affect the rights of third parties.

Art 22 of Council Regulation EU 2016/1103 lists the hypotheses in which spouses can make changes: “The spouses or future spouses may agree to designate, or to change, the law applicable to their matrimonial property regime, provided that that law is one of the following: (a) the law of the State where the spouses or future spouses, or one of them, is habitually resident at the time the agreement is concluded; or (b) the law of a State of nationality of either spouse or future spouse at the time the agreement is concluded. 2. Unless the spouses agree otherwise, a change of the law applicable to the matrimonial property regime made during the marriage shall have prospective effect only. 3. Any retroactive change of the applicable law under paragraph 2 shall not adversely affect the rights of third parties deriving from that law”.

Council Regulation EU 2016/1104 regulates registered partnerships and the possibility for partners to chose which rules to apply. Art. 22 specifies that partners can mutually agree to modify the law applicable to the property consequences of their registered partnership provided that the chosen law attributes property consequence to the registered union and that such rules are one of the following: a) the law of the State where the partners or future partners, or one of them, is habitually resident at the time the agreement is concluded; b) the law of a State of nationality of either partner or future partner at the time the agreement is concluded, or c) the law of the State under whose law the registered partnership was created⁸².

⁸² EU 2016/1104, Art. 22 1. The partners or future partners may agree to designate or to change the law applicable to the property consequences of their registered partnership, provided that that law attaches property consequences to the institution of the registered partnership and that that law is one of the following: a) the law of the State where the partners or future partners, or one of them, is habitually resident at the time the agreement is concluded, (b) the law of a State of nationality of either partner or future partner at the time the agreement is concluded, or (c) the law of the State under whose law the registered

Unless the partners agree otherwise, a change of the law applicable to the property consequences of their registered partnership made during the partnership shall have prospective effect only. Any retroactive change of the applicable law shall not adversely affect the rights of third parties deriving from that law.

In order to fully comply with the European Regulations, a new article was introduced into the Italian Law n.189/95 regarding private international and procedural law. In particular, art. 32-*ter* titled “Registered partnership between adults of the same sex”, at paragraph 4 now recognizes that partners have full negotiating autonomy to make agreements that are equivalent to marriage agreements made by spouses⁸³.

The law states in fact that “The personal and property partnerships between the parties are regulated by the law of the State where the partnership was registered”.

At the request of one of the parties, the judge may order the application of the law of the State where the shared life of the parties mostly takes place. The parties may agree in writing that their property partnerships are regulated by the law of the State of which at least one of them is a citizen, or where at least one of them lives”.

Thus the law now includes a reference to personal relationships and no longer only to property ones.

3. With law n. 76 of the 20th of May 2016, the Italian legislator introduced “new rules regarding registered partnerships between same sex adults as well as cohabitations”, thus reacting to wide spread requests and solicitations including ones from the Constitutional Court to recognize “shared life relationships”.

The so called “civil union” between people of the same sex (art.

partnership was created. 2. Unless the partners agree otherwise, a change of the law applicable to the property consequences of their registered partnership made during the partnership shall have prospective effect only. 3. Any retroactive change of the applicable law under paragraph 2 shall not adversely affect the rights of third parties deriving from that law.

⁸³ The change took place by means of Legislative Decree no. 7 of 2017 which reformed the Italian system of private international law by introducing art. 32 bis, ter, quater, quinquies and art. 45 to the law n. 218/1995.

1 paragraphs 1-35) is defined by the law as “a specific social formation as described by articles 2 and 3 of the Constitution”. The tendentious and substantial equivalence to a marriage is clear⁸⁴; of interest to this study is the fact that art. 1 paragraph 13 establishes that all the dispositions of the Civil Code contained in sections n. II, III, IV, V and VI of Chapter VI of Title VI of Book 1, are applied to registered partnerships. This includes rules regarding the legal communion regime of spouses and the modifiability of agreements pursuant to articles 210 and 211 c.c.

The act with which partners in a registered partnership create exceptions to the legal regime is defined property agreement and not “marriage” agreement, even if the legislation is identical since articles 159, 162 and 163 c.c. are all applicable.

Furthermore, art. 1 paragraphs 36 and 37 of the Law n. 76/2016 introduce new rules applicable to “*de facto* cohabitation”. This legislation was long awaited and, in its absence, several jurisprudential rulings had defined a set of rules regarding a few specific aspects of cohabitation⁸⁵. The law defines *de facto* cohabitants as “two adults,

⁸⁴ According to paragraph 20 of art. 1 according to which ‘for the sole purpose of ensuring the effectiveness of the protection of rights and the full fulfillment of the obligations deriving from the civil union between persons of the same sex, the provisions referring to marriage and the provisions containing the word ‘spouse’; spouses ‘or equivalent terms, wherever they occur in the law they also apply to each of the parts of the civil union between people of the same sex’, excluding however ‘the rules of the civil code not expressly referred to in this law’. Adoptive filiation is expressly excluded, without prejudice to the relevant current legislation – and therefore the possibility of adoption in particular cases pursuant to art. 44, letter d) of law no. 184/1183 where the interest of the minor exists (Cass. 22/6/2016, n. 12962), and among the duties (11th paragraph in symmetry with the art. 143 cc) the obligation of collaboration is not mentioned and that of fidelity, however not coherently with the idea of a ‘couple’, as clearly presupposed by the very idea of ‘union’.

⁸⁵ About the content of the cohabitation contract cfr. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?* (l. 20 maggio 2016, n. 76), in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 367 ss.; BALESTRA, *Unioni civili, convivenze di fatto e “modello” matrimoniale: prime riflessioni*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1779 ss.; BONA, *La disciplina delle convivenze nella l. 20 maggio 2016 n. 76*, Nota a Cass., 7 marzo 2016, n. 4386, in *Foro it.*, 2016, I, c. 2094; DI ROSA, *I contratti di convivenza (art. 1, commi 50° ss., l. 20 maggio 2016, n.*

not bound by kinship, affinity, adoption, marriage or civil union, united by a permanent emotional bond based on mutual moral and material support” (paragraph 36). It is clear that the sex of the cohabitants is irrelevant thus the couple can be both heterosexual or homosexual.

With regard to the purpose of this study, art. 1 paragraph 50 gives *de facto* cohabitants (who must be regularly registered at the Registration Office) the possibility to conclude a cohabitant contract in order to regulate property relationships relating to their shared life. The contract must be in writing and be either a public act or a private one which must be authenticated by a notary or a lawyer, who must then send a copy of the contract to be registered at the

76), in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 694; FUSARO, *Profili di diritto comparato sui regimi patrimoniali*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1789; ID., *Commento al comma 54*, in *Le unioni civili e le convivenze*, a cura di C.M. Bianca, Torino, 2017, p. 659; MACARIO, *Nuove norme sui contratti di convivenza: una disciplina parziale e deludente*, *www.giustiziacivile.com*, 2016, p. 1 ss.; MANILDO, *I contratti di convivenza*, in *Unioni civili e convivenze*, a cura di Lupoi, Cecchella, Cianciolo e Mazzotta, Rimini, 2016, p. 271 ss.; PERFETTI, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1749 ss.; E. QUADRI, “*Unioni civili tra persone dello stesso sesso*” e “*convivenze*”: *il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 893 s.; RIZZUTI, *Prospettive di una disciplina delle convivenze: tra fatto e diritto*, *www.giustiziacivile.com*, 2016, p. 5 s.; ROMEO, *Note sui contratti di convivenza*, in *Famiglia*, 2016, p. 353 s.; SESTA, *Unione civile e convivenze: dall'unicità alla pluralità dei legami di coppia*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1792 s.; SPADAFORA, *Lo status coniugale e gli status paraconiugali tra legge e autonomia privata*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 1092 s.; TASSINARI, *Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2015, n. 76*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1737 s.; VILLA, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1319 s.; D. ACHILLE, *Il contenuto dei contratti di convivenza tra tipico ed atipico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, p. 1570 s.; BENEDETTI, *Il controllo sull'autonomia: la forma dei contratti di convivenza nella legge n. 76/2016*, in *Famiglia*, 2017, p. 17 s.; BUFFONE, GATTUSO e WINKLER, *Unione civile e convivenza*, Milano 2017, p. 498 s.; GATT, *Commento al comma 50*, in *Le unioni civili e le convivenze*, a cura di C.M. Bianca, Torino, 2017, p. 622 s.; AMAGLIANI, *I contratti di convivenza nella L. 20 maggio 2016, n. 76 (c.d. Legge Cirinnà)*, in *Contratti*, 2018, p. 317 s.; MAZZARIOL, *Convivenze di fatto e autonomia privata: il contratto di convivenza*, Napoli, 2018, p. 127 s.; MUSOLINO, *Il contratto di convivenza. Aspetti formali e relative nullità*, in *Riv. notar.*, 2018, p. 725 s.

Registration Office of the place where the cohabitants live, so it becomes enforceable towards third parties.

Before this law existed, the doctrine denied that legal communion rules were applicable to cohabitants who could, at most, make an agreement aimed at regulating their property relationships, even though it had a binding effect and was not enforceable towards third parties⁸⁶.

While there are no doubts regarding the full application of the provisions regarding spouses of the Civil Code to registered partnerships, the same cannot be said for cohabitation contracts. In fact, it is discussed up until what point it is possible to apply rules regarding property relationships between spouses to such a contract and, in particular, up until what extent it is possible to modify the community regime, if it is adopted by cohabitants⁸⁷.

The possible object of a cohabitation contract is defined by art. 1 paragraph 53, which specifies that it may contain the chosen property regime of the communion of assets as well as the rules regarding the contribution to the needs of shared life.

There is a fundamental difference between these rules and the ones regarding the secondary property regime for spouses and for partners who have a civil union. For these subjects the regime imposed by the law is a communion. For *de facto* cohabitants, on the contrary, the regime imposed is one of separation with the option

⁸⁶ Cfr. FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, in *Tratt. fam.* Bonilini, II, p. 1847 s., SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, cit., p. 111 ss.; OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 52 ss.

⁸⁷ Among other issues emerging from the discipline see G. OBERTO, *Il regime di separazione dei beni tra coniugi. Artt. 215-219*, in *Il codice civile Commentario Schlesinger*, Milano, 2005, p. 25 ss. whom highlights how in the doctrine it is discussed whether the cohabitants who had opted for communion are allowed to return to that situation of “absence of regime” which characterizes the partners who, even if possibly in the presence of a cohabitation contract, had not however foreseen communion. If, if the cohabitants adopt a non-regime solution, whether or not it coincides with that of the spouses in separation of property, for which a regime is in any case, which entails the application of special rules (think, for example, of what established by articles 217, 218 and 219 cc).

to chose the communion property regime regulated by Section III, Chapter IV, Title VI of Book 1 of the Civil Code⁸⁸.

It is precisely the interpretation of paragraph 53 that created a debate regarding up until what point rules envisaged for spouses could be applied. In particular, according to a part of the doctrine, paragraph 53 should be interpreted literally and attention should be put on the fact that the norm fails to expressly recall other family property regimes thus not allowing cohabitants to apply such regimes⁸⁹. From this it would follow that cohabitants can only apply the legal communion regime, as they would not have the power to modify such a regime and they are not subjected to articles 210 e 211 c.c.⁹⁰.

Another part of the doctrine has a different approach based, first of all, on the literal interpretation of art. 1 paragraph 54 which states that the regime can be modified at any time during the cohabitation

⁸⁸ On this topic cfr D. ACHILLE, *Il contenuto dei contratti di convivenza*, cit., p. 1575 whom notes that unlike what happens in marriage, this regime will not be a legal regime, but will be applicable only by virtue of an express indication of the cohabitants in this sense, thus being able to affirm that the regime of communion does not find its source in law but in the agreement between the cohabitants and VECCHI, *Alcune osservazioni*, cit., p. 287, whom, regard to previous bills, notes the concerns about “the provision of legal communion as a regime that is automatically established”.

⁸⁹ ROMEO, *Note sui contratti di convivenza*, in *Familia*, 2016, p. 353 s.; RIZZI, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, in *Notariato*, 2017, p. 23; TASSINARI, *Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2015, n. 76*, p. 1742, he thinks about paragraph 53, “the three requirements referred to in letters a), b) and c) represent the maximum perimeter attributed, here, to the private autonomy of the cohabiting partners”. In the same sense it is also expressed LUISO, *La convivenza di fatto dopo la L. 2016/76*, cit., p. 6. See also, DI ROSA, *I contratti di convivenza (art. 1, commi 50° ss., l. 20 maggio 2016, n. 76)*, p. 706, that says in relation to the aforementioned regime of legal communion, “the exclusivity of the reference must be preached (with respect to the legal models)”, also considering that the content of paragraph 54 could “at most, be directed towards an ordinary situation of individual ownership of the assets”.

⁹⁰ Cfr. RUSSO, *La convivenza*, cit., p. 571; D. ACHILLE, *Il contenuto dei contratti di convivenza*, cit., p. 1575, they think the legislator having expressly extended the rules on the subject of legal communion to the regime of communion between cohabitants, implicitly subtracted from this the application of the rules on the subject of conventional communion.

with the modalities described by paragraph 51 (which reaffirms the possibility to modify the cohabitation contract)⁹¹.

In general, it has been pointed out that a restrictive interpretation of art. 1 paragraph 53 would create a contrast with the system created by the legislator, as well as being “irrationally discriminatory” towards cohabitants who are not registered at the Registration Office. In fact, cohabitants who are registered, have a broader power to regulate property relationships through the conclusion of an atypical contract⁹².

In line with this second approach, it appears that the reference made in art. 53 exclusively to the legal regime is not intended to limit the possibility for cohabitants to regulate their property relationships, compared to what applies for spouses. On the contrary, such a reference would be determined by the effects of the community regime including, first of all, the automatic purchase on behalf of the other cohabitant and the enforceability towards third parties. These effects can only be defined by the law and cannot be decided by private individuals⁹³. For these reasons, it is plausible that the legislator felt the need to clarify that the cohabitation contract can foresee the adoption of the community regime. This clarification probably was also conditioned by the debate that took place before the law was

⁹¹ L. 20 maggio 2016, n. 76 say: Art. 1 [...] comma 51. “Il contratto di cui al comma 50, le sue modifiche e la sua risoluzione sono redatti in forma scritta, a pena di nullità, con atto pubblico o scrittura privata con sottoscrizione autenticata da un notaio o da un avvocato che ne attestano la conformità alle norme imperative e all’ordine pubblico. [...] comma 54. Il regime patrimoniale scelto nel contratto di convivenza può essere modificato in qualunque momento nel corso della convivenza con le modalità di cui al comma 51.”

⁹² U. PERFETTI, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2016, p. 1759.

⁹³ See U. PERFETTI, *o.c.*, p. 1759, whom highlights how before the law on registered partnerships and de facto cohabitations, it was excluded that a contract aimed at regulating the property relations of three cohabitants could have opposable effects towards third parties 56, and that the clarification referred to in art. 1, paragraph 53°, lett. c) could have the purpose of including also the efficacy towards third parties in what conventionally cohabitants can agree, thus clarifying that today with the cohabitation contract it is possible to reproduce in full the model of legal communion between spouses, including the opposability to third parties.

approved, regarding the legitimacy for atypical cohabitation contracts to include rules referred to the property regime of spouses⁹⁴.

Furthermore, in light of what has already been said regarding modifications, it does not seem possible to interpret the power mentioned by paragraph 54 as limited only to the possibility of changing regime. Rather, the meaning of such power is referred to the possibility to adjust the regime chosen by cohabitants, in the same way such power is recognized to spouses by art. 163c.c.

While the possibility to modify the separation regime that may have been chosen (thus implementing articles 217, 218 and 219 c.c.) does not create problems and is considered admissible, other issues appear more problematic, such as the possibility for cohabitants to implement a conventional community of property regime, as well as the extension of the modifications which they can make.

It is therefore a matter of understanding whether the words “can be modified” contained in paragraph 54 should be interpreted as an attribution of a generic power to make modifications or whether the aforementioned limitations regulated by articles 210 and 211 c.c. – regarding the variation of the spouses legal communion – apply. The doubt is due to the fact that there is no reference to these articles and an analogous disposition does not exist.

Part of the doctrine believes that the power to modify the content and the rules of the communion regime must comply with the limitations imposed by articles 210 e 211 c.c. in order to avoid unreasonable differences with spouses⁹⁵.

On the contrary, another part of the doctrine has stated that the general principle of contractual freedom implies that the norms on cohabitation contracts do not prevent cohabitants from regula-

⁹⁴ Before the legislation on the cohabitation contract came into force, it was generally excluded that cohabitants could conventionally adopt a property regime reserved for spouses and, in particular, the communion of property regime; cfr. in this sens C.M. BIANCA, *La famiglia*, cit., p. 25; FRANZONI, *I contratti tra conviventi “more uxorio”*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, p. 754; SPADAFORA, *Rapporto di convivenza*, cit., p. 209 ss. For references, including comparative with English and North American systems, v. ROPPO, *La famiglia senza matrimonio*, cit., p. 747 ss.

⁹⁵ COPPOLA, *Il contratto concluso per la disciplina dei rapporti patrimoniali tra conviventi di fatto*, in *Tratt. fam.* Bonilini, V, p. 767.

ting their property relationship, as long as they respect limitations established by law. Thus, the obligations applied by Civil Code to the private autonomy of spouses do not apply to cohabitants. This would be confirmed by the fact that it's possible to stipulate agreements which create atypical property regimes. In conclusion, the word "modifications" used by paragraph 54 must include all those hypotheses that are not forbidden by imperative norms, public order or morality⁹⁶.

If, on one hand, it is true that cohabitants have the autonomy to stipulate atypical agreements in order to regulate their property relationships with a merely mandatory effectiveness⁹⁷, this cannot, on the other hand, legitimate the power to "partially" apply a communion regime without applying all the corresponding rules, limitations and the balances designated by the legislator.

In conclusion, it is possible to affirm that cohabitants can apply all the rules referred to property regime between spouses. A restrictive interpretation of paragraph 53 does not rule out that cohabitants have the power to modify such a regime and to stipulate a conventional community of property, in compliance with art. 210 c.c.

4. After the family law reform of 1975 negative property advertising system was introduced for the regime of legal communion, which provides for the only annotation in the marriage certificate in the Civil Status Registers and not also the transcription in the Real Estate Registers. With the consequence that, all the purchases made by only one of the spouses, included *ex lege* in the communion, are opposable *erga omnes* for the only effect of the annotation.

The advertising system of the other matrimonial property regimes moves on a double track which provides for the annotation in the Civil Status Registers of all marriage agreements and their pos-

⁹⁶ M. CAVALLARO, *Ratio e 'tipo' nelle convenzioni matrimoniali*, in *Giustizia civile*, 2020, p. 64.

⁹⁷ Beyond the provisions of paragraphs 53 and 54, cohabitants may enter into ordinary communes deriving from mandatory commitments, translation shops with possible and deferred effects, entered into during the cohabitation contract, with the limit of opposability to third parties see cfr. G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 260 ss.

sible modifications and that of the transcription in the Real Estate Registers, for the deeds and marital agreements that concern real estate or registered assets.

The coordination of the two advertising plans, annotation in the margin of the marriage certificate for marriage agreements or of its modifications and transcription of the same, in cases in which they relate to registered real estate or movable property has given rise to many interpretative problems and in doctrine there are many positions expressed⁹⁸.

It seems to be prevalent and supported also by a consolidated jurisprudential orientation that which considers that for the purposes of the opposition, only the annotation in the Civil Status Registers, with declarative efficacy, is necessary, having the transcription in the Real Estate Registers instead only advertising 'pubblicità-notizia'⁹⁹.

⁹⁸ For the minority approach for which advertising in the Real Estate Registers is not effective of 'pubblicità notizia', but 'dichiarativa' M. BIANCA, *La famiglia*, cit., p. 66 ss., BECHINI, *Convenzioni matrimoniali*, in *La famiglia*, II, *Rapporti patrimoniali tra coniugi, Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di Cendon, Torino, 2000, p. 61 ss., it has effective 'costitutiva' cfr DE RUBERTIS, *Pubblicità immobiliare e rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Vita not.*, 1984, p. 106.

⁹⁹ See ANDRINI, *Convenzioni matrimoniali e pubblicità legale nel nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. Not.*, 1975, p. 1123 ss.; ATLANTE, *La pubblicità immobiliare e la comunione legale*, in *Il nuovo diritto di famiglia. Contributi notarili*. Milano, 1975, p. 347; N. IRTI, *Della comunione convenzionale*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, I, Padova, 1977, p. 458; ZACCARIA, *La pubblicità del regime patrimoniale della famiglia: le posizioni della dottrina*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, II, p. 351; PADOVINI, *Trascrizione*, in *Novissimo Digesto italiano, Appendice VII*, Torino, 1987, p. 802; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Cod. civ. Commentario*, diretto da Schlesinger, II, Milano, 1991, p. 42 ss. In jurisprudence see Cass. S.U., n. 21658/2009 in *Ced della Cassazione*, Cass. 27 novembre 1987, n. 8824, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, p. 330, with comment of F. FINOCCHIARO; Trib. Milano 5 novembre 1990, in *Giur. it.*, 1993, I, 2°, p. 470; Corte cost. 23 marzo – 6 aprile 1995, n. 111, in *Vita Not.*, 1996, p. 127 ss., with comment of TRAVERSA, *Sulla necessità dell'annotazione a margine dell'atto di matrimonio per l'opponibilità ai terzi della costituzione di fondo patrimoniale su immobili a mezzo di convenzione matrimoniale*; Cass. 1 ottobre 1999, n. 10859 e Cass. 19 novembre 1999, n. 12864, both in *Riv. not.*, 2000, p. 343 ss.; Cass. 12545/2019 in *Ced Cass.* Si veda anche Corte cost. n. 111 del 6 aprile 1995 in *Giust. civ.*, 1995, p. 1420.

Coming to a quick examination of the rules relating to the advertising of changes to marriage agreements, art. 163, 4th paragraph, of the Italian Civil Code prescribes that these, stipulated with the consent of all the original parties, or their heirs, and the judgments of homologation of the modifications to which a spouse, subsequently deceased, had consented by public act, must be noted in the margin of the deed of marriage to be enforceable against third parties, as indicated in art. 162 of the Italian Civil Code, ul. paragraph, regarding the advertising of marriage agreements¹⁰⁰.

There is a form of overlap between art. 163, 4 and 5 paragraph, and art. 162 assuming that the first regulates the regime of disclosure of changes to marriage agreements and the second regulates that of conventions including conventional communion, the main hypothesis of modification of the legal communion¹⁰¹.

In addition, changes to matrimonial agreements involving property and furniture registered pursuant to article 163, last paragraph, of the Italian Civil Code, must be noted in the margin of the transcription in the Real Estate Registers of the 'original' marriage agreements.

And in terms of transcription, art. 2647, 1st paragraph, of the Italian Civil Code for real estate (and art. 2685 of the Civil Code for registered assets), in the 1st paragraph only mentions those marriage agreements which, pursuant to and within the limits of art. 210 of the Italian Civil Code, exclude assets from legal communion and in the 2nd paragraph refers to the transcribability in relation to those assets that are excluded from communion¹⁰².

¹⁰⁰ The art. 34 disp. att. c.c. then specifies that the annotation must be requested by the notary in the thirty days following the date of the wedding (for the agreements entered into before it) or the date of the deed (for subsequent ones) and must be in the Civil Status Registers of the Municipality where the wedding was celebrated.

¹⁰¹ For marriage agreements, it is possible to consider all agreements aimed at modifying or even extinguishing a matrimonial regime. Therefore to the conventional communion, as modifying the legal communion, the rules on marriage agreements are always applicable; see in this sense T. AULETTA, *Autonomia privata*, cit., p. 634; BOCCHINI, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, cit., p. 448; GALASSO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 562.

¹⁰² Art. 2647 c. c. "Devono essere trascritti, se hanno per oggetto beni im-

Art. 2647 c.c., 1° c.¹⁰³, refers to marriage agreements pursuant to art. 210 c.c. with which the spouses reduce the scope of the legal communion, but having these a programmatic content, however, they are not susceptible of an immediate and automatic transcription, which must take place only on the occasion of the transcription of any purchase deeds concerning real estate or movable property registered excluded from communion as a result of the agreement¹⁰⁴.

mobili, [...] le convenzioni matrimoniali che escludono i beni medesimi dalla comunione tra i coniugi, [...] gli atti di acquisto di beni personali a norma delle lettere c), d), e), ed f) dell'articolo 179, a carico, rispettivamente, dei coniugi titolari del fondo patrimoniale e del coniuge titolare del bene escluso o che cessa di far parte della comunione. Le trascrizioni previste dal precedente comma devono essere eseguite anche relativamente ai beni immobili che successivamente entrano a far parte del patrimonio familiare o risultano esclusi dalla comunione tra i coniugi...”.

¹⁰³ For F. BOCCHINI, *o.c.*, p. 267 first paragraph of art. 2647 c.c. would refer in general to the transcribability of the deeds that limited the object of communion, either by excluding properties already included in it, with the contextual effect of the agreement, or by avoiding the fall in communion of future purchases, and would specifically regulate the hypothesis of assets already doing part of communion. In the opinion of MORELLI, *Autonomia negoziale e limiti legali nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Fam. e dir.*, 1994, p. 104 ss., instead, the first paragraph of art. 2647 c.c. would refer to the programmatic conventions which foresee, for the future, the exclusion of goods or categories of goods, and the related transcription would only be made on the occasion of individual purchases which, as a result of them, do not fall in communion.

¹⁰⁴ In jurisprudence Cass. n. 397 del 22/01/1986, in *Nuova Giur. civ. commentata*, 1986, p. 444, with note of ZACCARIA. See, also, GABRIELLI, ZACCARIA, *o.c.*, p. 379; F. PADOVINI, *voce Trascrizione*, cit., p. 802. In opinion of GABRIELLI, ZACCARIA, *o.c.*, p. 380 in the hypothesis described, only the transcription pursuant to art. 2643 c.c. in favor of the purchasing spouse with the exclusion of the transcription at the expense of the other; for other opinion see MISEROCCHI, *Riflessi sulla pubblicità immobiliare della riforma del diritto di famiglia*, in *Il nuovo diritto di famiglia. Contributi notarili*, Milano, 1975, p. 581; BONIS, *La nuova disciplina della pubblicità immobiliare con la riforma del diritto di famiglia*, in *Il nuovo diritto di famiglia. Contributi notarili*, Milano, 1975, p. 300 ss.; IEVA, *La pubblicità dei regimi patrimoniali della famiglia*, in *Riv. Not.*, 1996, p. 434 whom thinks instead the transcription of the real estate purchase pursuant to art. 2643 c.c. in order to exclude him from communion, the transcription ex art. 2647 c.c. against the spouse who in the absence of the reductive marriage agreement would have become joint owner of the property.

On the other hand, the transcribability of those conventions that do not expressly fall within the casuistry of art. 2647 c.c. providing, for example, an extension of the object of legal communion. According to a part of the doctrine, the deeds of purchase in communion in dependence on a marriage agreement that has expanded the object may be transcribed, pursuant to art. 2643 n.3 of the Civil Code¹⁰⁵, to make known to third parties the existence of the community¹⁰⁶, or according to another part of the doctrine pursuant to art. 2644 c.c. to settle conflicts between several purchaser of the same seller¹⁰⁷.

According to another part of the doctrine, however, it could not resort to articles 2643 no. 3 c.c. whose mandatory nature is peacefully recognized, as conventional communion is an autonomous case which cannot be subsumed in ordinary communion. According to the latter orientation, an extensive interpretation of art. 2647 c.c. aimed at including these conventions within its scope¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Art. 2643 n. 3 c.c. Atti soggetti a trascrizione. “Si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione: ... 3) i contratti che costituiscono la comunione dei diritti menzionati nei numeri precedenti;...”.

¹⁰⁶ CERVELLI, *o.c.*, pp. 73-74; see also F. TACCINI, *La trascrizione delle convenzioni matrimoniali*, in *Notariato*, 2003, p. 296, whom highlights that the extension agreement must be previously noted pursuant to art. 162 of the Italian Civil Code, and if a transfer of ownership or a real estate right from third parties is made in favor of both spouses, or even only a portion from one spouse to another, it will be necessary to make a transcription of it pursuant to art. 2643 of the Italian Civil Code. If the spouses decide to include one of the personal assets referred to in art. 179, lett. a), b) and f), and both intervene at the time of purchase, a transcription will be sufficient, pursuant to art. 2643 of the Italian Civil Code, in their favor. If, however, only one spouse appears at the deed (except in the case referred to in art. 179, letter f), only the annotation pursuant to art. 162 c.c. of the agreement, which will be mentioned in the transcription note of this shop, will make the common nature of the purchase opposable to third parties.

¹⁰⁷ BARCHIESI, *Il sistema della pubblicità nel regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1995, p. 150; DE PAOLA, MACRÌ, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, p. 339; CORSI, *o.c.*, p. 45.

¹⁰⁸ OBERTO, *Pubblicità dei regimi patrimoniali della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, p. 254, whom favors an extensive reading of art. 2647 c.c. See also F. BOCCHINI, *Rapporto coniugale e circolazione dei beni*, Napoli, 1989, p. 266 ss. and GABRIELLI, ZACCARIA, *Commento agli artt. 2647 2685 c.c.*, in *Commentario al diritto italiano di famiglia*, Padova, 1992, p. 345; PADOVINI, *Trascrizione*, cit., p. 805.

About the provisions of the second paragraph of art. 2647 cc¹⁰⁹ regarding the transcription “of immovable property which subsequently becomes part of the family property or is excluded from the communion between the spouses”, part of the doctrine believes that this rule can be applied to transcribe those acts that exclude individual goods from communion determined,¹¹⁰ on the other hand, art. 2643 c.c. and 2644 cc.¹¹¹

Finally, if it is considered admissible that the spouses may modify the discipline of the regime of communion by inserting the provision, in the presence of certain conditions, of ousting an asset or refusing to co-purchase it, the advertising discipline of these acts remains to be considered.

The aforementioned modification of a programmatic nature must be noted in the Civil Status Registers, and when the spouses in the exercise of the aforementioned power intend to proceed with an act of expulsion or refusal of the purchase, the transcription of the single device act must be carried out.

While in the case of exclusion of individual properties, the doctrine does not doubt the annotability and transcribability of the act, alternatively proposing the application of artt. 2643 and 2647 Civil Code, for the advertising regime of the refusal of the co-purchase there are greater differences in doctrine.

While some authors find transcription useless as refusal, by preventing a purchase, does not give rise to any circulatory events¹¹²,

¹⁰⁹ In the opinion of F. BOCCHINI, *o.c.*, p. 267 the second paragraph of art. 2647 c.c. would refer only to the implementation profile, of the exclusion that occurs at the time of the individual purchase. MORELLI, *Autonomia negoziale e limiti legali nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Fam. dir.*, 1994, p. 104 ss. instead, thinks the second paragraph would govern the advertising of conventions that exclude goods that already belonged to them from communion.

¹¹⁰ IEVA, *o.c.* p. 74; LO SARDO, *o.c.*, p. 90.

¹¹¹ GABRIELLI e ZACCARIA, *o.c.*, p. 397; TROIANO, *o.c.*, p. 368.

¹¹² GAZZONI, *o.c.*, p. 70; MONTESANO, *Rifiuto del coacquisto. Altre ipotesi di esclusione di un bene dalla comunione legale e riconoscimento dell'autonomia negoziale nei rapporti patrimoniali familiari*, in *Vita Not.*, 1991, p. 89 ss. speaks of a unilateral negotiating act with which you do not have a right, but only prevents the operation of art. 177, letter a) of the Civil Code It therefore excludes the refusal of the refusal to the category of marriage agreements. In

others on the contrary attribute it to the nature of an extraneous marriage agreement, to be stipulated by public deed with two witnesses, and to be noted in the margin of the marriage certificate, pursuant to art. 162 of the Italian Civil Code¹¹³, or claiming that the consent of both spouses manifested in solemn form is necessary to prevent the fall in communion¹¹⁴.

According to this second guideline, where the act concerns real estate, this shop according to certain authors must be transcribed, pursuant to art. 2645 of the Italian Civil Code¹¹⁵, According to others¹¹⁶, since it does not produce the effects provided for by art. 2643 of the Italian Civil Code, but only limits the subjective effectiveness of the purchase to the purchasing spouse only, the refusal produces similar effects to the case referred to in art. 179 of the Italian Civil Code, acting, together with the translation contract, as the title for the exclusive transcription in his favor pursuant to art. 2647 of the Italian Civil Code, 1st paragraph, which speaks of “personal purchase deeds...”¹¹⁷.

From the opinions of the last two authors cited, and above all from the analogy found by the first with the extrusive conventions of individual assets, it can be deduced that, for them, the refusal to co-purchase a property must also be transcribed against the spouse who makes the related declaration, pursuant to art. 2647 of the Italian Civil Code.

What has been said regarding the regulation of the advertising of marriage agreements and their amendments is fully applicable for registered partnerships pursuant to paragraph 19 of law 76/2016; on the other hand,

the same sense PITTALIS, *Modifiche convenzionali alla comunione dei beni*, cit., p. 451 ss., which, precisely on the basis of its unilateral structure, excludes this institution from the list of extrusive conventions of individual assets from the legal community.

¹¹³ IEVA, *La pubblicità dei regimi patrimoniali della famiglia*, cit., p. 437.

¹¹⁴ DI TRANSO, *Comunione legale*, Napoli, 1999, p. 50.

¹¹⁵ GABRIELLI, *o.c.*, p. 672.

¹¹⁶ LO SARDO, *o.m.c.*, pp. 309-310; BECCARA, *o.c.*, pp. 214-215.

¹¹⁷ Therefore, in the note of transcription of the purchase in favor of only the purchasing spouse, mention must be made of the declaration of refusal made by the other, probably using part “D”.

greater problems arise for the advertising of cohabitation contracts that have governed the property relations between the spouses¹¹⁸.

Paragraph 52 of art. 1 L76 / 2016 provides that for the purposes of opposition to third parties, the professional who has received the deed in public form or who has authenticated the signatures must provide to transmit a copy to the Municipality of residence of the cohabitants for registration in the registry pursuant to articles 5 and 7 DPR n. 223/89.

Therefore, in order to be sure of the substantial registration of the assets, third parties cannot proceed here by comparing the civil status registers and the public real estate registers, since the cohabitation contract must be registered in the registry.

This makes checking the header extremely difficult, also taking into account the fact that the registry officer does not have to register the content of the cohabitation contract, and in particular the choice of the regime of communion, but only the date and place of stipulates the date and contact details of the professional. From this it follows that third parties will be burdened with access to the text of the contract, which is not always easy to find in the presence of a regulatory provision (art. 37, Presidential Decree no. 223/89), which prohibits persons unrelated to the registry office to access the office itself and, therefore, direct consultation of the registry documents¹¹⁹.

The picture is made even more problematic also by the fact that the negative publicity system of the legal community, valid for spouses and parts of the civil union, does not apply to cohabitants since the absence of a regime applies to them.

In doctrine, many perplexities have been expressed by many parties, but it is perhaps a matter of having to evaluate, beyond the objective

¹¹⁸ See OBERTO, *I contratti di convivenza, Commento all'art. 1, commi 50-63, Legge 20 maggio 2016, n. 76*, in *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, a cura di Sesta, Milano, 2017, p. 1389 ss., according to which the formalities envisaged by the legislator do not in themselves appear suitable for providing adequate publicity to third parties regarding the possible existence of a regime of inter partes communion, not to mention the absolute unsuitability to allow third parties to understand what is the exact condition of the registered immovable or movable property with respect to which they place themselves (or intend to place themselves) as assignees or creditors (personal or, possibly, common) foreclosure.

¹¹⁹ M. SARACENO, *Le unioni civili e le convivenze*, Torino, 2017, p. 169 ss.

difficulties present, whether it is in any case possible to obtain information on the content of the regime applied by the cohabitants for the purposes of its external relevance to third parties¹²⁰.

The central question obviously revolves around whether or not third parties can have the acquisitive effect referred to in art. 177, lett. a) and, consequently to the applicability of the provisions of art. 184 c.c. with regard to the proposition of the action for annulment in addition to the question of the impossibility of the joint purchase to creditors who intend to act in executivis on the entire property formally owned by the debtor alone.

The provisions of paragraph 53, lett. c) of art. 1, regarding the fact that the cohabitation contract may contain the regulation of the legal communion of goods with any implication and that it has provided for legislation for the opposability regime.

¹²⁰ In the opinion of *OBERTO, o.u.c.*, p. 1389 cautiously, notaries should always ascertain the personal situation of the parties who in deeds are not married (or not linked by civil union), in the registry, in order to verify in the origin of the asset that the assignor is not by chance linked to third parties from a cohabitation contract that provides for the communion of goods. And, adds the Author, the Notary will still have to show the property regime of the parties on the note, according to the provisions of art. 2659 cod. civ., in spite of the fact that the rule contains the wording “if married” (today also referable to the parts of the civil union, according to the provisions of paragraph 19, law 20 May 2016, n. 76, that the aforementioned provision expressly recalls), provided that the aforementioned article of c. c. cannot fail to be considered implicitly referred to for de facto cohabitations by the postponement made by c. 53, lett. c) the institution of legal partnership between spouses.

SALVATORE ACETO DI CAPRIGLIA
THE HARMONIZATION OF SUCCESSION
AGREEMENTS IN EUROPE

SOMMARIO: 1. Analisi ricostruttiva delle singole figure dei patti successori vietati dal legislatore italiano e la loro critica frammentarietà. L'intervento del legislatore italiano con l'introduzione del patto di famiglia (legge 14 febbraio 2006 n. 55): un bilancio non roseo a tredici anni dall'entrata in vigore. – 2. Una necessaria indagine comparativa, con particolare riferimento al modello tedesco, al diritto successorio francese e una breve panoramica euro continentale. Nuove prospettive *de jure condendo*, teleologicamente orientate all'espansione dei confini dell'autonomia privata.

1. L'articolo 458 del Codice civile italiano enuncia a chiare lettere il divieto dei patti successori¹, che, in via di prima approssimazione, possono essere definiti come quei «negozi che attribuiscono o negano diritti su una successione non ancora aperta»². La norma, saldamente collocata nel contesto della disciplina successoria, assume una rilevanza fondamentale in relazione all'intero ordinamento giuridico, dal momento che si riannoda all'autonomia privata³ in genere, e, in particolare, all'atto che ne costituisce la massima espressione: il contratto⁴. Per la verità, pur in presenza del divieto così

¹ L'esame critico in merito al divieto dei patti successori deve iniziare con il richiamo a G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, p. 37 ss. ora nella ristampa a cura della Scuola di Specializzazione dell'Università di Camerino, n. 36, Napoli, 2010; ID., voce *Atto mortis causa*, in *Enc. dir.* IV, Milano, 1959, p. 232 ss.

² In questi termini si esprime la più autorevole dottrina istituzionalistica, in particolare C.M. BIANCA, *Diritto civile. 2. La famiglia - Le successioni*, Milano, 2005, p. 556.

³ Riferendosi all'autonomia privata non può non rimarcarsi il significato polisemico da attribuirsi a tale concetto, significato che è destinato a mutare in ragione del contesto di volta in volta preso in considerazione; in merito si veda S. PUGLIATTI, *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 366.

⁴ R. SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., I, To-

formalizzato, l'autonomia privata non appare del tutto estranea alla materia del diritto successorio, in considerazione dei molteplici riscontri sistematici che sicuramente depongono nel senso della sua operatività anche in questo contesto, seppure con differenti angoli prospettici. Se si assume l'ottica del disponente, l'autonomia privata si incarna nel testamento⁵, concepito alla stregua di un negozio tipico – e tendenzialmente unico⁶ – attraverso il quale taluno «dispone delle proprie sostanze o di parte di esse per quando avrà cessato di vivere». I caratteri di tipicità e unicità appaiono inestricabilmente connessi proprio al divieto di patti successori, che in tal modo contribuisce, sia pure *a contrario*, a delineare i caratteri del negozio testamentario. Per contro, se si analizza *ab externo* la vicenda *mortis causa*, la configurabilità di un vero e proprio contratto successorio⁷ appare impedita ineluttabilmente da questo divieto, il che con-

rino, 1987, p. 519. È il caso di rievocare l'acuta osservazione fatta da autorevole dottrina, secondo la quale «la libertà (o autonomia) contrattuale (o, in più larga accezione, negoziale) dipende concettualmente (e ne è la principale articolazione) della cosiddetta autonomia privata (che, a sua volta, è il riflesso della libertà economica)». Cfr. F. MESSINEO, *Il contratto in generale*, I, in *Tratt. dir. civ. comm.*, Milano, 1973, p. 42.

⁵ Il tema dell'autonomia testamentaria è stato approfondito, in particolare, nei contributi di A. TRABUCCHI, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, p. 39 e G. AMADIO, *Lecture sull'autonomia privata*, Padova, 2005, *passim*.

⁶ Il carattere tendenziale e non assoluto della tipicità del testamento emerge dall'enorme mole di contributi dottrinali con cui si è messa in discussione la tesi che concepisce il testamento quale unico negozio *mortis causa*. Al riguardo si veda A. CICU, *Testamento*, Milano, 1951, p. 8 ss., nonché G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 72 ss. che ha qualificato come negozi di ultima volontà una serie di dichiarazioni atipiche quali: a) la designazione del tutore (ex art. 348 cod. civ.); b) l'esclusione dall'ufficio tutelare (ex art. 350 n. 2 cod. civ.); c) le disposizioni funerarie sulla destinazione del cadavere; d) le disposizioni sulla pubblicazione delle opere di ingegno (ex art. 24 l. n. 633 del 22 aprile 1941).

⁷ *Ex adverso*, non è dato riscontrare disposizioni ostative rispetto a pattuizioni che incidono su una successione già aperta, risultando espressamente ammessi, ad esempio, tanto la vendita di eredità (artt. 1542 ss. cod. civ.), quanto il contratto di divisione (artt. 713 ss. cod. civ.). In termini C. CACCAVALE, *Contratto e successioni*, in *Tratt. contratto*, diretto da V. Roppo, VI, *Interferenze*, Milano, 2006, p. 406.

sente di comprendere l'attenzione manifestata negli anni dalla dottrina, mossa dall'intento di circoscrivere con precisione il perimetro applicativo della nozione di patto successorio, onde permettere all'interprete di plasmare una dosimetria certa dalle drastiche conseguenze giuridiche derivanti dalla disposizione *de qua*. È innegabile che l'interesse destato dai patti successori negli ultimi anni abbia sollecitato interventi dottrinali, giurisprudenziali e legislativi, dai quali emerge «una inequivocabile tendenza a diminuirne la portata»⁸, onde ovviare alle conseguenze negative del divieto dal punto di vista economico e giuridico⁹. Già da tempo, infatti, la dottrina stigmatizza duramente i pregiudizi derivanti dall'atteggiamento protezionistico ed autarchico che caratterizza il nostro sistema di diritto successorio, denunciando, in particolar modo «una marcata autosufficienza nazionalistica della disciplina delle successioni a causa di morte»¹⁰. Il *trend* appena descritto si registra anche a livello sovranazionale, come testimoniano la Raccomandazione del 7 dicembre 1994 n. 94/1069 e la Comunicazione del 28 marzo 1998 n. 98/C 93/02, con le quali le Istituzioni comunitarie hanno espresso l'auspicio che gli Stati membri, nei quali permane il divieto *de quo*, possano rimuovere tale limitazione dell'autonomia privata, considerata un'inutile complicazione, contrastante con l'esigenza di una sana gestione degli assetti patrimoniali¹¹. Viene da chiedersi, allora,

⁸ Cfr. M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976, p. 15.

⁹ Difatti, il divieto dei patti successori è stato additato come: «uno dei maggiori ostacoli alla libertà di trasmissione concordata del patrimonio in generale ed in particolare delle imprese e delle società». Cfr. F.P. TRAISCI, *Il divieto di patti successori nella prospettiva di un diritto europeo delle successioni*, Napoli, 2014, p. 17.

¹⁰ Cfr. V. ROPPO, *Per una riforma del divieto dei patti successori*, in *Riv. dir. priv.*, 1997.

¹¹ Segnatamente, appaiono di grande interesse le osservazioni spese dalla Commissione europea nella citata *Raccomandazione* del 7 dicembre 1994, nella quale, preso atto che «ogni anno diverse migliaia di imprese sono obbligate a cessare la loro attività a causa di difficoltà insormontabili inerenti alla successione», e delle conseguenti «ripercussioni negative sul tessuto economico» non ascrivibili al fisiologico operare delle forze di mercato, bensì «ad un'insufficiente preparazione della successione e all'inadeguatezza di alcune parti della legislazione degli Stati membri, soprattutto in materia di diritto societario, successorio e fiscale». Si rivolgeva, quindi, un espresso invito agli Stati membri, affinché

quali siano le ragioni della resistenza del divieto, a fronte delle rilevate criticità. La teorica prevalente, all'uopo, invoca l'insegnamento tradizionale, che riconosce nella proibizione degli accordi a causa successoria un nodo gordiano del relativo sistema ordinamentale, anche per via del trattamento di massima severità riservato dal legislatore ai patti vietati, che appare sensibilmente più grave di quello previsto in relazione all'inosservanza di altre norme cogenti inserite nella disciplina successoria, quali, ad esempio, quelle relative alla violazione della quota riservata ai legittimari¹². Ne scaturisce che, in vista dell'auspicata riforma dell'art. 458 c.c., occorre prendere le mosse dalla ricerca del fondamento ontologico del divieto, onde verificare se la relativa *ratio* sia ancora attuale, operando un raffronto con le esigenze di revisione della norma emerse, in modo sempre più pressante, con il passare degli anni. Tale operazione ermeneutica si appalesa ancora di più come ardua e complessa, in considerazione del fatto che, ad onta della formulazione generica ed unitaria della

gli stessi provvedessero a «sensibilizzare l'imprenditore ai problemi della successione e indurlo a preparare tale operazione finché è ancora in vita», nonché ad attivarsi affinché il diritto di famiglia ed il diritto successorio «non possano mettere in pericolo la continuità dell'impresa».

¹² Difatti, mentre la violazione del divieto di patti successori è sanzionata con la drastica nullità, le disposizioni testamentarie o le donazioni che eccedano la quota disponibile non sono nulle, bensì solo oggetto di esercizio di un'eventuale azione di riduzione. Inoltre, secondo la giurisprudenza, il patto successorio (nullo) non sarebbe convertibile ex art. 1424 cod. civ. in altro negozio valido, ed in particolare in un testamento, poiché così si realizzerebbe proprio lo scopo, vietato dall'ordinamento, di non ammettere patti successori. Cass. 14 luglio 1983, n. 4827, in *Vita not.*, 1984, p. 829 con nota di A. LEPRE, *Sull'applicabilità dell'art. 1424 cod. civ. ai patti successori istitutivi*; Cass. 19 novembre 2009, n. 24450, in *Giust. civ.*, I, 2010, p. 1985 con nota di G. VIDIRI, *I difficili rapporti tra patti di famiglia e patti successori*, e in *Dir. giust.*, 2009, con nota di G. MILIZIA. In dottrina però le opinioni sulla conversione del patto successorio in testamento sono più variegate: cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist., Napoli, 1994, p. 100 ss.; L. MOSCO, *La conversione del negozio giuridico*, Napoli, 1947, p. 302 ss.; M. VIGNALE, *Il patto successorio, la donatio mortis causa e la conversione del negozio illecito*, in *Dir. giust.*, 1962, pp. 310; M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, cit., p. 97 ss.; V. PUTORTÌ, *Morte del disponente e autonomia negoziale*, Milano, 2001, p. 172 ss.; C. CECERE, *Patto successorio*, in *Dig. disc. priv. (Sez. civ.)*, Aggiornamento, 2003, Torino, p. 1023 ss.

norma, non è dato ravvisare un unico assetto di interessi riconducibile al paradigma legale, il che rende necessario portare ad emersione le molteplici fattispecie integranti patti successori vietati, con le relative *rationes* sostanziali. Difatti, già il *nomen juris* dell'istituto declina sempre al plurale la fattispecie dei patti successori; a ciò si aggiunga che la prima lettura dell'art. 458 c.c.¹³ convince l'interprete dell'inesistenza di una figura unitaria di patto successorio, tant'è vero che, secondo l'incontrastato insegnamento della dottrina, occorre operare, a livello tassonomico, una *summa divisio*, all'esito della quale si addivene ad una tripartizione delle fattispecie riconducibili ai patti successori, tra le quali vengono in rilievo i patti istitutivi, quelli dispositivi e quelli abdicativi. D'altra parte la tripartizione appena menzionata si presenta come il risultato delle stratificazioni che nel tempo hanno caratterizzato i rapporti tra gli strumenti di devoluzione dell'eredità e lo strumento contrattuale, che sono sempre risultati problematici, come attesta l'esperienza del diritto romano. Ne deriva la necessità, prima di entrare nel merito delle singole figure di patti successori offerte dal legislatore, di adottare una prospettiva ermeneutica storica¹⁴, la quale consente di illu-

¹³ La norma in questione prevede testualmente che «Fatto salvo quanto disposto dagli articoli 768-*bis* e seguenti, è nulla ogni convenzione con cui taluno dispone o rinuncia ai diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta. È del pari nullo ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinunzia ai medesimi».

¹⁴ Nell'ambito della sterminata letteratura concernente i profili storico-comparatistici del divieto dei patti successori non si può non segnalare i seguenti contributi: G. VISMARA, *Storia dei patti successori*, Milano, 1986, *passim.*; M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, cit., p. 19 ss.; E. BESTA, *Le successioni nella storia del diritto italiano*, Padova, 1935, *passim.*; N. COVIELLO, *Delle successioni, Parte generale*, Napoli, 1935, p. 74 ss.; L. COVIELLO jr., *Diritto successorio*, Bari, 1962, p. 247 ss.; L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni*, in *Commentario del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, *Libro II, delle successioni (artt. 456-511)*, Bologna-Roma, 1964, p. 82 ss.; B. BIONDI, *Diritto ereditario romano, parte generale*, Milano, 1954 p. 169 ss.; V. SCIALOJA, *Diritto ereditario romano, concetti fondamentali*, Roma, 1915, p. 165 ss.; V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1978, p. 534 ss.; P. BONFANTE, *Scritti giuridici vari: Famiglia e successioni*, Torino, 1916, p. 376 ss.; F.S. AZZARITI, G. MARTINEZ, G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1979, p. 10 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 676 ss.

minare la genesi dell'istituto in questione e di comprendere il percorso evolutivo attraverso il quale le figure in esame hanno assunto la configurazione che attualmente le caratterizza. Secondo l'opinione maggioritaria, infatti, il divieto di patti successori nel diritto romano presenta una *ratio* unitaria, tralaticciamente conservatasi fino ad oggi¹⁵. Tuttavia deve fin da subito evidenziarsi che «il dato storico [...] non risulta essere così lineare ed inequivoco come comunemente viene rappresentato»¹⁶. Invero, il diritto romano conosce molteplici fattispecie astrattamente sussumibili nella categoria dogmatica dei patti successori; tra queste, alcune sono state sempre considerate lecite, mentre altre, specie nell'ultima fase dell'esperienza giuridica romana, sono state ritenute proibite, essenzialmente per motivi di natura etica. Ne discende *de plano* l'inesistenza, nel sistema giuridico romano, di un divieto generale di patti successori¹⁷,

Con riferimento alla dottrina straniera si vedano: B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, a cura di C. Fadda e P.E. Bensa, III, Torino, 1930, § 529, n. 3; J.P. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Paris, 2002, p. 1266 ss.; M. KASER, R. KNUTEL, *Romisches Privatrecht*, 17. Aufl., München, 2003, p. 404; A. COLIN, H. CAPITANTMARIO, *Traité de droit civil. Obligation*, t. II, Paris, 1959, p. 397 ss.

¹⁵ M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, cit., p. 19 ss.

¹⁶ F.P. TRAISCI, *Il divieto di patti successori nella prospettiva di un diritto europeo delle successioni*, Napoli, 2014, p. 33. Si richiama, altresì, la nota 3, nella quale l'A., adduce a sostegno della propria tesi le relazioni parlamentari che accompagnano le iniziative di riforma dell'art. 458 c.c., dalle quali emerge come i sostenitori della permanenza del divieto utilizzassero l'argomento storico «sempre in modo assai generico e superficiale». Nella medesima prospettiva si colloca R. LENZI, *Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Riv. not.*, 1989, p. 1215, nota 19, ove si legge che «nella diagnosi della natura e portata del divieto in diritto romano meriterebbe, infatti, puntualmente cogliere il concreto attuarsi dei rapporti negoziali e gli effettivi orientamenti della pratica legale, ben diversamente mirata ed articolata rispetto alla rappresentazione necessariamente unificante della scienza giuridica romana e della legislazione giustiniana».

¹⁷ Sul punto si vedano le acute riflessioni svolte da F.P. TRAISCI, *Il divieto di patti successori nella prospettiva di un diritto europeo delle successioni*, cit., p. 33, il quale afferma che «...se è vero che “una folla di leggi” proibiva specificatamente una parte relativamente importante di figure negoziali che potevano indurre ad un cd. *votum captandae mortis*, (detto anche *votum corvinum*, ossia l'augurio di morte), ritenendole contrarie tanto al buon costume, quanto all'ordine pubblico, è altrettanto vero che solo in linea di forte approssimazione

emergendo, per contro, che la comminatoria di nullità riguardava specifiche figure contrattuali, considerate «come se ciascuna di esse costituisse un istituto a sè»¹⁸. Pertanto, dal punto di vista storico, risulta più corretto affermare che solo a partire dall'epoca imperiale si assiste alla stratificazione di responsi giurisprudenziali contrari a talune tipologie di patto successorio¹⁹, con la conseguente emersione delle ragioni della relativa nullità. Il fenomeno è stato qualificato, *in primis*, con riferimento ai patti istitutivi, in relazione ai quali viene in rilievo la tutela della libertà di disporre della propria successione fino all'ultimo momento utile, compendiata nel noto brocardo «ambulatoria est enim voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum»²⁰. In definitiva, il divieto viene concepito come il mezzo per offrire tutela alla libertà di testare, che appare geneticamente connessa alla libera revocabilità del testamento nel suo complesso o di una sua singola disposizione. Diversamente accade per i patti dispositivi, il cui divieto si fonda sull'esigenza di contrastare un fine giudicato riprovevole essenzialmente sul piano etico, espresso dalle fonti romane con la locuzione *votum captandae mortis*²¹. È altresì noto alla dottrina del tempo anche come *votum corvinum*, ovvero l'augurio di morte. Con riferimento, invece, ai patti rinunciativi²², si

può sostenersi che un simile generale divieto trovasse radici nel diritto romano classico, venendo successivamente ripreso anche in quello bizantino ed in quello medievale, proprio perché in nessuno di tali periodi sarebbe riscontrabile la presenza di una proibizione generalizzata nei confronti di tutti i patti successorii».

¹⁸ G. VISMARA, *Storia dei patti successorii*, cit., p. 109, che giunge a definire il divieto generale di patti successorii come una “creazione moderna”, così da rimarcarne l'estraneità all'esperienza romanistica.

¹⁹ Va precisato, peraltro, che tali responsi non hanno mai del tutto eliminato le singole prassi locali, le quali, pertanto, hanno convissuto con il divieto, presentandosi, al più, quali eccezioni al divieto.

²⁰ L. COVIELLO jr., *Diritto successorio*, cit., p. 247 ss., ove si evidenzia che il medesimo principio è utilizzato altresì per giustificare il divieto di testamento congiuntivo, con il quale, cioè, più persone raccolgono nel medesimo atto le rispettive disposizioni di ultima volontà.

²¹ G. VISMARA, *I patti successorii nella dottrina di Bartolo*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, vol. IV, Milano, 1962, p. 483, nota 76, ove si riporta il passo in cui Bartolo afferma «*pacisci sub spe de succedendo, istud est turpe, quia inducit votum captandae mortis alterius...*».

²² G. VISMARA, *Storia dei patti successorii*, cit., p. 77, nonché F.P. TRAISCI, *Il*

sostiene che gli stessi arrechino un *vulnus* all'ordine legale della successione, cui si attribuisce il rango di principio di ordine pubblico, dalla cui violazione non può che discendere la più drastica sanzione comminata dall'ordinamento, *id est*: la nullità dell'atto. Risulta pertanto evidente come l'opinione tradizionale costituisca la risultante di un'operazione induttiva, all'esito della quale dalle singole ipotesi di proibizione si fa discendere un giudizio negativo generale, valevole unitariamente per tutte le figure di patti successori²³. In realtà, consultando le fonti romanistiche senza pregiudizi ideologici, non può non constatarsi come, accanto alle ipotesi ricadenti nei rilevati divieti, il diritto romano contempra atti bilaterali e irrevocabili a causa di morte, che convivono con il negozio testamentario²⁴, e che non potrebbero avere cittadinanza in un sistema giuridico, come quello contemporaneo, caratterizzato da un atteggiamento di generale avversione nei confronti dei patti successori²⁵. *In primis*, viene in considerazione la «mancipatio familiae mortis causa», ritenuta da alcuni studiosi come una delle forme primigenie di testamento, che sotto il profilo strutturale si configura come un atto bilaterale, in tal modo palesando una radicale differenza dalla fattispecie testamentaria; né può trascurarsi che l'istituto in esame risulta coevo ai primi testamenti, il che smentisce la tradizionale inconciliabilità tra atti *mortis causa* unilaterali e bilaterali, erodendo il dogma dell'unicità ontologica del negozio testamentario²⁶. Difatti la dottrina più accreditata

divieto di patti successori nella prospettiva di un diritto europeo delle successioni, cit., p. 39, il quale evidenzia un ulteriore argomento a sostegno della nullità dei patti rinunciativi consistente nel principio secondo cui la persona liberamente designata dal *pater familias* non può sottrarsi ai diritti ed ai doveri che il testamento le attribuisce; tesi condivisa anche dalla pandettistica tedesca, come emerge da B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, cit., p. 105 ss., nota 2.

²³ In questo senso si esprime A. CICU, *Testamento*, cit., p. 12 ss.

²⁴ A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, in *Trattato di Diritto comparato*, diretto da Rodolfo Sacco, Torino, 2002, p. 158, ove si puntualizza che «se le fonti confermano la stretta connessione tra la proibizione d'istituire l'erede per contratto e il principio della libertà testamentaria, il diritto romano al contempo conosce fattispecie che ai nostri occhi ricadono nel divieto».

²⁵ Cfr. F. GERBO, *Patti successori*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 2009.

²⁶ A. MURILLO VILLAR, A. CALZADA GONZALEZ, S.C. PEREZ-GOMEZ, *La mancipatio familiae: una forma di testamento?*, Madrid, 2016, *passim*.

inquadra la *mancipatio familiae* alla stregua di un succedaneo del testamento, grazie al quale un soggetto, che non ha redatto la scheda testamentaria, trasferisce il proprio patrimonio ad un fiduciario, il quale accetta di svolgere l'incarico ed eseguire la volontà del disponente dopo la morte di quest'ultimo. Il rapporto tra fiduciante e fiduciario si sussume nello schema del *negotium fiduciae*, ovvero del mandato, con la conseguenza che l'incaricato non potrà assumere la qualità di *heres*²⁷. Accanto alla *mancipatio familiae mortis causa* nell'ordinamento giuridico romano si rinvencono la *mortis causa donatio*²⁸, caratterizzata dalla fusione della *causa donationis* con la *causa mortis*, cioè l'intento di arricchire immediatamente il donatario, in vista di un imminente pericolo di vita del donante e quindi della sua premorienza rispetto al donatario, nonché del *pactum de hereditate tertii*²⁹, entrambe astrattamente rientranti nel perimetro applicativo del divieto di patti successori. In proposito deve segnalarsi l'esistenza di un vivace dibattito³⁰ circa la natura eccezionale o meno delle figure appena considerate. Non può non rilevarsi però, come, anche aderendo alla tesi predicativa dell'eccezionalità, gli istituti in esame appaiono incontrovertibilmente idonei a smentire la pretesa *incorruttibilità* del divieto dei patti successori, con la conseguenza che, nel sistema giuridico romano, i principi informatori del

²⁷ B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, rist. 4^a ed., Milano, 1972.

²⁸ In merito Giustiniano detta la seguente definizione: «*quae propter mortis fit suspicionem, cum quis ita donat, ut, si quid humanitus ei contigisset, haberet is qui accepit: sin autem supervixisset qui donavit, reciperet, vel si eum donationis poenituisset aut prior decesserit is cui donatum sit*» (I.II,7,De donat): la dottrina romanistica ammette in maniera unanime la liceità dello strumento in questione, come testimonia, per tutti, B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, cit., p. 104 ss.

²⁹ C.II,3,30 *Iustinianus A. Iohanni pp.* «*omnimodo huiusmodi pacta, quae contra bonos mores inita sunt, repellit, et nihil ex his pactionibus observari, nisi ipse forte, de cuius hereditate pactum est, voluntatem suam eis accommodaverit et in ea usque ad extremum vitae spatium perseveraverit*». Per completezza va rilevato che secondo M. PETER, *Etude sur le pacte successoral*, Geneve, 1897, p. 12 il patto sopra citato non ha natura istitutiva, bensì dispositiva.

³⁰ Invero, con riferimento al *pactum de hereditate*, mentre D. ACHILLE, *Il divieto dei patti successori. Contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura*, Napoli, 2012, p. 39 sostiene la tesi dell'eccezionalità, G.C. BURCHIARDI, *Il sistema e la storia interna del diritto romano privato*, II, Napoli, 1857, p. 329, nota 6, esclude decisamente che esso possa costituire un'eccezione.

diritto successorio, come, ad esempio, la libertà di testare³¹, si contemperano con le esigenze concrete degli operatori giuridici ed economici, realizzando un apprezzabile equilibrio tra teoria e prassi. Il dato più significativo dell'assetto romanistico si traduce nella convivenza tra il testamento ed altri negozi volti a realizzare una trasmissione concordata del patrimonio del *de cuius*³². Dal breve *excursus* concernente l'esperienza giuridica romana emerge la necessità di riconsiderare in una prospettiva critica i profili diacronici del divieto di patti successori, le cui fondamenta romanistiche, pur essendo innegabili, appaiono nondimeno problematiche, o, come si è affermato in dottrina, "fragili"³³.

2. L'indagine comparatistica, ed in particolare l'*excursus* sincronico relativo all'esperienza tedesca e francese, offre all'interprete fecondi strumenti per istituire un parallelismo ermeneutico con l'ordinamento italiano, onde porre in risalto il differente approccio che il legislatore nazionale ha mostrato nell'affrontare problemi comuni ad altri sistemi ordinamentali. Ed invero, la necessità di elaborare una riforma del diritto successorio che sappia colmare il *gap*, ormai fin troppo evidente, tra la disciplina normativa e la realtà dei traffici giuridico-economici³⁴ in un mondo globalizzato, si presenta come

³¹ A tal proposito sono quanto mai pertinenti le riflessioni svolte in F.P. TRAISCI, *Il divieto di patti successori nella prospettiva di un diritto europeo delle successioni*, cit., p. 34, nota 4, ove si afferma sinteticamente che seppur «veniva richiamata la difesa del principio della libertà di testare, considerato assoluto e inderogabile, [...] la stessa dottrina ammetteva che alcune novelle, poi scomparse nella compilazione giustiniana, consentissero, sotto particolari condizioni, alcune figure di patti istitutivi con i figli del disponente (purché fosse assicurata una uguale porzione di patrimonio ai germani del figlio istitutivo) ovvero fra coniugi, nonché, in via eccezionale, anche quelli fra estranei, seppur solamente tra militari».

³² Come acutamente osservato da M. AMELOTTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, Firenze, 1966, pp. 15-17. «accentrare l'indagine sui testamenti romani e ricordare marginalmente gli atti paratestamentari significa non solo coartare tale realtà, ma rinunciare a coglierne i motivi di fondo».

³³ Di "fondamenta fragili" del divieto di patti successori nel diritto romano parla espressamente, U.M. ROLFO, *Il divieto dei patti successori*, Macerata, 2017, pp. 24-27.

³⁴ Per ovviare al quale si registra una vera propria *fuga* della prassi alla ri-

una questione condivisa con altre esperienze continentali, come nel sistema di *Civil law*, il che rende quanto mai interessante il raffronto tra le varie soluzioni escogitate. È un dato di fatto che il diritto successorio italiano sia apparso immune, nel corso dei decenni, da riforme radicali, a dispetto dei tumultuosi cambiamenti registratisi sul versante socio-economico. È sufficiente constatare che il Libro II del Codice civile, nel Titolo riservato alla successioni, è stato interessato da un numero di interventi normativi molto esiguo, specie se paragonato alle profonde modifiche che hanno interessato gli altri Libri del Codice. Inoltre preme significare che, anche dal punto di vista contenutistico, si tratta di interventi che hanno toccato aspetti marginali della disciplina successoria, senza scardinare l'originario ordito codicistico³⁵. Le ragioni che consentono di spiegare l'inadeguatezza del diritto successorio italiano a rispondere alle esi-

cerca di nuovi strumenti di circolazione della ricchezza nei rapporti interprivati. Sul punto si annovera una ricca messe di contributi dottrinali, tra i quali si richiamano P. RESCIGNO, *Le possibili riforme del diritto ereditario*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1942 ss.; G. BONILINI, *Sulla possibile riforma della successione necessaria*, in *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*, diretto da G. Bonilini, Milano, III, 2009, p. 279 ss.; A. ZOPPINI, *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie «in forma indiretta»*, in AA.Vv., *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1998, p. 919 ss.; S. TEODORA MASUCCI, *Le successioni mortis causa in generale*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e Rescigno, Milano, II, 2009, p. 7 ss.; P. RESCIGNO, *Attualità e destino del divieto di patti successori*, in AA.Vv., *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995, p. 5 ss.; A. LISERRE, «Quid novi» in tema di successioni mortis causa?, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 1997, p. 13 ss.

³⁵ Ed invero, se si eccettuano gli adeguamenti resisi necessari in conseguenza della caduta del regime fascista (d.r.l. n. 25/1944 e d. eg. gt. n. 287/1944), e gli interventi collegati alla riforma del diritto di famiglia (l. n. 151/1975), altre novelle legislative hanno interessato solo marginalmente o di riflesso il diritto successorio (a titolo di esempio si pensi agli adattamenti collegati alle riforme via via succedutesi in materia di filiazione – dalla l. 184/1983 fino alla l. 219/2012). Solo due recenti interventi si segnalano come significativamente innovativi: ci si riferisce, in particolare alla riforma degli artt. 561 e 563 cod. civ. (art. 2, comma 4-*novies*, lett. a, d.l. n. 35/2005, conv. in l. n. 80/2005, e art. 3 l. n. 263/2005) e, ovviamente, all'introduzione degli artt. da 768-*bis* a 768-*octies* cod. civ. recanti la disciplina del patto di famiglia. Cfr. G. ZANCHI, *Percorsi del diritto ereditario attuale e prospettive di riforma del divieto dei patti successori*, cit., p. 701, spec. nota 3.

genze della moderna economia sono molteplici, ma senza dubbio uno dei principali motivi dell'anacronismo³⁶ di tali disposizioni è da rinvenirsi nella circostanza che, sul piano tecnico-normativo, le norme del Libro Secondo del Codice civile italiano sono chiaramente concepite al fine di assecondare la trasmissione della ricchezza immobiliare³⁷, trascurando del tutto quella mobiliare-finanziaria, che oggi costituisce invece la principale componente del patrimonio familiare³⁸. La rilevata molteplicità delle forme di ricchezza patrimoniale si riverbera direttamente sulla tenuta del principio di unità

³⁶ Nondimeno, è doveroso riportare la tesi, sostenuta da autorevole dottrina, che ritiene non incompatibili le norme sulla successione *mortis causa* con la regolazione della trasmissione dei nuovi beni, come anche di alcune situazioni giuridiche di diritto pubblico o del possesso, ed anche diritti della personalità; cfr. A. ZOPPINI, *Le nuove proprietà nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2000, p. 185 ss. spec. p. 213 ss., il quale trae le sue conclusioni procedendo sia da alcuni indici normativi – anche codicistici (come nel caso dell'art. 1146 cod. civ. sulla successione nel possesso), sia dall'esperienza giurisprudenziale e dalle riflessioni dottrinali straniere (ma anche dalla giurisprudenza italiana, come nel caso di Cass., 18 giugno 1981, n. 4009, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, c. 702, sulla collazione dell'avviamento commerciale). In generale sui problemi legati alla definizione dell'oggetto della trasmissione ereditaria, ma con riguardo ai diritti non patrimoniali si rinvia a A. ZACCARIA, *Diritti extrapatrimoniali e successione: dall'unità al pluralismo nelle trasmissioni per causa di morte*, Padova, 1988.

³⁷ In prospettiva comparatistica cfr. S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Nuove frontiere della successione necessaria*, Torino, 2008, p. 83 ss. Il legislatore italiano non sembra avere recepito *in toto* il percorso di svalutazione della ricchezza immobiliare, poiché, anche nel recente intervento di riforma sugli artt. 561 e 563 cod. civ., orientato proprio ad agevolare la circolazione dei beni nel mercato (di provenienza donativa) provando a ridurre i rischi di coinvolgimento in un'azione di riduzione, si è occupato esclusivamente di intervenire nella trasmissione ereditaria di beni immobili. È un dato di fatto, per contro, che nell'attuale *trend* giuridico-economico, la ricchezza immobiliare tende ad essere trasformata in ricchezza mobiliare, come dimostra il diffuso fenomeno delle società immobiliari, in cui vengano fatti confluire i beni immobili, i quali circolano e vengono divisi tra eredi non direttamente ma indirettamente tramite la cessione, eventualmente *pro quota*, delle partecipazioni sociali. In generale sul fenomeno della mobilitazione della ricchezza e con attenzione ai fenomeni successori cfr. J. COMMONS, *I fondamenti giuridici del capitalismo*, Bologna, 1981; A. PRETTO, *Strumenti finanziari. La nuova proprietà*, in *Riv. crit. dir. civ.*, 2000, p. 669 ss.

³⁸ Sul punto sia consentito rinviare a S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Timidi ten-*

della successione³⁹, dal momento che, a fronte di una pluralità di relazioni tra soggetti e beni, si avverte l'esigenza di percorsi di trasmissione differenziati, flessibili, capaci di offrire soluzioni diverse a seconda della natura dei beni da trasferire e delle qualità personali degli aventi causa. Per contro, il dogma dell'unità della successione si presenta sensibilmente ostativo alla capacità del diritto successorio di distinguere la circolazione dei valori di nuova generazione; si pensi, infatti, che, laddove la vicenda successoria non venga regolata *ex testamento*, la legge assegna l'insieme delle relazioni patrimoniali, nella totalità delle componenti attive e passive, ad un continuatore in base ad una serrata *consecutio*⁴⁰, senza che possa venire meno

tativi di armonizzazione della disciplina successoria in Europa, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 520 ss.

³⁹ Tale principio, se da un lato non trova addentellati nel diritto positivo, dall'altro può vantare solide radici nella tradizione romanistica (*hereditas nihil aliud est, quam successio in univsum ius quod defunctus habuerit* - D. 50, 17, 62, Iulianus) ed è transitato nel nostro Codice attraverso il *Code civil*, che conteneva all'art. 732, oggi modificato, una previsione espressa di divieto generale di diversificazione della successione in base alla natura e all'origine dei beni (*La loi ne considère ni la nature ni l'origine des biens pour en régler la succession*). Il nostro Codice civile intenzionalmente non ha riprodotto questa norma (cfr., in relazione al Codice del 1865, la *Relazione della Commissione del Senato sul progetto del codice civile*, in *Raccolta dei lavori preparatori del Codice civile del Regno d'Italia*, 1866, 309) anche se il principio in essa contenuto è stato comunque assorbito nella disciplina successoria da – salvo alcuni casi di vocazioni c.d. anomale – il sistema successorio rispecchia ancora oggi il vecchio dogma francese dell'unità. Sul tema cfr. G. DE NOVA, *Il principio di unità della successione e la destinazione dei beni alla produzione agricola*, in *Riv. dir. agr.*, I, 1979, 509; A. GALASSO, *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Napoli, 1974, p. 175 ss.; A. ZACCARIA, *Diritti*, cit., p. 3 ss. In prospettiva storica cfr. E. BESTA, *Le successioni nella storia del diritto italiano*, Milano, 1961, p. 71 ss. Sull'influsso che l'idea dell'unità ed universalità della successione ha esercitato nella definizione delle regole di conflitto in materia successoria nel nostro diritto internazionale privato ed in particolare nella definizione dell'art. 46 della l. n. 218/1995 cfr. M. DI FABIO, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, in *Trattato breve delle Successioni e Donazioni*, diretto da P. Rescigno, Padova, 2011, 726; F. TROMBETTA PANIGADI, *La successione mortis causa nel diritto internazionale privato*, in *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*, diretto da G. Bonilini, V, Milano, 2009, p. 212 ss.

⁴⁰ In particolare, si tratta di una *consecutio* che ammette un'unica vicenda

la natura dei beni caduti concretamente in successione. La difficoltà di ritagliare spazi di autonomia nel sistema successorio, per differenziare il destino *post mortem* dei valori patrimoniali in ragione della origine e qualità dei medesimi, nonché della natura dei beneficiari, assume tinte particolarmente preoccupanti in relazione ai valori inerenti ad un'attività produttiva⁴¹, anche in ragione della necessità avvertita particolarmente dal mondo imprenditoriale di non gestire il fenomeno successorio solo in termini di subentro in un diritto dominicale, bensì anche come trasmissione di poteri gestionali ed amministrativi che non (necessariamente) transitano unitamente alla quota sociale, o all'azienda, o al ramo d'azienda. Per di più, l'alternativa testamentaria si mostra a sua volta inadatta ad assicurare una circolazione efficiente con riferimento a tale categoria di beni, come ampiamente segnalato dalla prassi, mentre la delazione contrattuale è notoriamente vietata. Affinché il diritto ereditario torni ad essere aderente ai modelli organizzativi ed alle esigenze della produzione si rendono necessari interventi legislativi radicali e, mi permetto dire, coraggiosi, poiché ormai la distanza da colmare ha assunto una consistenza rilevante. Si assiste indubbiamente ad una preminenza delle logiche di mercato⁴² rispetto ai meccanismi tradizionali di trasmissione *mortis causa* della ricchezza, in virtù della quale i consociati cercano di regolare i propri rapporti patrimoniali *post mortem* in maniera più libera, sia con riferimento agli strumenti da impiegare, sia con riguardo ai profili contenutistici

successoria, un'unica regolazione, un unico destinatario, come efficacemente evidenziato da G. ZANCHI, *Percorsi del diritto ereditario attuale e prospettive di riforma del divieto dei patti successori*, cit., p. 708; ed invero, pur non mancando eccezioni legali al principio di unità (si pensi, ad esempio, alla successione nel contratto di locazione, o alla successione nell'indennità di fine rapporto di lavoro subordinato, ovvero, ancora, alla riserva del diritto di abitazione nella casa familiare assicurata al coniuge superstite), esse non scalfiscono il principio, il quale resta canone fondamentale nell'attribuzione ereditaria. In tal senso A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, Torino, 2012, p. 18.

⁴¹ A. BORTOLUZZI, *Successione nell'impresa*, in *Dig. disc. priv.*, Aggiornamento, 2003, p. 871 ss. Sul punto, in tempi non sospetti, L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., p. 103 ss.

⁴² In chiave comparatistica si veda J.G. FLEMING, *Changing functions of succession laws*, in *American Journal of Comparative Law*, 1978, p. 233 ss.

dell'assetto di interessi così multiforme. Senza entrare nel dotto dibattito concernente il presunto declino⁴³ del diritto ereditario, è di tutta evidenza che il testamento ancora oggi mantenga una propria vitalità, il che rende azzardato ipotizzare che esso possa essere sostituito *sic et simpliciter* dal contratto. Tale ultima affermazione non toglie che il testamento si riveli ormai insufficiente ad assecondare i *desiderata* di chi intenda pianificare la propria successione, come dimostra il sempre più marcato ricorso allo strumento contrattuale, in particolare nella prospettiva, già ampiamente esplorata, dei negozi *post mortem* e *transmorte*. Ne deriva la necessità di rimeditare l'approccio tradizionale al tema dei rapporti tra testamento e contratto, che non possono più essere impostati in termini di rigido antagonismo ontologico. In altri termini, l'insoddisfazione palesata dagli operatori giuridici ed economici, anche e soprattutto transna-

⁴³ Difatti, è ricorrente in dottrina l'affermazione secondo la quale il diritto successorio sarebbe entrato in crisi, scoprendosi ormai "irrelevante" nelle dinamiche circolatorie correnti se misurato con altri circuiti di distribuzione della ricchezza, in particolare il contratto. In questi termini S. RODOTÀ, *Ipotesi sul diritto privato*, in ID. (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, p. 13 ss. da cui è tratto l'aggettivo citato. Sempre negli anni Settanta del secolo scorso, V. FERRARI, *Successione per testamento e trasformazioni sociali*, cit., denuncia lo iato tra la disciplina successoria italiana e le trasformazioni sociali. In tempi più recenti, anche M. IEVA, *I fenomeni a rilevanza successoria*, Napoli, 2008. In senso parzialmente difforme L. CAROTA, *Il contratto con causa successoria. Contributo allo studio del patto di famiglia*, Padova, 2008, p. 1 ss. Si è anche evidenziato che, in corrispondenza dell'ascesa della classe media e, quindi, di una maggiore diffusione del benessere a ceti sociali che prima non erano in grado di accumulare ricchezza da trasmettere alle più giovani generazioni, si è ampliato lo spettro di soggetti in condizione di elaborare un programma successorio. In tal senso, P. SCHLESINGER, *Successioni (dir. civ.)*, in *Nov. dig. it.*, XVIII, Torino, 1972, p. 748 ss.; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione legittima*, in *Trattato di Diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XLII, t. 1, Milano, 1999, p. 11 spec. nota 22; G. BONILINI, *Concetto, e fondamento, della successione mortis causa*, in *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*, diretto da G. Bonilini, I, Milano, 2009, p. 42; ID., *Autonomia negoziale e diritto ereditario*, in *Riv. not.*, I, 2000, p. 795 ss. Un'autorevole voce dissenziente è espressa da V. ROPPO, *Per una riforma del divieto dei patti successori*, cit., p. 6 ss., secondo cui, se si ha riguardo al diritto vivente, senza soffermarsi unicamente sui meccanismi successori tipicamente previsti dal legislatore, si osserva come il diritto successorio sia tutt'altro che in declino.

zionali, non si appunta sul testamento *tout court*, ma investe, semmai, la sua esclusività, nonché il coordinamento tra l'istituto testamentario e la disciplina concernente la successione necessaria⁴⁴. In tale contesto, il divieto dei patti successori, si presenta senza dubbio come un elemento di rigidità "fossile" del sistema ordinamentale, pur non essendo ovviamente l'unico freno all'autonomia privata. Nonostante non siano mancati progetti di riforma⁴⁵, l'unica innovazione degna di nota si incarna nel patto di famiglia che risale alla legge 55 del 2006, il quale, sebbene sia stato introdotto nel dichiarato intento di fornire uno strumento pattizio di programmazione successoria di beni produttivi più moderno e aderente alle esigenze dell'impresa, rispetto al testamento, si è rivelato, tuttavia, inidoneo ad intercettare l'interesse degli operatori del mercato, come risulta dalla sua scarsissima ricorrenza nella prassi notarile. Le ragioni del sostanziale fallimento pratico-applicativo registratosi in relazione all'istituto *de quo* si apprezzano in maniera più chiara proprio attraverso il parallelismo con gli schemi a cui hanno fatto ricorso altri ordinamenti per rispondere alle medesime esigenze giuridiche ed economiche. Muovendo dal confronto con l'*Erbvertrag* tedesco⁴⁶, che indubbiamente ha costituito un modello di riferimento per l'elaborazione del patto di famiglia, non possono non evidenziarsi due fondamentali aspetti di divergenza. Ci si riferisce, *in primis*, al profilo inerente gli effetti del negozio, dal momento che, mentre nel nostro ordinamento essi si producono immediatamente, nel sistema tedesco è prevista la possibilità di una realizzazione postergata al momento della morte dell'autore dell'atto dispositivo⁴⁷. In secondo luogo, la disciplina italiana circonda il patto di famiglia di stringen-

⁴⁴ In questi termini G. ZANCHI, *Percorsi del diritto ereditario attuale e prospettive di riforma del divieto dei patti successori*, cit., p. 714.

⁴⁵ Ci si riferisce, in particolare, al progetto di legge n. 1512, presentato alla Camera dei Deputati il 13 giugno 1996, ad iniziativa dei deputati Becchetti, Amorosino e Rosso, commentato da A. PALAZZO, *Osservazioni sulla centralità del testamento*, in *Dir. priv.* 1998, p. 7 ss.

⁴⁶ Si veda sul tema S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Le new families: prototipi contemporanei che reclamano nuove tipologie di delazione ereditaria*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 3, p. 990 ss.

⁴⁷ D. KROISS, C. ANN, J. MAYER, *Erbrecht*, in *BGB Anwaktkommentar*, Bonn, 2004.

ti limiti di operatività, sia sotto il profilo dei beni che possono formare oggetto del negozio, sia dal punto di vista soggettivo. Invero, sul piano oggettivo, viene in rilievo la scelta del legislatore italiano di limitare l'ambito di applicazione del patto ai soli beni relativi all'azienda e alle partecipazioni sociali, che appare antitetica rispetto all'illimitatezza contenutistica dell'*Erbvertrag* tedesco, facilmente arguibile dal § 2278 del BGB, che, come si è visto, consente ai paciscenti di prevedere nel contratto successorio tutte le disposizioni astrattamente inseribili nel testamento, quali istituzioni di erede, legati e oneri⁴⁸. Pur volendo aderire all'orientamento secondo il quale la divergenza concernente il momento di produzione degli effetti non sia insuperabile a livello ermeneutico⁴⁹, deve riconoscersi tuttavia come le differenze relative all'oggetto e al titolo di partecipazione di ciascuno dei paciscenti siano tanto profonde da rendere non concepibile un'armonizzazione tra i due istituti, almeno nella prospettiva *de jure condito*. Ne deriva che il patto di famiglia italiano si configura come un istituto caratterizzato da una fruibilità molto limitata⁵⁰ e, pertanto, deve ritenersi assolutamente inidoneo a rendere più agevole la trasmissione ereditaria della ricchezza, ponendosi in aperto contrasto con gli obiettivi recentemente fissati a livello comunitario (Reg. 650/2012)⁵¹. In chiave critica, deve allora eviden-

⁴⁸ L. STUCCHI, *L'art. 768 bis c.c., fattispecie e disciplina*, in *Il patto di famiglia*, a cura di U. La Porta, cit., p. 111 ss.

⁴⁹ Secondo una puntuale ricostruzione dottrinale, infatti, il patto di famiglia può essere congegnato anche in modo da operare come negozio *mortis causa*. In tal senso si rileva che la struttura normativa del patto di famiglia non vieta alle parti di differire il trasferimento alla morte del disponente, accompagnando, se del caso, tale previsione con i debiti contrappesi, quali, ad esempio, l'inserimento di clausole attributive del potere di revoca. Sul punto si veda F.P. TRAISCI, *Il divieto di patti successori nella prospettiva di un diritto europeo delle successioni*, cit., p. 359.

⁵⁰ E. LUCCHINI GUASTALLA, *Gli strumenti negoziali di trasmissione della ricchezza familiare: dalla donazione si praemioriar al patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 3, p. 317 ss.

⁵¹ In particolare, il Regolamento UE n. 650/2012, avente la finalità di introdurre una nuova disciplina comunitaria delle successioni transfrontaliere, non appare limitato ai soli profili attinenti la trasmissione *mortis causa* dell'impresa, adottando, per contro, una prospettiva molto più ampia. In tal senso è sufficiente richiamare la portata assolutamente generale del *considerando* n. 7, in cui si

ziarsi che il legislatore italiano ha adottato un'ottica molto angusta⁵², contentandosi di introdurre un istituto di limitata applicazione, destinato ad operare solo a beneficio delle piccole imprese e delle società a conduzione familiare. Sebbene la più volte rimarcata necessità di operare una radicale riforma del diritto successorio, implichi necessariamente l'abolizione o, quantomeno, il ridimensionamento del divieto di patti successori, la novella n. 55/2006 viene additata, a causa del suo scarso *range* applicativo, dalla maggior parte dei commentatori come "un'occasione persa"⁵³. Difatti, la scelta di un'architettura contrattuale così farraginoso, pur in presenza di alternative tecnicamente più semplici, non può che ritenersi sintomatica del fatto che l'introduzione del nuovo istituto sia stata concepita in vista della tutela di interessi superindividuali, risultando, per contro, del tutto secondaria la finalità di rafforzare l'autonomia contrattuale del disponente⁵⁴. Né può ritenersi che il profondo divario che separa il diritto successorio italiano da quello tedesco sia il frutto, *sic et simpliciter*, della differente impostazione di fondo, ed in particolare del fatto che il BGB (nel solco delle consuetudini di stampo germanico) abbia riconosciuto la validità del contratto successorio, concepito come alternativa al testamento nella regolamentazione delle relative vicende⁵⁵. In questo senso il confronto con il diritto francese appare ancor più gravido di stimoli ermeneutici, giacché, pur partendo da basi comuni (basti pensare che il Codice italiano del 1865 aveva mutuato *in toto* l'impianto originario del

afferma che «nello spazio europeo di giustizia, i cittadini devono poter organizzare in anticipo la propria successione».

⁵² Sul punto si richiamano le riflessioni critiche di G. AMADIO, *Profili funzionali del patto di famiglia*, cit., p. 361 ss., secondo cui la riforma avrebbe dovuto avere ad oggetto anche altri istituti, quale, soprattutto, l'eredità necessaria, che il legislatore allo stato non ha ancora avuto il coraggio o la determinazione di affrontare direttamente.

⁵³ A questa amara conclusione perviene, tra gli altri, A. PALAZZO, *Il patto di famiglia tra tradizione e rinnovamento del diritto privato*, cit., p. 261 ss.

⁵⁴ In tal senso M. IEVA, *Profili strutturali del patto di famiglia*, cit., p. 469 ss.

⁵⁵ F.P. TRAISSI, *Il divieto di patti successori nella prospettiva di un diritto europeo delle successioni*, cit., p. 355; cfr. inoltre sulla stessa tematica, S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Una nueva y possible forma de delacion hereditaria: el contrato sucesorio*, in *Revista boliviana de Derecho*, 2016.

Code civil), l'ordinamento transalpino ha mostrato una più spiccata sensibilità verso la valorizzazione dell'autonomia negoziale in ambito successorio. Difatti, a dispetto della permanenza di un generale divieto di patti relativi ad una successione futura, il legislatore francese ne ha rimodulato la portata applicativa, provvedendo espressamente ad affermare la liceità di talune operazioni negoziali, ritenute utili al fine di assicurare la trasmissione concordata del patrimonio familiare. Senza entrare nel merito delle singole figure introdotte in Francia, deve riconoscersi l'assoluta apprezzabilità dell'approccio metodologico ivi adottato, come è stato puntualmente riconosciuto dalla stessa dottrina d'oltralpe⁵⁶. Pertanto, dalla disamina dell'esperienza francese emerge un ordine tassonomico che si presta a svolgere una funzione paradigmatica in vista di eventuali interventi del legislatore italiano. In specie, appare emblematica la scelta di introdurre la categoria dogmatica delle *liberalites*, nella quale sono confluite successioni e donazioni, con cui si registra un significativo passo in avanti nel percorso di avvicinamento della materia successoria a quella contrattuale, istituendo o ridisegnando schemi negoziali volti a regolare con maggiore elasticità le vicende successorie in una dimensione transnazionale, come effetto mediato della globalizzazione e della libera circolazione di persone e capitali, ma anche e soprattutto, della costituzione di un'Europa in cui tutti, a prescindere dalla cittadinanza di uno degli Stati membri, godano dei medesimi diritti⁵⁷.

Non meno rilevante risultano gli interventi con cui si è operato un vigoroso ridimensionamento del concetto valoriale di famiglia nel contesto del diritto successorio, tale, addirittura, da condurre ad una riconfigurazione del principio di ordine pubblico⁵⁸, non più vol-

⁵⁶ N. BAILLON-WIRTZ, *Que reste-t-il de la prohibition des pactes sur succession future?* in *Droit de la Famille*, nov. 2006, p. 8 ss., secondo cui «il est plus logique de maintenir dans le Code civil un principe de prohibition et une serie d'exceptions ponctuellement reconnues par le legislature que d'etablir une liste exhaustive d'actes prohibè, notamment a un moment ou nombreux sont ceux qui regrettent l'augmentation du nombre d'articles et d'alignats dans le Code civil».

⁵⁷ P. CATALA, *La loi 23 juin 2006 et le colonnes du temple*, in *Droit de la Famille*, nov. 2006, p. 5 ss.

⁵⁸ Cfr. per una disamina ampia G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico*

to, come in passato, a tutelare «une fureur égalitaire qui imprégnait encore le premier consulat»⁵⁹, bensì finalizzato a salvaguardare le scelte individuali del disponente⁶⁰, con il risultato di far prevalere il principio di efficacia economica sugli interessi protezionistici della famiglia⁶¹. Sebbene non siano mancati accenti critici nella dottrina francese, che, nel commentare la riforma del 2006, ha ravvisato un possibile snaturamento del diritto successorio autoctono⁶², non può non osservarsi che, grazie ai predetti interventi legislativi, il sistema transalpino si è sensibilmente armonizzato ad altri ordinamenti, nei quali vige un assetto normativo maggiormente ossequioso dell'autonomia contrattuale in ambito successorio⁶³. Ciò ha contribuito ad esacerbare l'isolamento del modello italiano, il che rende ancor più pressante l'esigenza di un complessivo ripensamento del diritto successorio, ben più pregnante di quello avvenuto con l'introduzione del patto di famiglia, ovvero con il ridimensionamento della portata reipersecutoria e recuperatoria dell'azione di riduzione. Ed infatti, è interessante notare come, pur nella loro diversità, le due principali

interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale, Napoli, 2019, *passim*.

⁵⁹ P. CATALA, *La loi 23 juin 2006 et le colonnes du temple*, cit., p. 6.

⁶⁰ B. BEIGNIER, *Loi du 23 juin 2006 Acte I: le droit liberal des Liberalites et des avantages matrimoniaux*, in *Droit de la Famille*, nov. 2006, p. 1.

⁶¹ In specie, secondo J. LEPROVAUX *La place de la famille dans la mise en oeuvre du mandat de protection future et du mandat posthume*, in *Rev. Jur. Persones et Famille*, 2006, n. 9, p. 6 ss. la figura del *mandat a effet posthume* esprime chiaramente lo scarso *favor* nei confronti della famiglia al momento del trapasso del patrimonio ereditario. In tal senso si rileva che «la place de la famille est en concurrence avec la logique d'efficacité économique dont le but est de sauvegarder l'entreprise après le cédès de son dirigeant».

⁶² Per una disamina dell'orientamento critico verso le riforme in commento si veda, ancora, P. CATALA, *La loi 23 juin 2006 et le colonnes du temple*, cit., p. 5, secondo cui «s'infiltrer un dessaisinement douloureux et onereux des héritiers légitimes au bénéfice d'une administration à l'anglaise». In altri termini, seguendo questo ordine di idee, gli interventi operati dal legislatore francese hanno prodotto il deleterio risultato di inserire all'interno del sistema nazionale, ritenuto, sino a quel momento, coerente e coeso, elementi di estraneità, le cui conseguenze non possono che destare perplessità nell'interprete.

⁶³ F.P. TRAISCI, *Il divieto di patti successori nella prospettiva di un diritto europeo delle successioni*, cit., p. 314.

tradizioni giuridiche euro-continentali, quella francese e quella tedesca, ammettano convenzioni successorie e che, in un ordinamento giuridico spesso comparato al nostro, quale quello iberico, sia addirittura riconosciuto il patto successorio, anche se con peculiarità del tutto regionali. Per una completezza espositiva precisiamo che il divieto dei patti successori istitutivi è ancora previsto in Francia, Belgio e Lussemburgo (art. 1130 comma 2 c.c.), nonché nei Paesi Bassi (art. 4.4, comma 2 NBW), in Portogallo (art. 2028 comma 2 c.c.), in Grecia (368 c.c.) e in Spagna, anche se persistono in quest'ultimo caso deroghe al livello regionale⁶⁴. L'elemento comune alle diverse soluzioni adottate all'estero, e che al contempo segna la principale differenza con quella italiana, risiede nella previsione di una pluralità di strumenti di delazione volontaria, che si aggiungono al testamento nella gestione del passaggio generazionale della ricchezza⁶⁵. La rilevata convergenza⁶⁶ tra i sistemi giuridici presi in considerazione dimostra che non solo è possibile, ma, soprattutto, che è stato ritenuto necessario dotare il diritto successorio di uno strumento pattizio volto a programmare la vicenda successoria del *de cuius*. Pertanto, facendo leva sul più generale processo di unificazione internazionale del diritto, a sua volta implicato dall'integrazione tra i mercati locali, è agevole prevedere che un siffatto intervento sia necessario anche nell'ordinamento italiano⁶⁷. Si rende necessario

⁶⁴ Cfr. M. MARTINEZ MARTINEZ, *Les pactes successoriaux dans les droits régionaux d'Espagne*, in BONOMI, STEINER (a cura di), *Les pactes successoriaux en droit comparé et en droit international privé*, Genève, 2008, p. 107 ss.

⁶⁵ G. ZANCHI, *Percorsi del diritto ereditario attuale e prospettive di riforma del divieto dei patti successori*, cit., p. 748.

⁶⁶ In tal senso, si osserva che, a partire dal secondo dopoguerra, si è registrato, a livello internazionale, un movimento di convergenza settoriale delle legislazioni nazionali, specie nei settori in cui la segmentazione delle discipline domestiche rappresentava un ostacolo al processo di internazionalizzazione ed integrazione dei mercati locali. Sul punto si veda S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Timidi tentativi di armonizzazione della disciplina successoria in Europa*, cit., p. 495 ss.

⁶⁷ Il processo di internazionalizzazione del diritto si fonda principalmente sull'unificazione legislativa determinata dalla ratifica di convenzioni internazionali di diritto uniforme, per lo più adottate per iniziativa o con il patrocinio di organizzazioni internazionali create *ad hoc* (ad es. Unidroit) o che perseguono istituzionalmente obiettivi di ravvicinamento delle legislazioni nazionali (è

a questo punto avviandomi alle conclusioni, mi tocca effettuare una rapida disamina in merito al novellato concetto di ordine pubblico interno ed internazionale⁶⁸, che nel passato poteva essere considerato una chiusura, ma che nella sua odierna evoluzione ed accezione, rappresenta certamente un volano per le auspiccate innovazioni in tema successorio e non solo. Tutte le norme a contenuto protettivo ed in particolare quelle espressioni del principio di libera revocabilità del testamento e degli atti di ultima volontà (ex artt. 679 ss. c.c.) vanno oggi interpretate alla luce del fondamentale principio di ra-

il caso dell'Unione europea). Nondimeno, nella medesima direzione assume un rilievo centrale anche l'interpretazione giurisprudenziale uniforme delle disposizioni convenzionali, in particolar modo nel caso in cui si ravvisi un organismo giurisdizionale sovranazionale affidatario di una funzione nomofilattica, come emblematicamente avviene in seno all'Unione europea, con particolare riguardo alla Corte di giustizia europea, sul cui contributo all'unificazione legisaltiva si vedano, *ex plurimis*, I. KLAUER, *Die Europäisierung des Privatrechts*, Nomos, 1998; J. SMITS, *The making of European Private Law. Towards a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System*, Intersentia, 2002, p. 19 ss.; W. VAN GERVEN, *The ECJ Case-law as a means of Unification of Private Law?*, in A.S. Hartkamp, E.H. Hondius, *Towards a European Civil Code*, III ed., Wolters Kluwer, 2004, p. 101 ss.; ID., *The case-law of the European Court of Justice and National Courts as a contribution to the Europeanisation of Private Law*, in *European Review of Private Law*, 1995, p. 367 ss.; C. TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation of Contract Law*, Taylor & Francis, 2008. Inoltre, è possibile registrare un percorso di avvicinamento legislative che può definirsi "spontaneo", in quanto non risente dell'iniziativa di organizzazioni internazionali create *ad hoc*, sul quale si richiamano A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di Diritto comparato*, diretto da R. Sacco, cit., p. 27 ss.; H. COING, C.M. SCHMITTHOFF, J. HELLNER, K. GLEICHMANN (a cura di), *Methoden der Rechtsvereinheitlichung*, Frankfurt a.M., 1974

⁶⁸ Appare in ogni caso utile ricordare la definizione di ordine pubblico internazionale, distinto da quello interno, come formato da quell'insieme di principi, desumibili dalla Carta costituzionale o, comunque, pur non trovando in essa collocazione, fondanti l'intero assetto ordinamentale siccome immanenti ai più importanti istituti giuridici quali risultano dal complesso delle norme inderogabili provviste del carattere di fundamentalità che le distingue dal più ampio genere delle norme imperative, tali da caratterizzare l'atteggiamento dell'ordinamento stesso in un determinato momento storico e da formare il cardine della struttura etica, sociale ed economica della comunità nazionale conferendole una ben individuata ed inconfondibile autonomia cfr. A. GUARNIERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti di Diritto civile*, Padova, 1974, *passim*.

gionevolezza, secondo la tecnica del bilanciamento degli interessi in concreto più meritevoli. Pertanto, possono operare nell'interesse del *de cuius* anche in costanza di contratti, come viceversa possono non trovare applicazione nel testamento quando non tutelino adeguatamente gli interessi che presentino le caratteristiche sopra indicate (ad es. l'interesse del figlio nel caso di riconoscimento *ex art. 256 c.c.*)⁶⁹.

In questa prospettiva esegetica in riferimento ai patti successori c.d. rinunziativi e dispositivi, giova sottolineare come appaiano non più inderogabili, in quanto i valori che fondamentali e immodificabili del nostro Stato repubblicano (art. 139 Cost.) non verrebbero messi minimamente in discussione dall'eventuale deroga⁷⁰.

Alla luce delle riflessioni fin qui svolte, non è possibile esimersi dal formulare alcune osservazioni in prospettiva *de jure condendo*, così da prefigurare le linee direttrici lungo le quali il legislatore è chiamato a muoversi per rispondere alle esigenze emerse nella prassi. Si abbia come *ubi consistam* il principio che l'art. 458 c.c. non contiene solo norme inderogabili, ma anche disposizioni cui il legislatore futuro potrà senza dubbio rimodulare, cercando tra l'altro, una continuità interpretativa con il Reg. UE 650/2012 che all'art. 25 riconosce validità ed efficacia ad un patto successorio in Italia, purché regolato dalla legge applicabile alla successione del

⁶⁹ Sul punto sono illuminanti le osservazioni di G. PERLINGIERI, *Invalidità delle disposizioni "mortis causa" ed unitarietà degli atti di autonomia*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 119 ss. e specif. 139 ove si evidenzia che «l'esigenza di tutelare la libertà, l'autoderminazione del *de cuius* può anche investire un contratto. Di conseguenza non si può escludere la possibilità di ricorrere ad alcune norme del testamento qualora un contratto persegua una una funzione *latu sensu* successoria [...] Queste disposizioni, oltre a poter essere contenute in un testamento, possono costituire oggetto anche di un contratto di mandato, sia pure *mortis causa*, destinato a essere eseguito dopo la morte del mandante. [...] premesso che le ipotesi di mandato descritte sono fuori dalla *ratio* del divieto dei patti successori, non si può escludere l'applicazione alle fattispecie indicate non soltanto di alcune regole del mandato, ma anche di alcune norme proprie del testamento. Si pensi al diritto del mandante (*de cuius*), al fine di un adeguato soddisfacimento delle proprie aspirazioni personali e non patrimoniali, di revocare liberamente il mandato durante tutta la sua vita».

⁷⁰ Cfr. G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *o.c.*, p. 196. Sul punto veda anche E. BETTI, *Appunti di Diritto civile*, cit., p. 144, il quale identificava alla base del divieto la tradizione e il costume italiano.

disponente al tempo della sua conclusione⁷¹. In quest'ottica pare potersi affermare che la proposta di addivenire all'eliminazione, *sic et simpliciter*, del divieto sancito dall'art. 458 c.c. sia da ritenersi non necessaria, né sufficiente. Si tratta di una soluzione non necessaria in quanto, come si è visto analizzando il diritto francese, è certamente possibile ampliare l'autonomia contrattuale in ambito successorio, pur mantenendo in piedi un generale divieto di patti successori. Quanto alla considerazione che la proposta di abolire il divieto non sia sufficiente, essa si spiega considerando la necessità che l'intervento legislativo, da un lato, deve farsi carico di profilare un paradigma legale di patto successorio valido, che funga da alternativa tipica al testamento e che consenta, al contempo, di approntare tutte le cautele necessarie per ovviare agli inconvenienti suscitati dall'introduzione di questa ulteriore forma di devoluzione volontaria⁷²; dall'altro, deve intervenire su profili ulteriori, con particolare riguardo all'azione di riduzione ed alla riserva⁷³. Mate-

⁷¹ Disposizione che conferma ancora una volta come l'applicabilità di una norma straniera che riconosca validità ad un patto successorio, deve misurarsi più che con astratti divieti, con le norme in tema di successione legittima, di autonomia testamentaria oltre che con i principi identificativi del sistema ordinamentale (ordine pubblico interno e internazionale). Sul punto si veda anche P. PERLINGIERI, G. MARINARO, V. BARBA, G. PERLINGIERI, in P. PERLINGIERI, *Manuale di Diritto civile*, cit., p. 1066 ss. e G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte Costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 732 ss.

⁷² Sulla necessità di delineare un modello tipico di patto successorio consentito si sono espressi C. CACCAVALE, F. TASSINARI, *Il divieto dei patti successori tra diritto positivo e prospettive di riforma*, cit., p. 75, e A. BORTOLUZZI, *Successione nell'impresa*, cit., p. 881 ss.

⁷³ In tal senso è utile richiamare la proposta presentata dal Consiglio del Notariato (CNN) all'esito del Congresso Nazionale del 2011 di Torino, ma già presentata in occasione del Congresso Nazionale di Stresa del 1996, che si trova esposta nella pubblicazione *Nuove regole tra affetti ed economica. Le proposte del Notariato. Accordi pre-matrimoniali, Convivenze, Successioni*, edita dal Consiglio Nazionale del Notariato nel 2011. Sebbene si tratti di un progetto settoriale, in quanto finalizzato alla rimozione dei soli patti rinunciativi, l'iniziativa della categoria notarile si fa apprezzare per l'ampio respiro che la caratterizza, dimostrato dalla circostanza che le modifiche suggerite non investono solo l'art. 458 c.c., ma si compendiano, altresì, nell'introduzione di un articolo 458 *bis*, in cui si delinea lo schema negoziale considerato espressamente valido, oltre a toc-

care, altresì, la portata applicativa dell'azione di riduzione. In particolare, il testo dell'art. 458 c.c., per effetto della novelle, verrebbe così riformulato: «Fatto salvo quanto disposto dagli articoli 768-bis c.c. e seguenti, è nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione. È del pari nullo ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinuncia ai medesimi, salvo quanto disposto dall'art. 458 bis c.c.». Tale ultima disposizione, rubricata "Patti successori rinunziativi", dovrebbe recitare quanto segue: «Colui che vanta nei confronti di un determinato soggetto una futura prerogativa di erede legittimo o necessario può rinunziare a titolo gratuito o oneroso a diritti specificamente determinati che potranno derivare dalla successione non ancora aperta mediante contratto con la persona della cui futura successione si tratta o atto unilaterale che diviene efficace nel momento in cui giunge a conoscenza della persona della cui futura successione si tratta, ai sensi dell'art. 1334.

Gli atti di cui al primo comma sono ricevuti da notaio alla presenza di due testimoni.

Il contratto rinunciativo può essere sciolto dalle parti per mutuo consenso ai sensi dell'art. 1372 entro il termine di un anno dalla stipula del contratto; la rinuncia può essere revocata dal disponente nel medesimo termine.

Il rinunciante può recedere dal contratto rinunciativo nell'ipotesi in cui la persona della cui futura successione si tratta si è resa inadempiente alla prestazione assunta nel contratto o non ha dato o ha diminuito le garanzie pattuite; la persona della cui futura successione si tratta può recedere dal contratto qualora il rinunciante si sia reso colpevole nei suoi confronti di un atto costituente causa di indegnità ai sensi dell'art. 463.

Il recesso del rinunciante o del soggetto della cui futura successione si tratta possono essere esercitati nel termine di un anno dalla stipula del contratto.

Il contratto e l'atto unilaterale rinunciativo possono essere impugnati solo in caso di dolo o di violenza. L'azione si prescrive in un anno dal giorno in cui è cessata la violenza o è stato scoperto il dolo.

Il contratto e l'atto unilaterale rinunciativo devono essere trascritti presso l'Agenzia del Territorio – Ufficio Provinciale Servizio di Pubblicità Immobiliare competente e devono essere inseriti nell'apposita sezione istituita presso il Registro Generale dei Testamenti.

Se un figlio legittimo, legittimato, adottivo o naturale, o un fratello o una sorella della persona della cui futura successione si tratta rinuncia al diritto successorio l'efficacia della rinuncia si estende ai suoi discendenti.

Nel caso di rinuncia sia a titolo oneroso che a titolo gratuito, la quota spettante all'erede legittimo e/o necessario rinunciante è determinata imputando alla stessa il valore del bene o del diritto oggetto del contratto o dell'atto di rinuncia riferito alla data dell'apertura della successione».

La categoria notarile propone, altresì, di modificare le norme relative ai soggetti che possono chiedere la riduzione ed al modo di operare la riduzione, incidendo, pertanto, sugli artt. 557 e 559 c.c., di seguito riportati:

rie delicate che da troppo tempo resistono agli insulti riformatori del tempo, invulnerate alle dinamiche che via via si manifestano, inducono l'interprete ad una riflessione profonda che vada verso «la relativizzazione del procedimento ermeneutico, calato sul piano concreto del bilanciamento degli interessi, e quindi anche del procedimento decisionale che ne comporta»⁷⁴.

«Art. 557 – Soggetti che possono chiedere la riduzione.

La riduzione delle donazioni e delle disposizioni lesive della porzione di legittima non può essere domandata che dai legittimari e dai loro eredi o aventi causa, nei confronti dei beneficiari delle disposizioni che hanno determinato la lesione.

I legittimari, finchè vive il donante, possono rinunciare al diritto di domandare la riduzione di una o più donazioni anche future specificatamente determinate, con dichiarazione espressa ricevuta da notaio resa anche contestualmente alla donazione.

I donatari e i legatari non possono chiedere la riduzione, né approfittarne. Non possono chiederla né approfittarne nemmeno i creditori del defunto, se il legittimario avente diritto alla riduzione ha accettato con il beneficio d'inventario».

«Art. 559 – Modo di ridurre le donazioni

Le donazioni si riducono cominciando dall'ultima e risalendo via via alle anteriori.

Il legittimario che abbia rinunciato al diritto di agire in riduzione nei confronti di una o più donazioni, non può chiedere la riduzione delle donazioni anteriori che, in assenza di rinuncia, non vi sarebbero state soggette».

⁷⁴ Cfr. testualmente P. PERLINGIERI, *Conclusioni*, in D. VALENTINO (a cura di), *La riforma del Code Civil: una prospettiva italo-francese*, Napoli, 2018, p. 238.

BEATRIZ FERNANDES
CERTIFICADO SUCESSÓRIO EUROPEU

RESUMO: 1. Introdução. – 2. Conceito, finalidade e regime – Breve abordagem. 3. – A dimensão transnacional do Certificado. 4. – Os efeitos do Certificado: a coexistência do Certificado Sucessório Europeu e os documentos nacionais. 5. – Conclusão.

1. O Regulamento 650/2012/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 04 de julho, habitualmente designado por Regulamento Sucessório Europeu, insere-se num conjunto de instrumentos jurídicos, que prosseguindo a estratégia de um direito internacional privado comum, constituem um *corpus* de direito internacional privado da União Europeia. Tal assim é, porque num espaço que se pretende de liberdade, segurança e justiça, é necessário assegurar a livre circulação de pessoas, o que se consegue através da existência de regras comuns e mecanismos que determinem a competência, a lei aplicável e o reconhecimento de decisões.

No que se refere às situações juridicamente relevantes em matéria sucessória, com elementos de conexão em mais do que um Estado, para além da existência de regras comuns no domínio dos conflitos de leis e de conflitos de jurisdições e de reconhecimento de títulos, que visam assegurar a compatibilidade das normas aplicáveis nos Estados-Membros, o Regulamento Europeu das Sucessões logrou a criação de um mecanismo que assegura o reconhecimento da qualidade de herdeiro, de legatário, de executor testamentário ou de administrador de herança e a tramitação rápida, ágil e eficiente das sucessões transfronteiriças.

Partindo dos pressupostos que: i) é a através do direito sucessório que se garante a transmissão organizada de bens, direitos e obrigações; ii) que o direito sucessório é, nos distintos Estados-Membros, sem exceções, um ramo de direito de especial complexidade; iii) é grande a divergência de solução no direito internacional privado de

cada um dos Estados-Membros¹, o Regulamento criou os mecanismos necessários que permitem a organização antecipada da sucessão e a certeza da sua execução nos precisos termos em que o autor da sucessão assim o tenha projetado, entre os quais se inclui o Certificado Sucessório Europeu.

O Certificado Sucessório Europeu surge, assim, como um formulário padrão, que, sem prejuízo do seu carácter subsidiário, consubstancia o primeiro documento destinado a produzir efeitos em todos os Estados-Membros e permite que herdeiros, legatários, executores ou administradores de herança comprovem a sua legitimidade, qualidade e direitos, estendendo-se, deste modo, a livre circulação de pessoas à livre circulação da prova de qualidade de herdeiro, facilitando a resolução rápida e eficiente dos problemas das sucessões transnacionais.

2. Conforme resulta do considerando 67, para que as sucessões com incidências transfronteiriças possam ser decididas de uma forma célere, fácil e eficaz, o herdeiro, o legatário, o executor do testamento ou o administrador da herança deverão poder provar,

¹ Como sintetiza Helena Mota, com base no estudo de Direito Comparado sobre as regras de conflitos de jurisdições e de conflitos de leis relativos aos testamentos e sucessões nos Estados-Membros da União Europeia, Deutsches Notarinstitut, *Les successions internationales dans l'Union européenne – Perspectives pour une harmonisation*, Deutsches Notarinstitut, Würzburg, 2004, “a simples diversidade das regras de conflitos nos vários Estados-Membros torna imprevisível a determinação da lei aplicável e impossível uma programação antecipada da sucessão: de facto, na União Europeia convivem, nesta matéria, e em traços muito largos, a aplicação da lei da residência habitual (Dinamarca, Finlândia, Países Baixos) ou a aplicação da lei nacional do de cujus ao tempo do falecimento (Alemanha, Áustria, Espanha, Grécia, Itália, Portugal e Suécia), a fragmentação do estatuto sucessório através da aplicação da *lex rei sitae* que pode ser admitida só para uma categoria de bens – imóveis – (Bélgica, França, Luxemburgo, Reino Unido, Irlanda), a possibilidade (Alemanha, Finlândia, Países-Baixos, Itália) ou não da escolha de lei aplicável, a admissão (Alemanha, Áustria, França, Reino Unido e Portugal, Espanha, Bélgica, Luxemburgo, Irlanda, em versões mitigadas) ou não do reenvio (Grécia, Dinamarca, Finlândia e Suécia)” H. MOTA, *A autonomia conflitual e o reenvio no âmbito do Regulamento (EU) n.º 650/2012 do PE e do Conselho, de 4 de julho de 2012*, em Revista Electrónica de Direito (RED) da FDUP, 2014.

facilmente, a sua qualidade e/ou os seus direitos e poderes em outros Estados-Membros, por exemplo, no Estado-Membro onde se situam os bens da herança. Frequentemente, mostra-se necessário, logo no início de um processo sucessório, indagar junto de diversas entidades, designadamente, entidades bancárias, notários ou outras entidades públicas ou privadas, no sentido de, se perceber quais os bens ou direitos que compõe o acervo hereditário e, logo nessa fase é exigido que se faça prova da legitimidade do requerente, que deverá ser sucessível ou representante.

Para o efeito, o considerando 67 prevê a criação de um Certificado uniforme², o Certificado Sucessório Europeu (CSE), de carácter subsidiário, não devendo, portanto, substituir os documentos internos, que possam existir para fins semelhantes, devendo, pois, ser emitido para fins de utilização em outro Estado-Membro.

Portanto, a título principal, o Certificado Sucessório Europeu constitui um instrumento probatório, servindo de meio de prova para os elementos estabelecidos de acordo com a lei aplicável à sucessão ou de qualquer outra legislação aplicável a determinados elementos, como a validade das disposições por morte.

Todavia, o artigo 69º atribui ao Certificado mais dois efeitos importantes: por um lado, permite às pessoas aí designadas prevalece-

² Conforme refere Moura Ramos “muito embora se tivesse já previsto a existência de instrumentos deste tipo em actos comunitários anteriores, a extensão e o alcance dos efeitos que neste caso lhe são reconhecidos ultrapassa largamente o que havia sido previsto em situações anteriores” R. RAMOS, *O direito internacional privado das sucessões na União Europeia. Primeiras reflexões*, em Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, vol. LXXXIX, t. I, 2013, Coimbra. A título de exemplo refira-se a Convenção de Haia sobre a Administração Internacional de Heranças, de 2 de outubro de 1973, que tinha como principal ambição o estabelecimento de disposições comuns que facilitassem a administração internacional de herança e consignava a criação de um certificado internacional, pese embora com efeitos muito limitados: permitiria a identificação da pessoa, ou pessoas, habilitadas a administrar os bens imóveis da herança e, bem assim, os respetivos poderes, e seria emitido pela autoridade competente no Estado da residência habitual do falecido que, pela regra geral, aplicaria a sua lei interna. A convenção determinava, igualmente, que não seria exigível qualquer legalização ou formalidade análoga e conferia-lhe já efeitos probatórios e de proteção a terceiros de boa-fé. Qualquer uma destas características consubstancia já uma clara antecipação das normas que viriam as ser adotadas pelo Regulamento 650/2012.

rem-se de uma certa qualidade (de herdeiro, de legatário, etc.); por outro lado, atribui aos terceiros, que contratem com essas pessoas, uma proteção contra o risco de as informações constantes do Certificado estarem erradas ou inexatas.

As normas que se referem ao Certificado Sucessório Europeu estão dispersas por onze artigos, do 62º ao 73º, que compõe o capítulo VI do Regulamento das Sucessões. Para além de proceder à sua criação (art.º 62º) o regulamento enumera as finalidades a que o instrumento se destina (art.º 63º), determina as entidades com competência para a sua emissão (art.º 64º), regula o processo de pedido e apreciação (art.º 65º e 66º), disciplina a sua emissão (art.º 67º), regula o seu conteúdo (art.º 68º), regula os seus efeitos e a possibilidade de determinar a sua suspensão (art.ºs 69º e 73º), prevê a emissão de cópias autenticadas e a conservação do original (art.º 70º), admite e orienta a eventualidade de retificação, suspensão ou anulação do Certificado (art.º 71º) e admite e determina as vias de recurso da decisão da entidade com autoridade para a sua emissão (art.º 72º).

3. O CSE deve ser emitido apenas para fins de utilização noutra Estado-Membro, quando em causa estiverem situações transnacionais, conforme disposto no n.º 1 do art.º 62º, não devendo, pois, ser emitido para substituir os documentos, habitualmente, utilizados internamente.

No entanto, uma vez emitido, de acordo com o n.º 3 do art.º 62º, o CSE produz, também, efeitos no Estado-Membro cujas autoridades o emitiram. Conforme refere Bernhard Kresse³, o conteúdo do artigo 62º aparenta ser ambíguo. Por um lado, determina que o CSE deve ser emitido para fins de utilização em outro Estado-Membro; por outro lado, de acordo com a segunda parte do n.º 3 do art.º 62º, o CSE pode, igualmente, produzir efeitos no Estado-Membro que o emitiu. Esta, aparente, incoerência está relacionada com a distinção que deve ser feita entre requisitos para a emissão do CSE e os seus efeitos.

De acordo com a al. f) do n.º 3 do art.º 65º, o requente deve in-

³ B. KRESSE, *Creation of a European Certificate of Succession*, in A. CALVO CARAVACA, A. DAVÌ, H. MANSSEL (eds), *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 673-685.

cluir no pedido a informação sobre qual a finalidade a que se destina o Certificado, que deverá implicar, obrigatoriamente, ativos em Estado-Membro terceiro. O facto dos requerentes ou herdeiros terem residência em outro Estado-Membro não é suficiente para justificar a emissão do Certificado⁴.

Note-se, no entanto, que, frequentemente, o CSE mostra-se necessário para os interessados conseguirem saber se a herança comporta, ou não, bens móveis ou imóveis, contas bancárias ou seguros de vida em Estados-Membros diferentes daquele onde o *de cuius* tinha a sua residência habitual. Quer isto dizer, que apenas na posse do CSE é que estarão os interessados na posse de informações que permitam determinar se a sucessão tem, ou não, uma dimensão internacional⁵.

4. Em Portugal, a prova da qualidade de sucessores faz-se através de habilitação judicial, habilitação de herdeiros ou por procedimento simplificado de registo de habilitação de herdeiros. A primeira, designada por habilitação judicial, é efetuada como incidente processual perante entidade judicial. A segunda, designada por habilitação de herdeiros, é feita através de escritura pública lavrada perante notário. A terceira, designada por procedimento simplificado de registo de habilitação de herdeiros, é realizada em sede de “balcão de heranças”, através de procedimento simplificado de registo de habilitação de herdeiros.

Seja qual for a modalidade que revista, a habilitação de herdeiros tem três objetivos principais: i) prevenir litígios, através de um ato

⁴ B. KRESSE, *Creation of a European Certificate of Succession*, cit., p. 678.

⁵ Exemplo (1): A, de nacionalidade alemã, morre em Portugal, onde possuía bens móveis e imóveis e onde tinha a sua residência habitual. Deixa um filho, também residente em Portugal. Não estando ainda determinado que se trata de uma sucessão transnacional, mas perante a possibilidade do pai ter contas bancárias na Alemanha, o filho recorre a uma Conservatória solicitando a emissão do CSE, no sentido de provar a sua legitimidade para questionar as entidades bancárias alemãs sobre a existência, ou não, de uma conta bancária. Neste caso, o Certificado Sucessório mostra-se necessário para provar a legitimidade do interessado e apenas após a sua emissão, utilização e resposta das entidades alemãs consultadas se saberá se estamos, perante uma sucessão transnacional.

– a declaração de herdeiros – que, como refere João Meneses⁶, pela sua solenidade “convida à devida ponderação de quem a produz”; ii) funcionar como ato prévio à partilha, que contém a enumeração dos herdeiros, bem como, a respetiva posição (considerando, igualmente, a existência de meeiros, herdeiros pré-falecidos, repúdio da herança e a existência, ou não de testamento); e iii) dotar os herdeiros de um instrumento que os legitime a praticar atos de administração de herança (designadamente, junto a entidades bancárias, seguradoras, ou ainda, para junto das Conservatórias, requererem o registo de bens móveis ou imóveis em comum e sem determinação de parte ou direito).

No que concerne ao CSE, a sua finalidade encontra-se referida no art.º 63º, que como referem Andrea Bonomi e Patrick Waulelet⁷, é uma disposição, meramente exemplificativa, não limitativa, como decorre da utilização “nomeadamente”. A finalidade do CSE seria, de acordo com esta disposição, meramente probatória: serviria para comprovar a qualidade ou direitos de cada herdeiro ou legatário mencionado no Certificado e as respetivas quotas partes, a atribuição de um bem ou bens que façam parte da herança a um herdeiro ou legatário, ou ainda, para comprovar os poderes de um administrador de herança.

Resulta desta breve análise, uma aparente coincidência entre as finalidades dos documentos internos, portugueses, referidos e do Certificado Sucessório Europeu⁸.

⁶ J. MENESES, *Certificado Sucessório Europeu, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Privatísticas*, 2017, disponível em www.hdl.handle.net/10216/88405, p. 30.

⁷ A. BONOMI, P. WAULELET (2015), *El Derecho Europeo de Sucesiones. Comentario al Reglamento n.º 650/2012 du 4 julio 2012*, S. Álvarez González, M. Álvarez Torné, A. Font i Segura, J. Gómez-Riesco Tabernero De Paz, M. Requejo Isidro (trads.), Navarra, Thomson Reuters, 2015, p. 178.

⁸ Note-se que o CSE tem carácter facultativo e a coexistência entre um documento nacional e o CSE é pacificamente aceite atento o n.º 3 do art.º 62º. A pré-existência de um Certificado não impede que seja emitido um documento nacional para a mesma sucessão e *vice versa*, um documento nacional não impede que seja emitido um CSE. No entanto a coexistência destes dois documentos pode conduzir a contradições ou conflitos entre as informações constantes em ambos os documentos. Certo é que decorre do n.º 2 do art.º 62º a presunção de

Mas, há que distinguir entre finalidade e efeitos, uma vez que, para além das enumeradas finalidades, os efeitos do CSE, previstos no art.º 69º, estendem-se para além das finalidades enumeradas.

O CSE tem carácter probatório, conforme resulta do considerando 71 que determina que “não deverá ser um título executivo em si mesmo, mas deverá ter força probatória”, produzindo efeitos em todos os Estados-Membros, sem necessidade de recurso a qualquer procedimento, isto é, não precisa de ser legalizado, nem autenticado no Estado-Membro de destino, nem tão pouco de tradução⁹.

O art.º 69º atribui ao CSE dois efeitos principais: efeito de força probatória e efeito de proteção de terceiros. O n.º 2 determina que “Presume-se que o Certificado comprova com exatidão os elementos estabelecidos” e o considerando 71 refere que o CSE “deverá ter força probatória e presumivelmente comprovar com precisão os elementos estabelecidos nos termos da lei aplicável à sucessão”.

Andrea Bonomi e Patrick Waulelet¹⁰ dizem-nos que deveremos considerar duas facetas desta presunção. Em primeiro lugar, comporta um efeito positivo: o herdeiro, o legatário ou qualquer outra pessoa a quem o CSE reconhece determinadas qualidades e determinados direitos pode valer-se de tais direitos e qualidades tal como são reconhecidos; em segundo lugar, comporta um efeito negativo porquanto não pode ser exigido aos legitimados (herdeiros, legatários ou qualquer outro) documentos complementares de prova. Tal, significa que nenhuma autoridade ou entidade, à qual seja apresentado o CSE, poderá exigir a apresentação, em sua substituição, de uma decisão, de um ato autêntico ou uma transação judicial, não estando igualmente sujeito a qualquer formalismo de controlo prévio. Ape-

exatidão das informações constantes do certificado pelo que a sua inexatidão terá de ser provada. Neste sentido B. KRESSE, *Creation of a European Certificate of Succession*, in A. CALVO CARAVACA, A. DAVÌ, H. MANSEL (eds), *The EU Succession Regulation: A Commentary*, cit., pp. 682-683.

⁹ X. CARRASCOSA GONZÁLES, *Reglamento Sucesorio Europeo y actividad notarial*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2014, Vvol. 6, n.º 1, p. 39.

¹⁰ A. BONOMI, P. WAUTELET, *El Derecho Europeo de Sucesiones. Comentario al Reglamento n.º 650/2012 du 4 julio 2012*, cit., p. 675.

nas à entidade emissora¹¹ serão reconhecidos poderes de suspensão ou retificação¹².

Se este efeito, por si só, já confere ao CSE vantagem sobre qualquer um dos documentos de habilitação de herdeiros referidos, o efeito de proteção de terceiros ajuda-nos a compreender o motivo pelo qual o CSE, apesar de não ser obrigatório, tem vindo a ser, frequentemente, exigido por entidades bancárias e seguradoras. Com efeito, o n.º 3 e 4 do art.º 69º prevê um regime de proteção de terceiros que, confiando nas informações constantes do Certificado, efetuem pagamentos ou entreguem bens ou efetuem transações com a pessoa habilitada a dispor dos bens da herança¹³. O benefício deste mecanismo é apenas subordinado à condição da atuação do terceiro ter sido “com base nas informações atestadas no Certificado”. Andrea Bonomi e Patrick Waulelet acrescentam que, o terceiro tem

¹¹ Em Portugal são competentes para a emissão do Certificado Sucessório Europeu as Conservatórias cujos serviços tramitem os processos simplificados de sucessão hereditária previstos nos art.º 210º-A a 210º-R do Código do Registo Civil habitualmente designados por Balcão de Heranças e Divórcio com Partilha.

¹² A entidade emissora deverá, nos termos do n.º 1 do art.º 70º, conservar o original, devendo facultar cópias autenticadas às pessoas ou entidades que provem que têm interesse legítimo na sua utilização. A entidade emissora deverá igualmente manter uma lista das pessoas a quem foram fornecidas cópias. Em caso de retificação, suspensão ou anulação do Certificado a entidade emissora deverá transmitir essa informação a todas as pessoas a quem forma entregues cópias – art.º 71º.

¹³ Exemplo (2): A, de nacionalidade alemã, morre em Portugal, onde possuía bens móveis e imóveis, onde tinha a sua residência habitual possuindo ainda uma conta bancária numa entidade bancária alemã. Deixa um filho único herdeiro, B, que com base no Certificado sucessório, emitido por uma Conservatória portuguesa, procede ao levantamento dos fundos existentes nessa conta bancária. Posteriormente, outro filho de A, C, cuja família desconhecia, vem reivindicar os seus direitos sucessórios exigindo a anulação do Certificado. Pese embora o certificado possa vir a ser retificado ou anulado nos termos do art.º 71º, C nada poderá reclamar junto da entidade bancária, uma vez que, qualquer ato de reivindicação, de C contra a entidade bancária, esbarraria na proteção conferida pelo n.º 3 do art.º 69. É este um dos motivos pelos quais as entidades bancárias e seguradoras, perante uma sucessão transfronteiriça, tendem a exigir aos interessados um Certificado Sucessório Europeu pese embora, como sabemos, seja este de utilização facultativa.

de estar de “boa-fé”, pese embora, tal não esteja, expressamente, previsto na letra da lei, atenta o carácter indefinido do conceito e a suscetibilidade de distintas interpretações nacionais¹⁴.

Mas, esta proteção não é absoluta: não deverá beneficiar desta proteção o terceiro que tenha conhecimento de que o conteúdo do Certificado não é exato ou ignore a inexatidão devido a negligência grosseira. A concretização da primeira previsão pode ocorrer quando o terceiro tenha sido informado que a entidade emissora, nos termos do art.º 71º, retificou ou anulou um Certificado, tendo, em conformidade com o n.º 3, informado todas as pessoas a quem foram entregues cópias e, ainda assim, tenha o terceiro entregue bens ou feito pagamentos. De igual modo, perderá o benefício da proteção de terceiro, aquele que, tendo tido conhecimento que o Certificado foi objeto de recurso judicial, nos termos do art.º 72, ignore deliberadamente a informação, não acautele eventuais efeitos do recurso e proceda a pagamento ou entrega de bens.

Para além dos efeitos referidos, o Certificado constitui, ainda, um documento válido para a inscrição de bens da sucessão junto da entidade competente cfr, n.º 5 do art.º 69º. Este artigo tem, no entanto, um alcance limitado, uma vez, que temos de considerar o disposto nas als. k e l do n.º 2 do art.º 1º, que excluem, do âmbito de aplicação do regulamento, a “natureza dos direitos reais” e “qualquer inscrição num registo de direitos sobre um bem imóvel ou móvel, incluindo os requisitos legais para essa inscrição, e os efeitos da inscrição ou não inscrição desses direitos num registo”¹⁵.

Em Portugal, considera-se “que o certificado sucessório europeu constituirá documento bastante para o registo predial na medida em que nele se encontram representados os factos atinentes ao fenómeno sucessório submetidos a registo”¹⁶ mas, apenas, para o registo a

¹⁴ A. BONOMI, P. WAUTELET (2015), *El Derecho Europeo de Sucesiones. Comentario al Reglamento n.º 650/2012 du 4 julio 2012*, cit., p. 683.

¹⁵ Sobre os efeitos do Certificado Sucessório Europeu em alguns Estados-Membros, designadamente Espanha e Alemanha, vide A. BONOMI, P. WAUTELET (2015), *El Derecho Europeo de Sucesiones. Comentario al Reglamento n.º 650/2012 du 4 julio 2012*, cit., p. 686.

¹⁶ Parecer do Conselho Consultivo do Instituto dos Registos e do Notariado: Pº C.P.69/2013 STJ-CC, disponível em www.irm.mj.pt/IRN/sections/

favor da herança (caso em que o bem ficará registado em comum e sem determinação de parte ou direito a favor da pluralidade de herdeiros¹⁷), a favor de um herdeiro único e a favor de legatários – caso a herança tenha sido, totalmente, distribuída em legados.

No caso da existência de uma pluralidade de herdeiros, entende o Instituto dos Registos e Notariado, que o Certificado Sucessório Europeu não reúne os requisitos legais que permitam o registo da partilha, porquanto, o mesmo “constitui um documento *narrativo* ou *informativo*, contendo as declarações de ciência e a narração de factos atinentes ao fenómeno sucessório, apurados pela autoridade emissora a partir dos dados e das diligências a que aludem os art.ºs 65º e 66º, pelo que com muita dificuldade se concebe que o mesmo possa servir de *continente ou objeto material de corporização de declarações de vontade* destinadas a introduzir qualquer alteração na esfera jurídica dos interessados na sucessão, como podem ser as que, no Direito Interno, se inserem no ato de partilha e se destinam à atribuição dos bens da herança a título individual”¹⁸.

5. O Certificado Sucessório Europeu, instrumento probatório de alcance internacional, cumpre, plenamente, função de provar a qualidade jurídica de determinados sujeitos no âmbito de uma sucessão

[irm/doutrina/pareceres/predial/2015/45-cc-2015/downloadFile/file/45_2015_C_P_31-2015_STJ-CC.pdf?nocache=1438796565.54](http://www.irm.mj.pt/IRN/sections/irm/doutrina/pareceres/predial/2015/45-cc-2015/downloadFile/file/45_2015_C_P_31-2015_STJ-CC.pdf?nocache=1438796565.54), p. 2.

¹⁷ O registo da herança em comum e sem determinação de parte ou direito corresponde a uma especificidade do Registo Predial Português. Trata-se de uma “«publicitação» ou de que o prédio ou direito pertence à herança e que esta tem como titulares aqueles sujeitos, ou de que titular do prédio ou direito é agora aquela pessoa, por sucessão hereditária ou legado, pelo que é a posição atualmente inscrita, já não a do de cuius, que concretamente se visa proteger e é a intervenção destes sujeitos, não do seu antecessor que importará exigir”. Parecer do Instituto dos Registos e do Notariado P.nº R.P. 188/2010 SJC-CT Disponível em www.irm.mj.pt/IRN/sections/irm/doutrina/pareceres/predial/2010/p-r-p-188-2010-sjc-ct/downloadFile/file/RP188-2010.pdf?nocache=1317199710.81.

¹⁸ Parecer do Conselho Consultivo do Instituto dos Registos e do Notariado: Pº C.P.69/2013 STJ-CC, disponível em www.irm.mj.pt/IRN/sections/irm/doutrina/pareceres/predial/2015/45-cc-2015/downloadFile/file/45_2015_C_P_31-2015_STJ-CC.pdf?nocache=1438796565.54, p. 5.

transnacional, permitindo a tramitação rápida, segura e eficiente dos processos sucessórios com repercussões transfronteiriças.

Oferece a garantia de produzir efeitos “além-fronteiras” e no próprio Estado emitente. Faz prova plena da qualidade, direitos e poderes dos herdeiros, dos legatários, do testamenteiro ou o do administrador da herança. Confere proteção aos terceiros que efetuem pagamentos, entreguem bens ou efetuem transações com a pessoa habilitada a dispor dos bens da herança. Nenhuma autoridade ou entidade à qual seja apresentado o CSE, poderá exigir a apresentação, em sua substituição, de uma decisão, de um ato autêntico ou uma transação judicial, não estando, igualmente, sujeito a qualquer formalismo de controlo prévio.

No entanto, por não ter carácter obrigatório, continua a ser possível que os sujeitos interessados numa sucessão transnacional usem instrumentos de carácter local ou os dois em simultâneo, uma vez que, com frequência, apenas em momento posterior à emissão dos documentos nacionais, se obtém conhecimento que estamos, afinal, perante uma sucessão transnacional.

MARCO RIZZUTI

THE STRANGE CASE OF *MS. MOLLA SALI V. GREECE*:
INDIVIDUAL RIGHTS AND GROUP RIGHTS
IN A MULTICULTURAL ORDER

SUMMARY: 1. General Overview and Historical Context. – 2. Proceedings and Judgement. – 3. Impact of the Decision.

1. Today the challenge of a difficult but necessary balance between the multicultural integration of legal orders stemming from different traditions and the respect for the fundamental human rights of the concerned single individuals, with particular regard to the matter of family and successions law, is increasingly posed to all European jurisdictions especially by the growing migratory flows. But the European Court of Human Rights has for the first time addressed such an issue deciding a case whose concrete facts have nothing to do with migration but refer to the peculiar situation of an historical Muslim minority in Greece: in fact, the core of this landmark decision¹ deals with a very country-specific issue, but at the same time it involves much more general problems.

Such a peculiar Greek situation is due to quite complicated legal and historical reasons that we have to take into consideration. Indeed, many Muslims were living scattered in the territories that form modern-day Greece, and in the rest of the Balkans too, during the long centuries of the Ottoman rule: both immigrants of Turkish (or other) origin and autochthonous people converted to Islam in different times.

In accordance with the general pluralistic juridical structure of the Empire, also in its Balkan provinces² the so-called system of

¹ We refer to the ECHR decision of December 19th, 2018, Appl. n. 20452/2014, case of *Molla Sali v. Greece*. See also the following ECHR decision of June 18th, 2020, on the same case, that quantified the damages to be paid.

² During the classical age of the Ottoman Empire most part of the Balkan peninsula, including wide parts of modern-day mainland Greece, formed the *Eyalet* (province) of Rumelia, meaning “Land of the Romans”: in fact, Byzantine Greeks called themselves *Ῥωμαῖοι*, as legitimate continuators of the Roman

millet was in force: legal status was determined on a personal and not territorial basis, because each religious community lived under its own legal order, in a complex mosaic of privileges and graduated autonomies³. Such a system was grounded on the traditional Islamic

Empire, and the Turks accordingly called them *Rum* (see J. LINDSTEDT, *When in the Balkans, Do as the Romans Do - Or Why the Present is the Wrong Key to the Past*, in J. LINDSTEDT, M. WAHLSTRÖM (eds), *Balkan Encounters - Old and New Identities in South-Eastern Europe*, Helsinki 2012, pp. 107-123). On the other hand, most part of Greek islands together with some peninsulas and coastal areas formed the *Eyalet* of Archipelago, deriving its name from the Venetian Duchy established in the Cyclades during the Middle Ages and then conquered by the Turkish fleet. See, also for further references, D. BREWER, *Greece, the Hidden Centuries: Turkish Rule from the Fall of Constantinople to Greek Independence*, London, 2010.

³ Even if the Muslim majority was the most privileged group, each confessional community had its own legal order, its own courts and its own taxation system. There was a hierarchy of privileges also among the non-Muslim *millets*: the most important one was the *Rum Millet*, with all Orthodox people under the Ecumenical Patriarch of Constantinople, recognized by the Turks as *milletbaşı* (i.e. religious and political leader of the community), followed by the Armenian *Millet*, with the Armenian Patriarch as *milletbaşı*, and the Jewish *Millet*, with the Chief Rabbi as *milletbaşı*, while also other small communities, such as Assyrians and Samaritans, had their *millets*. Such a hierarchy, by the way, explains why in 19th century also many non-Muslims opposed the proposals meant to equalize all Ottoman subjects. As said, all *millets* had a religious and not an ethnic nor territorial basis: therefore, the *Rum* one included Greeks (in a substantially dominant position) but also Slavs, Arabs, Romanians, Georgians, etc.; the Armenian one included all Monophysites, including Copts and Syriacs; of course, the Jewish one too included groups of different origins, such as Romaniotes (i.e. Byzantine Jews), Sephardi expelled from Spain and Portugal and speaking Ladino language, Mizrahi (in Egypt and Middle East), Karaites (in Crimea), Ashkenazi and Italian immigrants, etc. See B. BRAUDE, B. LEWIS (eds), *Christians and Jews in the Ottoman Empire. The Functioning of a Plural Society*, New York, 1982; B. MASTERS, *Christians and Jews in the Ottoman Arab World: The Roots of Sectarianism*, Cambridge, 2001; D. STAMATOPOULOS, *From Millets to Minorities in the 19th- Century Ottoman Empire: an Ambiguous Modernization*, in S.G. ELLIS, G. HÁLFADANARSON, A.K. ISAACS (eds), *Citizenship in Historical Perspective*, Pisa, 2006, pp. 253-273; F. ÖZTÜRK, *The Ottoman Millet System*, in *Güneydoğu Avrupa Araştırmaları Dergisi*, 2009, pp. 71-86; P. SEDRA, *Copts and the Millet Partnership: The Intra-Communal Dynamics behind Egyptian Sectarianism*, in *Journal of Law and Religion*, 2014, pp. 491-509; K.

approach towards the *dhimmi*⁴, but became more and more complex because of the interventions of foreign powers and of the subdivisions among the confessional denominations⁵. Anyhow, we have

BARKEY, G. GAVRILIS, *The Ottoman Millet System: Non-Territorial Autonomy and its Contemporary Legacy*, in *Ethnopolitics*, 2016, pp. 24-42.

⁴ According to Islamic law, the pagans must be forcibly converted, while the so-called “People of the Book”, such as Jews, Christians and other groups (Mandaeans, and later on also Samaritans, Zoroastrians, followers of the Indian religions, etc.) are considered as *dhimmi*, meaning “protected persons”: in fact, they are free to observe their religions, and their religious personal laws, but have to be politically loyal to their Muslim rulers and, in return for the granted protection, to pay a specific tax called *jizya* (*Quran*, 9.29). See BAT YE’OR, *Le Dhimmi: profil de l’opprimé en Orient et en Afrique du Nord depuis la conquête arabe*, Paris, 1980; U. RUBIN, D.J. WASSERSTEIN, *Dhimmis and Others: Jews and Christians and the World of Classical Islam*, Winona Lake, 1997; Y. FRIEDMANN, *Tolerance and Coercion in Islam: Interfaith Relations in the Muslim Tradition*, Cambridge 2003.

⁵ The general logic of the *millet* system was applied also to Catholics, who in origin were the Levantine merchants of mainly Italian (but also French or Catalan) origin, established in Constantinople and in other ports of Eastern Mediterranean since the times of Maritime Republics. Accordingly, also this community received legal and fiscal autonomy while the role of a sort of *milletbaşı* was played in a first time by the Venetian *bailo* and then by the French ambassador, pursuant to *ahidnâmes* (capitulations) granted by the Sultans, in accordance with the practice already adopted by their Byzantine predecessors. Further Catholic people were also involved because of the expansion of the Empire (e.g. Maronites of Lebanon or Latins of Palestine) and because of the internal splits of other communities with the passage to Catholicism of the Uniates (e.g. Chaldeans, Syriac-Catholics, Melkites, Armenian-Catholics, Coptic-Catholics), while capitulations were granted also to European Protestant States, as England or the Netherlands. But, when the military and economic dominance shifted to Europe, all this mechanism changed its face: *ahidnâmes* in origin were benevolent concessions of the Sultan to his Western allies in the fight against Habsburgs, but then all European powers obtained capitulations and used them as instruments of paracolonial influence conferring a strongly privileged position to European immigrants and local minorities linked to them. The system was extended also to other communities: Russia claimed a position of protector of the *Rum Millet* and then of the Armenian one too, while Great Britain assumed a similar role towards other groups (e.g. Protestants, Jews, Assyrians, Syrians, Druses). Moreover, with the decline of the Empire, the communities managed to obtain territorial autonomies (e.g. Danubian Principalities, Septinsular Republic, Principality of Samos, Mutessarifat of Mount Lebanon, Eastern Rumelia, Cretan

to note that it was not so radically different from other forms of personal law that we can find when studying European legal history in the Middle Ages, but was totally incompatible with the idea of a unified, and codified, territorial law that has strongly characterized the Western modern model of State, especially after the French Revolution and the Napoleonic era.

The importance of territorial law in the new paradigm is fundamental: only the application of the same legislation nationwide can guarantee the paramount value of formal equality among all citizens and, at the same time, can ensure the monopolistic control of the State over the production of law. Therefore, when modern States, following Western models, were established in the Balkans, the need for an accommodation between the old and the new legal structures arose.

The first modern Kingdom of Greece adopted the Western model of territorial law, thus abolishing the previous particularistic regimes in its territories, but we have to remind that its initial extension was indeed limited, because the new State was established in regions already inhabited by a quite homogeneous Greek population⁶, and also because of the elimination of other communities during the long

State), precluding to national independences and to the final collapse of the Ottomans. See J. JOSEPH, *Muslim-Christian Relations and Inter-Christian Rivalries in the Middle East. The Case of the Jacobites in an Age of Transition*, Albany, 1983; M.P. PEDANI FABRIS, *La dimora della pace. Considerazioni sulle capitolazioni tra i paesi islamici e l'Europa*, Venice, 1996; M.H. VAN DEN BOOGERT, *The Capitulations and the Ottoman Legal System: Qadis, Consuls, and Beraths in the 18th Century*, Leiden, 2005; P. MANSSEL, *Levant: Splendour and Catastrophe on the Mediterranean*, London, 2010.

⁶ The new Kingdom, established on 1832, included Morea (i.e. the Peloponnese), Central Greece with Athens under the Arta-Volos line, and the Cyclades. Interestingly, the names chosen for the country and for the people were respectively *Ἑλλάς* and *Ἕλληνες*, with a return to the pagan terminology, while the Greeks remained under Ottoman rule, including those of Constantinople or Smyrna (cities that were much more economically and culturally developed than any town of the new Kingdom), continued to use the medieval *Ῥωμῆοι*. Therefore, a contraposition arose between two ways of defining Greek identity: the classical and westernizing *Ἑλληνισμός* against the byzantine and orientalising *Ῥωμισσύνη* (see U. CINI, *Fuori luogo: geoidentità di un paese in bilico*, in *Limes*, 2015, 7, p. 37 *et seq.*).

War of Independence⁷. Thus, the problem became concrete only with the subsequent annexation of other territories, whose inhabitants were more heterogeneous from a religious as well as ethnolinguistic point of view⁸.

⁷ During the War of Independence atrocities and massacres were committed by both parties, so that at its end in territories that formed new Greece the local (ethnically Turkish or Albanian) Muslim and Jewish populations had been already almost eliminated (see B. JELAVICH, *History of the Balkans: Eighteenth and Nineteenth Centuries*, New York, 1983, p. 217), while the capitulations with personal privileges for the few Western residents lapsed with the end of Ottoman sovereignty. The new State, under a relevant German cultural influence, adopted as its unified territorial legal system the Roman-Byzantine Law, while projects for a Civil Code started to be elaborated, even if the drafting process lasted until 1940 (and the entry into force of the Code was further postponed to 1946 because of World War II). Meanwhile, in the Ionian Islands a Civil Code was enacted following the Napoleonic model, very influential in islands that had been part of French Empire before the establishment of British protectorate in 1815 (see S. GEKAS, *Xenocracy. State, Class, and Colonialism in the Ionian Islands, 1815-1864*, New York, 2017), and, when in 1864 they were annexed to Greece, the local Code remained into force, even if it was not extended to the rest of the country. In the semiautonomous Greek States of Samos and then Crete, under Ottoman suzerainty, local Civil Codes were elaborated too, following respectively the French-Italian and the German model: see E. DACORONIA, *The evolution of Greek civil law: from its Roman-Byzantine origins to its contemporary European orientation*, in H.L. MACQUEEN, A. VAQUER, S. ESPIAU ESPIAU (eds), *Regional Private Laws and Codification in Europe*, p. 288 *et seq.*

⁸ In fact, pursuant to the Convention of Constantinople of July 2nd, 1881, Greece annexed Thessaly and, after the Balkans Wars of 1912-1913, pursuant to the Treaty of Athens of November 14th, 1913, annexed also Crete, Samos, other Aegean Islands, and above all Epirus and Macedonia, regions inhabited by a mixed population of Greeks, Slavs, Turks, Vlachs, Albanians, Jews, Roma, *etc.* According to the data reported by E. IVETIC, *Le guerre balcaniche*, Bologna, 2006, p. 148, in 1911 the territories that after Balkan Wars were annexed by Greece had been inhabited by 1,7 million people and only 797.000 of them were Greeks. Interestingly, Salonica, the Ottoman Macedonia's main town (and, by the way, the birthplace of M. Kemal Ataturk), was so ethnically diverse and cosmopolitan that the relative majority group was represented by the Jews: see M. MAZOWER, *Salonica, City of Ghosts: Christians, Muslims and Jews, 1430-1950*, New York, 2004. Further annexations in Thrace and Ionia became possible after World War I, pursuant to Treaty of Neuilly-sur-Seine of November 27th, 1919, with Bulgaria, and the Treaty of Sevres of August 10th, 1920, with the Ottoman

Forced migrations took place during or after the wars, but international treaties were also signed in order to grant to Muslim people remaining in Greece the freedom to practise their religion and the right to follow the Islamic law (*Sharia*) rules in the matter of family and successions law⁹. As we can see, it was not a mere preservation of *millet* system but a compromise with it, having regard to the most sensitive issues, with an outcome that can be compared with similar accommodations reached in many colonial and postcolonial countries¹⁰.

Empire, but the situation was quickly reversed after the defeat of 1922 in the Greco-Turkish war, as we will see in the following.

⁹ Even though the specific estimates can be controversial, a very relevant number of Muslims from Rumelia were made refugees (*Muhacir*) and had to relocate in Anatolia (see J. MCCARTHY, *Death and Exile: The Ethnic Cleansing of Ottoman Muslims, 1821-1922*, Princeton, 1996; E. KONTOGIORGI, *Population Exchange in Greek Macedonia*, Oxford, 2006; A. İÇDUYGU, D. SERT, *The Changing Waves of Migration from the Balkans to Turkey: A Historical Account*, in H. VERMEULEN, M. BALDWIN-EDWARDS, R. VAN BOESCHOTEN (eds), *Migration in the Southern Balkans. From Ottoman Territory to Globalized Nation States*, Cham, 2015, pp. 85-104). Anyway, whereas Serbia and Bulgaria enacted restrictions against the formerly privileged Muslim populations, the Greek government, at least officially, attempted to integrate the minorities into the new nation-state: see P. KONORTAS, *Les musulmanes de la Grèce entre 1821 et 1912*, Paris, 1980; N. IMMIG, *The "New" Muslim Minorities in Greece: Between Emigration and Political Participation, 1881-1886*, in *Journal of Muslim Minority Affairs*, 2009, pp. 511-522; S. KATSIKAS, *Millets in nation-states: the case of Greek and Bulgarian Muslims, 1912-1923*, in *Nationalities Papers*, 2009, pp. 177-201. The legal status of the Muslims who remained in Greece was accordingly regulated by international treaties (Convention of Constantinople of 1881, Treaty of Athens of 1913 and Treaty of Sevres of 1920) and internal provisions (Law n. 147 of 1914 and Law n. 2345 of 1920): see, also for further references, A. VAVASIS, *L'altérité musulmane en Grèce. Problèmes d'intégration et exclusion sociale des minoritaires de Thrace*, Genève, 2007; A. TSAOUSSI, E. ZERVOGIANNI, *Multiculturalism and Family Law: The Case of Greek Muslims*, in K. BOELE-WOELKI, T. SVERDRUP (eds), *European Challenges in Contemporary Family Law*, Antwerp, 2008, pp. 209-239; A. ZIACA, *Greece: Debate and Challenges*, in M.S. BERGER (ed.), *Applying Shari'a in the West. Facts, Fears and the Future of Islamic Rules on Family Relations in the West*, Leiden, 2013, pp. 125-138. Moreover, the said Law n. 147 of 1914 provided for the application of personal religious law in the same family and succession matters also with regard to the Jews.

¹⁰ Islamic minorities have maintained their personal law with regard to fami-

Moreover, the application of the same Islamic personal law became different: in fact, there were, of course, no more Qadis (i.e. Ottoman judges) in charge for those territories, while the Greek ones could have no jurisdiction at these regards, so that the Muf-tis, who in Ottoman times had been just authoritative jurisconsults, were transformed into special judges for such matters¹¹.

World War I and the subsequent Greco-Turkish War marked a turning point of this history. After the final collapse of the Ottoman Empire and the Greek defeat in the Anatolian campaign, Greece and new Turkey, following the indications of the international mediators, reached, with the Convention of Lausanne of January 30th, 1923, an agreement that was meant to radically simplify any question: the exchange of populations, i.e. the expulsion of all the “Greeks” from Turkey and of all the “Turks” from Greece¹². But

ly and succession matters in, e.g., India (see W.F. MENSKI, *Modern Indian Family Law*, London, 2001), Israel (see R.H. EISENMAN, *Islamic Law in Palestine and Israel. A History of the Survival of Tanzimat and Sharia in the British Mandate and the Jewish State*, Leiden, 1978; A. LAYIŞ, *Women and Islamic Law in a Non-Muslim State. A Study Based on Decisions of the Sharia Courts in Israel*, New Brunswick, 2006), Sri Lanka (see S. MARSOOF, *Muslim Law of Marriage Applicable in Sri Lanka*, in *Law College Law Review*, 2006, pp. 33-52), Singapore (see A.N. BIN ABBAS, *The Islamic Legal System in Singapore*, in *Pacific Rim Law & Policy Journal*, 2012, pp. 163-187; K. STEINER, *Governing Islam: The State, the Administration of Muslim Law Act (AMLA) and Islam in Singapore*, in *Australian Journal of Asian Law*, 2015, pp. 1-16) and the Philippines (see I. SOLAMO-ANTONIO, *The Philippine Sharia Courts and the Code of Muslim Personal Laws*, in A. POSSAMAI, J.T. RICHARDSON, B.S. TURNER (eds), *The Sociology of Sharia: Case Studies from around the World*, Berlin, 2015, pp. 83-101).

¹¹ See A. TSAOUSSI, E. ZERVOGIANNI, *o.c.*, p. 209 *et seq.*

¹² After some pre-war never implemented proposals (see Y. MOURELOS, *The 1914 Persecutions and the first Attempt at an Exchange of Minorities between Greece and Turkey*, in *Balkan Studies*, 1985, pp. 389-413), the post-war exchange (Ανταλλαγή in Greek; *Mübâdele* in Turkish) was planned as the most efficient solution by the High Commissioner for Refugees of the League of Nations (the famous Norwegian explorer, scientist and even Nobel Peace Prize laureate F. Nansen) and accepted by both M. Kemal Atatürk and E. Venizelos with the aim at shaping ethnically pure nation-states through a cleansing of the minorities. Indeed, the criteria for the expulsions were not ethnolinguistic but religious, in accordance with the old logic of *millet*s: Orthodox Christians had to leave Turkey and Muslims had to leave Greece. Given that the Greeks of Eastern

the same treaty provided for a reciprocal exception: the Greeks of Constantinople and the Muslims of Western Thrace¹³ were allowed

Thrace and of Aegean Anatolia, where their ancestors had lived since Homeric times, have been already massacred or expelled during the war (*Μικρασιατική καταστροφή* or Greek Genocide), the exchange affected people of other more remote Anatolian regions, such as Pontus, Cappadocia and Cilicia, including the Orthodox Turkish-speaking Karamanlides and the Arab-speaking Antiochians. On the other hand, Greece, also in order to make room for the refugees arriving from Anatolia, expelled not only ethnic Turks but also Muslim Greeks (especially from Crete), Slavs (the Pomaks), Megleno-Romanians, Crypto-Jews (the Dönmeh), Albanians, Roma, *etc.* To sum up, as a consequence of the war and of the exchange, around 1,5 million “Greeks” left Turkey and around 500.000 “Turks” left Greece. Indeed, not all of them were necessarily “exchanged”, given that many of them emigrated to the Americas or elsewhere, while in the same years Greece received also a relevant flow of Rumaic (i.e. Crimean Greek) refugees, fleeing from the Bolsheviks. See B. CLARK, *Twice A Stranger: How Mass Expulsion Forged Modern Greece and Turkey*, Cambridge, 2006; R. GERWARTH, *The Vanquished: Why the First World War Failed to End, 1917-1923*, New York, 2016, p. 246 *et seq.*; E. SJÖBERG, *The Making of the Greek Genocide: Contested Memories of the Ottoman Greek Catastrophe*, New York, 2017; B. MORRIS, D. ZÉ'EVİ, *The Thirty-Year Genocide: Turkey's Destruction of Its Christian Minorities, 1894-1924*, Cambridge, 2019.

¹³ The exceptions were provided by article 2 of the Convention. On the Turkish side, the exoneration regarded all Greek inhabitants of Constantinople, thus including the Phanariots (from Phanar, i.e. the chief Greek quarter of the city) who had been prominent members of the Ottoman elite: patriarchs, dragomans, diplomats, voivodes, merchants, *etc.* Another exemption was then added by article 14 of the Treaty of Lausanne of July 24th, 1923, with regard to the Greek inhabitants of the Aegean islands of Imbros and Tenedos, that were returned to Turkey (who had ceded them to Greece pursuant to the previous Treaty of Sevres of 1920), but under specific provisions of administrative autonomy. On the Greek side, the exemptions set by the Convention regarded the Muslim inhabitants (ethnically Turks, Pomaks and Roma) of Western Thrace, a region that had belonged to the Ottomans until the Balkans Wars and then, after a short-lived independent Provisional Government established by the local Turkish populations, had been annexed by Bulgaria. Later on, Western Thrace had been withdrawn from Bulgaria with the Treaty of Neuilly-sur-Seine of 1919, to be temporarily administered by the Entente and ceded to Greece in the San Remo conference of April 1920, therefore undergoing another exchange of populations, pursuant to the “Convention between Bulgaria and Greece respecting Reciprocal Emigration of Minorities”, signed at Neuilly-sur-Seine on November 27th, 1919, too: see R. DETREZ, *Refugees as Tools of Irredentist Policies in Inter-*

to remain in their homelands and to continue to follow their personal laws, also in accordance with the previous treaties. Therefore, the Muslim communities of Western Thrace has continued to apply *Sharia* under the “jurisdiction” of the Muftis, instead of the ordinary Greek Civil Code¹⁴, in family and successions matters.

This very peculiar situation became even more peculiar in the following decades. First of all, Mustafa Kemal Atatürk in 1926 introduced a modern, and territorial, Civil Code in Turkey based on Western and secularist principles, therefore abolishing *Sharia* together with all previous personal laws¹⁵. As a consequence, also the personal law of the Constantinopolitan Greeks was no more applicable, and later on the community itself almost disappeared¹⁶, while

war Bulgaria, in H. VERMEULEN, M. BALDWIN-EDWARDS, R. VAN BOESCHOTEN (eds), *o.c.*, pp. 47-62, and N. VUKOV, *Resettlement Waves, Historical Memory and Identity Construction: The Case of Thracian Refugees in Bulgaria*, in H. VERMEULEN, M. BALDWIN-EDWARDS, R. VAN BOESCHOTEN (eds), *o.c.*, pp. 63-84.

¹⁴ When the Greek Civil Code (*Αστικός Κώδικας*) finally entered into force on February 23rd, 1946, after more than a century of projects and elaborations, the trend toward territorial unification was strengthened: local Civil Codes (in the Ionian Islands, Samos and Crete) were abolished and also the above-mentioned provisions of Law n. 147 of 1914 on the applicability of Jewish religious personal law were repealed, but those regarding the personal law of Western Thracian Muslims were maintained. More recently, the Muftis’ jurisdiction was reaffirmed by Law n. 1920 of 1991.

¹⁵ Article 28 of the Treaty of Lausanne had already abolished the capitulations and the connected personal privileges of Europeans in Turkey. With the enactment of the Turkish Civil Code (*Türk Kanunu Medenisi*) on February 17th, 1926, also *millet* system disappeared, and a unified territorial private law accordingly entered into force on October 4th, 1926. The contents of the new codification were derived from the Swiss *ZGB*, that represented the most recent European Code and, at the same time, the less politically dangerous one, belonging to a small and neutral country without colonial ambitions. In accordance with Kemalist secularism, the new Code promoted gender equality, with the introduction of compulsory civil marriage, the ban on polygamy and the provision of equal inheritance shares among male and female heirs. Therefore, unsurprisingly, even if quite paradoxically, some Islamic Ottoman opponents of the Republican Kemalist secularism moved precisely to Greek Western Thrace (see F. ALEV, *Islamic law in Western Thrace: an anachronism or a requisite solution?*, in *Tidsskrift om islam & kristendom*, 2011, 1, pp. 31-43).

¹⁶ The communities of Greeks remained in Turkey underwent restrictions

the old Islamic law applicable to the Muslims of Western Thrace turned out to be totally different from the law applicable in Turkey, becoming a sort of unique and fossilized relic of the premodern Ottoman system.

On the other hand, their statute was never extended by Greece to the other Muslim communities under its jurisdiction: nor to the other people exonerated from the exchange for internal reasons not foreseen in the Treaty¹⁷; nor to the Muslim Turks of the Dodecanese Islands, that were annexed to Greece more than twenty years later¹⁸;

and discriminations, were severely attacked during the Istanbul Pogrom of September 1955, and were almost totally expelled between 1964 and 1974 in retaliation for the Cyprus Crisis. The international law provisions regarding the administrative autonomy of Imbros and Tenedos were never respected. However, the Greek Patriarch of Constantinople still resides in Istanbul. See A. ALEXES, *The Greek minority of Istanbul and Greek-Turkish relations, 1918-1974*, Athens, 1983; S. VRYONIS, *The Mechanism of Catastrophe: The Turkish Pogrom of September 6-7, 1955, and the Destruction of the Greek Community of Istanbul*, New York, 2005; B.C. FORTNA, S. KATSIKAS, D. KAMOUZIS, P. KONORTAS (eds), *State-Nationalisms in the Ottoman Empire, Greece and Turkey. Orthodox and Muslims, 1830-1945*, Abingdon, 2013.

¹⁷ After some hesitations, Greece decided not to exchange most of the Muslim Albanians of Chameria in Epirus (not to be confused with the Orthodox and much more integrated Arvanites of Peloponnese and Central Greece). In this case, the ethnic cleansing took place a couple of decades later, at the end of World War II, as a retaliation to the Chams' collaboration with Italians, and then Germans, during the Axis Occupation of Greece: see M. MAZOWER, *Three Forms of Political Justice, 1944-1945*, in ID. (ed.), *After The War Was Over: Reconstructing the Family, Nation and State in Greece, 1943-1960*, Princeton, 2000, pp. 25-26.

¹⁸ Such populations were not affected by the 1923 exchange, since the islands were under the rule of the Kingdom of Italy from 1912. The only indirect effect of the exchange was the arrival of Levantine and Greek refugees from Smyrna's region and of Muslim refugees from Crete. Some ethnic cleansings took place later on: during World War II the Ladino-speaking Jews were deported and massacred by Germans, with the exception of those who managed to escape to Turkey, and at the end of the war the Italian colonists were expelled. With the annexation of the islands by Greece pursuant to the Treaty of Paris of February 10th, 1947, the local ethnic Turks became Greek citizens. The minority's conditions worsened during the Cyprus Crisis and many of them migrated to Turkey, but two relevant communities, in Rhodes and in Kos, still exist. *Sharia* was applied to Dodecanese Muslims during the Italian period but after the Greek

nor to the immigrants and refugees of our days¹⁹. Therefore, it has become very difficult to consider the said mechanism as the legal status of a minority religion, being applicable only to the mentioned community of Western Thrace (but, at the same time, as personal and not territorial law, not to the entire population of the province), and not because of a specific religious diversity of it²⁰, but just because of the peculiar historical reasons that we have briefly reminded.

Of course, with a so uncertain and remote basis and without a rational justification, this regime turned out to be quite criticisable. The most relevant substantive objections arose because of the conditions of women in the Islamic family law applicable in Western Thrace, that for many reasons is in strong contrast with the fundamental, and constitutional, value of gender equality²¹. We will

annexation only Greek civil law became applicable, and the special regime of the Lausanne provisions was never extended to the islands. See K. KAURINKOSKI, *The Muslim Communities in Kos and Rhodes: Reflections on Social Organization and Collective Identities in Contemporary Greece*, in J. LINDSTEDT, M. WAHLSTRÖM (eds), *o.c.*, pp. 47-78.

¹⁹ In the recent past Greece was a country of emigration, mainly to America and then to Germany, but in the last decades it became also a destination and above all (especially after the domestic debt crisis on the one hand, and the European refugee crisis on the other) a transit country, as a gateway to access Schengen area for migrants and refugees from countries of the Balkans, Eastern Europe, the Middle East and South-East Asia. Therefore, today relevant migrant communities of Islamic religion exist in Greece, so that, by the way, the social position of internal historical Muslim minorities has been quite bettered, given that the role of the 'disturbing other' is passed to the newcomers: see K. TSITSELIKIS, *Old and New Islam in Greece: From Historical Minorities to Immigrant Newcomers*, Leiden, 2012.

²⁰ Sunni Islam is the overwhelming religion among Muslims of both Western Thrace (even if there is also a Bektashi 'minority within the minority') and Dodecanese, as well as among many of the new immigrants: see K. TSITSELIKIS, *o.c.*, p. 145 *et seq.*

²¹ Gender equality is enshrined in article 4, paragraph 2, of the Greek Constitution (*Σύνταγμα της Ελλάδας*) of 1975. At the international level, both the Human Rights Committee established under the International Covenant on Civil and Political Rights and the United Nations Committee on the Elimination of Discrimination against Women, expressed, respectively on April 25th, 2005, and on February 2nd, 2007, their concerns about the non-application of ordinary

remind here just a couple of relevant examples: according to *Sharia* a polygynous marriage could be deemed as valid, thus producing some effects also in the Greek legal order at least in particular cases²²; moreover, with more practical relevance in the context of Western Thrace, the husband has a unilateral power to repudiate the wife through a merely private act, while, on the other hand, the wife can get divorced only through a burdensome judicial process managed by the Muftis, with a serious lack of procedural guarantees²³.

In any case, Greek lawmakers and courts for decades refused to

Greek legislation on family and successions to the Muslim minority, fearing that such a situation amounted to discrimination against Muslim women. Such views were shared by the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe when he visited Greece, including the Evros region in Western Thrace, in December 2008.

²² In Greece *Sharia* is never applicable in criminal law matters and according to article 356 of the Greek Penal Code bigamy is a crime, so that Islamic polygyny is not widespread in Western Thrace, but, from a merely private law point of view, if and when *Sharia* is applicable, a polygynous marriage can be deemed as valid. In fact, the Greek Council of State (*Συμβούλιο της Επικρατείας*), with its decision n. 514 of 1999, considered a Western Thracian Muslim polygynous marriage relevant for the purposes of survivor's pensions, even though such matter is, of course, managed by the Greek social security offices and not by the Muftis.

²³ See, from different viewpoints: A. TSAOUSSI, E. ZERVOGIANNI, *o.c.*; E. JAYME, C.F. NORDMEIER, *Griechischer Muslime in Thrazien: Internationales Familien- und Erbrecht im Europäischen Perspektive*, in *IPRax*, 2008, p. 369 *et seq.*; C. BOROU, *The Muslim minority of Western Thrace in Greece: an internal positive or an internal negative "other"?*, in *Journal of Muslim Minority Affairs*, 2009, pp. 5-26; C. KATSIANA, *La condizione giuridica della minoranza musulmana in Grecia*, in *Jura Gentium*, 2009, 2, pp. 148-158; L. PAPADOPOULOU, *Trapped in History: Greek Muslim Women under the Sacred Islamic Law*, in *Annuaire International des Droits de l'Homme. Religions et Droits de l'Homme*, 2010, pp. 397-418; K. TSITSELKIS, *Seeking to accommodate Sharia within a Human Rights Framework: the Future of the Greek Sharia Courts*, in *Journal of Law & Religion*, 2012-13, pp. 341-360; B.S. TURNER, B. ZENGİN ARSLAN, *Legal pluralism and the Shari'a: a comparison of Greece and Turkey*, in *The Sociological Review*, 2013, pp. 439-456; I. TSAVOUSOGLU, *The Legal Treatment of Muslim Minority Women under the Rule of Islamic Law in Greek Thrace*, in *Oslo Law Review*, 2015, 3, pp. 241-262. Another issue to be considered is that of underage marriages officiated by the Muftis, as highlighted also in the memorandum of October 7th, 2016, of the rapporteur appointed by the Com-

change the situation, postponing legislative reforms and restraining from judicial interventions²⁴, with many different argumentations but always for the same substantial political reasons: the need to prevent any problem with a scarcely integrated minority²⁵ and to reduce the unsolved tensions with Turkey²⁶.

That's why the issue is finally arrived at the attention of the European Court of Human Rights.

2. In order to better understand the reasons that have led to the European decision, we have, of course, to take into the due consideration also the concrete facts of the case.

Its main character is Ms. Molla Sali, the widow of a deceased Western Thracian Moslem, who had bequeathed all his estate to her

mittee on Legal Affairs and Human Rights of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe.

²⁴ Greek judges had to verify the compliance of Muftis' judicial decisions with the Constitution, but they almost always self-restrained to a formal control on the mere existence of Muftis' jurisdiction, without considering the merits of the judgements: according to the report on "Freedom of religion and other human rights of non-Muslim minorities in Turkey and of the Muslim minority in Thrace (Eastern Greece)", issued on April 21st, 2009, by the Committee on Legal Affairs and Human Rights of the Parliamentary Assembly of the council of Europe, even 99% of Muftis' decisions were ratified by the Greek courts. Therefore, quite paradoxically, the same problematic legal institution, such as repudiation, could be accepted in Western Thrace while being rejected by Greek judges as contrasting with public policy in private international law cases (see A. TSAOUSSI, E. ZERVOGIANNI, *o.c.*, pp. 218-219).

²⁵ According to K. KAURINKOSKI, *o.c.*, p. 75, the Turks of Dodecanese, not protected by any minority right and schooled only in Greek language, are much more integrated from a social and economic viewpoint than the Muslims of Western Thrace with their peculiar legal system and bilingual schools. Maybe we have also to take into consideration that Rhodes is a Mediterranean port, while Thracian Muslims live in rural mountainous areas.

²⁶ There are still many open issues, mainly with regard to sea boundaries and to migration management, but also to the status of Northern Cyprus: of course, historical rivalry renders everything much more difficult. See, also for further references, J. HERSANT, *Surveillances croisées et rivalité gréco-turque en Thrace occidentale: entre coercition et contrôle social*, in *European Journal of Turkish Studies*, 2008, n. 8, available online at www.journals.openedition.org/ejts/2693.

under a public will, drawn up in accordance with the Greek Civil Code and with the ordinarily required notarial formalities²⁷.

The counterparts are the deceased's sisters, who had challenged such a will, arguing that, pursuant to *Sharia* successions law rules, intestacy has to prevail on testacy and therefore close relatives of the testator can never be deprived of their rights on a three-quarters share of the inheritance. Interestingly, this is not one of the typical, and above-mentioned, issues of contrast between Islamic law and gender equality: all parties are women and they litigate about a quite technical aspect of *Sharia* rules, not directly affecting fundamental values.

In a first moment, the competent local Greek judges considered the case as an ordinary contestation of a Greek testament, and accordingly dismissed the challenge as groundless in the light of Civil Code inheritance law rules²⁸. But the deceased's sisters appealed to the *Άρειος Πάγος* that reversed such a decision: in fact, according to the supreme justices, the law applicable to the case was not Greek Civil Code but, pursuant the above-mentioned international treaties, *Sharia*, and therefore they declared the will to be invalid and so devoid of any legal effect²⁹.

²⁷ More specifically, Mr. Moustafa Molla Sali had drawn up a notarial public will on February 7th, 2003, in accordance with article 1724 of the Greek Civil Code and died on March 21st, 2008. After that, his widow Ms. Chatitze Molla Sali accepted the inheritance by a notarised deed.

²⁸ The challenge brought by the deceased's sisters was dismissed by the Rodopi Court of First Instance with its judgment of June 1st, 2010, n. 50, and then by the Thrace Court of Appeal with its judgement of September 28th, 2011, n. 392. The Court, in fact, held that the Muftis had no jurisdiction in relation to public wills and applied only the mentioned article 1724 of the Civil Code. Meanwhile, given that part of the estate of the deceased was located in Turkey, his sisters brought the case also to the attention of the Istanbul Civil Court of First Instance, but Turkish judges decided to adjourn their consideration, waiting for the Greek and then European decisions.

²⁹ The *Άρειος Πάγος* is the Supreme Court of Greece, named after the ancient tribunal of classical Athens, mentioned also in *The Eumenides* of Aeschylus. By the judgment of October 7th, 2013, n. 1862, it allowed the appeal of the deceased's sisters and remitted the case to the Thrace Court of Appeal, that by its new decision of December 15th, 2015, n. 183, set aside the First Instance judgement in line with the Supreme Court's *ratio decidendi*. In turn, Ms. Molla

As a consequence, our protagonist, the testator's widow and his testamentary heir, turned out to be deprived of three-quarters of the bequeathed property.

That's why Ms. Molla Sali eventually lodged a claim with the European Court of Human Rights³⁰. More specifically, she alleged the violation of article 14 of the European Convention on Human Rights, that prohibits discriminations, read in conjunction with article 1 of the First Additional Protocol to the said Convention, that protects property rights. In fact, she complained that the domestic final judgement had deprived her of the bequeathed property only because her predeceased husband was Muslim, and therefore as effect of a discrimination on the grounds of religion.

Moreover, some Non-Governmental Organizations intervened as third parties during the procedure before the European Court. In fact, given the relevance and the peculiarity of the first ECHR case directly concerning the application of *Sharia* in a European country, such organizations considered very important to outline the dangers related to Islamic law for the protection of human rights, with particular regard to those of women and children. Indeed, the intervenors focused not only on the country-specific situation of Western Thrace but were also worried by the ongoing developments in other European countries, and especially by the recent growth of the so-called Muslim arbitration tribunal and Sharia councils among migrants' communities in the United Kingdom³¹.

Sali appealed against the new judgement of the Court of Appeal, but the *Αρειος Πάγος* by the judgment of April 6th, 2017, n. 556, reaffirmed its position and accordingly dismissed the appeal.

³⁰ The application was lodged on March 5th, 2014, after the first Greek Supreme Court's decision. By the way, Ms. Molla Sali was represented also by K. Tsitselikis, a professor of law at the University of Macedonia, whose scholarly contributions about the legal and historical background of the issue we have already cited. The application was allocated to the First Section of the Court that on June 6th, 2017, relinquished the jurisdiction in favour of the Grand Chamber. A hearing took place in public on December 6th, 2017.

³¹ We will return to these councils, as well as to other comparable legal experiences, in the concluding part of the paper. The intervening third parties

After a quite long waiting period, the Court reached a decision, holding that Ms. Molla Sali had been discriminated against, on the grounds of her husband's religion, and that such a discrimination was not justified by the legitimate aim of protecting the Western Thracian Muslim minority, being in any event not proportionate to the pursued aim. In fact, and this is the real core of the justices' opinion, if a State introduced a special legal status for the members of a religious community in order to fulfil the legitimate aim of protecting them, the same State must also always recognise to the individuals belonging to the concerned community a right to opt for the application of ordinary law: otherwise both the fundamental right not to be discriminated and the fundamental right to free self-identification are infringed.

Indeed, the Court does not say that application of *Sharia* is necessarily contrasting with the European Convention on Human Rights, if it takes place on a voluntary basis, but affirms that the fundamental right to free self-identification is violated when such application takes place as a mere consequence of the belonging to a community without the possibility of an individual choice of opting out³².

We have to take into consideration that, given the concrete facts of the case, the Court had no reason to examine issues related to the

were: Christian Concern, a British conservative N.G.O., as well as the Hellenic League for Human Rights and Greek Helsinki Monitor, two Greek N.G.O.s, but, of course, the most focused on the United Kingdom's *Sharia* councils was the British intervenor.

³² According to the Court's judgement (paragraphs 156-157): "A person's religious beliefs cannot validly be deemed to entail waiving certain rights... Nor can the State take on the role of guarantor of the minority identity of a specific population group to the detriment of the right of that group's members to choose not to belong to it or not to follow its practices and rules. Refusing members of a religious minority the right to voluntarily opt for and benefit from ordinary law amounts not only to discriminatory treatment but also to a breach of a right of cardinal importance in the field of protection of minorities, that is to say the right to free self-identification. The negative aspect of this right, namely the right to choose not to be treated as a member of a minority... The choice in question is completely free, provided it is informed. It must be respected both by the other members of the minority and by the State itself".

possible contrast of *Sharia* with gender equality, while the issue of free self-identification was absolutely relevant. In fact, at least according to his widow's accounts, the testator was by birth a member of the Western Thracian Muslim community, but was not a practicing Muslim and, with its decision of signing an ordinary notarial testament pursuant to Greek Civil Code, he had demonstrated an implied but clear intention of opting for the application of the Civil Code itself instead of *Sharia*.

In conclusion, for the above-mentioned reasons, the European Court of Human Rights found that article 14 of the Convention, read in conjunction with article 1 of the First Additional Protocol, had been violated by Greece.

3. While the case of Ms. Molla Sali was still pending before the European Court, Greece had reformed its domestic law on the status on Western Thracian Muslims: in such a new legal framework, the recourse to the Muftis' jurisdiction and the application of Islamic law have become merely optional, and therefore are possible only with the agreement of all the concerned parties³³. Most probably this internal evolution has made easier for the justices to reach their decision, that indeed just confirmed such developments. In fact, the Court awarded a right to compensation for Ms. Molla Sali because her case had been decided with final effect at the domestic level under the old system, but the new Greek rules enacted to change

³³ We refer to the Law n. 4511 of 2018 that came into force on January 15th, 2018. Moreover, with regard to inheritance law matters, the new legislative provisions specify that *Sharia* is applicable only if and when the testator explicitly states in a notarised act that he or she wishes that it is applied. The reform was described as an "historic step" by the leftist then Prime Minister, A. Tsipras, and was welcomed also by the Muslim minority. On the other hand, Y. Kistakis, one of the lawyers representing Ms. Molla Sali, highlighted that the Greek government was only acting to prevent condemnation by the Court, and considered the new legislative framework just a half measure: see at these regards www.theguardian.com/world/2018/jan/10/historic-step-greek-pm-hails-change-to-limit-power-of-sharia-law. We do not have data about how much *Sharia* has been applied after the reform, but we could hypothesize that in a quite closed community the choice for its application will be not so rare (and not always so substantially free).

the status of Western Thracian Muslims look like totally compliant with the approach of the European justices³⁴.

In sum, from a merely Greek point of view, the European judgement has a low impact, in line with what already achieved at the internal level. But, as said, the case has attracted strong interest, and interventions too, also from abroad, and probably its higher impact will be the one on other European legal systems. Interestingly, the most relevant part of the decision, at least from a non-Greek perspective, is what the Court did not say. In fact, the Court has not considered the application of *Sharia* as necessarily contrasting with the European Convention on Human Rights, if it takes place on a voluntary basis. As said, it was not the Greek case, but this position implicitly taken by the European justices could be very relevant in other contexts³⁵.

Indeed, such a position is opposite to what at least one of the non-governmental organizations who intervened as third parties were waiting for. As some of the first commentators critically remarked, focusing more on other countries than on Greece, the Eu-

³⁴ A different approach has been endorsed by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, whose Resolution n. 2253 of 2019 has explicitly stated that *Sharia* rules on divorce and inheritance are incompatible with the European Convention on Human Rights, and has accordingly stigmatized both the new regulation of optional Greek Muftis' jurisdiction and the activities of Sharia councils in the United Kingdom.

³⁵ For a more focused and country-specific viewpoint see I. TSAVOUSOGLU, *The Curious Case of Molla Sali v. Greece: Legal Pluralism Through the Lens of the ECtHR*, in www.strasbourgobservers.com, January 11th, 2019. For a more general perspective see N. KOUMOUTZIS, C. PAPASTYLIANOS, *Human Rights Issues Arising from the Implementation of Sharia Law on the Minority of Western Thrace*, in *Religions*, 2019, April 30th, 2019, as well as D. MCGOLDRICK, *Sharia Law in Europe? Legacies of the Ottoman Empire and the European Convention on Human Rights*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 2019, pp. 517-566. For a critical point of view see E. JAYME, C.F. NORDMEIER, *Testierfreiheit als europäische Menschenrecht? - Kritische Betrachtungen zur Westthrazien-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, in *IPRax*, 2019, pp. 200-202, who disagree with the Court's decision, highlighting that it has allowed individual strategies of cherry-picking between Civil Code and *Sharia* that could be dangerous for legal certainty and for the positions of third parties.

ropean Court's argumentation may turn out to open the door to the application of Islamic law in Europe, if made on a voluntary basis³⁶.

First of all, the same principles have to be considered also when *Sharia* plays the role of a foreign law that is applicable to migrant transnational families and cross-border successions because of international private law mechanisms³⁷. We can, in fact, consider some cases where this application could be asked without contestation even having regard to the most problematic issues. For instance: all the wives married by a deceased polygamist in their country of origin together ask to be recognized as legitimate heirs of the estate he left in a European country³⁸; or, after a marital repudiation in the country of origin, is the repudiated wife herself who asks to be regarded as divorced in order to be free to marry again³⁹.

³⁶ We refer to G. PUPPINCK, *Charia: ce que révèle la décision de la CEDH*, in *FigaroVox*, December 26th, 2018, who critically highlights that “la Cour européenne a condamné cette application forcée de la charia... mais pas la charia en elle-même” and “S’agissant du point essentiel du contenu de la charia, la Cour ne porte pas de jugement”. Therefore, “acceptant le principe même de l’applicabilité de la charia en Europe, fut-ce de façon limitée, cet arrêt permet aux partis politiques qui en veulent l’application, de prétendre agir «dans le respect des droits de l’homme»” so that “Ce qui risque d’arriver, et apparaît déjà dans cette affaire, c’est l’introduction de la charia, par la volonté individuelle, dans les droits de l’homme: c’est «le droit à la charia»”.

³⁷ European Regulations on successions and on family property regimes have universal application (pursuant to article 22 of reg. n. 650 of 2012, article 20 of reg. n. 1103 of 2016, and article 20 of reg. n. 1104 of 2016): therefore, all their criteria for determining the applicable law, such as habitual residence or choice of law, *etc.*, may operate also with regard to non-EU countries where *Sharia* is in force.

³⁸ Such rationale was already clear in California Court of Appeal, *In re Dalip Singh Bir's Estate*, (1948), 188 P.2d 499, 502, stating that: “‘Public policy’ would not be affected by dividing the money equally between the two wives, particularly since there is no contest between them and they are the only interested parties”. Nowadays a similar position has been endorsed in many other Western countries by both judges and legal scholars: see, also for further references, M. RIZZUTI, *Il problema dei rapporti familiari poligamici. Precedenti storici e attualità della questione*, Naples, 2016.

³⁹ With its judgement of April 21st, 1998, the Spanish Supreme Court stated that repudiation can be recognized when is the repudiated woman who asks for the recognition. According to a similar rationale, article 57 of the Belgian Code

In such cases, in the light of the Court's mentioned approach, it will be difficult to label the recognition of some concrete effects deriving from the application of *Sharia* as necessarily contrasting with "public policy" (*ordre public*)⁴⁰, i.e. with the fundamental values of the concerned legal system. Moreover, also from a gender equality perspective, even if it is quite evident that polygyny or repudiation are indeed unbalanced in favour of men, in the said cases it would be contradictory to invoke public policy against the women themselves⁴¹.

But an even more interesting issue could be represented by merely internal situations, where an application of *Sharia* could be determined not as a consequence of a connection with a foreign State for the purposes of private international law, but because of phenomena of private ordering within migrant communities. This is precisely the case of the mentioned Muslim arbitration tribunal and *Sharia*

of Private International Law of July 16th, 2004, provides that repudiation can be recognized when the woman has accepted it, and, as explained in the parliamentary preparatory works, such acceptance has to be first of all inferred from a judicial claim of the woman herself asking for alimony or for the right to a new marriage, precisely in order to avoid a "double victimization" of the repudiated wife (see the minutes of the Belgian Senate's session of March 4th, 2004).

⁴⁰ Pursuant to article 35 of reg. n. 650 of 2012, article 31 of reg. n. 1103 of 2016, and article 31 of reg. n. 1104 of 2016, the application of a provision of the law of any State specified by the Regulations may be refused only if such application is manifestly incompatible with the public policy (*ordre public*) of the forum. And, of course, with regard to less sensitive issues, e.g. in commercial matters, applications of Islamic norms through international private law could take place even more easily.

⁴¹ In the recent past it could be easier to determine the content of "public policy", identifying it with the defence of the only possible recognized family model, the traditional or "natural" one (heterosexual, patriarchal, monogamous and indissoluble marriage), but today such a model has quite evidently lost its primacy. In fact, the current state of legislation and case-law in all Western legal systems endorses a pluralistic approach towards family, but a paramount value is represented by gender equality. Therefore, many approaches adopted in the past have to be revised, changing the solutions or at least the motivations and argumentations: see also for further references, M. RIZZUTI, *Ordine pubblico costituzionale e rapporti familiari: i casi della poligamia e del ripudio*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, pp. 604-627.

councils in the United Kingdom⁴²: one of the intervening non-governmental organizations had asked the Court to take advantage of the Greek case in order to condemn such developments, but the final judgement may have indirectly, and quite paradoxically, legitimized them.

The issue has to be considered in the light of a wider background. In our days the States are losing their modern monopoly on the production of law and different processes of private ordering, often with transnational characteristics, are developing⁴³. It happens also

⁴² In the United Kingdom many *Sharia* councils provide services of family mediation and, when mediation fails, dissolve Islamic marriages. Indeed, they are not considered real judges nor, of course, from the English law viewpoint, nor from an Islamic law viewpoint, because they are composed not of Qadis (judges appointed by an Islamic state) but just of Ulamas (private scholars of Islamic law), somehow similar to what Thracian Muftis were in origin. Thus, if an Islamic marriage has been also registered as a civil marriage, a Council can dissolve it from a religious point of view but cannot produce any legal effect on the civil marriage from an English law point of view, even though its mediation on patrimonial issues related to the family breakdown (e.g. the typically Islamic institution of *mahr*) can turn out to be relevant also for the English legal system. *Sharia* councils try to elaborate solutions that could be recognizable both by English law and by the laws of the involved migrants' countries of origin: therefore, they have developed a legal order without a state, whose concrete contents derive from *Sharia* but are also strongly influenced by English law, the so-called *Angrezi Shariat* (see D. PEARL, W.F. MENSKI, *Muslim Family Law*, London, 1998, p. 277 *et seq.*, as well as W.F. MENSKI, *Angrezi Shariat: glocalised plural arrangements by migrants in Britain*, in *Law Vision*, 2008, pp. 10-12). The case of the Muslim Arbitration Tribunal, founded in 2007 by the prominent lawyer F.A. Siddiqi, is partly different, because the M.A.T. has been established in accordance with the Arbitration Act 1996, and so with regard to patrimonial matters it can render real English arbitration awards, while when dissolving Islamic marriages it is not different from other *Sharia* councils. See W.F. MENSKI, *Muslim Law in Britain*, in *Journal of Asian and African Studies*, 2001, pp. 127-163; I. YILMAZ, *The Challenge of Post-modern Legality and Muslim Legal Pluralism in England*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2002, pp. 343-354; M.M. KESHAVJEE, *Islam, Sharia & Alternative Dispute Resolution. Mechanisms for Legal Redress in the Muslim Community*, London, 2013; P. PAROLARI, *Sharia e corti islamiche in Inghilterra tra mito e realtà. Pluralità di ordinamenti giuridici e interlegalità nelle società multireligiose e multiculturali*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2017, pp. 157-191.

⁴³ A seminal theoretical contribution about the crisis of modern State and

in the domain of family law: in the modern era the only legally possible family was the one recognized and registered by the State, while today we have a growing recognition of many different family models grounded on *de facto* reality and private action. And, in a context of migration of people from different cultural traditions, this trend towards private and social ordering may lead to what some American scholars have called the “multiconjugalism” (i.e. multiculturalism applied to conjugal relationships), where family law is shaped not only by States but also by other players, such as the religious communities⁴⁴.

All these phenomena could be compared to a sort of return to the past regimes of personal law, or even to an attempt of rebuilding the *millet* system⁴⁵. But the most relevant question is how to evaluate, and so possibly to foster or to contrast, such developments.

the plurality of legal orderings was S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1917, not by chance recently translated in English language (S. ROMANO, *The legal order*, London, 2017), and thus made available to a wider audience in our globalized world where legal pluralism (see J. GRIFFITH, *What is legal pluralism?*, in *Journal of Legal Pluralism*, 1986, pp. 1-55) is a concrete and growing reality (see, also for further references, P. SHAH (ed.), *Law and Ethnic Plurality: Socio-Legal Perspectives*, Leiden, 2007). Such developments can also be seen as a postmodern return to the legal plurality of premodern Europe (see P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1999, as well as P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007), while another interesting terminology proposed to indicate the entanglements among different legal orders is “interlegality” (B. DE SOUSA SANTOS, *Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law*, in *Journal of Law and Society*, 1987, pp. 279-302).

⁴⁴ We make reference to J.A. NICHOLS (ed.), *Marriage and Divorce in a Multicultural Context. Multi-Tiered Marriage and the Boundaries of Civil Law and Religion*, Cambridge, 2012: in the volume different contexts are analyzed, but a very relevant case is represented by Jewish religious arbitration in divorce-related matters in the U.S.A., and especially in New York. For an Italian viewpoint on “multiconjugalism” see also M. RIZZUTI, *Patti prematrimoniali, divorzi privati e ‘multiconiugalismo’*, in M. PALAZZO, S. LANDINI (eds), *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, in *Biblioteca della Fondazione Italiana del Notariato*, 2018, 1, pp. 337-354.

⁴⁵ Such a danger is discussed by W. KYMLICKA, *The Rights of Minority Cultures: Reply to Kukathas*, in *Political Theory*, 1992, pp. 140-146, and W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, 1995, p. 152 *et seq.*: the author emphasizes the importance of the right of the

Different options have to be considered. States may deny any legal relevance to such phenomena, in order to contrast the said trends⁴⁶ or simply ignoring them, but in any case it will not eliminate their existence as social facts, and in the concrete reality of migrant communities these alternative private orders could be perceived by people as more near and binding than the remote state legal system. On the other hand, States may adopt, not necessarily in legally formalized terms, a political approach of tolerance towards these trends, on the assumption that the autonomous and informal orders of migrant communities will help to indirectly better control and govern them, according to the colonial logic of indirect rule: and this has been, in substance, the case of the United Kingdom⁴⁷.

individual to a free exit from the community, thus anticipating the solution of the Court's judgement that we are now analysing. However, we agree that *millet* system in itself belongs to a premodern and illiberal world, but we have also to take into consideration that maybe our postmodern globalized society could turn out to be more similar to some premodern multicultural empires than to the modern ethnically cleansed nation-states (see P. THER, *Die dunkle Seite der Nationalstaaten: 'Ethnische Säuberungen' im modernen Europa*, Göttingen, 2011).

⁴⁶ In the Canadian State of Ontario, after the harsh polemics raised by the former Attorney General M. Boyd's Report of 2004 about religious arbitration in family and inheritance law matters, the Family Statute Law Amendment Act 2006 established that family arbitration has to be "conducted exclusively in accordance with the law of Ontario or of another Canadian jurisdiction" and that otherwise "(a) the process is not a family arbitration; and (b) the decision is not a family arbitration award and has no legal effect".

⁴⁷ The political doctrine of indirect rule was widely practised in the British Empire whose territories were often governed through traditional power structures in order to avoid the expenses of a direct administration and to avail of local chiefs, such as the Indian rajas and nawabs of the princely states, or the Nigerian emirs and obas of the native authorities, that could be better accepted by the indigenous peoples (see F.D. LUGARD, *The Dual Mandate in British Tropical Africa*, London, 1922; M. CROWDER, *Indirect Rule: French and British Style*, in Africa, 1964, pp. 197-205; M. MAMDANI, *Indirect Rule, Civil Society, and Ethnicity: The African Dilemma*, in *Social Justice*, 1996, pp. 145-150; L. IYER, *Direct versus Indirect Colonial Rule in India: Long-Term Consequences*, in *The Review of Economics and Statistics*, 2010, pp. 693-713). We could say that the United Kingdom has somehow imported indirect rule to govern its internal migrant communities, whose countries of origin are, by the way, in many cases

But the States could also try to regulate such developments, providing, through possible legislative interventions or judge-made elaborations, for a legal recognition of effects in some cases, with specified limits and under substantive as well as procedural controls⁴⁸. In fact, the possibility of a recognition may help the integration of different communities within the society while, at the same time, effective controls are very important in order to avoid some outcomes that could turn out to be unacceptable from the perspective of fundamental and constitutional principles.

Indeed, such a proposal sounds quite strange for countries where a clear separation between state law and religious laws is in force since centuries, as in the United States of America or in France⁴⁹, but should not be considered so problematic in countries

the former colonial territories. Moreover, we could notice that also *Angrezi Shariat*, as a hybrid system of Islamic and English laws, has a colonial precedent in the so-called Anglo-Muslim law, i.e. *Sharia* as applied and interpreted by British officers in India (see R.K. WILSON, *An introduction to the study of Anglo-Muhammadan law*, London, 1894).

⁴⁸ The above-mentioned Boyd Report concluded that religious arbitrations should continue to be an alternative dispute resolution option available in inheritance and family law cases, but recommended a more specific regulation of their procedures, with reference to formal requirements, information duties and the judicial review of awards in the case of disregard for the best interests of the affected children, as well as in the case of lack of an independent legal advice for each one of the involved parties (www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/about/pubs/boyd/executivesummary.html). But such recommendations were not in tune with public opinion so that, as said, the final decision of Ontario legislators was not to follow such approach and to deny instead any legal relevance to religious family arbitrations. In the United Kingdom, with the aim at protecting British Muslim women from the consequences of the application of *Sharia*, many Bills meant to impose controls on the providers of mediation and arbitration services, mainly in order to contrast gender discriminations, have been proposed by Baroness C. Cox as a Member of the House of Lords, but none of them has been approved. See, also for further references, S. BANO (ed.), *Gender and Justice in Family Law Disputes. Women, Mediation, and Religious Arbitration*, Waltham, 2017; M.J. BROYDE, *Sharia Tribunals, Rabbinical Courts, and Christian Panels. Religious Arbitration in America and the West*, Oxford, 2017.

⁴⁹ In the United States the First Amendment to the Constitution, ratified in 1791, states that “Congress shall make no law respecting an establishment of

where the Concordats, or similar agreements and accommodations with internal religions, already allow some degrees of admixture between the two domains, as, e.g., in Italy or in Spain⁵⁰ but also in England⁵¹. We may even imagine a scenario where a somehow comparable role is played by the social orderings of migrant com-

religion, or prohibiting the free exercise thereof”, thus building, as T. Jefferson wrote in a famous letter, “a wall of separation between Church and State”. On the other hand, in France the Law of 1905 on the Separation of Churches and State established state secularism, abolishing the Napoleonic Concordat of 1801. The two countries represent the most relevant and influential models of disestablishment in the world: see J.Q. WHITMAN, *Separating Church and State: The Atlantic Divide*, in *Historical Reflections*, 2008, pp. 86-104.

⁵⁰ In the 19th century, also Italy, following the Napoleonic model, had separated civil marriage from religious marriage, but with the Concordat, stipulated by B. Mussolini in 1929 and revised in 1984, such a choice was reversed: canon marriages can produce civil legal effects and the judgements of Catholic ecclesiastical courts annulling such marriages can be recognized, even if under the substantial and procedural control of Italian judges. This model has then been followed also by other Catholic countries, such as Spain. Moreover, pursuant to the Italian Republican Constitution of 1948, other Agreements have been stipulated since 1984 also with the minority religions (i.e. Protestants of many denominations, Jews, Orthodox Christians, Mormons, Buddhists, Hinduists), providing a different regulation: civil marriages can be celebrated by the ministers of minority religions, but there are no civil legal effects of their religious jurisdictions on family law matters (see, also for further references, R. BOTTA, *Manuale di diritto ecclesiastico: società civile e società religiosa nell'età della crisi*, Turin, 2012). Indeed, the Agreement with the Jewish community of 1987 mentions the possibility that religious marriages are dissolved in accordance with the Jewish religious laws and traditions, but without any civil relevance. No agreements have never been reached in Italy with the Muslim communities, while in Spain with the Law n. 26 of 1992 the said model has been applied also to the relationships with the local Islamic Association.

⁵¹ Neither in England there is a separation between the State and the established Anglican Church, at least given that the King, or Queen, is the head of both. Moreover, religious arbitration courts, such as the Jewish Beth Din, play an important role in family law matters. Maybe such a background contributes also to explain why the Archbishop of Canterbury, R. Williams, in his very controversial speech of 2008 proposed an “accommodation” with Muslim communities in order to recognize a “supplementary jurisdiction” of the Islamic courts: see S. ROBINSON, P. WETHERLY, *Secularism and the Accommodation of Religious Law: Reflections on Rowan Williams’ Lecture*, in M. FARRAR, S. ROBINSON, Y.

munities, with, for instance, culturally connotated arbitrations in the matters of successions or of family property regimes, but also other different culturally connotated alternative resolution dispute options, such as family mediation, with regard to non-patrimonial issues.

All these developments could be considered as in line with the approach adopted by the Court in the judgment that has been our starting point, inasmuch as they have a voluntary basis. Indeed, the transformation of religious jurisdictions into forms of arbitration or mediation could be a useful instrument to integrate them in the general legal system, preserving collective identities and managing transitional phases, as some examples, including the above-mentioned Greek internal reform, may demonstrate⁵².

VALLI, P. WETHERLY, *Islam in the West. Key Issues in Multiculturalism*, London, 2012, pp. 65-78.

⁵² For an historical example, we can consider the Austrian Civil Code of 1811, that established a state jurisdiction on all marriages and marital separations but left to parsons and rabbis the ritual celebration of marriages and a role of compulsory family mediation for the couples demanding separation (see articles 104, 132 and 133 of the 1811 *ABGB*). With regard to our days, we have already discussed the Greek reform of 2018, but another relevant example could be that of some former French colonies. In fact, article 80 of the 1946 Constitution of the Fourth Republic aimed at transforming the colonial empire into a new “*Union Française*”, granting French citizenship to all former colonial subjects and at the same time allowing them to have their personal status in family and successions matters regulated by Islamic or customary laws. Then article 75 of the 1958 Constitution of the Fifth Republic reaffirmed such a provision, but the decolonization process reduced the possibility of concrete applications of these mechanisms to a few islands, among which Mayotte in the Indian Ocean where, as a consequence, the *Cadis* (Islamic judges) maintained their jurisdiction on family and successions law. However, in 2011 with the transformation of Mayotte from Oversea Collectivity to Department, the French Civil Code is become fully applicable also in the island: accordingly, local *Cadis* lost their jurisdictional functions and have been transformed into social mediators (see S. BLANCHY, Y. MOATTY, *Le statut civil de droit local à Mayotte: une imposture?*, in *Droit et société*, 2012, pp. 117-139; G. VAUTHIER, *Enquête: Mayotte roule-t-elle toujours pour les cadis?*, in www.mayottehebdo.com, March 9th, 2017). On the other hand, in some French Pacific Islands, the customary laws on personal status with their own jurisdictions are still in force, and the possible transformation of such

But the most important role that the States have to play in such a context, with regard both to the traditional Concordats or Agreements as well as to the new private orderings within migrant communities, is to ensure an effective right of opting out for all the concerned single individuals⁵³, and especially for the most vulnerable ones.

statutes is at the moment just a debated proposal (see T. BURELLI, *Coutume kanak et justice de la République. À propos de l'ouvrage de Régis Lafargue: «La coutume face à son destin»*, in *Revue Juridique, Politique et Économique de Nouvelle-Calédonie*, 2011, pp. 150-155; A. LOTTI, *Le droit coutumier à Wallis et Futuna, entre tradition et modernité*, in www.pacific-dialogues.fr, September 25th, 2014; T. BURELLI, R. LAFARGUE, *The Unexpected Effects of the Recognition of Indigenous Rights in New Caledonia*, in R. PROVOST (ed.), *Culture in the Domains of Law*, Cambridge, 2017, pp. 191-220).

⁵³ For instance, it is worth to mention that the Italian Constitutional Court, with its decision of July 30th, 1984, n. 239, declared unconstitutional article 4 of Royal Decree n. 1731 of 1930, providing for an automatic belonging of all Italian Jews to the established Israelite Communities, because such a provision was in violation of article 18 of the Constitution, that protects the freedom of association also in its “negative” side, i.e. the freedom not to associate.

AFONSO PATRÃO

RENÚNCIA RECÍPROCA À CONDIÇÃO
DE LEGITIMÁRIO INCLUÍDA
NA CONVENÇÃO ANTENUPCIAL:
ENTRE O ESTATUTO SUCESSÓRIO
E O ESTATUTO MATRIMONIAL

RESUMO: 1. Identificação do problema. – 2. O problema da qualificação no Direito Internacional Privado de fonte europeia: a *lex successionis* e a *lex matrimonii*. – 3. A qualificação da renúncia. – 4. Conclusão: entre uma melhor qualificação matrimonial e uma mais provável prevalência sucessória.

1. Em situações plurilocalizadas, é possível que a sucessão e o regime matrimonial sejam regulados por leis distintas. Com efeito, os elementos de conexão eleitos pelo legislador conflitual europeu são diferentes: a sucessão é disciplinada pela lei da residência habitual do autor da sucessão *no momento da morte*, salvo se este houver designado previamente a lei da sua nacionalidade¹; o regime matrimonial é submetido, na falta de escolha pelos cônjuges, à lei da primeira residência habitual comum *após o casamento*². Acresce

¹ Cfr. artigos 21.º e 22.º do Regulamento (UE) n.º 650/2012, de 4 de Julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos actos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu (doravante, *Regulamento Europeu das Sucessões*). Note-se, no entanto, que a aplicação da lei da residência habitual pode ceder por força da aceitação do reenvio, nos termos previstos pelo artigo 34.º do Regulamento.

Do ponto de vista temporal, a aplicação do Regulamento depende da data da morte do autor da sucessão, mobilizando-se à sucessão das pessoas que hajam falecido em 17 de Agosto de 2015 ou depois dessa data (art. 83.º). Fora do seu âmbito de aplicação, mobilizar-se-á o regime conflitual interno, que submete a sucessão à lei da nacionalidade do *de cuius* no momento da sua morte (artigo 62.º do Código Civil), salvo aceitação do reenvio (arts. 16.º a 19.º do Código Civil).

² Cfr. artigos 22.º e 26.º do Regulamento (UE) n.º 2016/1103, de 24 de Junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais (doravante, *Regulamento Europeu dos Regimes Matrimoniais*).

Do ponto de vista temporal, a aplicação do Regulamento depende, em prin-

que a admissibilidade e validade material de disposições por morte (v. g., testamentos ou pactos sucessórios) pode estar sujeita a *outra legislação*: não se conhecendo, no momento em que é feita uma disposição por morte, qual será a residência do autor *no momento da sua morte*, o legislador submete esta matéria à lei que regularia a sucessão *se o autor tivesse falecido no dia em que faz a disposição*³.

cípio, da data do casamento, mobilizando-se aos casamentos celebrados em 29 de Janeiro de 2019 ou depois dessa data – salvo se os cônjuges designarem a lei aplicável a um casamento anterior (cfr. n.º 3 do artigo 69.º do Regulamento, na versão conferida pela Rectificação publicada no Jornal Oficial da União Europeia» L 183, de 8 de Julho de 2016). Fora do seu âmbito de aplicação, mobilizar-se-á o regime conflitual interno, que submete o estatuto matrimonial primário, em princípio, à lei da nacionalidade comum dos cônjuges e o estatuto matrimonial secundário à lei da nacionalidade comum dos nubentes *ao tempo da celebração do casamento* (artigos 52.º/1 e 53.º/1 do Código Civil), ressalvados os casos em que os cônjuges não têm a mesma nacionalidade (52.º/2 e 53.º/2 do Código Civil) e as situações de aceitação de reenvio (arts. 16.º a 19.º do Código Civil). Sobre a distinção entre estatuto matrimonial primário e secundário, *vide* HELENA MOTA, *Os Efeitos Patrimoniais do Casamento em Direito Internacional Privado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, 72-84 e 434.

³ Cfr. artigos 24.º a 26.º do Regulamento Europeu das Sucessões. Esta *lei da sucessão virtual* ou *hipotética* materializa uma das excepções ao princípio da sucessão unitária, admitindo que alguns aspectos sucessórios sejam disciplinados por lei diferente da *lex successionis* (HELENA MOTA, “A autonomia conflitual e o reenvio no âmbito do Regulamento (UE) n.º 650/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Julho de 2012”, *Revista Electrónica de Direito*, n.º 1, 2014, disponível na internet via www.cije.up.pt/client/files/0000000001/6_694.pdf, consultado em 23 de Novembro de 2019, p. 6; ANDREA BONOMI, “Il Regolamento Europeo sulle successioni”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XLIX, n.º 2, 2013, pp. 293-324, p. 316; ANDREA BONOMI, “Le choix de la loi applicable à la succession dans la proposition de règlement communautaire”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2010, pp. 243-271, p. 260; PAUL LAGARDE, “Applicable Law”, *EU Regulation on Succession and Wills*, ed. ULF BERGQUIST, et al., Otto Schmidt-Sellier, Köln, 2015, pp. 119-182, p. 151; ANGELO DAVÌ, “Introduction”, *The EU Succession Regulation - A Commentary*, ed. Alfonso-Luis Calvo Caracava, Angelo Davì, Heinz-Peter Mansel, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 1-69, p. 61; BRUNO BAREL, “La disciplina dei patti successori”, *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, ed. Pietro Franzina, Antonio Leandro, Giuffrè Editore, Milão, 2013, pp. 105-138, p. 125; AFONSO PATRÃO, “A «adaptação» dos direitos reais no Regulamento Europeu

Isto é, verifica-se um risco importante de desarticulação na regulação conflitual de matérias que, no direito substantivo, são habitualmente interdependentes e atinentes a uma coerência sistemática⁴.

das Sucessões”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XLCII, Tomo I, 2016, pp. 121-168, p. 122, nota n.º 2). Fora do âmbito de aplicação do Regulamento, solução similar se descobre no direito conflitual interno, convocando-se a lei da nacionalidade *ao tempo da declaração* (art. 64.º do Código Civil).

No que diz respeito especificamente a pactos sucessórios relativos à sucessão de várias pessoas, o legislador europeu submeteu a *admissibilidade e validade material* do pacto a uma conexão múltipla cumulativa entre as leis que regulariam a sucessão de todos os contratantes caso falecessem no dia em que o pacto é celebrado, embora os seus efeitos sejam regulados por *uma única lei* – aquela, de entre as que disciplinam a admissibilidade do pacto, que apresentar uma ligação mais estreita (art. 25.º, n.º 2, segundo parágrafo). Sobre a determinação da lei aplicável a pactos sucessórios no Regulamento Europeu das Sucessões, cfr. RUI MOURA RAMOS, “O Direito Internacional Privado das Sucessões na União Europeia. Primeiras Reflexões”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 89, tomo I, 2013, pp. 69-114, p. 93; NUNO ASCENSÃO SILVA, “Em torno das relações entre o Direito da Família e o Direito das Sucessões – o caso particular dos pactos sucessórios no Direito Internacional Privado”, *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, ed. Guilherme de Oliveira, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, pp. 429-500, p. 481; BERTRAND ANCEL, “Convergence des droits et droit européen des successions internationales: La Proposition de Règlement du 14 octobre 2009”, *Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint - Einheitsbildung durch Gruppenbildung im Sachen-, Familien- und Erbrecht?*, ed. Christian Baldus, Peter-Christian Müller-Graff, Sellier-European Law Publishers, Munique, 2011, pp. 185-199, p. 198; ANDREA BONOMI, “Le choix...”, p. 260. No que respeita à validade formal dos pactos sucessórios, cfr. o disposto no artigo 27.º e a análise de HELENA MOTA, “A validade formal das disposições por morte feitas por escrito no âmbito do Regulamento das Sucessões Internacionais e a revogação tácita do art. 2223.º do Código Civil”, *Estudos comemorativos dos 20 anos da FDUP*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 593-609, p. 606.

⁴ Neste sentido, NUNO ASCENSÃO SILVA, “Em torno das relações...”, p. 493; ANDREA BONOMI, “Il Regolamento...”, p. 314, e “The Proposal for a Regulation on Matrimonial Property: A Critique of the Proposed Rule on the Immutability of the Applicable Law”, *Family Law and Culture in Europe - Developments, Challenges and Opportunities*, ed. Katharina Boele-Woelki, Nina Dethloff, Werner Gephart, Intersentia, Cambridge, 2014, pp. 231-248, p. 238; PETER MANKOWSKI, “Das Verhältnis zwischen der EuErbVO und den neuen

A convocação de leis distintas para a regulação de domínios tão fortemente concatenados gera a necessidade de delimitação do campo de aplicação de cada uma das regras de conflitos. Põe-se a questão de saber se certo instituto de direito material é disciplinado pela *lei reguladora da sucessão* ou pela *lei reguladora do regime matrimonial*, o que redundaria no problema da sua *qualificação* em direito internacional privado⁵. Este problema assume particular acuidade no que tange ao instituto da *renúncia recíproca à condição de legitimário*, inserido no artigo 1707.º-A do Código Civil, figura que pode ser inserida na convenção antenupcial quando o regime de bens seja o da separação⁶. Está este instituto submetido ao *estatuto da sucessão* ou ao *estatuto matrimonial*?

Vejamos. Se os nubentes (português e francesa), residentes em Paris, designarem a lei portuguesa como reguladora do regime matrimonial e optarem pelo regime da separação de bens, podem renunciar reciprocamente à condição de legitimário, nos termos regulados pela lei portuguesa? Como se percebe, no exemplo conjecturado, a lei reguladora do regime matrimonial é a portuguesa (pois foi designada nos termos do artigo 22.º do Regulamento dos Regimes Matrimoniais) mas não será esta necessariamente *lex successionis* dos nubentes (será a da residência habitual ao tempo da sua morte – art. 21.º do Regulamento das Sucessões), sendo certo que é a lei *francesa* que disciplina a admissibilidade e validade material de um pacto sucessório (art. 25.º/2 do Regulamento das Sucessões)⁷. Assim,

Verordnungen zum Internationales Güterrecht”, *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV)*, 2016, pp. 479-486, p. 486.

⁵ PETER MANKOWSKI, “Das Verhältnis zwischen...”, p. 480.

⁶ Cfr. art. 1700.º/1/c) e art. 1700.º/3 do Código Civil.

⁷ Como é sabido, este problema pode ser evitado pelos cônjuges através da utilização da autonomia conflitual. Com efeito, quer o Regulamento Europeu das Sucessões (art. 22.º), quer o Regulamento Europeu dos Regimes Matrimoniais (art. 22.º) admitem – embora em termos distintos – a escolha da lei aplicável. Nestes termos, é possível que os nubentes utilizem tal faculdade para fazer coincidir a lei aplicável à sucessão, à admissibilidade dos pactos sucessórios e à convenção antenupcial, o que constituirá uma das principais vantagens da *professio iuris* nestes domínios – cfr. NUNO ASCENSÃO SILVA, “Em torno das relações...”, p. 495; HELENA MOTA, “A lei aplicável aos regimes de bens do casamento no direito da União Europeia. Desenvolvimentos recentes”, *Scientia Iuridica - Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LXIV, n.º 338, 2015, pp. 187-214, p. 199; ANDREA BO-

NOMI, “Le choix...”, p. 261; ANDREA BONOMI, PATRICK WAUTELET, *El Derecho europeo de sucesiones*, adaptado ao direito espanhol por Santiago Álvarez González, Marta Requejo Isidro et. al., Aranzadi, Navarra, 2015, *El Derecho europeo de sucesiones*, adaptado ao direito espanhol por Santiago Álvarez González, Marta Requejo Isidro et. al., Aranzadi, Navarra, 2015, ANDREA BONOMI, PATRICK WAUTELET, *El Derecho europeo de sucesiones*, adaptado ao direito espanhol por Santiago Álvarez González, Marta Requejo Isidro et. al. *El Derecho...*, 2015, Navarra, p. 72; ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA, “Article 21”, *The EU Succession Regulation - A Commentary*, ed. Alfonso-Luis Calvo Caracava, Angelo Davì, Heinz-Peter Mansel, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 298-322, p. 313; ANGELO DAVÌ, ALESSANDRA ZANOBETTI, “Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n.º 2, 2013, pp. 5-139, p. 114; ANGELO DAVÌ, “Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXXXVIII, n.º 2, 2005, pp. 297-341, p. 327.

Note-se, todavia, que não se foi tão longe quanto se anteviu na prevenção do problema sobre que agora curamos, porquanto o Regulamento Europeu das Sucessões não permitiu, como chegou a ser proposto, que se pudesse designar como *lex successionis* a lei reguladora do regime matrimonial. Ora, porque o principal obstáculo então identificado (a inexistência de regras conflituais unificadas em matéria de regimes matrimoniais) já está hoje ultrapassado pela vigência do Regulamento Europeu dos Regimes Matrimoniais, é de toda a vantagem que uma futura reforma do direito internacional privado venha a permitir, através da *professio iuris*, uma maior articulação da lei aplicável aos dois regimes, que não está actualmente formulada com a mesma amplitude nos dois regulamentos. Cfr. JOÃO GOMES DE ALMEIDA, *Direito de Conflitos Sucessórios: alguns problemas*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 95 e 104-105; ANDREA BONOMI, “Le choix...”, p. 268; PABLO QUINZÁ REDONDO, JACQUELINE GRAY, “La (des)coordinación entre la propuesta de reglamento de régimen económico matrimonial y los reglamentos en materia de divorcio y sucesiones”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo XIII, 2013, pp. 513-542, p. 538; ANGELO DAVÌ, “L’autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d’une future réglementation européenne”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XL, n.º 2, 2004, pp. 473-498, p. 484; ANATOL DUTTA, “The Europeanisation of International Succession Law”, *The Future of Family Property in Europe*, ed. Katharina Boele-Woelki, Joanna Miles, Jens M. Scherpe, Intersentia, Antuérpia, 2011, pp. 341-367, p. 350; EVA LEIN, “A Further Step Towards a European Code of Private International Law – The Commission Proposal for a Regulation in Succession”, *Yearbook of Private International Law*, Vol. 11, 2009, pp. 107-141, p. 132; MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, “Comments on the European Commission’s Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of

importa saber como se caracteriza o instituto da renúncia recíproca à condição de legitimário: caso constitua um instituto integrado do regime matrimonial, o seu acolhimento está assegurado – pois é a lei portuguesa que o disciplina; caso se subsuma no estatuto sucessório, enquanto *pacto sucessório renunciativo*, a sua admissibilidade compete à lei francesa.

the European certificate of succession”, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 74, n.º 3, 2010, pp. 522-720, p. 608).

Assim, a articulação entre estes regimes mantém-se como uma das maiores dificuldades da matéria em causa – NUNO ASCENSÃO SILVA, “O regime patrimonial do casamento e as sucessões no direito internacional privado europeu – crónica de um desfecho anunciado”, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, vol. II, Tribunal Constitucional, Lisboa, 2016, pp. 629-695, p. 686; ANDREA BONOMI, “Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XLVI, n.º 4, 2010, pp. 875-914, p. 880; PAUL LAGARDE, “Introduction”, p. 24; ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA, “Article 21...”, p. 333; JACQUELINE GRAY, PABLO QUINZÁ REDONDO, “Stress-Testing the EU Proposal on Matrimonial Property Regimes: Co-operation between EU private international law instruments on family matters and succession”, *Familie & Recht*, November, 2013, § 4.2.1; KURT LECHNER, “Die EuErbVO im Spannungsfeld zwischen Erbstatut und Sachenrecht”, *IPRax - Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, 2013, pp. 497-500, p. 500; M. HANS LEWALD, “Questions de droit international des successions”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, 1925-IV, Tomo 9, 1925, pp. 1-125, p. 77, nota n.º 3; CRISTINA GRIECO, “The Role of Party Autonomy Under the Regulations on Matrimonial Property Regimes and Property Consequences of Registered Partnerships: Some Remarks on the Coordination between the Legal Regime Established by the New Regulations and other Relevant Instruments of European Private International Law”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, n.º 2, 2018, pp. 457-476, “The Role of Party Autonomy Under the Regulations on Matrimonial Property Regimes and Property Consequences of Registered Partnerships: Some Remarks on the Coordination between the Legal Regime Established by the New Regulations and other Relevant Instruments of European Private International Law”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, n.º 2, 2018, pp. 457-476, CRISTINA GRIECO, “The Role of Party Autonomy Under the Regulations on Matrimonial Property Regimes and Property Consequences of Registered Partnerships: Some Remarks on the Coordination between the Legal Regime Established by the New Regulations and other Relevant Instruments of European Private International Law”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, , pp. 457-476, vol. 10, n.º 2, p. 470.

É justamente a caracterização do instituto da renúncia recíproca à condição de legitimário (consagrado no artigo 1707.º-A do Código Civil) que constituirá o objecto da nossa análise.

2. O movimento de unificação e internacionalização do direito internacional privado vem sendo pautado pela regulação paulatina e parcelar, procurando soluções próprias para cada matéria e não, como tradicionalmente sucede nas codificações nacionais, através da criação de um sistema completo⁸. É justamente isso que sucede na unificação conflitual europeia, que previu conexões distintas no quadro sucessório e matrimonial, redundando amiúde na aplicação de leis diferentes a estas duas matérias – o Regulamento Europeu das Sucessões expressamente exclui as questões relacionadas com o regime matrimonial⁹ e, simetricamente, o Regulamento dos Regi-

⁸ É por isso que se alude a um risco de desmembramento do estatuto pessoal. Cfr. RUI MOURA RAMOS, “O Direito Internacional Privado da Família nos inícios do século XXI: uma perspectiva europeia”, *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, ed. Guilherme de Oliveira, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, pp. 367-427, p. 394; GERALDO ROCHA RIBEIRO, “A Europeização do Direito Internacional Privado e Direito Processual Internacional: Algumas Notas sobre o problema da interpretação do âmbito objectivo dos regulamentos comunitários”, *Julgar*, n.º 23, 2014, pp. 263-293, p. 268; HELENA MOTA, “O presente e o futuro das relações familiares e sucessórias internacionais no Direito da União Europeia. Um ponto da situação”, *Revista Electrónica de Direito*, n.º 1, 2015, disponível na internet via www.cije.up.pt/client/files/000000001/7_667.pdf, consultado em 23 de Novembro de 2019, p. 12; ANABELA DE SOUSA GONÇALVES, “As linhas gerais do Regulamento Europeu sobre Sucessões”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 52, 2015, pp. 3-19, p. 12.

⁹ Cfr. artigo 1.º, n.º 2, alínea d) do Regulamento UE 650/2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu. Esta exclusão é, aliás, associada à declaração, no Considerando n.º 12, de que “o presente regulamento não deverá ser aplicável a questões relacionadas com o regime de bens no casamento, incluindo as convenções antenupciais previstas nalguns sistemas jurídicos, na medida em que tais convenções não tratem de matérias sucessórias, nem a questões relacionadas com regimes de bens no âmbito de relações que se considere produzirem efeitos equiparados ao casamento”. O regime matrimonial é, assim, visto como uma matéria que *não pode ser qualificada* como sucessória (ANDREA BONOMI, PATRICK WAUTELET, *El Derecho...*, pp. 46 e 61).

mes Matrimoniais declara-se inaplicável ao domínio da sucessão por morte do cônjuge¹⁰ – sendo certo que os elementos de conexão são distintos, como *supra* se viu.

O problema da qualificação radica na aplicação das regras de conflitos às situações da vida: porque os conceitos-quadro (que desempenham a função de *hipótese da norma*) não descrevem factos materiais, referindo-se antes a conceitos jurídicos (cujo significado é distinto nos vários ordenamentos), põe-se um problema de interpretação dos comandos conflituais, importando determinar o campo de aplicação das regras de conflitos e, em segundo lugar, a recondução das normas materiais às categorias normativas por aquelas delimitadas¹¹.

No domínio em que se insere a renúncia recíproca à condição de legitimário, este problema assume especial dificuldade. Na verdade, é conhecido o entrecimento, no direito material, entre o direito da família e o direito das sucessões, a ponto de poder sustentar-se uma diluição deste naquele; e ainda que se aceite a tradicional separação, é inegável que a maioria dos sistemas jurídicos assenta os direitos sucessórios em relações jurídicas de natureza familiar ou para-familiar, limitando a liberdade de disposição e atribuindo efeitos sucessórios a negócios *inter vivos* (doações *propter nuptias* e doações entre cônjuges). É assim evidente que o estatuto sucessório do cônjuge não se desliga do regime matrimonial¹².

¹⁰ Cfr. artigo 1.º, n.º 2, alínea *d*) do Regulamento UE 2016/1103, que cria a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais.

¹¹ Cfr. ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 210; ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *O Problema das Qualificações em Direito Internacional Privado*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1963, p. 10; GERALDO ROCHA RIBEIRO, “A Europeização...”, p. 269; VÉRONIQUE ALLAROUSSE, “A Comparative Approach to the Conflict of Characterization in Private International Law”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 23, 1991, pp. 479-516, p. 479.

¹² Cfr. PAULA TÁVORA VÍTOR, ROSA CÂNDIDO MARTINS, “Depois de a morte nos separar... – a protecção do cônjuge sobrevivente na perspectiva da responsabilidade”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho - Studia Iuridica n.º 102*, Vol. I – Responsabilidade: entre Passado e

Ora, independentemente da posição que se tenha sobre a associação destes ramos jurídicos no plano substantivo, certo é que o seu tratamento conflitual pela União Europeia é diferenciado, conduzindo por vezes à aplicação de leis distintas à *sucessão* e ao *regime económico matrimonial*. O que implica sérias dificuldades perante institutos de direito material que comungam, naturalmente, de uma dimensão simultaneamente *matrimonial* e *sucessória*, como sejam a majoração da quota do cônjuge sobrevivente no regime de bens da *Zugewinnngemeinschaft* do direito alemão (§ 1371 BGB); a convenção de direito germânico, contida na convenção nupcial, de que a comunhão se prolonga até à morte do último dos cônjuges (§ 1483 BGB); a revogação automática dos testamentos por efeito da celebração de um casamento do direito inglês; ou, justamente, a renúncia recíproca à posição de legitimário contida na convenção antenupcial prevista pela lei portuguesa¹³. Importa, pois, apurar o método pelo

Futuro, ed. Fernando Alves Correia, Jónatas Machado e João Carlos Loureiro, Coimbra Editora-Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012, pp. 753-777, p. 756; NUNO ASCENSÃO SILVA, “Em torno das relações...”, p. 435; CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, “Os efeitos sucessórios do casamento”, *Direito da Família e Política Social*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2001, pp. 55-63, p. 57; ANDREA BONOMI, “The Proposal...”, p. 240; MARION GREESKE, *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung*, Peter Lang, 2014, pp. 141 e 198; ANGELO DAVÌ, “L’autonomie...”, p. 479; MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, “Comments on the European Commission’s Proposal...”, p. 527.

Não é pois de estranhar que o problema da qualificação haja sido identificado, precisamente, no domínio das sucessões (TITO BALLARINO, “Il nuovo regolamento europeo sulle successioni”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. XCVI, n.º 4, 2013, pp. 1116-1145, p. 1119) e que seja este um dos campos férteis para conflitos de qualificações (MARION GREESKE, *Die Kollisionsnormen...*, p. 200; KLAUS SCHURIG, “Das internationale Erbrecht wird europäisch – Bemerkungen zur kommenden Europäischen Verordnung”, *Festschrift für Ulrich Spellenberg*, ed. Jörn Bernreuther *et al.*, Sellier European Law Publishers, München, 2010, pp. 343-353, p. 344; FELIX WILKE, “Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung”, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, ano 58, n.º 9/2012, 2012, pp. 601-609, p. 602; ANDREA BONOMI, “The interaction among the future EU instruments on matrimonial property, registered partnerships and successions”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XIII, 2011, pp. 217-231, p. 219).

¹³ Cfr. NUNO ASCENSÃO SILVA, “Em torno das relações...”, p. 444 (“o funcionamento do método conflitual poderá conduzir à perturbação das forças de

qual se determina se certo instituto de direito material (que co-en-

sinergia e de equilíbrio que antes convocámos e que reciprocamente atraem ou apartam o direito da família e o direito das sucessões – uma vez que, ao assentar na técnica do desmembramento ou dépeçage, podemos ser conduzidos na regulação das situações privadas internacionais ao chamamento simultâneo de [eventualmente contraditórias] ordens jurídicas diversas para reger questões que se integram nos dois sectores normativos de que nos ocupamos –, com sério risco para o princípio da harmonia material ou interna e que exprime, nas palavras de Ferrer Correia, «...a ideia de que no seio do ordenamento jurídico as contradições ou antinomias normativas são intoleráveis»); ANDREA BONOMI, “Successions Internationales: conflit de lois et de juridictions”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, Tomo 350, 2010, pp. 71-418, p. 322 (“La loi applicable au régime matrimonial étant déterminée par d’autres critères que celle régissant la succession, ces deux domaines sont susceptibles d’être soumis à deux [ou plusieurs] lois différentes. Cette situation est malheureuse car elle donne lieu à de sérieux problèmes de qualification»); PAUL LAGARDE, «Introduction...», p. 24; ANATOL DUTTA, «Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 73, n.º 3, 2009, pp. 547-606, p. 605; HEINRICH DÖRNER, «Die Abgrenzung des Erbstatuts vom Güterstatut», *Die Europäische Erbrechtsverordnung*, ed. Anatol Dutta, Sebastian Herrler, Beck, Munich, 2014, pp. 73-83, p. 74; PATRICIA PAFFHAUSEN, «EuErbVO und GüterrechtsVO in Konflikt», *Bucerius Law Journal*, n.º 1, 2014, pp. 10-15, p. 10.

A concatenação a que nos referimos é especialmente clara no seio do direito português, pois é sabida a tradicional hostilidade do ordenamento jurídico pátrio à sucessão contratual – protegendo a vontade livre do testador até ao momento da sua morte – com excepção dos pactos sucessórios *incluídos na convenção antenupcial*, para que se descubra um *favor matrimonii*. Ora, este escopo *familiar* dos pactos sucessórios contidos na convenção antenupcial alastrou, como é sabido, ao seu tratamento conflitual no direito internacional de fonte interna, que os submete à *lex familiae* (art. 64.º, alínea c), parte final, do Código Civil), espelhando um inegável *favor legis familiae* que faz relevar a sua natureza de programação patrimonial do casamento e resolvendo normativamente o problema da sua qualificação (ASCENSÃO SILVA, *ibidem*, pp. 477 e 478).

Sobre as dificuldades de qualificação dos institutos mencionados, cfr. ANDREA BONOMI, PATRICK WAUTELET, *El Derecho...*, p. 69; ANDREA BONOMI, “The interaction...”, p. 219; HEINRICH DÖRNER, “Der Entwurf einer europäischen Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht – Überblick und ausgewählte Probleme”, *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 2010, pp. 221-228, p. 223; ANATOL DUTTA, “Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union”, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, vol. 60, n.º 1/2013, 2013, pp. 4-15, p. 9; ANATOL DUTTA, “The Europeanisation...”, p. 360; GIACOMO BIAGIONI, “L’ambito di applicazione del regolamento sulle successioni”, *Il diritto*

volve necessariamente uma dimensão sucessória e matrimonial) se subsume no âmbito do Regulamento Europeu das Sucessões ou se é abrangido pelo Regulamento Europeu dos Regimes Matrimoniais.

No direito conflitual europeu, a qualificação assenta numa *interpretação autónoma* dos conceitos aí utilizados, capaz de assegurar a respectiva aplicação uniforme em todos os Estados vinculados e garantir o *efeito útil* da intervenção europeia. E esse propósito de interpretação autónoma alastra, como é sabido, aos vários conceitos utilizados pelo direito internacional privado europeu, chegando-se por isso a uma noção específica de *regime matrimonial*, *sucessão*, *pacto sucessório* e *convenção nupcial*, que são *funcionalmente* orientadas aos próprios objectivos da unificação conflitual europeia¹⁴.

internazionale privato europeo delle successioni mortis causa, ed. Pietro Franzina, Antonio Leandro, Giuffrè Editore, Milão, 2013, pp. 25-58, p. 50.

¹⁴ Cfr. GERALDO ROCHA RIBEIRO, “A Europeização...”, p. 274 (analisando a metodologia de apuramento dos conceitos autónomos); LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, Vol. I, Introdução e Direito de Conflitos – Parte Geral, 3.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 237, 581 e 588ss; MARIA HELENA BRITO, “A utilização do método comparativo em direito internacional privado. Em especial, o problema da qualificação”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. I, ed. José Lebre Freitas *et al.*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 103-133, pp. 129 e 130; DIETER MARTINY, “Die Anknüpfung güterrechtlicher Angelegenheiten nach den Europäischen Güterrechtsverordnungen”, *Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft (ZfPW)*, 2017, pp. 1-33, p. 6; BERNHARD KRESSE, “Die Prüfungskompetenz des EuGH in kollisionsrechtlichen Vorabentscheidungsverfahren: erbrechtliche Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB”, *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union (GPR)*, vol. 16, n.º 4, 2019, pp. 195-200, p. 197; HELMUT HEISS, EMESE KAUFMANN-MOHI, “«Qualifikation» – Ein Regelungsgegenstand für eine Rom 0-Verordnung?», *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, ed. Stefan Leible, Hannes Unberath, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Jena, 2013, pp. 181-199, p. 189; PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, “Consideraciones sobre el ámbito de la ley aplicable a las sucesiones en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y la creación de un certificado sucesorio europeo”, *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea – Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, ed. Carlos Esplugues Mota, Guillermo Palao Moreno, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, pp. 413-431, p. 420; STEFANIA BARIATTI, “Qualificazione e interpretazione nel diritto internazionale privato comunitario: prime riflessioni”,

Certo é que os conceitos autónomos de *sucessão* e de *regime matrimonial* contidos nos Regulamentos da União Europeia que consagram o regime conflitual vigente são abrangentes, sendo difícil a sua delimitação perante figuras que disciplinam, em simultâneo, a organização patrimonial do casamento e o estatuto sucessório do cônjuge¹⁵. Vejamos.

O Regulamento Europeu das Sucessões (Regulamento UE n.º 650/2012) visa abranger “todas as questões de direito civil da sucessão por morte, ou seja, todas as formas de transferência de bens, direitos e obrigações por morte, independentemente de se tratar de um acto voluntário de transferência ao abrigo de uma disposição por morte, ou de uma transferência por sucessão *ab intestato*” (considerando n.º 9), o que implica que aí se qualifiquem a “determinação dos beneficiários, das respetivas quotas-partes e das obrigações que lhes podem ser impostas pelo falecido, bem como a determinação dos outros direitos sucessórios, incluindo os direitos sucessórios do cônjuge ou parceiro sobrevivente” (art. 23.º, n.º 2, alínea *b*), sublinhado nosso) e que se tenha por pacto sucessório qualquer “acordo, in-

Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale, vol. XLII, n.º 2, 2006, pp. 361-376, p. 361 e 371; CHRISTIAN HEINZE, “Bausteine eines Allgemeinen Teils des europäischen Internationalen Privatrechts”, *Die richtige Ordnung - Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, ed. Dietmar Baetge, Jan von Hein, Michael von Hinden, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, pp. 105-127, p. 108.

Afasta-se, assim, a qualificação *lege fori*, segundo a qual caberia ao ordenamento jurídico material do Estado em que a questão se pusesse fazer a categorização da questão jurídica decidenda. Com efeito, se aquele método de qualificação já seria passível de importantes e severas críticas, é estruturalmente incompatível com o desígnio de aplicação uniforme de instrumentos de unificação do direito internacional privado. Sobre a qualificação *lege fori*, cfr. VÉRONIQUE ALLAROUSSE, “A Comparative...”, p. 481ss.

Operando uma interpretação autónoma dos conceitos dos instrumentos europeus *vide*, entre muitos outros, os Acórdãos de 14 de Outubro de 1976, *Euro-control*, proc. 29/76, n.ºs 3 e 4; de 22 de Março de 1983, *Peters*, proc. 34/82, n.ºs 9 e 10; Acórdão de 27 de Fevereiro de 1997, *Van den Boogard*, proc. C-220/95, n.º 22 (quanto à dissociação entre *regime matrimonial* e *obrigações alimentares*); Acórdão de 10 de Dezembro de 2015, *Kornhaas*, proc. C-594/14, n.º 19 (sobre os conceitos utilizados o Regulamento CE 1346/2000, relativo à competência, lei aplicável e reconhecimento de decisões em matéria de insolvência).

¹⁵ PETER MANKOWSKI, “Das Verhältnis zwischen...”, p. 481.

cluindo um acordo resultante de testamentos mútuos, que crie, altere ou anule, com ou sem contrapartida, direitos na herança ou heranças futuras de uma ou mais pessoas que sejam partes no acordo” (art. 3.º, n.º 1, alínea *b*)). Todavia, a disciplina sucessória não se aplica “a questões relacionadas com o regime de bens no casamento, incluindo as convenções antenupciais previstas nalguns sistemas jurídicos, na medida em que tais convenções não tratem de matérias sucessórias” (considerando n.º 12), ficando por isso de fora do seu âmbito de aplicação as “questões relacionadas com regimes matrimoniais” (art. 1.º, n.º 2, alínea *b*))¹⁶.

Já o Regulamento Europeu dos Regimes Matrimoniais (Regulamento UE n.º 2016/1103) visa disciplinar “todos os aspectos de direito civil dos regimes matrimoniais, respeitantes tanto à gestão quotidiana dos bens dos cônjuges como à sua liquidação, decorrentes nomeadamente da separação do casal ou da morte de um dos seus membros” (Considerando n.º 18), abarcando expressamente no seu âmbito as *convenções nupciais*, definidas como “qualquer convenção entre cônjuges ou futuros cônjuges pela qual estes estabelecem o seu regime matrimonial” (art. 3.º, n.º 1, alínea *b*)). Porém, a disciplina matrimonial não abrange “a sucessão por morte do cônjuge” (art. 1.º, n.º 2, alínea *d*) e Considerando n.º 22)¹⁷.

¹⁶ Nestes termos, o “ponto de partida” da definição do âmbito de aplicação do estatuto sucessório no problema que nos ocupa estará no artigo 23.º do Regulamento Europeu das Sucessões: a definição dos *direitos sucessórios do cônjuge* cabe à *lex successionis* – cfr. ANATOL DUTTA, “EuErbVO Art. 1 – Anwendungsbereich”, *Münchener Kommentar zum BGB*, vol. 11, 7.ª Edição, Beck, Munique, 2018, § 21.

¹⁷ Neste quadro, a qualificação de certo instituto como *matrimonial* está ligado à função que ele desempenha na regulação das relações patrimoniais do casamento – ANATOL DUTTA, “EuErbVO Art. 1...”, § 22. Sublinhando o carácter muito amplo do conceito, DIETER MARTINY, “Die Anknüpfung...”, p. 8; ILARIA VIARENGO, “The EU Proposal on matrimonial property regimes – some general remarks”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XIII, 2011, pp. 199-215, p. 202. Deve notar-se, todavia, que este conceito muito amplo já havia sido utilizado pelo Tribunal de Justiça, a propósito da interpretação da convenção de Bruxelas de 1968, excluindo do respectivo âmbito de aplicação – por se aterem ao conceito de regimes matrimoniais – “*todas as relações patrimoniais que resultam directamente do vínculo conjugal ou da sua dissolução*” (Acórdão de 27 de Março de 1979, *Cavel*, proc. 143/78, n.º 7).

No fundo, o legislador conflitual europeu visa traçar uma *divisão absoluta* entre as duas matérias, sujeitas a critérios conflituais distintos. Todavia, tal demarcação revela-se muito complexa, sobretudo tendo em conta que a morte de um dos cônjuges pode implicar, em simultâneo, a liquidação do regime matrimonial e a abertura de sucessão; e que a tutela do cônjuge sobrevivente pode ser feita por institutos de direito substantivo que comungam dimensões de *regulação patrimonial do casamento* e de *atribuição sucessória dos bens*. Aliás, o próprio legislador europeu o reconhece, estabelecendo uma *precedência temporal* do regime matrimonial, quando, no Considerando n.º 12 do Regulamento Europeu das Sucessões, estabelece que “as autoridades que tratem de determinada sucessão ao abrigo do presente regulamento deverão, no entanto, em função da situação, ter em conta a liquidação de um eventual regime de bens no casamento ou regime de bens semelhante do falecido ao determinarem a herança do falecido e as quotas-partes dos beneficiários”. O que parece abranger no *estatuto matrimonial* (nos termos do Considerando 18 do Regulamento dos Regimes Matrimoniais) eventuais cláusulas da convenção nupcial segundo a quais o regime de bens se altera em caso de morte – por exemplo, criando uma comunhão geral¹⁸.

Cabendo a delimitação das matérias, em última análise, ao Tribunal de Justiça da União Europeia (enquanto instituição a que compete a interpretação dos conceitos *autónomos* utilizados), a jurisprudência já produzida permite identificar uma qualificação de índole *funcional*, com vista à promoção dos objetivos próprios da intervenção europeia. Em concreto, parece ter o Juiz comunitário corporizado o critério do *efeito útil* por referência à valia do Certificado Sucessório Europeu, documento público cuja eficácia se visa proteger. Em consequência, verifica-se uma certa prevalência da qua-

¹⁸ Neste sentido, PETER MANKOWSKI, “Das Verhältnis zwischen...”, p. 481. No direito português, parece ser o caso da convenção entre os cônjuges, na convenção antenupcial, de que a partilha se fará de acordo com o regime da comunhão geral, se o casamento se vier a dissolver por morte e houver descendentes comuns (art. 1719.º CC).

Sobre o reconhecimento, pelo legislador europeu, da concatenação das matérias, cfr. GIACOMO BIAGIONI, “L’ambito di applicazione...”, p. 51.

lificação sucessória, à luz da preocupação de potenciação dos efeitos daquele certificado¹⁹.

Deve ainda sublinhar-se que a interpretação autónoma dos Regulamentos não basta para solucionar cabalmente o problema da qualificação: uma vez determinados os conceitos de *sucessão*, *pacto sucessório* ou de *regime matrimonial* – funcionalmente compreendidos à luz do efeito útil das normas de direito da União –, importa de seguida proceder a uma operação de subsunção de dada figura jurídica substantiva no conceito autonomamente determinado²⁰. Problema que inelutavelmente carece de uma análise do direito material, como a doutrina vem sublinhando²¹ e como decorre da jurisprudência do Luxemburgo²². Com efeito, a sujeição de certo instituto de direito

¹⁹ Cfr. JOHANNES WEBER, “Ein Klassiker neu aufgelegt: Die Qualifikation des § 1371 BGB unter dem Regime der Europäischen Erbrechtsverordnung”, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2018, pp. 1356-1358, p. 1357; EDMOND JACOBY, “Die Rechte des überlebenden Ehegatten und das europäische Nachlasszeugnis in den deutsch-französischen Beziehungen – Neue Fragen für die französische Praxis”, *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union (GPR)*, vol. 15, n.º 6, 2018, pp. 303-308, p. 307.

Veja-se, a título de exemplo, Acórdão de 12 d Outubro de 2017, *Kubicka*, C-218/16, ECLI:EU:C:2017:755, n.º 60; Acórdão de 1 de Março de 2018, *Mahnkopf*, proc. C-558/16, ECLI:EU:C:2018:138, n.º 40; Acórdão de 21 de Junho de 2018, *Oberle*, proc. C-20/17, ECLI:EU:C:2018:48, n.º 46.

²⁰ Neste sentido, HELMUT HEISS e EMESE KAUFMANN-MOHI, “«Qualifikation»...”, p. 194; STEFAN LEIBLE e MICHAEL MÜLLER, “A General Part for European Private International Law?”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XIV, 2012-2013, pp. 137-152, p. 143. Na verdade, a jurisprudência europeia sobre a interpretação autónoma analisa-se mais numa teoria sobre como *não se faz a qualificação* do que numa teoria geral de qualificação.

²¹ Cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “The methodology and the general part of the Portuguese Private International Law Codification: a possible source of inspiration for the European Legislator?”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XIV, 2012-2013, pp. 153-172, p. 165 e *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 589; ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional...*, p. 200ss; MARIA HELENA BRITO, “A utilização...”, p. 120; GERALDO ROCHA RIBEIRO, “A Europeização...”, p. 278; HELMUT HEISS, EMESE KAUFMANN-MOHI, “«Qualifikation»...”, p. 188.

²² Cfr., desde logo, o Acórdão de 1 de Março de 2018, proc. C-558/16, *Mahnkopf*, ECLI:EU:C:2018:138, n.º 40, em que o Juiz comunitário procura identificar a *função desempenhada* pelo instituto jurídico-material no quadro

material ao âmbito reconhecido ao estatuto sucessório ou ao estatuto matrimonial depende da análise do contexto normativo em que aquele se insere, não podendo a sua caracterização estar desligada da sua *função e finalidade* que lhe são atribuídas no quadro do ordenamento jurídico a que pertence. E esta apreciação tende a um juízo comparado de dado instituto à categoria normativa autónoma (*sucessão* ou *regime matrimonial*) por conclusão de *equivalência* entre o conceito do Regulamento (o qual é funcionalmente interpretado à luz dos objetivos do direito da União) e o instituto jurídico-material cuja qualificação se discute²³.

Ora, a figura da *renúncia recíproca à condição de legitimário* insere-se, em certa medida, no cruzamento dos dois instrumentos conflituais²⁴: afecta a posição *sucessória* do cônjuge, sendo convencionada somente em *convenção antenupcial* e quando vigore *um específico regime de bens*. Tornando-se *irrevogável na vigência do casamento* e implicando efeitos jurídicos quanto à *casa de morada de família* e ao *regime das liberalidades entre cônjuges*. Sendo, por isso, discutível a sua recondução a um dos instrumentos conflituais europeus²⁵.

do direito alemão. *Vide* ainda o Acórdão de 17 de Setembro de 2002, proc. C-334/00, *Tacconi*, em que o critério decisivo para qualificar certa pretensão como relativa à responsabilidade *contratual* ou *extracontratual* foi a função do instituto da indemnização por violação injustificada das negociações, face ao conceito autónomo desenhado pelo Tribunal de Justiça para a responsabilidade *contratual* (“origem em compromissos livremente assumidos por uma parte perante outra”).

²³ MARIA HELENA BRITO, “A utilização...”, pp. 123 e 130-131; MATTHIAS WELLER, “Article 1”, *The EU Succession Regulation - A Commentary*, ed. Alfonso-Luis Calvo Caracava, Angelo Davì, Heinz-Peter Mansel, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 73-111, p. 88.

²⁴ Neste sentido, RUTE TEIXEIRA PEDRO, “Pactos sucessórios renunciativos entre nubentes à luz do art. 1700.º, n.º 1, alínea c) do Código Civil – Análise do regime introduzido pela Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 78, 2018, pp. 415-454, p. 416: “a faculdade reconhecida aos nubentes, apesar de concernir aos efeitos sucessórios, toca indelevelmente nos efeitos patrimoniais associados ao casamento, mais propriamente aqueles que se produzirão em caso da sua dissolução por morte”.

²⁵ Descartamos, como se percebe, a hipótese de uma *qualificação dupla* do instituto, segundo a qual esta figura só seria admissível quando a lei portuguesa fosse simultaneamente a *lex matrimonii* e a lei reguladora de disposições por

Em suma: há que saber se a figura da renúncia recíproca à condição de legitimário na convenção antenupcial, analisando os seus respetivos contornos, é reconduzível à contratação sucessória do modo de *distribuição dos bens do falecido, em sede de direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente* (caso em que estará no âmbito do Regulamento Europeu das Sucessões, por força do art. 23.º, n.º 1, alínea *b*)); ou se está em causa um instituto atinente à *regulação dos efeitos patrimoniais do casamento*, caso em que o instituto se integrará no domínio do Regulamento Europeu dos Regimes Matrimoniais. Procurando esta recondução por atenção aos conceitos autónomos do Regulamento que, no que aqui releva, abrangem na *lex successionis* os institutos relativos à vontade do autor da sucessão e o regime da concorrência entre o cônjuge e outros sucessíveis; e cometem à *lex matrimonii* a delimitação dos direitos patrimoniais do cônjuge *por causa do casamento* ou cuja aplicabilidade dependa de *certo regime de bens do casamento*²⁶.

morte. Esta ideia, enunciada pela doutrina alemã como hipótese de qualificação do instituto do § 1371 BGB (*majoração da quota hereditária do cônjuge em substituição da igualação do património conjugal*), tem várias desvantagens.

Desde logo, reduziria muitíssimo a admissibilidade, por ficar dependente da concordância de várias leis; em segundo lugar, não parecer ser necessária – já que os institutos da *substituição* e da *transposição* (ou mesmo da *adaptação*) sempre solucionariam as dificuldades de coordenação geradas entre os dois estatutos; e, principalmente, porque a admissibilidade desta «*qualificação dupla*» é muito duvidosa no quadro do direito internacional privado de fonte europeia, que está estruturado em Regulamentos europeus parcelares, complementares e sem sobreposições. Neste sentido, PETER MANKOWSKI, “Das Verhältnis zwischen...”, p. 483; DIRK LOOSCHELDERS, “Anpassung und ordre public im Internationalen Erbrecht”, *Grenzen überwinden - Prinzipien bewahren: Festschrift für Bernd von Hoffmann*, ed. Herbert Kronke, Karsten Thorn, Ernst und Werner Giesecking, Bielefeld, 2011, pp. 266-282, p. 273.

²⁶ Pondo assim o problema, cfr. MATTHIAS WELLER, “Article 1...”, p. 88. É assim que PETER MANKOWSKI delimita os estatutos: “Mangels ausdrücklich festgeschriebener Qualifikationsmaßstäbe muss man auf eine funktionelle Abgrenzung zwischen Erb und Güterrecht als Leitlinie zurückfallen: Regelungen, die im Ergebnis auf einen hypothetischen Willen des Erblassers rekurrieren, seinen überlebenden Ehegatten wegen des zwischen ihnen bestehenden Näheverhältnisses zu bedenken und so den Ehegatten in eine Reihe mit den nahen Verwandten zu stellen, tendieren zum Erbrecht. Regelungen, die einen Ausgleich für Leistungen während der Ehe darstellen oder als Konsequenz aus einer zu-

3. – a. *Argumentos no sentido da qualificação sucessória*

Uma análise mais imediata do problema implica que se considere, como qualificação mais óbvia, a subsunção da figura analisada no domínio da *sucessão*. No fundo, a convenção bilateral pela qual os cônjuges abdicam de direitos hereditários pode ser vista como *pacto sucessório renunciativo* que, nesse caso, será abrangido pelo estatuto sucessório. Foi esta, aliás, a qualificação proposta pelo Conselho Consultivo do Instituto dos Registos e do Notariado, na primeira vez que se pronunciou sobre a questão²⁷.

Quatro argumentos podem fundamentar esta convicção: a definição ampla de pacto sucessório contida no Regulamento das Sucessões; os critérios seguidos pelo Tribunal de Justiça na delimitação do estatuto sucessório decorrentes da jurisprudência *Mahnkopf*; a interferência exclusiva desta figura na posição sucessória do cônjuge, sem qualquer efeito no património conjugal; e a consideração de que qualificação matrimonial apenas teria respaldo em ordenamentos *hostis* à previsão de pactos sucessórios.

Vejamo-los separadamente.

i) O conceito amplo de Pacto Sucessório no Regulamento

A noção de pacto sucessório contida no Regulamento há-de ser autonomamente interpretada, de modo a responder aos interesses de uniformidade de aplicação e de garantia do seu efeito útil. Ora, definição de *pacto sucessório* contida no Regulamento Europeu das Sucessões (alínea *b*) do n.º 1 do artigo 3.º) abrange as convenções renunciativas, independentemente da sua associação a um testamento²⁸. Isto é, trata-

mindest teilweisen Verschmelzung der Vermögen beider Ehegatten folgen, sind dem Güterrecht zuzuschlagen. Regelungen, die einen Ausgleich für Leistungen während der Ehe darstellen oder als Konsequenz aus einer zumindest teilweisen Verschmelzung der Vermögen beider Ehegatten folgen, sind dem Güterrecht zuzuschlagen. Güterrechtlich zu qualifizieren ist zudem, wenn Vergünstigungen im Todesfall vom Bestehen eines bestimmten Güterstands abhängig sind". ("Das Verhältnis zwischen...", p. 482). Em sentido convergente, HEINRICH DÖRNER, "Die Abgrenzung...", p. 75; DIETER MARTINY, "Die Anknüpfung...", p. 11.

²⁷ Cfr. Parecer do Conselho Consultivo do IRN, 84/2018 STJSR-CC, de 15.11.2018.

²⁸ Cfr. alínea *b*) do n.º 1 do artigo 3.º do Regulamento Europeu das Sucessões, que define pacto sucessório como "*um acordo, incluindo um acordo resul-*

se de um conceito amplo de pacto sucessório, próximo daquele que era dado no nosso direito antigo e que é, aliás, utilizado na doutrina e lei portuguesas²⁹, que acaba por abranger figuras que, nos direitos nacionais, nem sempre são tidas como pactos sucessórios em sentido próprio – como testamentos conjuntos, doações condicionais *mortis causa*, e ainda, a convenção pela qual alguém renuncia a direitos hereditários³⁰. O que se justifica pelo facto de tais convenções não apenas terem uma estrutura sinalagmática, como por produzirem efeitos *mortis causa*, tendo modificando a posição sucessória dos contratantes³¹.

A isto acresce que, sendo certo que o sentido das soluções conflitu-

tante de testamentos mútuos, que crie, altere ou anule, com ou sem contrapartida, direitos na herança ou heranças futuras de uma ou mais pessoas que sejam partes no acordo. Cfr., neste sentido, ANDREA BONOMI, “Il Regolamento...”, p. 316; JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO, “Article 25”, *The EU Succession Regulation - A Commentary*, ed. Alfonso-Luis Calvo Caracava, Angelo Davì, Heinz-Peter Mansel, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 380-393, p. 381; GEORGES KHAIRALLAH, “La détermination de la loi applicable à la succession”, *Droit européen des successions internationales - Le règlement du 4 juillet 2012*, ed. Georges Khairallah, Mariel Revillard, Defrénois, Paris, 2013, pp. 57-65, p. 62; BRUNO BAREL, “La disciplina...”, p. 107.

²⁹ Cfr. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Português*, Tomo II, 3.^a Edição, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1852, p. 577: “Chamam-se pactos successorios, successões pacticias, ou contractos de herança, todos aquelles, que têm por objecto a herança de uma pessoa ainda viva, ou-seja a de algum dos contractantes, ou seja a de terceiro. Taes contractos ou são acquisitivos, quando algum dos contrahentes prormette instituir, ou se obriga a aceitar a successão; ou renunciativos, quando promette não instituir, ou não aceitar”. Em sentido convergente, EDUARDO CORREIA, *Lições de Direitos Sucessórios*, (policopiado), Coimbra, 1949, p. 58; LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, 4.^a Edição, Quid Iuris, Lisboa, 2012, p. 556; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil - Sucessões*, 5.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 92.

Sobre a utilização deste conceito amplo de pacto sucessório nas regras de conflitos, cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 443 e 447; CARMEN AZCÁRRAGA MONZONIS, *Sucesiones internacionales - Determinación de la norma aplicable*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008, p. 169; ANDREA BONOMI, “Successions...”, p. 267; PAUL LAGARDE, “Applicable...”, p. 148.

³⁰ Será este, aliás, o argumento central do Parecer do Conselho Consultivo do IRN, 84/2018 STJSR-CC, de 15.11.2018, que propôs a qualificação sucessória do instituto.

³¹ ANDREA BONOMI, “Successions...”, p. 268, e ANDREA BONOMI, PATRICK

tuais apenas se apreende mediante conhecimento do direito substantivo, a tendência recente é justamente a de ampliar o espaço concedido à sucessão contratual³², o que justifica que o legislador conflitual europeu haja pretendido abarcar nas regras de conflitos relativas aos pactos sucessórios – em que é evidente uma preocupação de *favor validitatis*³³ – também os contratos hereditários contidos em convenções antenupciais.

ii) Os subsídios da jurisprudência do Tribunal de Justiça na definição do âmbito de aplicação do Regulamento – o Acórdão *Mahnkopf*

Em segundo lugar, não pode olvidar-se que o problema da delimitação entre o estatuto sucessório e o estatuto matrimonial conheceu uma importante pronúncia do Tribunal de Justiça da União Europeia no Acórdão *Mahnkopf*³⁴, cujos fundamentos podem indicar uma concepção ampla do estatuto sucessório, a ponto de aí se incluírem figuras como a da renúncia recíproca à condição de legitimário na convenção antenupcial.

WAUTELET, *El Derecho...*, p. 123; ANGELO DAVÌ, ALESSANDRA ZANOBETTI, “Il nuovo...”, p. 67.

³² NUNO ASCENSÃO SILVA, “Em torno das relações...”, pp. 445 e 448.

³³ Sobre o *favor validitatis* dos pactos sucessórios no Regulamento Europeu das Sucessões, cfr. BERTRAND ANCEL, “Convergence...”, p. 197 (“C’est que la proposition est favorable aux pactes successoraux. Cette faveur s’exprime notamment dans le mode de détermination de la loi applicable qui traduit une politique législative de droit matériel confiante dans la capacité de chacun d’organiser une planification de sa succession qui en assurera un accomplissement sûr et apaisé”); LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, Vol. II, Direito de Conflitos – Parte Especial, 4.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2015, p. 692; HELENA MOTA, «A autonomia...», p. 13; TITO BALLARINO, «Il nuovo...», p. 1143; ANDREA BONOMI, «Prime considerazioni sulla proposta...», p. 902; ALEGRÍA BORRÁS, «L’approche du renvoi dans un système d’unité de la succession», *Mélanges en l’Honneur de Mariel Revillard - Liber amicorum*, Defrénois, Paris, 2007, pp. 23-34, p. 25; PAUL LAGARDE, «Introduction...», p. 33; ANGELO DAVÌ, «Introduction...», p. 43, 50 e 56; ANGELO DAVÌ, ALESSANDRA ZANOBETTI, «Il nuovo...», p. 44; ISABEL RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, «La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012», *InDret - Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2/2013, 2013, pp. 1-58, p. 33; BRUNO BAREL, “La disciplina...”, p. 108.

³⁴ Acórdão de 1 de Março de 2018, proc. C-558/16, *Mahnkopf*, ECLI:EU:C:2018:138.

Neste aresto, discutiu-se a abrangência pelo Regulamento Europeu das Sucessões do instituto do § 1371 BGB: trata-se de uma figura que, no regime de bens supletivo (*Zugewinnngemeinschaft*), cria uma majoração da quota do cônjuge sobrevivente quando o casamento se dissolve por morte. Isto é, no regime de bens da *Zugewinnngemeinschaft* (que é habitualmente traduzido por *comunhão de adquiridos*) não se qualificam necessariamente os bens adquiridos na vigência do casamento como comuns, ficando na titularidade do cônjuge que os tiver obtido e sob sua administração; todavia, no momento da dissolução do casamento, faz-se uma igualação, entre os dois cônjuges, dos bens obtidos na constância do matrimônio (§ 1363, n.º 2, BGB). Ora, no caso de o casamento se dissolver por morte de um dos cônjuges, esta igualação é substituída por uma majoração da quota hereditária do cônjuge: desconsidera-se o patrimônio conjugal (e eventual disparidade da titularidade de bens adquiridos na constância do casamento) e aumenta-se a quota hereditária do cônjuge em $\frac{1}{4}$ (§ 1371 BGB), em substituição da operação de igualação.

Se não parecem restar dúvidas que a operação de igualação consagrada no § 1363 BGB é um instituto próprio do regime matrimonial, já a figura da majoração da quota hereditária – que funciona *em substituição* da igualação – criou dúvidas ao órgão jurisdicional de reenvio: caso esta figura não estivesse coberta pelo estatuto da sucessão, aquela quota hereditária de $\frac{1}{4}$ não poderia ser mencionada no certificado sucessório europeu *como atribuição sucessória*. O que motivou, assim, a formulação de uma questão prejudicial tendente a saber se o Regulamento Europeu das Sucessões ainda abrangeria um instituto de direito nacional como esta majoração da quota hereditária em substituição da igualação do patrimônio adquirido na vigência do casamento.

As semelhanças do problema colocado ao Tribunal de Justiça no Acórdão *Mahnkopf* e a questão jurídica que ora nos ocupa são evidentes. Em ambos os casos, por força da relação muito estreita que existe entre a regulação patrimonial do casamento e a sucessão do cônjuge, vigoram institutos que entrecruzam aspectos sucessórios e matrimoniais; nos dois casos o legislador nacional introduziu uma figura que se aplica somente em *certo regime de bens* e que tem efeitos na *posição sucessória do cônjuge sobrevivente*. Pelo que a decisão do Juiz comunitário é um dado relevante na dilucidação da questão de

saber se cabe ao Regulamento das Sucessões ou ao Regulamento dos Regimes Matrimoniais o tratamento conflitual da renúncia recíproca à condição de legitimário pactuada na convenção antenupcial.

O Tribunal de Justiça, considerando que a doutrina alemã se encontra dividida quanto à qualificação *sucessória* ou *matrimonial* do instituto do § 1371 BGB, levou sobretudo em conta a função imediata do instituto (majorar a posição sucessória do cônjuge sobrevivente), desconsiderando a sua finalidade mediata (de repartição do património conjugal) e entendendo, por isso, que a figura fica abrangida pelo Regulamento das Sucessões³⁵.

Como se percebe, esta argumentação pode ser aplicada ao nosso problema, militando por uma qualificação *sucessória* (e sua abrangência pelo DIP das Sucessões) da renúncia recíproca à posição de legitimário na convenção antenupcial: o efeito jurídico imediato desta figura é a definição da posição sucessória do cônjuge sobrevivente, o que parece ter sido o critério determinante no Acórdão *Mahnkopf*. A seguir-se este raciocínio, as finalidades mediatas do instituto (*favor matrimonii*; regulação de um regime matrimonial de separatismo total; programação económica do casamento) passariam para segundo plano, atendendo-se somente ao efeito jurídico directo da renúncia.

Note-se que o Tribunal de Justiça, confessadamente, levou em consideração o objectivo de *incluir aquela informação no certificado sucessório europeu* enquanto propósito do *efeito útil* dos instrumentos de direito da União Europeia, numa evidente *qualificação funcional*. Isto é, estava em causa uma situação em que a lei reguladora do regime matrimonial e a lei reguladora da sucessão eram a mesma

³⁵ Assim, o Tribunal sublinhou (n.º 40) que a disposição “tem por objeto, segundo as informações de que o Tribunal de Justiça dispõe, não a partilha de elementos patrimoniais entre os cônjuges, mas a questão dos direitos do cônjuge sobrevivente quanto aos elementos já contabilizados na massa sucessória. Nestas condições, não se afigura que essa disposição tenha por finalidade principal a repartição dos elementos do património ou a liquidação do regime matrimonial, mas antes a determinação do quantum da quota sucessória a atribuir ao cônjuge sobrevivente relativamente aos demais herdeiros. Assim sendo, tal disposição respeita principalmente à sucessão do cônjuge falecido e não ao regime matrimonial. Por conseguinte, uma regra de direito nacional como a que está em causa no processo principal diz respeito a matéria sucessória para efeitos do Regulamento n.º 650/2012”.

– a lei alemã, pois os cônjuges eram alemães residentes na Alemanha, pelo que se não punha nenhuma dificuldade quanto à solução material a dar ao caso. A qualificação do instituto não relevava para a solução substantiva de repartição dos bens, mas apenas para a inclusão daquela majoração da quota no Certificado Sucessório Europeu *enquanto atribuição sucessória*, com todas as vantagens que daí decorrem para a invocação, noutros Estados-Membros, da posição patrimonial atribuída ao cônjuge sobrevivente. Ora, este factor foi tido em conta pelo Tribunal de Justiça, num evidente *favor certificatis*: “a qualificação sucessória da quota atribuída ao cônjuge sobrevivente nos termos de uma disposição de direito nacional, como o § 1371, n.º 1, do BGB, permite incluir as informações relativas à referida quota no Certificado Sucessório Europeu, com todos os efeitos descritos no artigo 69.º do Regulamento n.º 650/2012”³⁶.

³⁶ Continuou o Juiz Comunitário (n.º 42): “Segundo o artigo 69.º, n.º 1, desse regulamento, o Certificado Sucessório Europeu produz efeitos em todos os Estados-Membros sem necessidade de recurso a qualquer procedimento. O n.º 2 desse artigo prevê que se presume que quem o certificado mencionar como legatário tem a qualidade e é titular dos direitos indicados no certificado e que não estão associadas a esses direitos ou poderes outras condições e/ou restrições para além das referidas nesse certificado (Acórdão de 12 de Outubro de 2017, Kubicka, C-218/16, EU:C:2017:755, n.º 60). Por conseguinte, há que concluir que a realização dos objetivos do Certificado Sucessório Europeu seria consideravelmente entravada numa situação como a que está em causa no processo principal, se o referido certificado não incluir a informação completa relativa aos direitos do cônjuge sobrevivente respeitantes à massa sucessória.”

No sentido de que a decisão do Tribunal de Justiça foi orientada no sentido de maximizar o campo de aplicação do Certificado Sucessório Europeu, cfr. MARIUSZ ZAŁUCKI, “Attempts to Harmonize the Inheritance Law in Europe: Past, Present, and Future”, *Iowa Law Review*, vol. 103, 2018, pp. 2317-2338, p. 2336; BERNHARD KRESSE, “Die Prüfungskompetenz des EuGH...”, p. 195. Era aliás, esse um dos factores que HEINRICH DÖRNER ponderava na discussão da respectiva qualificação (“Die Abgrenzung...”, p. 81).

É sabido que a informação quanto ao regime matrimonial consta do certificado sucessório europeu (art. 68.º do Regulamento Europeu das Sucessões); todavia, não beneficia dos efeitos substantivos daquele documento, por se não tratar de matéria em matéria sucessória (cfr. BARBARA REINHARTZ, “European Certificate of Succession”, *EU Regulation on Succession and Wills*, ed. Ulf Bergquist *et al.*, Otto Schmidt-Sellier, Köln, 2015, pp. 245-363, p. 271; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 687; ANATOL DU-

iii) O efeito jurídico da renúncia

A caracterização sucessória pode ser ainda fundamentada no facto de esta figura, atenta a sua *função imediata* (que parece ser, como se viu, o critério determinante na qualificação operada pelo Tribunal de Justiça) se cingir à produção de efeitos na posição sucessória do cônjuge, deixando intocadas as normas relativas às relações patrimoniais entre cônjuges durante o casamento. Com efeito, não se gera qualquer consequência no património conjugal (que não existe, uma vez que a renúncia apenas pode ser convencionada se vigorar o regime da separação – art. 1700.º, n.º 3, CC), não se alteram as ilegitimidades conjugais, nem se transformam os poderes de administração de bens. Nenhum efeito decorre da renúncia para as relações patrimoniais *inter vivos*.

Ao invés, os efeitos da sua convenção produzem-se do domínio sucessório: os cônjuges renunciantes vêem modificado o seu estatuto hereditário, deixando figurar como *herdeiros legitimários* (ainda que se mantenham como sucessores legítimos e possam ser herdeiros testamentários ou contratuais), criando-se ainda um regime especial de protecção das liberalidades entre cônjuges, não se considerando inoficiosas “até à parte da herança correspondente à legítima do cônjuge caso a renúncia não existisse” (art. 2168.º, n.º 2, CC)³⁷.

Quer isto dizer que a renúncia produz os seus efeitos principais justamente na *determinação dos direitos hereditários de um sucessível*, inserindo-se no regime jurídico da *sucessão* tal como definida do Regulamento Europeu das Sucessões – “determinação dos beneficiários, das respetivas quotas-partes e das obrigações que lhes podem ser impostas pelo falecido, bem como a determinação dos outros direitos sucessórios, incluindo os direitos sucessórios do cônjuge” (art. 23.º, n.º 2, al. *b*)). Pois não resta a mínima dúvida que a determinação dos direitos sucessórios e da identificação dos herdeiros legais

TTA, “Das neue...”, p. 14) e é duvidoso se a qualificação matrimonial da figura implicaria a sua menção no certificado (DIRK LOOSCHELDERS, “Anpassung...”, p. 281).

³⁷ Sobre este regime, cfr. PAULA TÁVORA VÍTOR, “Possibilidade de Renúncia Recíproca dos cônjuges em relação à condição de herdeiro um do outro”, *Actas do VI Encontro de Direitos Reais, Direito Registral e Direito Notarial*, (no prelo), Coimbra, 2019, e RUTE TEIXEIRA PEDRO, “Factos sucessórios...”, p. 445ss.

(com base ou não em relações familiares) cabe à *lex successionis* e não à lei reguladora das respetivas relações familiares³⁸.

iv) A qualificação matrimonial como materialmente orientada

Pode ainda sustentar-se que uma qualificação matrimonial da renúncia recíproca à condição de legitimário só poderia justificar-se no seio de um ordenamento cujos princípios se caracterizem por uma hostilidade a pactos sucessórios *em geral*, com excepção daqueles que constem da convenção antenupcial, os quais assumem nesses sistemas um escopo de *favor matrimonii* e de programação económica do casamento³⁹. Ora, tal pressuposto não tem base legal no direito internacional privado de fonte europeia.

Vejamus. No direito internacional privado de fonte interna (art. 64.º, alínea c), parte final), a submissão dos pactos sucessórios contidos na convenção antenupcial à lei reguladora do regime matrimonial encontra explicação no facto de o direito material português, sendo por princípio hostil à celebração de pactos sucessórios (e de renúncias à posição hereditária)⁴⁰, visar um tratamento conflitual diferenciado àqueles que, num propósito de *favor matrimonii*, materializem uma programação patrimonial do casamento. Isto é, num sistema como o pátrio, a diferenciação conflitual daqueles pactos tem por base uma distinta ponderação jusmaterial, cujo resultado

³⁸ Já o dizia M. HANS LEWALD, “Questions...”, p. 72.

³⁹ Como é sabido, os sistemas jurídico-materiais europeus variam entre uma *plena aceitação de pactos sucessórios* (i), a sua *proibição total* (ii) ou a regra da proibição, com excepção daqueles que se incluam na convenção antenupcial (iii) – cfr. NUNO ASCENSÃO SILVA, “Em torno das relações...”, p. 448ss; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 703; JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, 3.ª Edição, AAFDL Editora, Lisboa, 2019, p. 135; TITO BALLARINO, “Il nuovo...”, p. 1142; CARMEN AZCÁRAGA MONZONIS, *Sucesiones...*, p. 170; ANDREA BONOMI, “Prime considerazioni sulla proposta...”, p. 902; ANGELO DAVÌ, “Introduction...”, p. 3; JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO, “Article 25...”, p. 383ss; BRUNO BAREL, “La disciplina...”, p. 105.

⁴⁰ JOSÉ JOÃO ABRANTES *et al.*, *Relatório Português sobre Direito Internacional Privado das Sucessões*, disponível na internet via www.ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/report_conflits_portugal.pdf, consultado em 25 de Novembro de 2019, pp. 658 e 661.

pode ser a tutela daquelas convenções (em *favor legis familiae*) atenta a funcionalidade familiar com que o ordenamento português as entende⁴¹.

⁴¹ No sentido de que a diferenciação do tratamento conflitual dos pactos sucessórios decorre das conceções jurídico-materiais da lei portuguesa, cfr. NUNO ASCENSÃO SILVA, “Em torno das relações...”, p. 493, nota n.º 98 (“Na verdade, a solução conflitual portuguesa é perfeitamente compreensível num sistema que seja, por princípio, hostil à admissibilidade dos pactos sucessórios, pelo que, no contexto do Regulamento, e atendendo à tradição liberal de muitos Estados europeus que antes lembrámos, não se afigurou razoável sancionar um desvio à aplicação da lei da disposição em nome de um não unânime predomínio da funcionalidade familiar dos pactos sucessórios”); JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, p. 444; DULCE LOPES *et al.*, *Parte especial de Direito Internacional Privado - Direito das Sucessões*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, disponível na internet via www.woc.uc.pt/fduc, consultado em 10 de Dezembro de 2009, p. 12.; JOÃO GOMES DE ALMEIDA, *Direito de Conflitos...*, p. 151 (“Esta solução poderá fazer sentido caso o direito material aplicável só admita pactos sucessórios no contexto de convenções antenupciais e mediante intervenção de um dos esposos, verificando-se, assim, o prolongamento conflitual do favor matrimonii consagrado a nível de direito material. Mas não fará sentido caso o direito material aplicável admita a existência de pactos sucessórios de uma forma ampla, como sucede no caso do direito material alemão”); MARIA JOÃO MATIAS FERNANDES, “Anotação ao artigo 64.º”, *Comentário ao Código Civil - Parte Geral*, ed. Luís Carvalho Fernandes, José Carlos Brandão Proença, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, pp. 156-158, p. 157.

Sobre o *favor matrimonii* como razão da admissibilidade de pactos sucessórios no direito material português, cfr. FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, (policopiado), Coimbra, 1992, p. 339; RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 48; NUNO ASCENSÃO SILVA, “Em torno das relações...”, p. 455; PAULA TÁVORA VÍTOR E ROSA CÂNDIDO MARTINS, “Depois de a morte nos separar...”, p. 763; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Sucessões - Noções Fundamentais*, 6.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, p. 127; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil - Sucessões*, cit., p. 68; LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Lições...*, pp. 559 e 570; CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, “Os efeitos sucessórios...”, p. 62; JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões...*, p. 135; JOÃO GOMES DE ALMEIDA, *Direito de Conflitos...*, p. 149; CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, 6.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2017, p. 59. Sobre a mesma solução no direito anterior ao Código de 1966, cfr. GUILHERME BRAGA DA CRUZ, “Les pactes successoraux dans l’ancien droit portugais”, *Obras Esparsas*, Vol. 1 – Estudos de História do Direito e Direito Antigo, 2.ª Parte, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1979, pp. 271-302, p. 296.

Pelo contrário, no ordenamento conflitual europeu, não se afigura adequado ou necessário operar uma distinção do seu tratamento conflitual *pelo facto de constarem de uma convenção antenupcial*. Ao invés, não só avulta um interesse de regulação unitária dos pactos sucessórios – pretendendo-se que todos eles se submetam ao estatuto sucessório – como, outrossim, o Regulamento é materialmente orientado à validade de tais pactos⁴².

b. *A qualificação matrimonial do instituto*

Se é certo que a qualificação sucessória é, pelas razões apontadas, seriamente fundada em sustentação sólida, também é verdade que não será a única defensável. Com efeito, atenta a natureza híbrida deste instituto, há bons argumentos para o considerar coberto pela *lei reguladora do regime económico matrimonial*. Argumentos esses que, porventura, podem ser mais preponderantes do que aqueles que militam para uma qualificação sucessória. A ponto de o próprio Conselho Consultivo do IRN ter revisto a sua posição inicial, aceitando a qualificação *matrimonial* desta figura⁴³.

i) *O carácter não decisivo da jurisprudência Mahnkopf*.

No que concerne aos subsídios que decorrem do Acórdão *Mahnkopf* – a ponderação primacial dos *efeitos imediatos* do instituto em detrimento da sua *finalidade* – o raciocínio é menos evidente no nosso problema do que no quadro daquele aresto.

Aliás, na doutrina alemã, vem sendo posta em causa não só a *correção* como também a *competência* do Tribunal de Justiça para este aresto: sendo inequívoco que é ao Juiz comunitário que cabe a interpretação dos conceitos-quadro utilizados pelas normas europeias, não é menos verdade que compete aos tribunais nacionais a interpretação dos institutos de direito interno. Sendo a operação de qualificação uma recondução de certo instituto jurídico-material (*in casu*, de direito alemão) à categoria normativa definida pelo direito europeu, pode pôr-se a questão de saber se o Tribunal de Justiça,

⁴² ANGELO DAVÌ, “Introduction...”, p. 57. Sobre o *favor validitatis* dos pactos sucessórios (em geral) no Regulamento Europeu das Sucessões, cfr. bibliografia citada na nota n.º 32.

⁴³ Parecer CC-IRN, 114/2018 STJSR-CC, 30.04.2019.

na sua preocupação de potenciar o *efeito útil* do certificado sucesório europeu, não terá ultrapassado os limites dos seus poderes. Sobretudo porque o *Bundesgerichtshof* (BGH), responsável pela interpretação do direito alemão, havia decidido que o instituto jurídico cuja qualificação se discutia (a majoração na quota hereditária em substituição da operação de igualação do património conjugal, em caso de morte de um dos cônjuges, no quadro do regime de bens da *Zugewinnngemeinschaft*) integra a disciplina *daquele regime de bens*⁴⁴. Dito de outro modo: discute-se se o Tribunal de Justiça não ultrapassou as suas atribuições, fazendo ilegitimamente uma interpretação do direito alemão. Se, como se viu, o Tribunal de Justiça orienta a operação de qualificação por uma abordagem *funcional*, não é claro se lhe cabe interpretar o direito nacional de modo a reconhecer-lhe uma *função* diferente daquela que os tribunais nacionais lhe outorgam⁴⁵. Mormente quando se multiplicam as vozes

⁴⁴ Cfr. BGH, Beschluss des IV. Senats von 13.5.2015 – IV, ZB 30/14, BGHZ 205, 290-301, § § 21 a 28.

Note-se, porém, que aquela pronúncia teve por referência o conceito-quadro do direito internacional privado de fonte interna (§ 15 EGBGB); nestes termos, se o conceito autónomo europeu de *regime matrimonial* for diferente daquele que o BGH pressupôs, não há necessariamente uma *diferente qualificação* daquela que constou no Acórdão *Mahnkopf* – cfr. HEINRICH DÖRNER, “Die Abgrenzung...”, p. 74; JOHANNES WEBER, “Ein Klassiker...”, p. 1357.

⁴⁵ Neste sentido, BERNHARD KRESSE, “Die Prüfungskompetenz des EuGH...”, p. 196; JOHANNES WEBER, “Ein Klassiker...”, p. 1357. Com efeito, no Acórdão de 1 de Março de 2018, proc. C-558/16, *Mahnkopf*, ECLI:EU:C:2018:138, o Tribunal de Justiça faz uma interpretação do direito alemão, reconhecendo àquele instituto uma *função ou finalidade* sucessória (n.º 40), em directa contradição com a jurisprudência do BGH que, no Acórdão do IV. Senats de 13.5.2015 – IV, ZB 30/14, BGHZ 205, 290-301, § § 21 a 28, imputou à figura uma função *matrimonial*, por se dirigir a regular o modo de liquidação do regime de bens do casamento.

Na doutrina, a posição francamente maioritária é a da qualificação *matrimonial* do instituto, mesmo à luz dos conceitos *autónomos* de regime matrimonial e de sucessão fixados pelos Regulamentos UE 2016/1103 e 650/2012. Cfr. MATTHIAS WELLER, “Article 1...”, p. 90 (“*This rule evidently is a rule of matrimonial property law*”); RAINER KEMPER, “Von FamFG und EGBGB zu EuGüVO und EuPartVO – Neuer Anwendungsbereich des Internationale Güterrechts und neue Internationale Zuständigkeit für Güterrechtssachen”, *Familien-Rechtsberater (FamRB)*, 2019, pp. 32-40, p. 34; CHRISTINE BUDZIKIEWICZ, “Article 68”,

no sentido de que o Tribunal de Justiça, entre uma qualificação mais correcta ou uma que potenciase a eficácia do certificado sucessório europeu, escolheu a segunda⁴⁶.

Mas independentemente da bondade das críticas à jurisprudência *Mahnkopf*, a verdade é que há diferenças fundamentais entre aquele instituto e a figura da renúncia à condição de legitimário na convenção antenupcial. No quadro do § 1371 BGB, o Tribunal de Justiça pôde argumentar que “esta interpretação não é rebatida pelo âmbito de aplicação do Regulamento 2016/1103”, sobretudo pelo facto de o instituto alemão se desligar cabalmente do património conjugal e da regulação económica do casamento, *substituindo* a igualação do património conjugal pela instituição de uma quota hereditária adicional (n.º 41), sem intervenção de qualquer instituto do regime matrimonial. Isto é, na figura do § 1371 BGB, o legislador (interno) substituiu a aplicação de normas de natureza matrimonial por normas a que o TJUE reconheceu natureza sucessória, pelo que se

The EU Succession Regulation - A Commentary, ed. Alfonso-Luis Calvo Caracava, Angelo Davì, Heinz-Peter Mansel, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 744-768, p. 759; HEINRICH DÖRNER (“Der Entwurf...”, p. 228; “EuErbVO: Die Verordnung zum Internationalen Erb und Erbverfahrensrecht ist in Kraft!”, *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, n.º 10, 2012, pp. 505-513, p. 507; “Die Abgrenzung...”, p. 71; “Erbrechtliche Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB durch den EuGH: Konsequenzen und neue Fragen”, *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV)*, 2018, pp. 305-310, 2018, pp. 305-310, Erbrechtliche Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB durch den EuGH: Konsequenzen und neue Fragen *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV p. 306* – que é muito crítico do TJUE, por não ter feito uma interpretação sistemática sobre a finalidade última daquele instituto); PETER MANKOWSKI, “Das Verhältnis zwischen...”, p. 483; DIRK LOOSCHELDERS, “Anpassung...”, p. 281; KLAUS SCHURIG, “Das internationale...”, p. 352.

Sobre a divisão de competências entre o Tribunal de Justiça da UE (a quem cabe a definição dos conceitos autónomos utilizados nos regulamentos) e os tribunais nacionais (responsáveis pela interpretação do direito nacional) no método de qualificação *stricto sensu* (a recondução de certo instituto à matéria definida pelo conceito-quadro”, cfr. HELMUT HEISS E EMESE KAUFMANN-MOHI, “«Qualifikation»...”, p. 190.

⁴⁶ HEINRICH DÖRNER, “Erbrechtliche Qualifikation...”, Erbrechtliche Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB durch den EuGH: Konsequenzen und neue Fragen *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV p. 306*; BERNHARD KRESSE, “Die Prüfungskompetenz des EuGH...”, p. 196.

pôde sustentar o afastamento do Regulamento Europeu dos Regimes Matrimoniais (RMM).

Ora, nada disto sucede no instituto cuja qualificação debatemos. Não só a renúncia recíproca à condição de legitimário tem uma finalidade marcadamente matrimonial (de *favor matrimonii*)⁴⁷ como apenas pode ser estabelecida na convenção antenupcial, que é *expressamente abrangida* pelo Regulamento dos Regimes Matrimoniais e cuja validade se submete à lei reguladora do regime matrimonial (art. 25.º RRM), *a menos que se tenha por certa a sua natureza sucessória* (Considerando n.º 12 do Regulamento Europeu das Sucessões). E mais: o legislador associou esta convenção – que é feita pelos nubentes exclusivamente *no momento em que planeiam o regime económico matrimonial* – a um específico *regime de bens*⁴⁸, indiscutivelmente submetido à lei reguladora do regime económico matrimonial⁴⁹. Neste quadro, e ao invés do que sucedia no processo *Mahnkopf*, as matérias em causa são *expressamente abrangidas pelo Regulamento dos Regimes Matrimoniais*.

A isto acresce a circunstância de, no caso *Mahnkopf*, estar em discussão a inclusão no certificado sucessório europeu da quota hereditária *majorada*, razão pela qual a preocupação pelo *efeito útil* das normas europeias terá propiciado a inclusão da figura no domínio sucessório, já que não era certa a sua inclusão caso se qualificasse como instituto do regime matrimonial⁵⁰. Independentemente

⁴⁷ Cfr. Exposição de Motivos do Projecto de Lei n.º 781/XII.

Como se sabe, foi o *favor matrimonii* que levou o legislador português a “permitir aos esposados, e voltando à escritura antenupcial, em atenção a um pretendido favor matrimonii, o que de todo em todo veda (cf. artigo 2028.º do Código Civil): que nela se insiram pactos sucessórios, entre os próprios celebrados ou com terceiros intervenientes, atributivos de quotas hereditárias e/ou de bens determinados (legados); pactos que, se celebrados entre os esposados apenas, são mesmo irrevogáveis (artigo 1758.º)” (CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, “Os efeitos sucessórios...”, p. 62). Ora, é este mesmo objectivo de propiciar a celebração do casamento que parece presidir ao instituto da renúncia recíproca à condição de legitimário (RUTE TEIXEIRA PEDRO, “Pactos sucessórios...”, p. 426).

⁴⁸ Cfr. alínea c) do n.º 1 do art. 1700.º e artigo 1707.º-A, ambos do Código Civil Português.

⁴⁹ Cfr. alíneas a) e b) do artigo 3.º e artigo 27.º do Regulamento dos Regimes Matrimoniais.

⁵⁰ Neste sentido, cfr. BERNHARD KRESSE, “Die Prüfungskompetenz des Eu-

da bondade da utilização do certificado sucessório europeu como elemento da qualificação⁵¹, no domínio da renúncia à condição de legitimário, a inclusão no certificado não depende da qualificação *sucessória*, pois este expressamente abrange a menção aos “*contratos matrimoniais*”, atenta a sua influência natural na determinação da massa da herança e dos direitos do cônjuge sobrevivente⁵². Está apenas em causa, assim, saber se essa menção beneficia ou não da presunção gerada pelo n.º 2 do art. 69.º do Regulamento UE 650/2012⁵³.

ii) A associação a um específico regime de bens, a «imutabilidade» da renúncia e a envolvimento por normas de natureza matrimonial.

A análise do instituto cuja qualificação se discute faz avultar vários argumentos no sentido da sua natureza matrimonial. Sendo certo que a renúncia recíproca à condição de legitimário está in-

GH...”, p. 198. Sobre as dúvidas de inclusão no certificado sucessório europeu da quota atribuída pelo § 1371 BGB, cfr. MATTHIAS WELLER, “Article 1...”, p. 92; CHRISTINE BUDZIKIEWICZ, “Article 68...”, p. 759; HEINRICH DÖRNER, “Die Abgrenzung...”, p. 81.

⁵¹ Veja-se a crítica de JOHANNES WEBER, “Ein Klassiker...”, p. 1357.

⁵² Cfr. artigo 68.º, alínea *b*), do Regulamento Europeu das Sucessões. Vide ANDREA BONOMI e PATRICK WAUTELET, *El Derecho...*, El Derecho europeo de sucesiones, adaptado ao direito espanhol por Santiago Álvarez González, Marta Requejo Isidro et. al., p. 664 (“a indicación de tales extremos es crucial para que sea posible una liquidación correcta de la sucesión. En efecto, el régimen económico matrimonial está íntimamente unido a la ejecución de la sucesión, ya en el plano de los hechos – toda vez que es necesario separar los patrimonios como en la esfera del derecho – en cuanto determinadas instituciones del derecho de sucesiones tienen su origen sea en estipulaciones capitulares, sea en normas legales relativas al régimen económico matrimonial”); MATTHIAS WELLER, “Article 1...”, p. 91; BERNHARD KRESSE, “Article 65”, *The EU Succession Regulation - A Commentary*, ed. Alfonso-Luis Calvo Caracava, Angelo Davì, Heinz-Peter Mansel, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 711-722, p. 721; PAUL LAGARDE, “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 101, n.º 4, 2012, pp. 691-732, p. 729.

⁵³ Vide CHRISTINE BUDZIKIEWICZ, “Article 68...”, p. 762, e “Article 69”, p. 778. Em sentido convergente, HEINRICH DÖRNER, “EuErbVO...”, p. 508 (que apesar de entender a figura da majoração da quota hereditária do § 1371 BGB como atinente ao regime matrimonial, sustenta que deve constar no Certificado ao abrigo da alínea *b*) do art. 68.º, ainda que sem beneficiar da presunção do n.º 2 do artigo 69.º).

serida num sistema hostil aos pactos sucessórios (art. 2028.º do Código Civil)⁵⁴, a sua previsão poderia configurar uma exceção a este princípio, admitindo uma modelação contratual dos direitos sucessórios. Todavia, uma análise dos contornos desta figura demonstra que ela se liga primordialmente à regulação dos efeitos económicos do casamento, disciplinados pela *lex matrimonii*. Vejamos.

Em primeiro lugar, é de frisar que esta convenção surge associada à vigência de *um específico regime de bens* – o regime da separação de bens, convencional ou imperativo, e supondo a aplicação das suas regras (*inclusive*, ilegitimidades conjugais que se apliquem àquele regime)⁵⁵. Isto é, o legislador modelou esta figura como uma *modalidade do regime da separação de bens*, admitindo que os nubentes possam estender o *separatismo* mesmo para depois da morte, *reforçando o regime da separação de bens*⁵⁶. Dito de outro modo: a imperativa associação da renúncia recíproca à condição de legítimo ao regime da separação de bens demonstra que o legislador entendeu a figura como instrumento de *programação patrimonial do casamento*, restrita a certo regime de bens, querendo estender a separação para depois da morte e impedindo que por via da herança se «comunicassem» ao outro cônjuge bens que se queriam ter como próprios (art. 1700.º, n.º 3, do CC). Ora, a doutrina vem defendendo que as atribuições sucessórias que dependam de um específico regime de bens devem ser reconduzidas ao regime matrimonial, tal como definido pelo Regulamento UE n.º 2016/1103⁵⁷.

Para esta conclusão também concorre a definição do *momento e*

⁵⁴ Cfr. CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, “Os efeitos sucessórios...”, p. 62.

⁵⁵ Cfr. alínea c) do n.º 1 do art. 1700.º e artigo 1707.º-A, ambos do Código Civil Português.

⁵⁶ Neste sentido, cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Notas sobre o Projeto de Lei n.º 781/XIII (Renúncia recíproca à condição de herdeiro legal)*, disponível na internet via www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Notas-sobre-a-renúncia-à-condição-de-herdeiro.pdf, consultado em 20 de Novembro de 2019, pp. 4 e 6 (“O objetivo fundamental do Projeto é o de reforçar o regime da separação de bens; este regime – que mantém os bens separados em vida – passaria a poder acompanhar-se da garantia de que a separação continua depois da morte, porque os bens não se “comunicam” ao cônjuge sobrevivente através da herança”); PAULA TÁVORA VÍTOR, “Possibilidade de Renúncia...”; RUTE TEIXEIRA PEDRO, “Pactos sucessórios...”, p. 430.

⁵⁷ PETER MANKOWSKI, “Das Verhältnis zwischen...”, p. 482: “Güterrechtlich

do *regime da convenção*: a renúncia à condição de legitimário apenas é admitida *na convenção antenupcial* e não em qualquer outro momento. Ora, a convenção antenupcial é dedicada justamente à *programação económica do casamento, à fixação das regras patrimoniais entre os cônjuges*, e é submetida à lei reguladora do regime matrimonial (art. 27.º, alínea g), do Regulamento dos Regimes Matrimoniais). Esta associação é justificada pelo legislador pátrio como *favor matrimonii*: a lei quis, com esta faculdade, propiciar a celebração de casamentos que não se realizariam por força da imposição de uma legítima do cônjuge, razão pela qual admitiu, no quadro da *liberdade de definição do regime patrimonial do casamento*, modelar um regime de bens de separação total (mesmo para depois da morte) que garantisse a incomunicabilidade dos bens. O que concorre para a natureza matrimonial da figura: o legislador não permitiu a actuais cônjuges a celebração de pactos sucessórios renunciativos; apenas admitiu uma renúncia a *nubentes*, favorecendo a celebração de um casamento que, de outro modo, se não realizaria⁵⁸.

Nestes termos, não permitindo o legislador a renúncia *em qualquer outro regime de bens do casamento* – e cabendo a definição do regime de bens à *lex matrimonii* – ou *em qualquer outro momento* que não a convenção antenupcial, parece claro que a renúncia se terá de subordinar à mesma lei. A não ser assim, aquele pacto poderia ser regulado pela lei portuguesa enquanto *estatuto sucessório* e o regime de bens ser fixado por outra lei, eventualmente fixando um regime diferente do da separação ou permitindo a sua mutabilidade, quebrando a unidade que o legislador quis estabelecer entre a separação de bens e a renúncia à condição de legitimário⁵⁹.

Em segundo lugar, deve recordar-se que a renúncia foi estabelecida

zu qualifizieren ist zudem, wenn Vergünstigungen im Todesfall vom Bestehen eines bestimmten Güterstands abhängig sind”.

⁵⁸ Cfr. Exposição de Motivos do Projecto de Lei n.º 781/XIII, que deu origem à Lei n.º 48/2018, de 14 de Agosto.

⁵⁹ O problema gerado não seria insolúvel, mas, necessariamente, pôr-se-iam problemas de *substituição* para a questão de saber se a renúncia – qualificada no estatuto sucessório – seria ainda compatível com outra *lex matrimonii*, inevitavelmente com um regime de bens diferente do da lei portuguesa. Sobre o funcionamento daquele instituto, cfr. HEINRICH DÖRNER, “Erbrechtliche Qualifikation...”, "Erbrechtliche Qualifikation..." Erbrechtliche Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB durch den EuGH: Konsequenzen und neue Fragen,

pelo legislador como irrevogável, mesmo por vontade *mútua* dos cônjuges⁶⁰. O legislador determinou uma *imutabilidade desta convenção*, não permitindo a sua derrogação posterior – no uso de uma autonomia na programação sucessória. Ora, sendo certo que o direito português, *no domínio sucessório, é orientado por um princípio de livre revogabilidade das disposições por morte* (o que justifica, aliás, a sua hostilidade aos pactos sucessórios, que não podem ser *unilateralmente revogados* – n.º 2 do artigo 2028.º do Código Civil⁶¹), importa explicar a opção legislativa mesmo quando as duas partes do pacto estão de mútuo acordo. Sobretudo porque, no caso de os cônjuges pretenderem revogar a renúncia recíproca à condição de legitimário na vigência do casamento, o propósito legislativo (o favorecimento da respectiva celebração) já estaria cumprido – pelo que uma preocupação de índole sucessória admitiria o regresso às regras *imperativas* da sucessão legitimária. Até porque o fundamento habitual da irrevogabilidade de cláusulas dos pactos sucessórios – a protecção das expectativas do *benefício* – apenas presta como argumento no quadro dos pactos sucessórios *designativos*⁶².

Zeitschrift fur Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV p. 307, e o nosso estudo “A «adaptação» dos direitos...”, p. 121 ss.

⁶⁰ Vide RUTE TEIXEIRA PEDRO, “Pactos sucessórios...”, p. 439.

⁶¹ Cfr. FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões...*, p. 339; RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições...*, Vol. I, p. 48; NUNO ASCENSÃO SILVA, “Em torno das relações...”, p. 455; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Sucessões...*, p. 127; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil - Sucessões*, cit., p. 68; LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Lições...*, p. 559; JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões...*, p. 135; JOÃO GOMES DE ALMEIDA, *Direito de Conflitos...*, p. 149; CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições...*, p. 59.

Note-se que, quando se visa distinguir o testamento do pacto sucessório quanto à sua revogabilidade, alude-se a uma *irrevogabilidade unilateral* (estrutural) dos pactos sucessórios, atenta a sua natureza contratual (bilateral). Não se põe em causa que, caso a lei o não proíba, as partes possam de comum acordo revogá-lo: “A revogabilidade é um atributo do testamento que não se encontra na instituição pactícia. Melhor dizendo, esta em princípio pode também ser objecto de revogação mas bilateral, ao contrário do acto testamentário, sujeito a revogação *unilateral*” (INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Sucessões...*, p. 120). Simplesmente, neste caso, a lei não permite sequer uma revogação *bilateral* da renúncia (RUTE TEIXEIRA PEDRO, “Pactos sucessórios...”, p. 439).

⁶² INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Sucessões...*, p. 131; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil - Sucessões*, cit., p. 107.

Segundo cremos, a opção estará ligada à concepção do direito pátrio sobre o regime económico matrimonial e o seu princípio de imutabilidade do regime de bens (art. 1714.º do Código Civil): o legislador terá entendido a figura como *parte do regime matrimonial*, razão pela qual não admite a sua revogação na vigência do casamento, ao contrário do que decidiu quanto a certos pactos sucessórios contidos na convenção antenupcial. Na verdade, a lei portuguesa admite que certos pactos sucessórios sejam revogados⁶³; e outros – aqueles que, no fundo, disciplinam as relações económicas do casamento – *não o possam ser*; embora estes *caduquem* no caso de divórcio ou de separação judicial de pessoas e bens⁶⁴. E percebe-se a opção: as disposições relativas ao regime matrimonial são irrevogáveis porque a sua admissibilidade se deveu a um *favor matrimonii* e porque regime de bens é *imutável*, justificando-se a sua irrevogabilidade *bilateral* com as mesmas razões que fundamentam a opção do direito pátrio pelo princípio da imutabilidade do regime de bens⁶⁵. O que contrasta com as disposições próprias do domínio sucessório, que se submetem ao princípio da livre revogabilidade das disposições por morte.

No fundo, se os contratos sucessórios põem em causa o poder de livremente determinar o modo da sua sucessão até ao fim da sua vida, o legislador admitiu-os no domínio da organização patrimonial do casamento com vista a “acudir à programação económica da vida matrimonial e a organizar as relações patrimoniais do casamento”⁶⁶. Mas a sua disciplina jurídico-material não é sempre a mesma: a instituição ou renúncia *entre esposados* não se sujeita aos princípios de direito sucessório (não se permitindo a sua revogação *nem por acordo de todas as partes*), impondo-se o regime da *imutabilidade*

⁶³ Cfr. artigo 1701, n.º 1, *in fine*, do Código Civil.

⁶⁴ Cfr. artigo 1703.º, que remete para o regime do artigo 1760.º do Código Civil.

⁶⁵ Cfr. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Sucessões...*, p. 131: “A instituição só por acordo de ambas as partes pode ser revogada: e nem mesmo essa forma de revogação é possível nas *doações entre esposados*, uma vez contraído o matrimónio, pelo receio que há de a revogação ser fruto de *pressão* exercida pelo doador sobre o donatário ou de unia *menor liberdade* deste, favorecida ou determinada pela situação matrimonial”.

⁶⁶ NUNO ASCENSÃO SILVA, “Em torno das relações...”, p. 458.

que vigora no *domínio matrimonial*, inserindo-as decisivamente no contexto do direito patrimonial do casamento.

Por fim, deve lembrar-se que o regime jurídico da renúncia à posição de legitimário implica outros efeitos jurídicos, relevando especialmente a atribuição do direito de habitação da casa de morada de família para o cônjuge sobrevivente como efeito automático da celebração daquela convenção (n.º 3 do artigo 1707.º-A do Código Civil). Sendo certo que “o significado da casa de morada de família ultrapassa o seu valor económico, assumindo uma dimensão ética e *sentimental*”⁶⁷, esta opção não parece ligar-se a qualquer compensação sucessória ou hereditária (até porque não visa a distribuição do património), assumindo pelo contrário um escopo de protecção do núcleo familiar e da casa em que se tinha estabelecido.

iii) A *ratio legis*

Outro dado para a qualificação sucessória do instituto encontra-se na respetiva *ratio legis*. O legislador, confessadamente, teve o propósito de propiciar a celebração de casamentos que, de outro modo, se não celebrariam; potenciais nubentes, tendo o propósito de contrair casamento, afastavam-se da sua celebração quando não pretendessem alterar o equilíbrio das regras sucessórias por via da instituição de um novo herdeiro legitimário. Tal preocupação surgiria, pensa-se, quando um ou ambos os nubentes tivessem descendentes que, dessa forma, veriam a sua expectativa sucessória alterada pela concorrência de um novo herdeiro legitimário; e a sua tutela (evitar um *prejuízo patrimonial dos filhos*) poderia ser fundamento bastante para levar potenciais nubentes a não contrair o pretendido casamento⁶⁸.

Nestes termos, importa saber se a *ratio legis* da admissibilidade da renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário, centrada numa ideia de *favor matrimonii*, pode ainda descobrir um propósito ligado à

⁶⁷ PAULA TÁVORA VÍTOR, ROSA CÂNDIDO MARTINS, “Depois de a morte nos separar...”, p. 759.

⁶⁸ Assim, o Projecto de Lei n.º 781/XIII, que deu origem à Lei n.º 48/2018, de 14 de Agosto, alude a “um problema prático para quem pretende casar-se e já tem filhos, designadamente filhos de uma anterior ligação. Não é possível contrair um casamento sem que o cônjuge adquira o estatuto de herdeiro legitimário e, portanto, sem prejudicar os interesses patrimoniais potenciais desses filhos”.

sucessão. *Maxime*, se o afastamento das regras imperativas da sucessão legitimária está orientado pelo *princípio da troncalidade*⁶⁹, permitindo a distribuição dos bens pela família de sangue (evitando a concorrência sucessória do cônjuge), ou pela ampliação da *liberdade de testar* (aumentar a quota disponível por se não aditar um novo legitimário).

Ora, nenhuma das ideias é procedente. Se o propósito legislativo fosse a protecção dos interesses sucessórios dos descendentes, o legislador teria subordinado o afastamento das regras imperativas da sucessão legitimária à existência de descendentes – coisa que não fez. E também não foi, de todo, o propósito de aumentar a liberdade de testar; se assim fosse, o efeito da renúncia gerara uma redução da *quota indisponível*. Mas assim não acontece: caso existam dois filhos, a quota indisponível vai ser exactamente idêntica (2/3 da herança), quer haja ou não renúncia à condição de legitimário. O que demonstra, pois, que não foi a ampliação da liberdade de testar que orientou o legislador.

Assim, parece, o que orientou o legislador foi, pelo contrário, o *reforço da separação de bens*: quis permitir-se a celebração de casamentos com a garantia de separação total de bens, *mesmo* por dissolução por morte, visando evitar que por via da sucessão os bens se transferissem para o outro cônjuge⁷⁰.

4. Chegados aqui, uma conclusão se impõe: a renúncia recíproca à condição de legitimário na convenção antenupcial comunga aspectos próprios do regime da *sucessão* (na medida em que altera determinação dos beneficiários da herança e dos seus direitos – art. 23.º do

⁶⁹ Sobre o conteúdo e ponderação legislativa deste princípio, cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, “Pactos sucessórios...”, p. 421, e bibliografia aí citada.

⁷⁰ GUILHERME DE OLIVEIRA, *Notas sobre...*, pp. 4 e 6; PAULA TÁVORA VÍTOR, “Possibilidade de Renúncia...”.

Em sentido não convergente, reconhecendo à figura uma *ratio sucessória*, cfr. MARIA MARGARIDA SILVA PEREIRA, SOFIA HENRIQUES, “Pensando sobre os pactos renunciativos pelo cônjuge – contributos para o projeto de lei n.º 781/XIII”, *Julgar Online*, maio de 2018, 2018, pp. 1-20, p. 8. Justamente por essa razão, as Autoras não encontram razão fundamentante para restringir a renúncia aos casamentos celebrados sob o regime da separação e, assim, suscitam uma questão de constitucionalidade, por eventual transgressão do princípio da igualdade. Ora, porque vislumbramos aqui uma *ratio legis* de um *regime de bens de separação reforçada*, não acompanhamos as autoras quanto à questão de constitucionalidade que suscitam.

Regulamento Europeu das Sucessões) com elementos típicos da *regulação patrimonial do casamento* (na medida estabelece um regime de separação de bens reforçado, que garante a “incomunicabilidade” dos bens mesmo em caso de morte – arts. 1.º, n.º 1 e 2.º, n.º 1, alínea a)). Simplesmente, sendo de afastar uma *qualificação dupla*⁷¹, importa determinar, por atenção às *finalidades* primaciais do instituto, qual o regime conflitual em que se integra.

Por nossa parte, e não obstante os fortíssimos argumentos analisados a favor da caracterização sucessória, propendemos para considerar mais certa a qualificação *matrimonial* desta figura – submetendo-a, pois, à mesma lei que regula a programação económica do casamento. Para esta conclusão foram determinantes o facto de esta convenção estar associada a *um específico regime de bens*, apenas poder ser convencionada *na convenção antenupcial*, ser tão *imutável* quanto o regime de bens e, sobretudo, o reconhecimento de uma *ratio legis* de separação de bens reforçada – porquanto só assim se explica a associação necessária àquele regime de bens. Isto é, julgamos, esta convenção insere-se no domínio da regulação, pelos nubentes, dos *efeitos patrimoniais do casamento*, visando uma manutenção da separação dos bens para lá da sua dissolução por morte.

Todavia, esta nossa convicção (de que a qualificação matrimonial é mais certa) é acompanhada pela crença de haver uma seriíssima probabilidade de o Tribunal de Justiça a entender abrangida pelo estatuto sucessório. Com efeito, por atenção ao seu efeito imediato (a modificação do estatuto sucessório do cônjuge) e sobretudo pelo interesse de a fazer abranger pelos efeitos substantivos do certificado sucessório europeu (art. 69.º, n.º 2, do Regulamento das Sucessões) pode o Juiz comunitário concluir pela prevalência da qualificação sucessória.

Nestes termos, julgamos que a opção está entre aquela que parece ser a melhor qualificação ou a que potencie a eficácia do certificado sucessório europeu. Porque o Tribunal de Justiça vem escolhendo a segunda (em nome do *efeito útil*), não nos espantaria que o volte a fazer, se vier a ser chamado a pronunciar-se sobre o problema.

⁷¹ Cfr. o que dizemos na nota n.º 25.

JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH

LA SUCESION FORZOSA: EL DESENCUENTRO
DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL CON LAS EXIGENCIAS
DE LA REALIDAD ACTUAL

SUMARIO: I. Introducción: la sucesión forzosa como columna vertebral del sistema sucesorio español. – II. Los cambios en la estructura familiar y su incidencia en el Derecho de Sucesiones. - 1. Nota previa. - 2. El espectacular aumento de la esperanza de vida. - 3. La transformación del patrimonio familiar. – III. Libertad de testar y desheredación. – IV. A modo de conclusión.

I. Las líneas que siguen corresponden a la versión escrita de la ponencia que impartí, bajo el título «Mandatory Succession», el 16 de mayo de 2019 en el Seminario Ibérico que tuvo lugar en la Universidad de Coimbra (Portugal), en el marco del proyecto «Integration, migration, transnational relationships. Governing inheritance statutes after the entry into force of EU succession regulations – GoInEUPlus».

Responden, pues, principalmente a un estudio descriptivo del sistema español de legítimas y, más concretamente, al contenido en el Código civil¹, intentando, a partir de él, un diálogo con los otros ordenamientos presentes en este mismo foro, para lograr un intercambio de experiencias, que pueda ser útil cara a la inaplazable reforma que debe acometerse en España, pues nuestro Derecho de Sucesiones enfrenta, hoy en día, dificultades muy serias.

Los criterios normales de clasificación de la sucesión *mortis causa* suelen ser dos: el origen de la sucesión (que puede ser voluntaria o legal) y el objeto sobre el que recae (se distingue una sucesión universal de una sucesión particular).

Atendiendo al origen, la sucesión es voluntaria cuando la persona del sucesor ha sido designada por el difunto en virtud de un negocio

¹ En España, la pluralidad de ordenamientos civiles aboca a una regulación muy diferente, según se considere el Código civil o los distintos Derechos civiles territoriales. Aquí únicamente haremos mención al sistema del Código, sin duda el más restrictivo de todos.

jurídico, unilateral (testamento) o bilateral (pacto sucesorio), y es legal cuando la designación del sucesor y la regulación del destino de los bienes la hace la ley.

Entre uno y otro tipo de sucesión, algunos autores² hablan, como una especie de sucesión legal, de la normativa de las legítimas, al considerar que los legitimarios suceden por ley en la porción de la herencia que constituye la legítima y es ella misma quien regula igualmente el fenómeno sucesorio. Con base en el vínculo familiar que tenían con el causante, el Código atribuye a ciertos herederos una posición singular que le permite calificarlos como herederos forzosos; así el art. 807 designa: 1º) Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes; 2º) A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes; 3º) El viudo o viuda en la forma y medida que establece el Código.

El elenco de herederos forzosos del art. 807 C.c. pone de manifiesto que la mayoría de las veces quien fallece tiene legitimarios, lo cual condiciona y determina las reglas por las que va a regirse su sucesión. De ahí que pueda afirmarse, con la vista puesta en la normativa actualmente vigente, que la sucesión forzosa constituye la columna vertebral del sistema sucesorio del Código, porque su existencia determina que ciertas personas, gracias al vínculo familiar que tienen con el causante, necesariamente le heredan y además lo hacen en una porción ciertamente extensa de su patrimonio.

En la sucesión forzosa encontramos, por otra parte, un área de conexión entre Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones, como demuestra el hecho de que son llamados los parientes en línea recta y el cónyuge.

La sucesión forzosa está, por todo ello, en la esencia misma del tradicional conflicto entre la tutela de la libertad de disposición a título gratuito (en particular, la libertad de testar) y la protección de la familia del causante, y ciertamente no es fácil encontrar el justo equilibrio de las cosas³. En realidad, el vigente sistema del Código civil español muestra un claro posicionamiento a favor de la pro-

² Entre otros, P. DE PABLO CONTRERAS, en AA.Vv., *Curso de Derecho Civil*, Colex, Madrid, 2013, p. 268, que habla de la calificación como herederos forzosos de ciertos herederos *ab intestato*.

³ Desde la óptica constitucional, perspectiva que no conviene olvidar, la li-

tección de la familia; se quiera ver o no, una cuota indisponible que llega frecuentemente a los dos tercios de un patrimonio (cuota de los hijos, conforme al art. 808 C.c.), alcanzando también el *donatum* (compuesto por bienes que ya no pertenecen al causante en el momento de la muerte), revela una prevalencia excesiva (o algo excesiva) de la protección de la familia sobre la libertad de testar. A ello se añade que la posición de legitimario está asociada a una protección especial, que se funda en el principio de intangibilidad de la legítima, que comporta una vertiente cuantitativa (acción de complemento, reducción de la institución de heredero, legados y donaciones inoficiosas) y una vertiente cualitativa (preterición y desheredación), prohibiéndose incluso la renuncia anticipada.

II. – 1. Es un lugar común, cuando se inicia el estudio del Derecho sucesorio y así lo reflejan los manuales de la asignatura, referirse al fundamento jurídico-político de la sucesión por causa de muerte. Históricamente, una de las claves que se manejan es la necesidad de dar estabilidad económica a la familia. El fin familiar de la sucesión explica, desde el punto de vista técnico-jurídico, las limitaciones a la libertad de testar en provecho de los herederos forzosos, interesando que la familia tenga asegurada su subsistencia.

Este modo de ver las cosas está en entredicho desde hace tiempo y con ello el sistema legitimario en su conjunto. Es el tema de actualidad por excelencia del Derecho sucesorio, con la tensión lógica en que todo siga como está o instaurar un nuevo modelo de mayor libertad de testar. Confluyen aquí varios aspectos, que hacen especialmente complejo el debate.

Por un lado, existe la percepción, cada vez más extendida, que apunta a un Derecho de Sucesiones, el del Código civil, anclado en el pasado, y en el que no han tenido correspondencia las grandes reformas que sí se han producido en el Derecho de Familia, porque no atiende a la diversidad de modelos familiares, ni a la realidad sociológica actual, lo cual impide dar adecuada respuesta a los con-

bertad de disponer entronca con el art. 33 CE y la protección de la familia con el art. 39 CE.

flictos de intereses entre el causante y los herederos forzosos, que provocan un verdadero rechazo social a determinadas instituciones sucesorias⁴. En definitiva, un Derecho sucesorio inmóvil, desfasado en sus cuestiones fundamentales, poco sensible a la autonomía privada y que mantiene, en pleno siglo XXI, la forma rígida en que la sucesión forzosa se encuentra estructurada.

Por otro, hay un cambio notable en la configuración del patrimonio del causante, hoy de manera predominante fruto del trabajo personal, en una época en la que la familia pierde su antigua función de unidad de producción, ligada básicamente a la explotación de las tierras (recuérdese el tipo de economía imperante en el momento de redacción del Código civil español, a finales del siglo XIX).

2. El argumento principal a favor de la libertad de testar encuentra su origen en el espectacular aumento de la esperanza de vida. Los datos son elocuentes: de cuarenta años a inicios del siglo XX hemos pasado a una esperanza media de ochenta y tres años (ochenta y dos en los hombres, ochenta y cinco en las mujeres)⁵. La legítima del Código de 1889 era, fundamentalmente, una institución de protección de menores; hoy ya no lo es y, sin embargo, tal cambio social no tiene reflejo en el Código, que sigue intacto ciento treinta años después. La legítima tiene sentido, pleno sentido, en una sociedad con una expectativa de sobrevivencia baja, siendo un sustento para que los hijos (muchas veces menores) salgan adelante; ahora, medio en broma, se dice que viene ser una ayuda a la jubilación, ya que coincide con una etapa de edad madura del legitimario. Dicho con otras palabras: la herencia ya no tiene como finalidad transmitir de

⁴ En un contexto en que se proclama la libertad de disposición, puede parecer discutible la previsión de la sucesión forzosa. Las preguntas son previsibles: ¿por qué razón una persona está imposibilitada de determinar el destino de los bienes que le pertenecen?; ¿por qué motivo ciertas personas obtienen necesariamente un patrimonio, una cuota indisponible que se reparte sin que sean ponderados otros factores (al margen, pues, de la realidad de la relación) y gracias a un vínculo familiar que tienen con el causante?

⁵ Al respecto, M. GUIJARRO, O. PELÁEZ, «La longevidad globalizada: un análisis de la esperanza de vida en España (1900-2050)», *Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, núm. 260, 2008, p. 3, disponible en www.ub.edu/geocrit/sn/sn-260.htm

padres a hijos medios de sustento, y los proyectos vitales de los hijos ya no dependen de lo que hereden de los padres; no es el horroroso cuadro de una viuda rodeada de hijos menores el que mira hoy de forma preponderante el Derecho de Sucesiones y los padres, cuando fallecen, han cumplido sobradamente sus obligaciones asistenciales.

Emerge así el rechazo, cada vez más acentuado, a la transmisión de los bienes a sucesores que no mantienen lazos afectivos y que no merecen ni respeto ni favor, viéndose injustificado que sigan acumulando el poder de limitar la facultad de disposición del causante. De ello nos ocuparemos más adelante, al tratar de la desheredación, donde se está librando, hoy en día, la principal batalla contra el sistema legitimario.

El tema, como se ve, tiene múltiples matices. La exposición, hecha con carácter general, parece muy enfocada a la legítima de los descendientes, y seguramente así lo es, cuando también requiere una honda reflexión la posición del cónyuge viudo y las dificultades que encuentra el testador, precisamente por la existencia de la legítima de los hijos, para poder realizar su verdadero deseo, que es muchas veces el de transmitir la plena propiedad de su patrimonio al consorte. Aquí, curiosamente, la libertad de testar se traduciría, en la mayoría de los casos, en instituir heredero al cónyuge y favorecer al máximo su posición.

3. Desde el momento en que el trabajo personal es el medio de subsistencia de los miembros de la familia, queda superada la visión del Derecho de Sucesiones basada en una familia que dependía exclusivamente del trabajo y patrimonio de su cabeza, y que era el modelo originario del Código civil de 1889. El sector primario ha ido perdiendo importancia, en detrimento de otras actividades, que lógicamente deben tener sus consecuencias en las normas sucesorias. Seguramente no se ha dado todavía respuesta adecuada a los grandes cambios que derivan de la diferente configuración del patrimonio del causante.

En efecto, la riqueza es hoy, sobre todo, fruto del trabajo y de decisiones individuales de aplicación del capital, perdiendo la familia su antigua función de unidad de producción. Por ello, se cuestiona si es pertinente entender la sucesión *mortis causa* como una justa contrapartida a la colaboración prestada por los familiares al cau-

sante en la formación de su patrimonio. El Derecho de Sucesiones del Código privilegia, por otra parte, al bien inmueble, a un tipo de riqueza casi preindustrial, que hace ya tiempo fue cediendo importancia a otro tipo de riqueza más asociada al rendimiento del trabajo.

III. La evidente confrontación entre la libertad de testar y el sistema legitimario encuentra en la desheredación un terreno abonado para la disputa, que sitúa el debate en un primer plano de la actualidad y en conexión directa con la triste realidad de muchas familias españolas. El clásico debate sobre las legítimas ha vuelto a removerse con las sentencias del Tribunal Supremo que entre 2014 y 2019 han dado un giro interpretativo a una de las causas de desheredación más conflictivas. No son pocos los hijos que, cuando sus progenitores son mayores (tercera edad⁶, para ser más exactos), e incluso cuando no lo son, se olvidan de ellos y de los cuidados que durante años les han brindado; en estas circunstancias, los padres que quieren desheredar⁷ se encuentran con unas causas sumamente restrictivas, como el art. 853.2^a C.c., donde textualmente se señala «haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra», lo que ha dificultado el encaje de las situaciones de falta de relación afectiva y abandono sentimental, a consecuencia de las cuales se produce un sufrimiento que desemboca en un maltrato psicológico.

La doctrina sentada en la STS (Sala 1^a) de 28 de junio de 1993⁸ impide analizar si la falta de relación afectiva y comunicación y el abandono sentimental podían constituir un maltrato psicológico incardinable en la causa de desheredación del art. 853.2^a C.c. En el caso de autos, la desheredación se basaba en la circunstancia

⁶ Sobre la libertad de testar en la tercera edad, *vid.* P. DE BARRÓN ARNICHES, «Libertad de testar y desheredación en los Derechos civiles españoles», *InDret*, 2016/4, pp. 4 y 5.

⁷ Desentenderse de nuestros mayores y condenarlos a la marginación familiar no debe permitir simultáneamente estar a la expectativa de recibir, por vía de herencia, la legítima. Sobre ello, C. LASARTE ÁLVAREZ, «Abandono asistencial de la tercera edad y desheredación de los descendientes en la España contemporánea», en *La protección de las personas mayores*, dir. C. Lasarte Álvarez, Madrid, 2007, p. 365.

⁸ RAJ 1993/4792.

específica del contenido de la declaración que prestó la hija en el procedimiento de divorcio de los padres cuando, al ser repreguntada sobre la condición única de empleada de cierta señorita, aclaró: «no es cierto, puesto que la tal señorita es una empleada, y además la amante de mi padre». El Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia que declara la no concurrencia de causa de desheredación y lo hace en los siguientes términos: «El contenido de la declaración que prestó la actora en el procedimiento de divorcio, como bien dice el Tribunal *a quo*, vino forzada por el contenido de la pregunta y la obligación de decir la verdad, y de cualquier modo, estuvo ausente el *animus injuriandi*, indispensable en estos casos». Lo que aquí interesa, más allá de lo ya relatado, es que en el curso del proceso surge, de manera inevitable, la ausencia de relaciones existente entre el testador y su hija, cuestión sobre la que se pronuncia el Tribunal Supremo, sentando una doctrina, que va a tener un notable seguimiento en sentencias posteriores de Audiencias; en concreto, afirma el Alto Tribunal: «Hasta aquí la interpretación puramente jurídica de los preceptos que regulan la institución; la falta de relación afectiva y comunicación entre la hija y el padre, el abandono sentimental sufrido por éste durante su última enfermedad, la ausencia de interés, demostrado por la hija, en relación con los problemas del padre, etc., etc., son circunstancias y hechos que, de ser ciertos, corresponden al campo de la moral, que escapan a la apreciación y a la valoración jurídica, y que en definitiva sólo están sometidos al Tribunal de la conciencia».

Se da así cobertura, durante largos años, a la negativa de Jueces y Tribunales de entrar a valorar las circunstancias que rodean a la relación entre padres e hijos, y que sin duda están en el fondo de la decisión de desheredar. Con la excusa de que pertenecen al campo de la moral, se evita su valoración jurídica y se obstaculiza el recurso a la causa de desheredación por malos tratos. Se descarta, de entrada y sin análisis alguno, la posibilidad de que esa ruptura de relaciones haya provocado en el padre o ascendiente un sufrimiento tal que pueda ser catalogado como maltrato psicológico.

A mitad de 2014, empiezan a cambiar las cosas, saltando a un primer plano de la actualidad la decisión del Tribunal Supremo de permitir la desheredación de los hijos por maltrato psicológico. La

historia de base de la STS (Sala 1ª) de 3 de junio de 2014⁹ puede resumirse en pocas palabras: un señor malagueño deshereda a dos hijos que no querían saber nada de él y deja todos sus bienes a su hermana, quien le cuidó, ya enfermo, al final de su vida. Los hijos aparecen después de muerto el padre, para reclamar su legítima (2/3 partes de los bienes) y la batalla legal entre tía y sobrinos se alarga cinco años, declarándose justa la desheredación contenida en el testamento. Tanto el Juzgado como la Audiencia desestimaron la demanda de los hijos, considerando probado que fue objeto de insultos y menosprecios reiterados y, sobre todo, de un maltrato psíquico voluntariamente causado por los actores que supuso un auténtico abandono familiar.

La cláusula de desheredación contenida en el testamento era del siguiente tenor:

«PRIMERA.- Deshereda expresamente a sus hijos antes nombrados por las siguientes causas:

A su hija Sonsoles por la causa 1ª del artículo 853 del Código Civil, al haber negado injustificadamente al testador asistencia y cuidados y además por la causa 2ª del citado artículo al haberle injuriado gravemente de palabra.

Y a su hijo Roberto por la causa 2ª del mismo artículo antes citado, al haber injuriado gravemente de palabra al testador y además maltratado gravemente de obra».

El caso plantea, como cuestión de fondo, la interpretación del art. 853.2ª C.c. en relación al maltrato psicológico como justa causa de desheredación.

El recurrente en casación alega la infracción de los arts. 850, 851 y 853 C.c., dado que los hechos imputados no son subsumibles en el art. 853, pues las injurias o insultos, dada la interpretación restrictiva de la institución, no tienen entidad suficiente para provocar la desheredación y, a su vez, la falta de relación afectiva o el abandono sentimental con los padres son circunstancias y hechos que, de ser ciertos, corresponden al campo de la moral y no a la apreciación o valoración jurídica, con cita de la STS de 28 de junio de 1993.

⁹ ROJ: STS 2484/2014.

El Tribunal Supremo desestima el motivo planteado, fundamentando la decisión en cuatro argumentos:

1º) «En primer lugar, y en orden a la caracterización general de la figura debe señalarse que aunque las causas de desheredación sean únicamente las que expresamente señala la ley (artículo 848 del Código Civil) y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de analogía, ni de interpretación extensiva; no obstante, esto no significa que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo.

Esto es lo que ocurre con los malos tratos o injurias graves de palabra como causas justificadas de desheredación (artículo 853.2 del Código Civil), que, de acuerdo con su naturaleza, deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen».

2º) «En segundo lugar, y en orden a la interpretación normativa del maltrato de obra como causa justificada de desheredación, en la línea con lo anteriormente expuesto, hay que señalar que, en la actualidad, el maltrato psicológico, como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra, sin que sea obstáculo la alegación de la falta de jurisprudencia clara y precisa al respecto, caso de las Sentencias de esta Sala de 26 de junio de 1995 y 28 de junio de 1993, esta última expresamente citada en el recurso por la parte recurrente. En efecto, en este sentido la inclusión del maltrato psicológico sienta su fundamento en nuestro propio sistema de valores referenciado, principalmente, en la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales (artículo 10 CE) y su proyección en el marco del Derecho de familia como cauce de reconocimiento de los derechos sucesorios, especialmente de los derechos hereditarios de los legitimarios del causante, así como en el propio reconocimiento de la figura en el campo de la legislación especial; caso, entre otros, de la Ley Orgánica de protección integral de la violencia de género, 1/2004».

3º) «Por lo demás, la inclusión del maltrato psicológico, como una modalidad del maltrato de obra, en la línea de la voluntad manifestada por el testador, esto es, de privar de su legítima a quienes

en principio tienen derecho a ella por una causa justificada y prevista por la norma, viene también reforzada por el criterio de conservación de los actos y negocios jurídicos que esta Sala tiene reconocido no solo como canon interpretativo, sino también como principio general del derecho (STS 15 de enero de 2013, núm. 827/2012) con una clara proyección en el marco del Derecho de sucesiones en relación con el principio de “favor testamenti”, entre otras, STS de 30 de octubre de 2012, núm. 624/2012».

4º) «En el presente caso, y conforme a la prueba practicada, debe puntualizarse que, fuera de un pretendido “abandono emocional”, como expresión de la libre ruptura de un vínculo afectivo o sentimental, los hijos, aquí recurrentes, incurrieron en un maltrato psíquico y reiterado contra su padre del todo incompatible con los deberes elementales de respeto y consideración que se derivan de la relación jurídica de filiación, con una conducta de menosprecio y de abandono familiar que quedó evidenciada en los últimos siete años de vida del causante en donde, ya enfermo, quedó bajo el amparo de su hermana, sin que sus hijos se interesaran por él o tuvieran contacto alguno; situación que cambió, tras su muerte, a los solos efectos de demandar sus derechos hereditarios».

Esta última afirmación del Tribunal que acabamos de transcribir tiene gran relevancia. El verdadero alcance de la sentencia, tal y como se señalan en los primeros comentarios a la misma¹⁰, no consiste en acoger la mera desafección familiar como causa de desheredación, sino en considerar el maltrato psicológico de la hija como conducta constitutiva del maltrato recogido en la causa 2ª del art. 853 C.c. Es decir, la pérdida del contacto familiar, la ausencia de relación, el abandono emocional, etc. deben tener entidad suficiente para caracterizar un maltrato psicológico incardinable en el art. 853.2ª C.c.

Cabe, igualmente, destacar los dos argumentos del respeto a la dignidad de la persona y al principio de conservación de los negocios jurídicos (que se proyecta en Derecho de sucesiones en el *favor testamenti*) y, aunque no se cite expresamente, el recurso al art. 3.1 C.c., particularmente en lo que se refiere a los criterios de interpre-

¹⁰ Al respecto, M.C. GONZÁLEZ CARRASCO, «Desheredación por maltrato psicológico. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 3 junio 2014 (RJ 2014, 3900)», *CCJC*, núm. 97, enero-abril 2015, p. 282.

tación de las normas que permiten su adecuación al momento en que son aplicadas.

Meses después de dictarse la STS de 3 de junio de 2014, la Sala 1^a, con el mismo Magistrado Ponente (Francisco Javier Orduña Moreno), dicta una segunda sentencia con fecha de 30 de enero de 2015¹¹, que contiene la misma doctrina sobre esta causa de desheredación del maltrato psicológico. Sentencia esta también muy importante, en la medida en que permite integrar el requisito de jurisprudencia (dos sentencias, doctrina reiterada) del art. 1.6 C.c.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda interpuesta por el hijo desheredado, considerando que concurre la causa de desheredación del art 853.2^a C.c., al poderse entender comprendida dentro de la expresión que el legislador había utilizado en ese precepto de «maltrato de obra» la situación existente entre hijo y madre que había llevado a ésta a desheredarlo, ya que no sólo le había arrebatado dolosamente todos sus bienes sino que le dejó sin ingresos con los que poder afrontar dignamente su etapa final de vida. El Juzgado entendió que no sólo debe considerarse comprendido en dicha causa de desheredación el maltrato físico, sino que igualmente se está refiriendo al maltrato psicológico y que el actor, no ofrece duda, que maltrató psíquicamente y de manera permanente e intensa a su madre desde el 31 de diciembre de 2003, en que le arrebató su patrimonio, hasta que la misma falleció el 28 de abril de 2009, sin intención alguna de devolvérselo, más bien al contrario.

Recurrida en apelación, la sentencia de la Audiencia, con estimación parcial de la demanda interpuesta, revocó parcialmente la sentencia de instancia, en el sentido de declarar la nulidad de la cláusula de desheredación, con la consiguiente reducción de la institución de heredero en cuanto perjudique a la legítima estricta del demandante. Aunque reconoce el grave daño psicológico causado a la testadora, fundamenta la decisión revocatoria en la aplicación restrictiva de este instituto y en la integridad de la legítima, de forma que el daño psicológico no entra en la literalidad de la fórmula empleada por el art. 853.2^a C.c.

La recurrente en casación denuncia la infracción del art. 853.2^a

¹¹ ROJ: STS 565/2015.

C.c., considerando que el maltrato psicológico que las sentencias de ambas instancias ha considerado probado es de tal entidad que debe entenderse incluido en el concepto de maltrato de obra reseñado en el Código civil.

El Tribunal Supremo reproduce los argumentos de la STS de 3 de junio de 2014, para terminar concluyendo que «resuelto el contexto interpretativo y, por tanto, descartada la interpretación restrictiva que realiza la Audiencia, nada empece para la estimación del recurso planteado, pues la realidad del maltrato psicológico, en el presente caso, resulta reconocida en ambas instancias de forma clara y sin matices (...) En efecto, solo de este modo se puede calificar el estado de zozobra y afectación profunda que acompañó los últimos años de vida de la causante, tras la maquinación dolosa de su hijo para forzarla, a finales del año 2003, a otorgar donaciones en favor suyo, y de sus hijos, que representaban la práctica totalidad de su patrimonio personal. Comportamiento doloso y conflicto emocional de la testadora que ya apreció esta Sala en la sentencia de 28 de septiembre de 2011 al declarar la nulidad de las citadas donaciones; pero que en nada pudo reparar su estado de afectación ya que su muerte aconteció el 28 de abril de 2009, año y medio antes de la citada sentencia».

Sigue la misma línea que las dos anteriores sentencias la STS (Sala 1ª) de 27 de junio de 2018¹², que tiene como Magistrada Ponente a M^a Ángeles Parra Lucán. La desheredación se considera injusta en este caso¹³, pero el razonamiento y la interpretación en torno a la causa del art. 853.2ª C.c. no cambia, manteniéndose la nueva doctrina jurisprudencial; concretamente se afirma que «las sentencias de esta Sala 258/2014, de 3 de junio, y 59/2015, de 30 de enero, mediante una inclusión interpretativa, han insertado el maltrato psicológico

¹² ROJ: STS 2492/2018.

¹³ Ninguno de los hechos son susceptibles de ser valorados como maltrato psicológico. En particular, se considera como puntual y no integrante de un maltrato psicológico la dureza de las opiniones vertidas por la hija desheredada en las redes sociales, cuya eficacia queda, además, desvirtuada por el posterior intercambio de mensajes familiares con su padre (es decir, hubo reconciliación). Se valora también, para negar el maltrato, que la falta de relación no es imputable a la hija, pues se inició cuando tenía nueve años e incluso se acordó judicialmente una suspensión de visitas por ser contrarias al interés de la menor, dada la relación conflictiva.

reiterado dentro de la causa de desheredación de maltrato de obra del art. 853.2º CC, al entender que es una acción que puede lesionar la salud mental de la víctima».

La última sentencia a considerar es la STS (Sala 1ª) de 13 de mayo de 2019¹⁴, de nuevo con Francisco Javier Orduña Moreno como Magistrado Ponente, que considera justa la desheredación, aplicando el maltrato psicológico incardinado en el art. 853.2ª C.c. Resulta acreditado que los dos hijos incurrieron en una conducta de menosprecio y abandono familiar respecto de su madre, sin justificación alguna y solo imputable a ellos mismos. La fundamentación jurídica del fallo se sustenta desde el concepto de maltrato psicológico dado por la Sala 1ª del Tribunal Supremo en sus sentencias de 3 de junio de 2014 y 30 de enero de 2015, añadiendo que «en dichas sentencias, el maltrato psicológico se configura como una injustificada actuación del heredero que determina un menoscabo o lesión de la salud mental del testador o testadora, de forma que debe considerarse comprendida en la expresión que encierra el maltrato de obra en el art. 853.2 CC». Un punto interesante de la sentencia es el análisis de la posible reconciliación con uno de los hijos, que residió en casa de su madre durante los últimos meses de vida de ella, considerándose probado que fue por razones simplemente económicas y no de cuidados y asistencia, por lo que no priva de eficacia a la desheredación hecha en testamento.

Las cuatro sentencias analizadas ponen de manifiesto que no es una vía fácil la desheredación por maltrato psicológico. Al margen del hecho de tratarse de una interpretación judicial (y no de una cuestión resuelta de modo claro por el legislador), hay dificultades prácticas.

Como es bien sabido, quien desee privar a sus herederos forzosos del derecho a la legítima debe así declararlo haciendo constar la causa legal de la que fueren responsables y que fundamentara su decisión. Y, muerto el testador, la causa de desheredación habrá de acreditarse en juicio por el heredero cuando la otra parte (el desheredado) la niegue o contradiga, tal y como resulta del art. 850 C.c.

Siendo así las cosas, se comprende la necesidad de detenerse sobre el tema concreto de la redacción de la causa de desheredación en el testamento. Al testador, en previsión de futuras dificultades

¹⁴ ROJ STS 1523/2019.

probatorias de sus herederos, le interesa ir más allá de la expresión de la causa legal de la desheredación y preconstituir la prueba¹⁵. El principio del *favor testamenti*, al que se alude en la STS 3 de junio de 2014, viene a reforzar esta conclusión.

Así, en concreto, se recomienda¹⁶ al testador que podría solicitar del Notario el otorgamiento de un acta de notoriedad, prevista en el art. 209 del Reglamento Notarial, que acredite que la relación con el desheredado es inexistente y que éste le ha abandonado y maltratado psicológicamente; podrían incorporarse al acta manifestaciones del resto de familiares y cualesquiera otras pruebas que el testador considere puedan servir en el futuro a sus herederos para defenderse de la impugnación de la desheredación, e incluir un informe psicológico de un perito en la materia que acredite dicho maltrato por ausencia de relación familiar.

En la misma dirección, y al hilo de la nueva causa de desheredación de la ausencia de relación familiar introducida por el Código civil catalán [art. 451-17.2 e)], a la que luego haremos referencia, la SAP Barcelona de 13 de febrero de 2014¹⁷ indica que «sería necesario o aconsejable que los fedatarios públicos, al otorgar testamento, invocando esta causa de desheredación, no se limitaran a citar literalmente la causa, sino que solicitaran al testador una mayor explicación o razonamiento a fin de evitar situaciones injustas, y facilitar la labor de convencimiento de la realidad de la ausencia imputable al legitimario».

El régimen de la desheredación requiere una actualización, se haga o no al mismo tiempo que la reforma de las legítimas. En este punto es útil la comparación con el Derecho civil catalán. El art. 451-17, regulador de las causas de desheredación, hace referencia

¹⁵ Hay, no obstante, opiniones en otro sentido, entendiendo que basta la mención de la causa 2ª del art. 853 C.c., sin que sea necesario determinar los hechos que ocasionan la desheredación. *Vid.*, a este respecto, M.T. ECHEVARRÍA DE RADA, «Desheredación de los hijos y descendientes. Especial consideración del abandono emocional y la ausencia de relación familiar», *RDP*, 2017, núm. 6, p. 71.

¹⁶ *Vid.* J.M. CARRAU CARBONELL, «La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica», www.idibe.org/2015/04/24/la-desheredacion-por-maltrato-psicologico-y-su-dificultad-de-aplicacion-practica, p. 7.

¹⁷ ROJ: SAP B 1280/2014

al «maltrato grave al testador...» [art. 451-17.2 c)], lo que incluye tanto al físico como al psíquico, y, como causa independiente de la anterior, a «la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario» [art. 451-17.2 e)]. Por tanto, el maltrato, en cualquier de sus modalidades, es causa de desheredación y, además, también lo es, sin necesidad de constituir maltrato, la ausencia de relación familiar si cumple determinados requisitos.

Sobre la nueva causa de desheredación del art. 451-17.2 e) C.c. catalán, afirma la SAP Barcelona de 30 de abril de 2014¹⁸ que su fundamento «obedece a la realidad social en la que muchos hijos carecen de relación con sus padres durante mucho tiempo y en la correlativa voluntad, observada en la práctica real al otorgar testamentos, de padres que deseaban privar de su legítima a los hijos porque no ha habido relación con ellos y prefieren dar los bienes a otros familiares», y sobre los requisitos que deben concurrir establece: «En cuanto a la falta de relación la doctrina considera que para que exista esta ausencia de relación es necesario que no haya contacto entre el testador y el desheredado, que se hayan dejado de ver, discurriendo sus vidas por caminos diferentes. Puede haber habido una relación no familiar, mercantil o profesional, la cual no obsta para que exista esta causa de desheredación. A tal efecto habrá que atender a las costumbres que existan y se prueben en el tiempo y en el lugar. La ley no exige un tiempo mínimo de ausencia de contacto, pero deberá ser significativo atendiendo a las circunstancias»; «En segundo lugar la ausencia de relación debe ser continuada y manifiesta. Es decir sucesiva en el tiempo, no bastando una mera interrupción temporal por razones profesionales, educativas o de índole análoga. Asimismo esa falta de relación debe ser manifiesta, lo cual exige que se trata de una ausencia evidente y, por lo tanto, que sea conocida por terceras personas próximas al ambiente familiar de las partes»; «En tercer lugar, la ausencia de relación debe ser imputable exclusivamente al legitimario. Esta imputabilidad del legitimario puede deberse a múltiples motivos. Es casi seguro que tanto una persona como otra pueden alegar múltiples motivos, más o menos justificados, pero en

¹⁸ ROJ SAP B 3359/2014.

definitiva con el paso del tiempo lo que queda es el hecho de la falta de relación y es esta falta de relación la que provoca la existencia de la posible causa de desheredación. En el Proyecto del Codi Civil de Catalunya se exigía que la falta de relación no se debiese a causa imputable exclusivamente al causante, pero en el texto definitivo se cambió el criterio exigiendo que la ausencia de relación sea siempre imputable exclusivamente al legitimario, lo que exige la prueba de esa imputabilidad que deberá acreditarse por medio de las pruebas admisibles en derecho. En definitiva, por medio de estas pruebas, se deberá demostrar si concurre o no la causa de desheredación, lo que significa que no pueden sentarse criterios generales sobre la admisibilidad de esta prueba, sino que hay que analizar cada caso concreto. En este sentido el Preámbulo del Codi Civil de Catalunya dice que “a pesar de que el artículo 451 puede ser fuente de litigios por la dificultad probatoria de este supuesto de hecho que puede conducir al juzgador a hacer suposiciones sobre el origen de las desavenencias familiares, se ha contrapesado el coste elevado que la aplicación de esta norma con el valor que tiene como reflejo del fundamento familiar de la sucesión y el sentido elemental de justicia que subyace”, con lo que el legislador también está haciendo referencia a la realidad social de nuestros días como criterio interpretativo que debe regir esta materia».

Dar legalmente al maltrato un significado amplio y ampliar las causas de la desheredación, incluyendo la ausencia de trato familiar y perfilando adecuadamente sus presupuestos de aplicación, puede ser una buena solución y que aquí queda propuesta de *lege ferenda*. Tiene entidad suficiente la ausencia de relación familiar para erigirse en causa autónoma de desheredación. Aun reconociendo el avance producido desde 2014 con el nuevo criterio jurisprudencial, la situación actual, en la que la ausencia de relación familiar solamente da lugar a la desheredación si desemboca en un maltrato psicológico, no da cuenta de la realidad social.

Evidentemente, el debate es más amplio y enlaza directamente con la reforma del sistema legitimario. En realidad, el problema concreto de la desheredación por maltrato psicológico agrava el problema de la falta de libertad de testar y lo pone en un primer plano de la actualidad, con casos ciertamente dramáticos.

IV. Hoy, tal vez haya poderosas razones para atribuir al testador la facultad de disponer, sin contraprestación e *inter vivos* o *mortis causa*, de todos sus bienes en favor de cualquier persona, con total independencia de que exista o no con ella un vínculo familiar. Lo cual, como es lógico, debe ir acompañado de una reforma de la obligación de alimentos, que permita atender a quien objetivamente pueda encontrarse en una situación de necesidad, como puede ser, en entre otros, el caso de menores de edad o personas con discapacidad o en situación de especial vulnerabilidad. Las líneas de evolución del Derecho de Sucesiones contenido en el Código civil deben discurrir por una clara consagración, en línea de principio, de la libre voluntad del causante, con muy pocas excepciones y basadas en criterios de estricta justicia y necesidad. Se trata, en definitiva, de recuperar el verdadero fundamento de la legítima, que no es otro que la solidaridad intergeneracional, que es lo que debe guiar la búsqueda del difícil equilibrio entre la libertad de testar y las restricciones a la misma. En un momento en que se manifiestan preocupaciones de justicia y equidad, ligadas al envejecimiento de la población, se verifica, paradójicamente, que tal circunstancia pasa por completo desapercibida y que las atribuciones patrimoniales resultantes de la sucesión forzosa no se orientan ni por el mérito ni por las necesidades concretas de los beneficiarios. Nuestra sociedad camina hacia nuevas formas de vida, de ideas y de convicciones, y el Derecho civil debe estar a la altura del tiempo presente, tomando como referencia la defensa de la persona y de sus fines.

La solución pasa por una legítima que tenga una función exclusivamente asistencial, en aquellos casos en que sea absolutamente imprescindible, atendidas las circunstancias del familiar que se ve precisado de ella; solamente deben tener derecho a una porción de la herencia los que se encuentren, en el momento de la muerte, en una situación de necesidad. Cabe otra solución técnica, como puede ser la de prescindir absolutamente de la legítima y sustituirla por una prestación alimenticia tras la muerte del causante. Las dos opciones son factibles, pues en el fondo el resultado práctico viene a ser el mismo, y no afecta al principio de libertad de testar que debe canalizar el Derecho de Sucesiones del futuro.

FRANCESCO LA FATA

AGREEMENT OF RESERVED SHARE
AND REGULATION (EU) NO 650/2012

SUMMARY: 1. Foreword. Regulation No. 650/2012/EU and out-of-court settlements of succession. – 2. Introduction to the institution and regulatory references. – 3. Starting point: the legal position of an aggrieved and pretermitted heir at law as successor (with devolution) at the time of the opening of succession. – 4. The purpose of the agreement of reserved share. Qualification as *inter-vivos* transactions with effects in terms of disposition and passing of title. – 4.1. Follows. The alternative nature of out-of-court reinstatement with respect to action in court for reduction: a correct balance between principles. The structure of an agreement of reserved share. Its feasibility as a transaction. – 5. Conclusions. The agreement of reserved share as an out-of-court settlement of succession. Law identified by the applicable regulation also for the case of waiver of succession: article 23(2)(e) of Regulation no. 650/2012/EU.

1. In matters of succession, as is known, European legislation, as set out in Regulation No 650/2012/EU of 4 July 2012 and applicable to the succession of deceased persons as from 17 August 2015, has come into force. It concerns, in particular, jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of authentic instruments in matters of international succession and the creation of a European Certificate of Succession.

The Regulation stems from the need to further develop the EU's space of freedom, security and justice in order to ensure the free movement of persons; in this respect, European lawmakers have identified the harmonisation of conflict-of-law rules and the facilitation of decisions taken in the Member States to be the main instruments for promoting the proper functioning of the internal market in cases with cross-border implications.

The present paper aims to analyse a particular institution – not legislatively provided for – but which has developed in practice and which in recent years has received particular attention from Italian legal theory: the agreement of reserved share.

Please note that the paradigmatic hypothesis examined herein will be that of an international succession in which Italian law is applicable, as the law of habitual residence of the deceased person – who has made no exception by choosing his/her own national law – who, by making a will, has prejudiced the so-called reserved shares that domestic law provides for in favour of the heirs at law and as a result of which an agreement has been reached between the forced heirs, who have been aggrieved or pretermitted, and heirs testamentary residing in another Member State.

Where such an agreement has cross-national elements, the scope of Regulation 650/2012/EU is worth noting, given that it expressly recognises the possibility that matters concerning a succession are settled out of court in one Member State, regulating the possibility that it may take place in parallel with the court proceedings in another State or another out-of-court settlement relating to the same succession. In that case, recital 36 states that “[i]n such a situation, it should be for the parties involved, once they become aware of the parallel proceedings, to agree among themselves how to proceed. If they cannot agree, the succession would have to be dealt with and decided upon by the courts having jurisdiction under this Regulation”. Moreover, Article 82 of the Regulation provides that – when reviewing the regulation in 2025, after ten years of application – “the Commission shall submit to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee a report on the application of this Regulation, including an evaluation of any practical problems encountered in relation to parallel out-of-court settlements of succession cases in different Member States or an out-of-court settlement in one Member State effected in parallel with a settlement before a court in another Member State”.

Having said that, let us now reconstruct the agreement of reserved share from a functional and structural point of view, in order to shed light and make a comparison with the out-of-court settlements of succession mentioned in Regulation 650/2012/EU. Subsequently, we will address the question of how such an agreement could fall within the scope of the Regulation.

2. Currently, an “agreement of reserved share” is understood as a contract implementing the violated rights of an heir at law under forced

succession¹. At times, in fact, it may happen that the person whose will – by means of one or more of the provisions of the will – breaches, in whole or in part, the reserved share due to the heir at law^{2,3}. In this case, Articles 553 et seq. of the Italian Civil Code provide for the judicial instrument of the reduction action to protect the successor⁴.

As an alternative to judicial reduction, legal theory allows for the possibility to stipulate an agreement – between the aggrieved heir at law and the subject benefiting from the testator – aimed at the (re)instatement of the portion of the reserved share that has been violated and whose subject-matter is the reinstatement of the share.

¹ A. GENOVESE, *L'accordo di reintegrazione della legittima*, in AA.VV., *Tratt. dir. succ. don.* Bonilini, *La successione legittima*, III, Milano, 2009, p. 615; A. TORRONI, *La pubblicità degli accordi di reintegrazione della legittima*, paper delivered at the conference “*La pubblicità nei registri immobiliari: casi e questioni di interesse notarile*,” held in Taormina on 28 and 29 March 2014; A. AZARA, *Gli accordi di integrazione della legittima*, in V. CUFFARO (ed.), *Successioni per causa di morte. Esperienza e argomenti*, Torino, 2015, p. 377; G. SANTARCANGELO, *Gli accordi di reintegrazione della legittima*, in *Notariato*, 2011, 2, p. 164; D. CAVICCHI, *Accordi per la reintegrazione della legittima*, in *Contratti*, 2009, p. 1020. Finally, on the institution under examination, see G. ORLANDO, *Gli accordi di reintegrazione della legittima*, Napoli, 2018.

² This term indicates the right of the spouse, children and, where there are none, the ascendants of the deceased person to be attributed a portion of the estate net of burdens, legacies and conditions that may reduce, even partially, its value. M.C. TATARANO, *La successione necessaria*, in R. CALVO, G. PERLINGIERI (ed.), *Diritto delle successioni e delle donzioni*, II, Napoli, 2013, p. 543.

This prerogative is intangible, and this intangible nature is enshrined in article 457(2) of the Italian Civil Code, which provides that “testamentary provisions may not affect the rights that the law reserves to the heirs at law”. The author also clarifies that “the intangible nature sanctioned by law is *quantitative*, as it concerns the attribution to the so-called forced heir of a share of the estate in terms of value corresponding to the reserved share thereof”.

³ S. NAPPA, *La successione necessaria*, Padova, 1999, p. 85, defines the breach of the reserved share as “a legal situation that hinders the heir at law from obtaining the share of assets reserved by law”.

⁴ V. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 18^a ed., Napoli, 2017, p. 479, where the author clarifies that “the action of reduction protects the individual heir at law who has not received anything (so-called pretermitted) or who has received by will or who inherits by forced succession a share of the estate less than that due by law [author’s note: aggrieved heir at law]”.

This transaction is not expressly mentioned at regulatory level, but is indirectly referred to by a tax provision, article 43 of Italian Legislative Decree no. 346 of 30 October 1990 (the so-called Consolidated Act on the provisions concerning the tax on inheritance and donations)⁵; legal theory has inferred its admissibility from this rule. Some authors, on the other hand, identify its foundation through recourse to the extensive interpretation of the term “reduction” referred to in article 553 of the Italian Civil Code, which should be understood as a “mathematical operation of quantitative reduction of legacies” which can extend to the transaction⁶.

There are differing and contrasting opinions on the legal nature and, consequently, on the effects of the (re)instatement transaction⁷; first of all, there is a debate on the possibility of negotiating agreements aimed at influencing the legal situation regarding the succession of the deceased person, despite the fact that he or she has violated the rules on the determination of the reserved share. It is generally acknowledged that they are valid, claiming that they affect property rights, which are therefore available.

Both legal theory and case law do not agree on the consequences resulting from such a transaction: does it attribute the capacity of heir or does it constitute a mere economic (re)instatement in favour of the aggrieved (or pretermitted) of the heir at law? Does it have to qualify as an *inter vivos* transaction or is it attributed by succession on death?

In the light of the scarce legislation on this matter, there are many issues to consider. Initially, the legal position of the aggrieved or pretermitted heir at law at the time of the opening of the succession is taken into account and then a reconstruction of the case is attempted.

⁵ It provides that: “in testate successions, tax is applied according to the provisions set out in the will, even if challenged by the court, as well as to any agreements aimed at reinstating the rights of heirs at law, resulting from a public deed or a notarised private deed, without prejudice to the provisions, in case of acceptance of the challenge or agreements, of article 28(6) or of article 42(1)(e)”.

⁶ F. SALVATORE, *Accordi di reintegrazione della legittima: accertamento e transazione*, in *Riv. not.*, 1996, p. 211; L. FERRI, *Dei legittimari*, in *Comm. c.c. Scialoja e Branca*, 2nd ed., Bologna-Roma, 1981, p. 198.

⁷ For a brief yet clear and thorough review of the legal theories on the legal nature and effects of agreements of reserved share see A. TORRONI, *La pubblicità degli accordi di reintegrazione della legittima*, cit., *passim*.

3. The combination of articles 456 and 459 of the Italian Civil Code shows that the acquisition of inheritance is intended to take place at the opening of the succession by acceptance, which, even if at a later date, acts retroactively from the time of death of the deceased person⁸. For acquisition, however, it will not be sufficient to merely accept the estate, but the so-called devolution thereof to whom is indicated as successor by virtue of testate or intestate call is required. Clearly, the acquisition of the estate is the result of a complex procedure that allows the successor – through devolution – to become heir⁹.

That said, there are three categories of persons identifiable in the succession proceedings: the successor, the devolved-successor, and the heir.

The successor is the person who in the call (testate or intestate) has the title to acquire the inheritance; the devolved-successor is the person to whom the inheritance is made available, attributing to him the right to succeed on death; finally, the heir is the person who has accepted the legacies in accordance with the call¹⁰.

Once this has been done, the position of the aggrieved or pretermitted heir at law can be cleared.

First of all, it should be pointed out that the heir at law is injured if, at the time of the opening of the succession, he or she sees their reserved share (established by law) diminished due to an insufficient testamentary disposition¹¹; while an heir at law is pretermitted when

⁸ For further information on the topic of acquisition of inheritance, see G. PERLINGIERI, *L'acquisto dell'eredità*, in R. CALVO, G. PERLINGIERI (eds.), *Diritto delle successioni e delle donazioni*, cit., p. 180 ff.

⁹ In this regard, see G. PERLINGIERI, *L'acquisto dell'eredità*, cit., p. 230, where the author rightly speaks of “succession proceedings”.

¹⁰ For a more detailed distinction between the categories, see G. PERLINGIERI, *L'acquisto dell'eredità*, cit., p. 184.

¹¹ In actual fact, there could be two cases: a) the deceased person, by means of a will, established a share insufficient to cover the heir at law's reserved share; b) the deceased person disposes of a part of their estate, neglecting to establish the reserved share. In either case, the latter will be heir under the rules on intestate succession, but only on the portion of the estate not affected by the testamentary dispositions, which will necessarily be insufficient to fully cover their rights.

their reserve share is violated because the deceased person, at the time of disposing of their estate, did not include them among the beneficiaries¹².

The reflection on the figure of the heir at law is focused on their title to succession¹³, with particular reference to the problem of pre-emption¹⁴. On this matter, the case law on legitimacy, for some time now¹⁵, like authoritative legal theories, considers that at the

¹² For a distinction between aggrieved and pretermitted heir at law, see M.C. TATARANO, *La successione necessaria*, cit., p. 518.

¹³ On the subject, see L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, Milano, 1976, p. 16 ff.; L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile*, 4, *Le successioni a causa di morte*, Torino, 1996, p. 233 ff., where it is pointed out that “the position of the heir at law has its own particular relevance even when, in the absence of a will, succession is made in favour of the persons for the purpose indicated by the law (article 565 et seq.), albeit in a much less conspicuous manner. One may ask whether, in reality, there should be, alongside the customary devolutions by will or, failing that, by law, even a third one [...]. In reality, the problem is not usually posed, although it is possible to believe that legal theory implicitly gives a negative answer to this question, especially when, in taking into account the situation in which a pretermitted heir at law [...] finds himself, for this fact alone it considers the heir at law as not even called (and therefore excluded from the succession) until he has asserted in court the rights that the law reserves to him”.

¹⁴ According to F. MAGLIULO, *La legittima quale attribuzione patrimoniale policausale. Contributo ad una moderna teoria della successione necessaria*, in *Riv. not.*, 2010, p. 534, forced succession is the most complex institution in succession law.

¹⁵ See Court of Cassation ruling no. 1018 of 14 March 1977, in *Foro it.*, 1977, I, c. 2252, where it is stated that “the pretermitted heir at law who has won the action of reduction acquires the capacity of heir and participates in the hereditary communion”; Court of Cassation ruling no. 251 of 12 January 1999, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, p. 57, the Court states that “the pretermitted heir at law acquires the status of successor only from the moment of the sentence accepting his claim for reduction, eliminating the preclusive effect of the testate provisions”; Court of Cassation ruling no. 19527 of 7 October 2005, in *Giust. civ.*, 2006, 12, I, p. 2790, where it reads: “if the deceased person has fully exhausted his estate through acts of donation, totally sacrificing a forced heir, an heir at law who intends to obtain the share of the estate reserved to him by law has no other way but to sue for the reduction of donations detrimental to his rights, since – as no hereditary communion arises in the absence of assets to be divided – only after winning the lawsuit for reduction is he entitled to file and

time of the opening of the succession and in the presence of a violation of the rights of the heir at law, the latter cannot be considered to be called to the inheritance, as there is no form of devolution in their favour. According to this line of reasoning, it is argued that the aggrieved heir at law is called to the inheritance only for an insufficient reserved share; while, in the case of pretermission, there is no call to the inheritance in his favour and the heir at law is therefore excluded from the inheritance¹⁶. A pretermitted heir at law, therefore, “cannot accept a call that does not exist either by will or by law but can only exercise the potestative right to sue for reduction in order to obtain the due share of the estate”.¹⁷

So, it can be argued that for the aggrieved heir at law there is a call – testate or intestate based on the actual circumstances¹⁸ –, but also the devolution is carried out in the measure of the share (less than the reserved share) that is actually made available to him. As far as the pretermitted heir at law is concerned, since he is excluded from succession by will, the legal call in his favour will be applied¹⁹. This seems to be confirmed by the provisions of article 457(3) of the Italian Civil Code²⁰. He is therefore called but not devolved.

The above seems to be confirmed by articles 457 and 459 of the Italian Civil Code, by which it can be stated that this is an essential

participate in lawsuits against the other heirs to obtain the portion in kind of the estate”. Court of Cassation ruling no. 27556 of 20 November 2008, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 11, p. 1652, where it is stated that “prior to the acceptance of the application for reduction, the pretermitted heir is not legitimated to succeed the deceased person in the procedural relationship established by the latter, not being qualified as universal successor, pursuant to article 110 of the Italian Code of Civil Procedure”; similarly Court of Cassation ruling no. 368 of 13 January 2010, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, 1, p. 41. One prior ruling to the contrary and left isolated in its argument is Court of Cassation ruling no. 867 of 15 March 1958, in *Giust. civ.*, 1958, 1, p. 1952 ff.

¹⁶ L. FERRI, *Dei legittimari*, in *Comm. c.c. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1981, p. 6 ff., according to which the pretermitted person is not an heir, nor could he claim to be.

¹⁷ See M.C. TATARANO, *The necessary succession*, l.u.c.

¹⁸ See above, note 16.

¹⁹ See M.C. ANDRINI, entry *Legittimari*, in *Enc. giur.* Treccani, 1990, p. 4.

²⁰ It provides that “testamentary provisions may not affect the rights that the law reserves to the heirs at law”.

prerequisite for the acquisition – not just for acceptance – of the inheritance.

So, having determined, on the one hand, the aggrieved heir at law as successor (not devolved) to the inheritance inasmuch as he has not received a share of the inheritance sufficient to cover the reserved share, as well as person devolved in relation to the share received and, on the other hand, the pretermitted person as successor who has not been devolved allows excluding *a priori* – anticipating in part the results of this study – that the agreement of reserved share can be attributed the legal nature of a transaction of assessment. While, in fact, as will be demonstrated more extensively below²¹, such an agreement cannot result in the acquisition of the capacity of heir, by stipulating it, the heir at law does not assert the position of successor, thus waiving the exact determination of the pre-existing situation.

4. For correct qualification of the agreement of reserved share, it seems appropriate to proceed, in advance, with the identification of its essential effects.

In concrete terms²² – when a bilateral transaction aimed at redressing the damage suffered by the heir at law – the following cases may occur:

- the heir at law claims to have been injured by 100 and the beneficiary accepts his claim in full, in order to avoid the reduction action against him;

- the heir at law believes to have suffered damage equal to 100 and the beneficiary, on the other hand, claims that the damage amounts to 50. The successor could then settle for an agreement that (re) instates only an amount of 50, in order to avoid the reduction proceeding or, instead, could also propose reinstating an intermediate

²¹ *Infra*, paragraph 4.1.

²² According to P. PERLINGIERI, P. FEMIA, *Fatto ed effetto giuridico*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2014, p. 78, “the essential nature needs to be ascertained in actual fact [...]. The qualification proceeding identifies the effects characterising the institution (essential effects), i.e., those that in short, in their particular connection, qualify the case”.

value of, say, 75, which the beneficiary could accept in order not to go to court;

– the heir at law claims to have been injured for an amount of 100 and the beneficiary – admitting the existence of an injury – offers to (re)instate assets other than those received from the deceased person by testamentary disposition, but of equivalent economic value. The successor accepts, thereby waiving action in court for reduction.

What all the cases referred to above share is that the heir at law does not take legal action for reduction in court against the heir that has received the benefits²³. It can be argued, therefore, that the waiver of action for reduction in court results immediately and directly in the conclusion of an agreement aimed at the (re)instatement of the heir at law. Therefore, this transaction eliminates the precondition for resorting to such action, which is, precisely, the injury of the reserved share to the detriment of the heir at law.

The combination of articles 554 and 555 of the Italian Civil Code shows, indeed, that it is the existence of a testamentary disposition (or donation) exceeding the value of the share of which the deceased person could dispose to legitimise the reduction proceeding.

That said, it seems correct to attribute dispositive effectiveness to integration by transaction²⁴. The beneficiary, in fact, may dispose of the assets that he has validly received from the deceased person, as these are part of his estate²⁵, both in the case in which he has expressly accepted under article 475 of the Italian Civil Code, but also

²³ On the other hand, the alternative of the agreement to reduction proceeding is reaffirmed by authoritative legal theory: L. MENGONI, *o.c.*, p. 230.

²⁴ In this regard, A. GENOVESE, *L'atipicità dell'accordo di reintegrazione della legittima*, cit., p. 507, where it is noted that this agreement “is unlikely to be devoid of dispositive effectiveness, since it must necessarily lead [...] to a change in the legal reality”.

²⁵ Agreements with dispositive effectiveness are discussed in D. CAVICCHI, *Accordi per la reintegrazione della legittima*, cit., p. 1038, in particular the author argues of a “settlement with an undisputedly constitutive and patrimonial nature”; A. GENOVESE, *L'accordo di reintegrazione della legittima*, cit., p. 630, which reads: “the acts of reinstatement of the reserved share [...] are characterised by having in common at least one effect [...], which consists in the modification of the legal reality, created with the provision detrimental to the portion of reserved share attributable to the dispositive effectiveness of the agreement”.

in the case in which there has been no express acceptance, since, according to articles 476 and 477 of the Italian Civil Code, the same act of negotiation stipulated with the heir at law constitutes acceptance of the estate received. The agreement in question, therefore, gives rise to the transfer of the title of the asset(s) – the subject-matter of the original injurious provision – from the beneficiary to the heir at law. To conclude otherwise, by attributing declarative (in any case not dispositive) effectiveness to the transaction in question, would mean not recognising the validity of the testamentary dispositions detrimental to the heir at law, as, instead, now self-evidently accepted in legal theory²⁶. On the other hand, even those who qualify the (re)instatement as an act of establishment recognise its effectiveness as a transaction²⁷.

This transaction can therefore be qualified as *inter vivos* and not as an act of hereditary nature; it does not affect the effectiveness of the harmful provision, but only its economic content at a later date, reducing or eliminating the effects on the estate that it has produced in favour of the beneficiary²⁸. The agreement in question is based on the will of subjects who are not entitled to “conventionally deprive a transaction [author’s note: injurious testamentary disposition] of its indirect effectiveness, given, *inter alia*, their subjective non-identity with its authors, which alone would allow though minimal autonomy with regard to the ‘resolution’ of the resulting effects of the transaction”²⁹.

The consequence deriving from (re)instatement, therefore, is that of allowing the heir at law to recover the assets suitable to reinstate the portion of reserved share or at least an equivalent value thereof³⁰.

The above conclusions, however, seem to be consistent with the provisions of the law: Article 457(1) of the Civil Code states that

²⁶ This seems to be the solution reached by L. MENGONI, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 230 ff.

²⁷ In this regard, also F. SALVATORE, *Accordi di reintegrazione della legittima: accertamento e transazione*, cit., p. 216.

²⁸ See A. BULGARELLI, *Gli atti «dispositivi» della legittima*, cit., p. 493.

²⁹ In this regard see also A. BULGARELLI, *o.c.*, p. 491.

³⁰ G. SANTARCANGELO, *Gli accordi di reintegrazione della legittima*, cit., p. 164.

the inheritance can only be transferred by law or by will. Therefore, attributing a hereditary nature to negotiated integration agreements would mean allowing third parties to intervene in the succession of the deceased person by modifying or supplementing their effects³¹. Such a solution violates the necessary and exclusive legal or testamentary nature of the hereditary call³².

In summary, it can be concluded that with bilateral transaction aimed at reinstating the heir at law for the portion of reserved share, the parties carry out a transfer, functionally aimed at avoiding action in court: the direct and essential effect (qualifying the institution) is the elimination of the reason to take action by reduction, i.e., the harm to the reserved share, which is achieved through the economic reinstatement of assets in favour of the heir at law for a value corresponding to the claim made by the latter or, in any case, accepted to settle his claim.

4.1. The identification of the function of the integration agreement makes it an alternative to taking action in court.

On the other hand, if the basis of (re)instatement lies in the autonomy of private individuals – who carry out an act capable of implementing by negotiation the rights granted by the law to the heir at law aggrieved by testamentary disposition³³ – it will necessar-

³¹ Similar considerations are made by A. AZARA, *Gli accordi di reintegrazione della legittima*, cit., p. 386, who argues that “only the testator can direct the succession effect, i.e., establish the terms, from which must follow the effect”.

³² See G. PERLINGIERI, *L'accettazione dell'eredità*, cit., p. 499, where the author, identifying also in the light of article 457 of the Italian Civil Code the distinction between call and devolution, defines the *vocatio* as “the title that gives right to inheritance; it is the call to inheritance of Tom, Dick or Harry: it lies in the will or in the legislative provision”.

³³ A. GENOVESE, *L'accordo di reintegrazione della legittima*, cit., p. 615, where it reads: “with the phrasing ‘agreement for the reinstatement of the reserved share,’ reference is made, in practice, to that contract by which – outside, therefore, from a judgment to reduce the disposition detrimental to the reserved share (articles 554 et seq. of the Italian Civil Code) – the rights granted by the legal system to the aggrieved or pretermitted heir are enforced through a transaction”; See also M. CANNIZZO, *Accordi di reintegrazione della legittima*, cit., p. 109, who states that “not always, in practice, do we come to the establishment of a judgment of reduction; in fact, the heir at law may have an interest in

ily be considered as a concurrent instrument to the judicial remedy provided for by Articles 557 and 564 of the Italian Civil Code, i.e., the reduction action³⁴.

The only limit that such a transaction has is that of the availability of the relations it affects. In this regard, however, legal theory³⁵ has rightly made it clear that these agreements are exclusively aimed at affecting legal assets which are therefore available³⁶. In fact, reinstatement by transaction does not result in an attribution of the capacity of heir³⁷; this is acquired by law or even by transaction, but in this case exclusively by will.

This is consistent with the principles governing succession law. First of all, with the principle of personality of the will³⁸. It should be observed, in fact, that only the testator can direct the effect on succession³⁹; in this regard, attentive legal theories have observed that it would be absurd to think that the legal system reserves the *exclusive* power to set out the terms determining the effect on suc-

avoiding any dispute in certain circumstances [...]. At times, therefore, there are agreements for reinstatement of the reserved share by which the heir at law receives assets or money and declares that his claims have been settled [...]"

³⁴ As regards its alternative nature, see L. FERRI, *Dei legittimari*, cit., p. 198.

³⁵ See F. SALVATORE, *o.c.*, p. 218, where it is argued that "private autonomy is not able to have the dispositive effects on rights concerning family status: the act cannot in any way attribute to the capacity of heir"; A. BULGARELLI, *o.c.*, p. 491, according to whom "such a title [author's note: status of heir] could not be the subject-matter of an agreement between private individuals [...]. Moreover, such a result would perhaps contrast with "the non-availability of the hereditary devolution or the right to accept," a principle which certainly exists in matters of succession".

³⁶ See M. CANNIZZO, *Accordi di reintegrazione della legittima*, cit., p. 109.

³⁷ In this regard, M. CANNIZZO, *o.c.*, where the author underlines that "the agreement must solely concern assets. It cannot concern issues related to the status or rights of personality"; but also D. CAVICCHI, *Accordi per la reintegrazione della legittima*, cit., p. 1035, according to whom "if the inheritance cannot be devolved by law or by will (article 457(1) of the Italian Civil Code), the title of the call could never consist in an act of private autonomy".

³⁸ F. SANTORO PASSERELLI, *La determinazione dell'onorato di un lascito e l'arbitrio del terzo* (1932), now in P. RESCIGNO (ed.), *Saggi di diritto civile*, II, Napoli, 1961, p. 764.

³⁹ F. SANTORO PASSERELLI, *La determinazione dell'onorato di un lascito*, cit.

cession to a certain person and at the same time to grant others the power to eliminate this decision. The principle of personality would thus be affirmed and, at the same time, deprived of its meaning”.⁴⁰

The will is the only instrument – attributed to the negotiating autonomy of private individuals – that can regulate the reality of *post-mortem* relations⁴¹.

Reinstatement must therefore be recognised as having a different effectiveness from a reduction ruling. In fact, once the latter has become legally binding, it renders the injurious provisions ineffective from then on, making devolution by law to the heir at law⁴² possible and allowing him to acquire the capacity of heir⁴³.

⁴⁰ Also A. AZARA, *Gli accordi di integrazione della legittima*, cit., p. 387.

⁴¹ P. BOERO, *Il testamento*, cit., p. 725.

⁴² See M.C. TATARANO, *La successione necessaria*, cit., p. 564 ff.; likewise, also F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 479, where it is stated that “reduction consists, in substance, in the attribution to the heir at law, it too by virtue of the hereditary devolution recovered as a result of the ruling of the amount of assets necessary to reinstate the injured share”.

⁴³ This is the thesis supported by prevailing legal theory, see F. SANTORO PASSARELLI, *Legato privativo della legittima*, in *Riv. dir. civ.*, 1935, p. 249; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, 3rd ed., edited by A. Ferrucci and C. Ferrentino, Milano, 2009, p. 394; L. MENGONI, *Successione per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., p. 234; moreover, M.C. TATARANO, cit., p. 522, specifies that the pretermitted heir at law, following victory of the action of reduction, “acquires the capacity of heir not only in relations with the established heir, but towards all, therefore also towards the creditors of the inheritance...”; in recent jurisprudence, Court of Cassation ruling no. 24755 of 4 December 2015, in *Guida dir.*, 2016, 9, p. 52, reads: “when the reduction concerns the universal disposition by which testamentary heirs were appointed, the pretermitted heir at law, by obtaining the reinstatement of the reserved share, acquires the capacity of heir pro rata, which makes him a participant in the estate to the extent of the portion provided for by articles 537 et seq. of the Italian Civil Code”; see also Court of Cassation ruling no. 12221 of 30 May 2014, in *Dir. giust.*, I, 2014, p. 206 ff. On this occasion too, the Court of Cassation states that “the pretermitted heir at law, both in testate and intestate succession, who challenges for simulation an act made by the deceased person to protect his right to reinstatement of the reserved share, acts as a third party and not as heir, a condition that he acquires, only as a consequence of the positive outcome of the reduction action, and as such he is not required to prior acceptance of the inheritance with benefit of inventory”.

Hence the difference with the reinstatement agreement, which will not affect the disposition retroactively, but, at most, will be able to *mitigate* the damaging effects through the acquisition of the hereditary assets (or equivalent) necessary to restore the damaged reserved share from a purely economic point of view. This reinstatement will take place by means of a dispositive act/transfer by the beneficiary of the injurious provision in favour of the heir at law⁴⁴.

That said, (re)instatement is not suitable to produce the same legal consequences as the reduction ruling⁴⁵.

The proposed solution seems to be further confirmed also by proceeding with a systematic and analogical interpretation of the statutory regulations on succession⁴⁶. Lawmakers in 1942 had already provided for the possibility for the testator to exclude the heir at law from universal succession – through the so-called bequest in lieu of reserved share under article 551 of the Italian Civil Code.

With this particular attribution, the necessary successor suffers a violation of his prerogatives by not acquiring the capacity of heir, which, even in the event of refusal of the bequest, will nonetheless be subject pursuant to article 551 of the Italian Civil Code to the positive outcome of the reduction action⁴⁷.

In providing for this institution, a reasonable balance between principles has been achieved⁴⁸. On the one hand, self-determination

⁴⁴ Both A. GENOVESE, *L'accordo di reintegrazione della legittima*, cit., p. 630, and A. BULGARELLI, *Gli atti «dispositivi» della legittima*, cit., p. 492 ff, agree on the necessary dispositive effectiveness of the integration agreement.

⁴⁵ See A. AZARA, *o.c.*

⁴⁶ For clarifications on the concept of systematic and analogical interpretation, see P. PERLINGIERI, P. FEMIA, *Fatto ed effetto giuridico*, cit., p. 113 ff.

⁴⁷ See M.C. TATARANO, *o.c.*, p. 555, where we read: “the heir at law who prefers to waive the bequest is in the same situation as the heir at law pretermitted by the testator, because he wanted to ensure the bequest to the legatee in lieu of the reserved share and not the share of the estate: it follows that the waiving person does not participate in the hereditary communion except after having victoriously completed the action of reduction”.

⁴⁸ On the relationship between reasonableness and balancing of the principles, see G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 102, where the author reaffirms the essential nature of reasonableness in the balancing of principles; on the subject of coordination of principles in succession, the pages of V. BARBA, *Il diritto delle successioni tra*

of the testamentary freedom is safeguarded, allowing the testator to exclude an heir at law from the universal succession – therefore from the hereditary communion – and the preservation of the testamentary deed which “must be assured as a fundamental value to which to bend succession law as a whole and, in particular, the rules governing the invalidity of the will is better ensured”⁴⁹; on the other hand, the mandatory prerogatives of the heirs at law who can refuse these particular attributions and act by reduction as per article 457 (3) of the Italian Civil Code are respected.

Stating, on the contrary, that the agreement in question may render the injurious testamentary disposition⁵⁰ will ineffective does not seem a suitable solution to ensure the reasonable balance referred to above. Arguing in this regard, the freedom to dispose and the principle of self-determination in favour of an “abstract” family interest would be excessively sacrificed⁵¹. There is nothing to prevent the deceased person from including the heir at law in the succession because of the conduct of the latter, which is detrimental to his person. Given this concrete case, the best option is that confirming the will of the deceased testator so that the successor in question does not take on the capacity of heir (as the injurious provision is not affected) and, at the same time, ensures, in essence, compliance with the rules protecting the position of the heir at law⁵².

solidarietà e sussidiarietà, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 2, p. 359, are illuminating where the author writes: “it is the centrality of the human being and not the principle of solidarity that is the key through which succession law is to be reread; this requires recognising the central role of private autonomy and, therefore, the central role of the act of last will, as an instrument for fulfilling an individual’s dignity”.

⁴⁹ A.M. BENEDETTI, S. PAGLIANTINI, *Profili sull’invalidità e la caducità delle disposizioni testamentarie*, Napoli, 2013, p. XVII, express themselves in this regard.

⁵⁰ See D. CAVICCHI, *o.c.*, *passim*.

⁵¹ See V. BARBA, *o.c.*

⁵² The most attentive legal theories emphasise that a testamentary disposition aimed at excluding an heir at law may, in some concrete cases, constitute an instrument for the implementation and fulfilment of the principle of family solidarity, excluding, precisely, the heir at law who has taken on behaviour contrary to family duties. V. BARBA, *o.c.*, p. 355 ff., states, among other things, that

Continuing the analysis and examining the logical progression that characterises the institution under examination, significant coincidences emerge, from a functional and structural point of view, with the transaction.

In the first place, the function of prevention of litigation by the agreement of reserved share is evident, since, if its essential effect is the elimination of the premise to act in reduction, in fact this will be translated into the fulfilment of the purpose of stipulation-transaction, as, by eliminating the premise for judicial reduction, a dispute that has not arisen yet but certainly may arise is avoided. This function of pacification is outlined by article 1965 of the Italian Civil Code, by which the parties put an end to a dispute that has started or prevent one that may arise between them⁵³. The fact that the dispute has not come into existence is not relevant, given that – as is now considered by consolidated legal theory⁵⁴ and jurisprudence⁵⁵ – a transaction may also arise even in the presence of a dispute that is only potential. Since the jurisdictional activity is aimed at resolving disputes between private parties – and the jurisdiction of the dispute, in particular, presupposes the injury or threat of injury of a legally

he hopes, if not for an overcoming of the discipline of safeguard of the heirs at law, that at least it is reinterpreted in the light of the legal order.

⁵³ L. RUGGERI, *La transazione*, in L. RUGGERI, E. MINERVINI, *Contratti transattivi e negozi di accertamento*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, directed by P. Perlingieri, Napoli, 2016, p. 4, points out that “the transaction is an expression of private autonomy whose merit is identifiable in the implementation of the resolution of the dispute”.

⁵⁴ F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padua, 1936, p. 171; S. PUGLIATTI, *Della transazione*, in *Comm. c.c. D’Amelio and Finzi*, Firenze, 1949, p. 640; G. SANTORELLI, *La transazione*, in *Foro nap.*, 2015, p. 21, where we read that “the transaction [...] is an institution that operates on the basis of the disputes that it settles and prevents”; but also L. RUGGERI, *La transazione*, cit., p. 6, which specifies that “in order to operate, the transaction requires a simple state of litigation which is not necessarily deducted or deductible in a process”; in contrast, see F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1986, p. 9.

⁵⁵ See Court of Cassation ruling no. 72, 3 January 2011, in *Giust. civ.*, 2012, 11-12, I, p. 2830; Court of Cassation ruling no. 11142, 16 July 2003, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, p. 7 ff.; Court of Cassation ruling no. 1846, 11 March 1983, in *Mass. Giust. civ.*, 1983, fasc. 3.

relevant interest⁵⁶ – the reinstatement transaction is an alternative to judicial action, which normally occurs when an agreement between the parties is not or cannot be reached to avoid actualising the dispute. In this respect, it should be pointed out that, generally speaking, there does not seem to be any difference, in terms of the effects produced, between an authoritative act – such as a ruling – and a contract which has the resolution of a dispute as a cause⁵⁷. In fact, the idea that a ruling, by virtue of its authoritative nature, can have greater effects than a contract by which the same dispute is settled can be perfectly shared⁵⁸. The latter is obviously suitable to bind the parties, and this is inferred from article 1372 of the Italian Civil Code, according to which the contract has legal force between the parties. If this is the case, its effectiveness cannot be less than that of a ruling, as it must otherwise be recognised as a force majeure of the law itself⁵⁹. That said, the element that is decisive for the purposes of their being comparable and, therefore, of the substantive ‘substitutability’ of the judicial remedy with the private law transaction derives from the fact that both have the typical effect of creating the ‘law of the concrete case’⁶⁰ which replaces the previous and controversial regulatory source of the relationship, determining in equal

⁵⁶ See L. GENGHINI, *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, Vicenza, 2010, p. 5.

⁵⁷ F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, V, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, 7th ed., 2013, Milano, p. 8 ff. expresses himself in these terms; ID., *Giustizia alternativa o alternativa alla giustizia?*, in *judicium.it*, p. 5

⁵⁸ In this regard, F.P. LUISO, *L'art. 824 bis c.p.c.*, in *judicium.it*, where the author equates, in particular, the award – understood as an act of private law – and the ruling, extending then the analysis to any other contract capable of definitively resolving a dispute. It is stated in this regard: “it is clear that the possibility to enforce the invalidity of the act in different times and ways does not affect the content of the act itself: just as the stability of the sentence deriving from article 161(1) of the Italian Code of Civil Procedure, it has nothing to do with its content that perfectly coincides with that of the contract, which, like the ruling and the award, is aimed at the resolution of a dispute”; *contra* C. PUNZI, “*Efficacia di sentenza del lodo*», in *Riv. arb.*, 2005, p. 829 ff.

⁵⁹ See F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, V, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, cit., p. 187.

⁶⁰ Expression used by F.P. LUISO, *Giustizia alternativa o alternativa alla giustizia?*, cit., p. 5.

measure its immutable nature compared to the retroactive *ius superveniens*⁶¹. Moreover, it has also been authoritatively clarified that the contract relating to the dispute would be capable of producing binding reflected effects on the dependent rights, and therefore, like the judgment, it would be a “status to all intents and purposes”⁶². Therefore, the binding effect on the preliminary ruling relationship and rights would not derive from the type of act producing it, but from its content⁶³.

Also from a purely structural point of view, the particulars of a transaction can consist in the fulfilment of the mutual concessions of the parties⁶⁴.

The beneficiary of the injurious disposition, in fact, waives a more or less large amount of his assets – whether or not it coincides with the claim made by the heir at law is irrelevant⁶⁵. In fact, the failure to challenge the claim of the heir at law does not result in the absence

⁶¹ See F.P. LUISO, *Giustizia alternativa o alternativa alla giustizia?*, cit., who clarifies that “this special effect produced by the sentence [author’s note: to create the law of the concrete case] determines its insensitivity to the retroactive *ius superveniens*: the change of the normative source that regulates the relationship cannot affect the discipline of the relationship itself, as it cannot be subject to the general and abstract rule, but rather to the concrete rule contained in the ruling. So, it is self-evident [...] that the same, identical result is produced even when the dispute is settled by negotiation”; in case-law see Court of Cassation ruling no. 576, 17 January 2001, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, p. 101 ff.

⁶² C. PUNZI, «Efficacia di sentenza del lodo», cit., p. 833 ff., has a contrary opinion according to which, from the textual data of article 2909 of the Italian Civil Code, it can be deduced that “being status to all intents and purposes between the parties” refers only to the sentence.

⁶³ F.P. LUISO, *L’art. 824 bis c.p.c.*, cit., § 5.

⁶⁴ On the exact definition of the concept of “mutual concessions” see L. RUGGERI, *o.c.*, p. 18 ff.

⁶⁵ Rightly, E. MINERVINI, *Il negozio di accertamento*, in L. RUGGERI, E. MINERVINI, *Contratti transattivi e negozi di accertamento*, cit., p. 262, points out that “the mere fact that the regulation of the legal situation is intermediate between the respective claims is not sufficient to reach the conclusion that it is a transaction. On the other hand, it is necessary to verify whether the contract is aimed at settling the dispute by means of mutual concessions, regardless of the pre-existing legal situation [...]: the question is reduced to a problem of interpretation of the will of the parties”.

of legal conflict, as argued by certain scholars⁶⁶. The conflict, in the case in point, can be avoided also through the acceptance of the successor's entire claim; on the other hand, the transaction can also be carried out by means of non-homogeneous concessions⁶⁷. This occurs in the case of a reinstatement by settlement, where, on the one hand, a waiver of rights relating to a dispute takes place (it is the case of the beneficiary) and, on the other hand, there is a waiver of certain prerogatives in a future lawsuit (it is the waiver of the rights of the aggrieved heirs at law). Moreover, even if the beneficiary of the will accepts the request of the heir at law, the mutual concessions still subsist. In fact, the latter will never fully fulfil his claim, as the stipulation of the reinstatement agreement does not confer to him in any way the capacity of heir of the deceased person to which he has definitively waived.

The fulfilment of mutual concessions by both parties is clear.

In this regard, it has been pointed out that in legal theory there is a tendency to identify the “the role of concessions [...] having almost exclusive reference to the transaction that brings a dispute already in place to an end with an approach that can lead to a notion of mutual concession unsuitable to account for transactions made to prevent a dispute”⁶⁸.

However, it should be pointed out that the content and role that mutual concessions may play varies and can be shaped and functionalised by the parties in order to prevent future litigation⁶⁹.

The above considerations reveal the possibility of configuring the contractual reinstatement of the reserved share as a real transaction, as it constitutes the elements of the latter from a functional and structural point of view. Nonetheless, it should be stressed that – in order to qualify in these terms – an assessment of the parties' concrete and common intention, which can be inferred from an examination of their overall behaviour⁷⁰, is necessary, given that the same result can be achieved by private individuals through different

⁶⁶ A. AZARA, *o.c.*, p. 397.

⁶⁷ C. CICERO, *La transazione*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 2014, p. 9 ff.

⁶⁸ See L. RUGGERI, *o.c.*, p. 21.

⁶⁹ See L. RUGGERI, *La transazione*, *cit.*, p. 20.

⁷⁰ See E. MINERVINI, *Il negozio di accertamento*, *cit.*, p. 260 ff.; this is also

transactions⁷¹. This is all the more evident when discussing a transaction, as it is not simple to concretely distinguish such a case from the investigation transaction, which is the institution that more than any other lends itself to being confused with it⁷².

These two forms of transactions resurface unfaillingly also in terms of the agreement of reserved share, since the main doctrinal and jurisprudential orientations tend to make it fall within one of the two cases⁷³.

Nonetheless, in the case at hand, as already mentioned, the correct identification of the legal position of the aggrieved or pretermi-

the position expressed in the ruling of the Court of Milan, 10 May 2006, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2007, p. 502 ff.

⁷¹ In this regard, see E. MINERVINI, *o.c.*, p. 263, who clarifies the scope of the problem with this example: “in case of a dispute between Dick, who claims a credit of €100, and Tom, who challenges the claim by stating that he owes €50, there would be a transaction if the parties establish that Dick has a credit of €75, and an investigation to determine whether Dick has a credit of €100 or €50. In actual fact, through the assessment, the assessment may ascertain that Tom owes Dick €100 €, or €75 €, or €50, or even €125 or €25, depending on what they consider to be the pre-existing legal situation. If the parties ascertain that Tom owes Dick €75, regardless of the claims made by the parties, the assessment has the same final result as a transaction, which instead settles the dispute by mutual concessions”.

⁷² See M. GIORGIANNI, *Accertamento (negozio di)*, cit., p. 231 ff.; M. DI PAOLO, *Negozio di accertamento*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XII, 1987, p. 55 ff.

⁷³ On the unilateral recognition of the impairment of the reserved share: Court of Genoa, 20 December 1968, in *Giur. merito*, 1970, I, p. 420 ff.; Court of Cassation ruling no. 1348, 4 May 1972, in *Foro it.*, 1973, c. 1558 ff.; Court of Cassation ruling no. 6085, 12 May 2000. The agreement of reserved share is defined as a transaction contract in Court of Cassation ruling no. 5591, 26 October 1981, in *Riv. not.*, 1982, p. 116 ff.; Court of Cassation ruling no. 137, 9 January 1984, in *Foro it.*, 1984, I, c. 393 ff.; Court of Milan ruling of 10 May 2006, cit., p. 502.

In doctrine, the classical stance speaks of an investigation contract, see L. MENGONI, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 230 ff.; according to F. SALVATORE, *Accordi di reintegrazione*, cit., p. 211 ff., one should speak of an investigation with transfer. On the other hand, A. GENOVESE, *L'accordo di reintegrazione della legittima*, cit., p. 615 ff., includes the agreement of reserved share as an alternative among the various transaction schemes having dispositive effectiveness. Recently, G. ORLANDO, *Gli accordi di reintegrazione della legittima*, cit., p. 149, speaks of a discusses “constitutive investigation transaction”.

ted heir at law is a decisive and resolutive factor in order to exclude *a priori* the investigative nature of the (re)instatement transaction.

If it is true, therefore, that the aggrieved or pretermitted heir at law is called to the extent that he is excluded from the testamentary provisions and with the reinstatement transaction waives to acquire the capacity of heir and, therefore, to assert his position of successor, there is no investigation. A transaction to be considered as such should make the pre-existing legal situation certain, determining its existence, content and limits, or its non-existence⁷⁴, regardless of claims, disputes or waivers by the parties⁷⁵. Here, on the other hand, we are faced with a modification of the prior reality, as the heir at law is – from the start – waiving to assert his position of successor in exchange for the mere economic reinstatement of the impaired reserved share.

5. According to the proposed reconstruction, therefore, the agreement of reserved share can be included – in the presence of cross-national aspects – in the notion of out-of-court settlements of succession referred to in recital 36 of Regulation 650/2012/EU. On closer view, the aforementioned regulation does not comprise a description of these settlements, however, it can be inferred, by contrast, from the definition of “court settlement,” contained in article 3(1)(h) according to which it is “a settlement in a matter of succession which has been approved by a court or concluded before a court in the course of proceedings”. Therefore, the out-of-court settlements of succession are simply a settlement in a matter of succession which has not been approved by a court and not concluded before a court in the course of proceedings, but an agreement in matter of succession dealt with by non-judicial authorities, such as notaries. An agreement of this kind seems to be excluded from the notion of “agreement as to succession”, as provided for by article 3(1)(b), which identifies it as “an agreement, including an agreement resulting from mutual wills, which, with or without consideration, creates, modifies or terminates rights to the future estate or estates

⁷⁴ Definition of L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1971, p. 284.

⁷⁵ See E. MINERVINI *Il negozio di accertamento*, cit., p. 262.

of one or more persons party to the agreement,” since – as seen – out-of-court settlements do not affect a future succession, but a succession proceeding that has already occurred or is in progress. That said, the specific provisions contained in article 25 on the formal and material validity of the agreement as to succession will not apply.

However, in the case of an international succession, in which Italian law is applicable – according to the combination of articles 21 and 22 – either because the law of the place of habitual residence of the deceased person at the time of death is the same or because it is clear that the deceased person had close ties with Italy or, finally, because it is the law of nationality chosen by the deceased person, the possible conclusion of an agreement of reserved share may be applied and will be governed by the law, in this case Italian law, which will govern the entire succession, given that an agreement of this type – according to the proposed scheme – will result in the waiver of the necessary capacity of heir (more precisely, a waiver of succession;) by the forced heirs, who will receive redress exclusively on an economic basis, given that the application of the law identified by the Regulation includes, in accordance with article(2) (e), also the possibility of waiver of the succession. Such a case, on closer inspection, occurs, in concrete terms, with the agreement of reserved share, as the forced heirs waive to acquire the capacity of heirs in exchange for economic relief.

The identification of a negotiated solution of the possible dispute on succession rights, moreover, seems to be a useful tool for mediation with respect to the legal systems of Member States that very often have extremely diverse rules on the matter in terms of freedom of the testator and protection of the heirs at law, without prejudice, of course, to the respect of those mandatory limits to identify the public order of reference in the single national context. Therefore, these conclusions fall perfectly within the framework of a general trend in European law which encourages the amicable settlement of disputes in all areas of law.

CARLA PERNICE
CRYPTOCURRENCIES
AND INTERNATIONAL SUCCESSION LAW*

SUMMARY: 1. To the origins of cryptocurrencies. – 2. Bitcoin: What it is and how it works. – 3. Bitcoin: topics and problems. – 4. Legal qualification of bitcoin: towards a functional notion of money. – 5. Bitcoin and pecuniary obligation. – 6. Bitcoin and international succession law. – 7. Conclusion.

1. First of all, the topic of digital succession requires, in advance, precisely for its innovative and non-institutional character, to define its object. Digital succession shows several possible plans of investigation and legal relevance, and has been examined, within the studies that have dealt with the subject, from multiple angles.

For example, digital succession has been studied, with regard to the right of the heirs to access the e-mail accounts of the deceased or to decide the fate of the profiles created by the deceased on social networks.

This paper aims to examine some issues related to the succession concerning a new digital asset, bitcoin, a phenomenon that continues to be characterized by a disorganized, deficient and difficult public regulation. And this is not by chance. Cryptocurrencies, and in particular bitcoin, were born out of public regulation and precisely to escape it.

Bitcoin is a payment instrument that aims to create a parallel economy managed by the community itself, without any intermediation of public authorities. Its advent is linked to two needs: on the one hand, creating a universal unit of account able to keep up with the globalization of trade; on the other, taking benefit from an alternative to legal tender medium of exchange, whose value cannot be heterodetermined through monetary policies¹.

¹ Bitcoin was originally designed to surmount the shortcomings of the trust based on the banking system that gives banks and states a prominent role. Satoshi

In fact, the crisis that has damaged the world in recent years has determined the progressive erosion of the trust traditionally placed in the State Institutions, first and foremost in the legal tender. In an unstable geopolitical context such as the present one, virtual currencies are considered safe goods, or in any case safer than the currencies undergoing implosion. It is no coincidence that bitcoin, the most famous of cryptocurrencies, was born in 2008, the year of the big American crisis.

2. Bitcoin is a digital and complementary² currency based on cryptography (so-called cryptocurrency): it does not exist as a paper or metal coin, but only as a sequence of bits. Its main characteristics are: the use of cryptographic techniques for its coining (i.e. “mining”); the decentralization of the possibility to beat new money; the absence of central authorities and financial institutions responsible for the control and management of the cryptocurrency creation and exchange of virtual currency.

Nakamoto, the pseudonym used in the original bitcoin proposal, saw that these institutions as being inherently corrupt. His goal was to eliminate the need for them by creating a peer-to-peer system in which transactions are proven by a decentralized network of computers rather than intermediaries: «commerce on the Internet has come to rely almost exclusively on financial institutions serving as trusted third parties to process electronic payments. While the system works well enough for most transactions, it still suffers from the inherent weaknesses of the trust based model. Completely non-reversible transactions are not really possible, since financial institutions cannot avoid mediating disputes. [...] What is needed is an electronic payment system based on cryptographic proof instead of trust, allowing any two willing parties to transact directly with each other without the need for a trusted third party» S. NAKAMOTO, *Bitcoin: A Peer-to-peer Electronic Cash System*, in *www.bitcoin.org/bitcoin.pdf*, p. 1. M.R. DE RITIS, *Bitcoin: una moneta senza frontiere e senza padrone? Il recente intervento del legislatore italiano*, in *www.giustiziacivile.com*, 2018, 3, p. 9, writes that bitcoin is «un sistema monetario privato [...] che intende attribuire al “popolo” un potere sottrattogli da tempo».

² In Europe there are many complementary currency. See, *Dossier sulle monete complementari*, in *www.denicolaonline.org/public/download/file/materiale%20didattico/economia/dossier%20monete%20complementari%20051109-1.pdf*; G. LEMME, *Criptomoneta e distacco dalla moneta legale: il caso bitcoin*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, 11, p. 5; F. DI VIZIO, *Le cinte giudiziarie del diritto penale alla prova delle valute virtuali degli internauti*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.com*.

In traditional payment systems, a Monetary Authority guarantees the value of money, while banks and other intermediaries exercise control to prevent the risk of double spending.

The Bitcoin system offers an alternative option based on the decentralization of these functions which are entrusted to the network users. This way users monitor and authorize each exchange through a distributed control (Distributed Ledger Technology or DLT) made possible by the blockchain, a public register shared by all the nodes in the network updated as soon as someone makes a change³.

However, the real peculiarity of bitcoin is the following: it is a global and self-referential currency because it represents nothing else but itself. Differently from the other tokens until now known, bitcoin does not attribute a claim against those who have generated it or third parties (so-called second class token) nor it confers other different rights (so-called class 3 token) but rather attributes an economic purchasing power expendable against those who decide to join this innovative payment system.

³ DLT permits to transfer assets on the internet without any intervention by banks or other intermediaries that can be controlled by the state. A DLT transfer is initiated when the transferor enters a unique digital key that is only known to him (“private key”) as well as the publicly known key of the transferee (“public key”) to a chain of digital signatures on the internet. The transfer is then broadcasted via a unique “hash” (a string of numbers) to computer servers (so-called “nodes”), which verify the validity of the keys and the conformity to the previous transfers in the chain. Each of the nodes maintains its copy of all transfers (the “ledger”) against which it checks the new transfer. The nodes work on a decentralized basis and are dispersed around the world (therefore “distributed ledger”). They are assigned a fee to incentivize them to perform the verification work. Their verification effort results in the addition of a new block to the chain (therefore “blockchain”). Once it is proven that enough work has been invested in the verification process, the longest blockchain – representing the decision of the majority of nodes – will be accepted by all others. From this moment, the chain can no longer be altered without redoing all the verification work that has been done, which becomes even more difficult as new blocks are added. See M. LEHMANN, *Who Owns Bitcoin? Private Law Facing the Blockchain*, in www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3402678; A. WRIGHT, P. DE FILIPPI, *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia* 48 (Mar. 10, 2015), in www.papers.ssrn.com/abstract=2580664.

The operation of bitcoin is relatively simple. Installing an appropriate software downloadable from the internet for free, every computer can beat money, that is to “extract” it, through the so-called “mining” activity (in analogy with the expression “gold mining”) using the computational power of the computers made available on the bitcoin network. The bitcoin network submits a computer problem to these programs. The first user who solves it obtains a prize in coins. The number of extractable bitcoins for each block was initially 50, but this quantity has been programmed to progressively decrease over time until it reaches zero, since no more than 21 million bitcoins in total must ever be extracted. In this sense, bitcoins are at predetermined inflation.

Every bitcoin’s user has a wallet that holds an asymmetric key pair: a public key and a private key.

There are various types of wallets: the keys can be printed (so-called paper wallet), saved on trading portals that allow the creation of a virtual wallet (the so-called web wallet), stored on the computer (so-called software wallet) or in USB flash drives (so-called hardware wallet).

As the term “public” suggests, the public key is a unique personal address that is shared in the blockchain and everyone can see it. A bitcoin public key is made up of an extremely long string of numbers, so it is compressed and shortened to form the public address which is like a bank account number, and like an iban address of a bank account it works as a sending and receiving point for all payments. From a civil law point of view, it can be assimilated to the creditor’s address. When two persons enter into an agreement in which one sends the other bitcoins, they reveal their public addresses.

A private key in the context of Bitcoin is a secret number that allows bitcoins to be spent. The private key works as a password and is equivalent to a signature. It is only used by the wallet of the person who sends bitcoin and is never displayed by the recipient, hence the anonymity (rectius pseudonymity) of the transactions. Because the private key allows someone to spend bitcoins, this must be kept secret and safe.

To receive bitcoin it is sufficient to have the public key, to send bitcoin it is necessary the combination of public and private keys. The transaction takes place directly between the one who sends and

the one who receives bitcoin, the other nodes of the network have the task to validate the transaction verifying that the money sent by the issuer has not already been spent. For example, when a transfer has to be made from user A to user B, A adds B's public key to the token, which is then signed using A's private key. At this point, user B owns a cyber coin and can transfer it to others, while A is prevented from further transferring the already spent token, because the network keeps a public list of all the transfers made and before each new transfer it checks the validity of the token⁴.

3. Bitcoin is attracting the interest of legislative, fiscal and governmental authorities around the world who are trying to understand how to include this new "currency" in existing legislative schemes not only to regulate it but also (probably) to have some (indirect) control over its use. In fact the new crypto-currency puts into crisis the role and importance that the Central Banks have traditionally played. Moreover, the absence of intermediaries in the exchange of these values makes cryptocurrency a potential instrument to realize money laundering. Also for this reason, actually, the only regulation adopted at European and Italian level has extended the obligations of adequate check of the clientele provided for by anti-money laundering regulation to exchangers and web wallet providers⁵.

Pending a civil regulation of the phenomenon, it is the interpreter's task measuring himself against this innovative reality to identify its characteristics and applicable rules. With particular regard to successions law, the study must be directed in a twofold direction: legal qualification of bitcoin on one hand and subsequent applicable rules on the other.

⁴ S. NAKAMOTO, *Bitcoin: A Peer-to-peer Electronic Cash System*, cit., p. 2, writes: «We define an electronic coin as a chain of digital signatures. Each owner transfers the coin to the next by digitally signing a hash of the previous transaction and the public key of the next owner and adding these to the end of the coin. A payee can verify the signatures to verify the chain of ownership».

⁵ See the Italian d.lg. 25 May 2017, n. 90 and the directive EU 2018/843 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 and Italian d.lg. 4 October 2019, n. 125.

4. Though bitcoin acts in practice as a means of payment, acting like money, the scientific community is reluctant to recognize its legal dignity as money. The objections raised to this qualification are mostly linked to an institutional conception of money. For example, in a recent decision the Italian Supreme Court ruled that only the universally accepted means of payment which is an expression of the public powers can be qualified as “money”⁶.

This reconstruction does not convince for two reasons. First of all it postulates that money is an instrument of payment universally accepted. Assuming that a good endowed with universal use does not exist, it must necessarily be preferred a theory of relative currency⁷. Furthermore, the sovereign imprint does not constitute an indefeasible requirement of the concept of money. The notion of money does not presuppose a necessary connection with a government: it is just something that circulates and that is used for exchange. Money is “normally” but not “necessarily” subject to state monopoly: when it is, it is “currency”, a form of non-refusable payment under penalty of public sanctions. The difference between money and currency is the type of consent: social in one case, legal in the other. This does not mean that the two phenomena cannot communicate: if a State recognized legal circulation to an asset already used as medium of exchange in the society, the two concepts would end up interfering.

⁶ Cass., 2 december 2011, n. 25837, in *Dejure online*: «può essere qualificata “moneta” soltanto il mezzo di pagamento universalmente accettato che è espressione delle potestà pubblicistiche di emissione e di gestione del valore economico». In this sense B. INZITARI, *La natura giuridica della moneta elettronica*, in S. SICA, P. STANZIONE, V.Z. ZENCOVICH (a cura di), *La moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative*, Milano, 2006, p. 25

⁷ In argument E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, reprint, Napoli, 2002, p. 53 note 14: «che del resto la valutazione di utilità sociale sia per se stessa qualcosa di essenzialmente relativo ad un soggetto, ad un'epoca storica e ad un determinato ambiente di cultura, quindi qualcosa di storicamente contingente e variabile, si comprende senza difficoltà». L. MOSCO, *Gli effetti giuridici della svalutazione monetaria*, Milano, 1948, p. 27 ss., writes «la storia economica ci insegna che le cose assunte come danaro nel mondo degli affari sono svariatissime secondo i tempi e i luoghi». So «non è possibile delineare secondo un criterio generale l'evoluzione monetaria, poiché ciascun paese, in tale scelta, agì secondo circostanze sue proprie».

The historical and economic experience shows that the legislative decision did not determine the qualification of a given good as money but the official recognition of a good that already served as such⁸. This is what happened in Japan where since April 2017 bitcoin has been recognized as a tool of payment.

So, it is preferable to accept a functional definition of money, which enhances the typical utility conferred by the asset in question.

The difference between money and other goods is the following: it does not satisfy the immediate need of the counterparty, finding its benefit in the possibility to be used as an intermediate good in the trade of goods and services. Money is neither a consumer good (not being able to immediately satisfy an individual need) nor a “productive” good (not being used for the production of other goods) but a good that offers the only utility to be exchanged. Currency was born to be exchanged: this is its value and its nature. Its legal relevance takes origin from that and this element shows the difference between pecuniary obligations and common debts of things. Contrary to other goods, money postpones the immediate satisfaction of the counterparty’s need and it increases its benefit with the chance to be used for a subsequent purchase of goods or services due to its high level of acceptance.

So, money can be defined any good chosen by a given community to convey internally a lasting credit and that, due to its common acceptance, satisfies the three tasks traditionally assigned to money: medium of exchange, common measure of value and store of value.

The growing diffusion of bitcoin confirms the possibility to characterize it as a collectively recognized medium of exchange. The interest of those who receive or transfer a virtual currency is the same as those who make transactions through legal currencies: to obtain or to confer an economic power of purchase payable to those

⁸ L. MOSCO, *o.c.*, p. 28, writes: «lo Stato, almeno normalmente e salve le eccezioni che si possono verificare in tempi eccezionali, attribuisce la qualità di denaro ad un bene che già nel commercio ha acquistato tale funzione»; T. ASCARELLI, *La moneta*, Padova, 1928, pp. 13, 44 e 50, observes that the money «ha natura necessariamente convenzionale» and «l’obbligo di accettazione proprio delle valute è uno degli strumenti tecnici attraverso i quali lo Stato considera una determinata merce denaro o meglio valuta».

who decide to adhere to an economic circuit. The utility conferred by virtual currency is to act as an intermediary in exchanges, similar to what happens for legal currency. The difference is linked to the type of guarantee recognized, which in this case is not legal but real, ie given by the market.

If there are no doubts about the possibility to consider bitcoin as a medium of exchange, greater perplexities evoke the two additional functions performed by money. In this regard, it is noted that the extreme volatility of its value does not allow the cryptocurrency to perform neither the function of consisting in a unit of account nor the function of storing value. However, if the instability of bitcoin exposes the holders to high risks⁹, it may be noted that this also happens with legal currencies, although to a different extent. Suffice it to think of the German monetary crisis, when the paper mark lost its function as a measure of value or the extraordinary inflationary phenomenon that characterized the economy of the European countries after World War II. Among other things, unlike legal currencies, bitcoin is a deflationary currency, so it could be a better deposit of value than legal currencies susceptible to inflation. It is undeniable that bitcoin offers through its unit of account, the possibility of expressing goods and services in a reference framework making them comparable. Therefore, we can conclude that bitcoin is money, consequently we can qualify to certain effects some obligations of paying in bitcoin as pecuniary obligations.

5. In particular, bitcoin can be regulated by Art. 1278 c.c. which regulates the case that the pecuniary obligation expressed in money does not have any legal tender in the State. In fact this expression

⁹ See BCE, *Virtual currency schemes*, in www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf; BCE, *Virtual currency schemes - a further analysis*, in www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemesen.pdf; BANCA D'ITALIA, *Avvertenza sull'utilizzo delle cosiddette "valute virtuali"*, www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/avvisi-pub/avvertenza-valute-virtuali/index.html; FATF, *Virtual currencies key definitions and potential AML/CFT Risks*, in www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/Reports/Virtual-currency-key-definitions-and-potential-aml-cft-risks.pdf.

can include not only the foreign currencies but also the “contractual” currencies¹⁰.

Article 1278 c.c. codifies the principle according to which in these cases the debtor has the faculty to pay his debt using the national currency instead of the agreed one (*una in alia solvi potest*). The *ratio* of the rule is to simplify the debtor position when the creditor has not disclosed an interest in obtaining the monetary media of a specific economic system thanks to the so-called “effectivo clause”¹¹.

¹⁰ The Art. 1278 c.c. states that if a monetary obligation is expressed in a money that is not legal tender in the State, the obligor has the faculty to pay in legal currency, at the exchange rate on the day of the expiry and the place established for the payment. Similarly the Article 6.1.9 (Currency of payment) of Principles Unidroit states: «(1) If a monetary obligation is expressed in a currency other than that of the place for payment, it may be paid by the obligor in the currency of the place for payment unless

(a) that currency is not freely convertible; or

(b) the parties have agreed that payment should be made only in the currency in which the monetary obligation is expressed.

(2) If it is impossible for the obligor to make payment in the currency in which the monetary obligation is expressed, the obligee may require payment in the currency of the place for payment, even in the case referred to in paragraph (1)(b).

(3) Payment in the currency of the place for payment is to be made according to the applicable rate of exchange prevailing there when payment is due.

(4) However, if the obligor has not paid at the time when payment is due, the obligee may require payment according to the applicable rate of exchange prevailing either when payment is due or at the time of actual payment».

About the last rule in the Italian law see C. PERNICE, *Digital currency e obbligazioni pecuniarie*, Napoli, 2018, p. 66 ss.

The Italian Civil Code doesn't use the phrase “debt of foreign currency”, unlike other legal systems. The Italian civil code, under Art. 1278 c.c. uses a broader formula: «money that is not legal tender in the State» that can include not only the foreign legal currency, but also: 1) the money originally legal tender in the State and then gone out of circulation (but this case just is regulated under art. 1277, paragraph 2, of the Italian Civil Code); 2) the money with intrinsic value but not in course when the debt arose; 3) the so-called conventional (or contractual) money, that is not associated with a specific currency system.

¹¹ See the comment under art. 6.1.9 (Currency of payment) of Principles Unidroit: «As a general rule, the obligor is given the alternative of paying in the currency of the place for payment, which may have definite practical advan-

This principle seems to be applicable beyond the cases of foreign debt because it achieves the most suitable balance of the interests of the parties every time the object of the obligation is a currency other than that of the legal tender in the State.

Therefore, art. 1278 of the Italian Civil Code can regulate the conventional payment systems and the hypotheses in which the exchange takes place between an asset with value in use and another provided with only exchange value but not subject to a monopoly by any Sovereign Authority. In these cases there isn't an exchange, which legally translates the ancient barter and in which the translation program is based on the use-value of the goods exchanged, but there is a sale because the utility of the seller is given by the advantages that subsequent purchases can provide.

This thesis was recently adopted also¹² by Italian case law. For example the arbitration award of 14 April 2018. The case concerned a price to be paid in part in cryptocurrencies. The arbitrator finds a similarity between the case of foreign currency debt, regulated by art. 1278 of the Italian Civil Code, and that of cryptocurrencies debt, not subject to specific regulation, and states that, in the absence of explicit regulation, the rule under art. 1278 of the Italian Civil Code may apply similarly to the pecuniary obligations expressed in cryptocurrencies. This is because both cases concerning pecuniary

tages and, if that currency is freely convertible, this should cause no difficulty to the obligee. If, however, the currency of the place for payment is not freely convertible, the rule does not apply. Parties may also exclude the application of the rule by agreeing that payment is to be made only in the currency in which the monetary obligation is expressed (effectivo clause). If it has an interest in the payment actually being made in the currency of account, the obligee should specify this in the contract».

¹² In Europe see Corte giust., 22 October 2015, c. 264/14, Skatteverket c. David Hedqvist, in *curia.europa.eu* § 49: «Transactions involving non-traditional currencies, that is to say, currencies other than those that are legal tender in one or more countries, in so far as those currencies have been accepted by the parties to a transaction as an alternative to legal tender and have no purpose other than to be a means of payment, are financial transactions», and § 52 it is common ground that the “bitcoin” virtual currency has no other purpose than to be a means of payment and that it is accepted for that purpose by certain operators».

obligations have to be paid in currencies that are not legal tender in Italy. Consequently, while the creditor of a sum determined in cryptocurrency cannot request the payment in Italian's legal tender, the debtor can pay in the agreed currency or legal currency.

A further opening in the sense of the monetary nature of bitcoin is noticed in two other Italian rulings. The Court of Appeal of Brescia, in a case called of capital contributions of virtual currencies, with a ruling of 30 October 2018 stated that «cryptocurrency must be assimilated on a functional level to money, in fact it serves as the euro, to shop»¹³. Similarly, the Court of Florence with sentence no. 18 of 2019 defined cryptocurrencies «a monetary units similar to a currency [...] consumable because of their use (when they are spent) and fungible because all the Nano are of the same nature and the same quality, as belonging to the same IT protocol, and are subject to the same *ratio* as other assets that allow payments to be made»¹⁴.

6. The problems that bitcoin poses with regard to succession law are many and equally stimulating. If on the one hand there aren't doubts that the patrimonial character of this new digital good determines its fall in succession, on the other, the absence of specific regulation leaves doubts as to the rules applicable to it.

From a legal point of view the first problem is to determinate the applicable national law. This is the task of conflict of laws, or “private international law” as it is called in many parts of the world. Conflict of laws works by attributing sets of facts or “relations” to the law of the state with which it has the closest connection. The ubiquity of bitcoin, which is present on the blockchain, presents a formidable challenge for this methodology. The circumstance that EU Succession Regulation 650/2012 identifies the “connecting factor” not in the *locus rei sitae* but in that of the habitual residence of the *de cuius*, or at the choice of the deceased, in that of citizenship of the deceased at the time of death, considerably reduces the issue¹⁵.

¹³ App. Brescia, 30 October 2018, in *Società*, 2019, p. 26 ss. whit notes of F. MURINO, *Il conferimento di token e di criptovalute nelle S.r.l.* and F. FELIS, *L'uso di criptovaluta in ambito societario. Può creare apparenza?*

¹⁴ Trib. Firenze, 21 January 2019, n. 18, in *coimlex.it*.

¹⁵ About the habitual residence R. BATTILORO, *Le successioni transfrontaliere*

Rather if Italian law were applied, one could ask whether bitcoin can be considered as money also for the rules on collation, and therefore whether Article 751 of the Italian Civil Code or rather Article 750 of the Italian Civil Code, respectively dedicated to the collation of money or different goods, should apply. The problem is not only theoretical but determines important practical consequences. Just consider that according to the majority case law in the first case the nominalistic principle would operate, in the second instead we should look at the value that the good has when opening the succession¹⁶. Similarly, one might ask whether bitcoin can be considered money for inheritance tax purposes. In this regard, art. 9 of the single text on the inheritance tax provides that «money, jewelry and furniture are considered included in the hereditary assets for an amount equal to 10% of the global net value»¹⁷.

From an operational point of view the main problem concerns how the heirs can access the funds that have fallen in succession. We said that the only title that allows to transfer (i.e. to use) bitcoin is the private key. Even if it is possible to trace the bitcoin holder through the address/public key, the successors of the *de cuius* can't spend them without the private key. In this regard it is important to specify that if an owner loses his public key, it is possible to recreate it using the private key. On the contrary, it is impossible to regenerate the private key from a public key or an address. If the owner loses his private key, any bitcoin found at this public address will

ai sensi del reg. ue n. 650/2012 tra residenza abituale e certificato successorio europeo, in *Dir. fam. pers.*, 2015, p. 658 ss.; O. FERACI, *The last habitual residence of the deceased: potentials and challenges*, in *Bibl. fond. it. not.*, 2019, 1, p. 273 ss.; I. MARTONE, *The concept of habitual residence in Italian jurisprudence*, *ivi*, p. 405 ss.

¹⁶ Compare A. ALBANESE, *Due (antiche) questioni in tema di collazione: l'intestazione in nome altrui; i frutti del bene ereditario*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 249; Corte cost., 17 October 1985, n. 230, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 473, with note of C. LICINI, *Reintegrazione della quota di legittima, collazione del denaro donato e principio di razionalità*; Corte cost., 21 January 1988, n. 64, in *Giur. cost.*, 1988, I, p. 181; Corte cost., 27 July 1989, n. 463, *ivi*, 1989, I, p. 2145; Cass., 28 February 1987, n. 2147, in *Vita not.*, 1987, p. 747; N. CIPRIANI, *Collazione del denaro e illegittimità dell'art. 751 c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 1 ss.

¹⁷ See R.M. MORONE, *Criptovalute e successione italiana*, in F. Fimmanò e G. Falcone (a cura di), *Fintech*, 2019, p. 582 ss.

be inaccessible. So to ensure that the bitcoins pass to their heirs the *de cuius* must reveal them the private key.

Unfortunately, however, it is difficult to transmit this key without exposing it to subjects other than the designated recipients.

For example, to insert the key in a will could be problematic since it must then be shown to all heirs and by them to further subjects for the bureaucratic fulfillments of the case on numerous occasions.

A solution could be to insert the key of a further encrypted file containing the key of the bitcoin's wallet in a will or to leave to the potential heirs a key that can unlock the funds only if used in with the one in possession of a designated executor. Another solution could be to form a paper wallet, therefore print the keys and keep them in a place accessible, after the death of the *de cuius*, only to the heirs.

More problematic is the case in which there are no provisions of the deceased regarding the private key. In this case the issues concerning how the heirs can access the funds that have fallen in succession are more complex. In this regard, it is necessary to distinguish according to the type of detention, whether mediated or direct.

When the cryptocurrencies are stored in a web wallet, the access to the private key of the bitcoin wallet can be obtained with the collaboration of the wallet provider, who is obliged to collaborate with the user's heirs to put them in possession of that which is theirs by inheritance law. Many legal systems give the successor a claim against the third party to turn over the possession to them¹⁸. However, this is not sufficient. One must also fight the risk that the person in possession of the private key first uses it for a self-interested transfer before handing it over to the heir or representative. This can easily be achieved by supplementing the obligation to transfer the

¹⁸ In Italy, for example, see art. 460 c.c. according to which the person called to inheritance, who has not yet accepted it and is therefore not yet the possessor, can exercise the possessory actions to protect the estate, without any need for material apprehension (He may also carry out acts of preservation, supervision and temporary administration, and may obtain authorization from the judicial authority to sell assets which cannot be preserved or the preservation of which involves serious expense. He may not perform the acts indicated in the preceding paragraphs when a receiver has been appointed by article 528). Where he has accepted the inheritance, he will take over the contractual actions due to the deceased.

private key with the obligation to abstain from any use, disposition or sharing of the information with third parties.

Where the keys are conversed in apps on the phone, on the computer (software wallet) or USB sticks (hardware wallet), or printed in paper wallet, in the absence of instructions from the *de cuius*, the heirs will be able to access the funds fallen in succession only if they will be able to find a way to access the devices in which the bitcoins are stored, otherwise there will be no way to fully get hold of the tokens they have legally inherited, and they will never be able to use them again.

To overcome this problem, there some services that aim to manage the inheritance of bitcoin with a “keep-alive” system that sends emails to the account owner and transfers the funds to another wallet (previously indicated) in case of no response within a given period.

Some are studying smart contracts that in case of the owner’s death automatically transfer the keys to the bitcoin address to the designated heir. However, this mechanism risks colliding with the prohibition of agreements as to succession under Art. 458 c.c.

7. These are some of the issues and problems that the interpreter is called to solve in the absence of an official regulation.

The legal framework of a new social phenomenon always places the interpreter before an arduous exegetical task. To offer adequate protection to the interests involved in this new virtual reality, in the absence of specific legislation on the matter, the only solution is to resort to the correct use of the tools offered by hermeneutics in one with the analysis of reality. The absence of a legislative qualification does not mean “regulatory darkness”. First of all there are the general principles and in any case, pending a more developed juridical thought, nothing excludes the possibility to apply the existing rules. The focus is on understanding which are the most suitable, and this choice, at this moment, can only move from the analysis of the *ratio iuris* underlying the existing regulation and the factual analysis of the specific case to be settled. As long as a regulation has not been enacted, one must hope for the reasonableness of national courts in applying their national law to bitcoin.

FRANCESCO LA FATA
CASE-LAW ON EU REGULATIONS
650/2012, 1103 AND 1104/2016

Introduction

This document collects judicial and hypothetical cases on important matters concerning the main issues related to the European Regulations Nos 650/2012 and 1103 and 1104/2016.

The collection was carried out through the collaboration of all the partners of the project, who took care to select the most interesting cases in their national context.

In addition to cases dealt with by national courts, cases have also been selected from the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights.

Cases are periodically disseminated through social media channels in order to make it known and accessible to European citizens and professionals.

List of cases

EUROPEAN CASES

EUROPEAN COURT OF JUSTICE

1. *Court of Justice of European Union, case C-80/19* [pending case]
Concept of cross-border succession

Can we consider the present case as a succession with cross-border implications, within the meaning of Regulation (EU) No 650/2012?

A Lithuanian citizen, at the time of his death, had his habitual residence in another Member State, but had never ceased his ties with the homeland and, in particular, before his death, had drawn up a will in Lithuania leaving all his property to heirs who are Lithuanian citizens too.

Moreover, the entire estate consisted of immovable property situated exclusively in Lithuania and the surviving spouse, a national

of the other Member State, has explicitly stated its intention to waive any right to inherit.

2. *Court of Justice of European Union, case C-361/18, 6 June 2019*

What should a Member State's court do when hearing an application for a certificate certifying that a judgment given by the court of origin is enforceable?

1. Article 54 of Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters must be interpreted as meaning that a Member State's court hearing an application for a certificate certifying that a judgment given by the court of origin is enforceable must, in a situation such as that at issue in the main proceedings, where the court which gave the judgment to be enforced did not adjudicate, when giving that judgment, on whether that regulation was applicable, ascertain whether the dispute falls within the scope of that regulation.

2. Article 1(1) and (2)(a) of Regulation (EC) No 44/2001 must be interpreted as meaning that an action, such as that at issue in the main proceedings, concerning an application for dissolution of the property relationships arising out a *de facto* (unregistered) partnership, comes within the concept of 'civil and commercial matters' within the meaning of Article 1(1) of that regulation and falls, therefore, within the material scope of that regulation.

3. *Court of Justice of European Union, case C-658/17, 23 May 2019*

How should we interpret the second subparagraph of Article 3(2) of Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council?

1. The second subparagraph of Article 3(2) of Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession must be interpreted as meaning that failure by a Member State to notify the Commission of the exercise of judicial functions by notaries, as required under that provision, is not decisive for their classification as a 'court'.

The first subparagraph of Article 3(2) of Regulation (EU) No 650/2012 must be interpreted as meaning that a notary who draws up a deed of certificate of succession at the unanimous request of all the parties to the procedure conducted by the notary, such as the deed at issue in the main proceedings, does not constitute a ‘court’ within the meaning of that provision and, consequently, Article 3(1)(g) of that regulation must be interpreted as meaning that such a deed does not constitute a ‘decision’ within the meaning of that provision.

2. Article 3(1)(i) of Regulation (EU) No 650/2012 is to be interpreted as meaning that a deed of certification of succession, such as that at issue in the main proceedings, drawn up by a notary at the unanimous request of all the parties to the procedure conducted by the notary, constitutes an ‘authentic instrument’ within the meaning of that provision, which may be issued at the same time as the form referred to in the second subparagraph of Article 59(1) of that regulation, which corresponds to the form set out in Annex 2 to Implementing Regulation (EU) No 1329/2014.

4. *Court of Justice of European Union, case C-129/18, 26 March 2019*

How should we interpret the concept of a ‘direct descendant’ of a citizen of the Union?

On those grounds, the Court (Grand Chamber) hereby rules:

The concept of a ‘direct descendant’ of a citizen of the Union referred to in Article 2(2)(c) of Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States, amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC must be interpreted as not including a child who has been placed in the permanent legal guardianship of a citizen of the Union under the Algerian kafala system, because that placement does not create any parent-child relationship between them.

However, it is for the competent national authorities to facilitate the entry and residence of such a child as one of the other family members of a citizen of the Union pursuant to Article 3(2)(a) of

that directive, read in the light of Article 7 and Article 24(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, by carrying out a balanced and reasonable assessment of all the current and relevant circumstances of the case which takes account of the various interests in play and, in particular, of the best interests of the child concerned. In the event that it is established, following that assessment, that the child and its guardian, who is a citizen of the Union, are called to lead a genuine family life and that that child is dependent on its guardian, the requirements relating to the fundamental right to respect for family life, combined with the obligation to take account of the best interests of the child, demand, in principle, that that child be granted a right of entry and residence in order to enable it to live with its guardian in his or her host Member State.

5. *Court of Justice of European Union, case C-20/17, 21 June 2018*
Competent Jurisdiction and habitual residence.

The article 4 of Regulation (EU) No 650/2012 about ‘General jurisdiction’ (which provides that ‘The courts of the Member State in which the deceased had his habitual residence at the time of death shall have jurisdiction to rule on the succession as a whole’) must be interpreted as precluding legislation of a Member State, such as that at issue in the main proceedings [German], which provides that, although the deceased did not, at the time of death, have his habitual residence in that Member State, the courts of that Member State are to retain jurisdiction to issue national certificates of succession, in the context of a succession with cross-border implications, where the assets of the estate are located in that Member State or the deceased was a national of that Member State.

6. *Court of Justice of European Union, case C-673/16, 5 June 2018*
Definition of the term ‘spouse’ in European law.

The Court affirms that “[a]lthough the Member States have the freedom whether or not to authorise marriage between persons of the same sex”, [...] the term ‘spouse’, used in the Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the EU and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States, refers to a person joining another person by the bonds of marriage and it

is gender-neutral and may therefore cover the same-sex spouse of an EU citizen. In other words, not having a discipline on same-sex marriage in a Member State does not mean the possibility to infringe the Directive 2004/38/CE.

7. *Court of Justice of European Union, case C-218/16, 12 october 2017*

Iusses on jurisdiction, applicable law recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession.

Article 1(2)(k) and (l) and Article 31 of Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession must be interpreted as precluding refusal, by an authority of a Member State, to recognise the material effects of a legacy 'by vindication', provided for by the law governing succession chosen by the testator in accordance with Article 22(1) of that regulation, where that refusal is based on the ground that the legacy concerns the right of ownership of immovable property located in that Member State, whose law does not provide for legacies with direct material effect when succession takes place.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

1. *European Court of Human Rights, case Quilichini v. France, 14 March 2019*

Equality in division property: what happens when parents are not impartial?

Relying on Article 14 (prohibition of discrimination) of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 1 (protection of property) of the Convention, the applicant argued that she had been treated differently from the other heirs in a disproportionate manner, as regards the division of property in 2005, following the modification in the French law establishing the principle of equality, for inheritance purposes, between all children.

2. *European Court of Human Rights, case Molla Sali v. Greece, 19 December 2018*

Inheritance disputes and Sharia law.

Sharia law applied to an inheritance dispute contrary to the will of the testator, a Greek person belonging to the Muslim minority: violation of article 14 of the Convention, read in conjunction article 1 of the First Additional Protocol of the European Convention on Human Rights.

3. *European Court of Human Rights, case Adilovska v. North Macedonia, 23 January 2020*

The applicant, Ajsë Adilovska, is a Macedonian/citizen of the Republic of North Macedonia who was born in 1963 and lives in Skopje.

The case concerned the dismissal of her claim to a plot of land belonging to her late father.

In 2004 Ms Adilovska brought a civil action for recognition of her title to her father's property. Her two sisters subsequently joined the proceedings.

The first-instance court granted the claim in 2004, but the judgment was overturned on appeal in 2013 and her claim was dismissed because of her lack of standing as she and her sisters were not the only legal heirs of their late father, who had five other children. The appeal court did not take into consideration the argument raised by the applicant's lawyer that the other potential legal heirs had no intention of joining the proceedings.

Relying in particular on Article 6 § 1 (right to a fair hearing) of the European Convention on Human Rights, Ms Adilovska complained about the domestic courts' dismissal of her claim without examining the merits.

ITALY

1. *Cass., 15 maggio 2019, n. 13000*

The child born from practices of medically homologous assisted procreation, with the use of the cryoconserved semen of a person who gave his consent in accordance with art. 6 law no

40/2004 to the use of those practices also “post mortem” and who died before the embryo was formed, assumes the status of son of that’s married man with respect to the general assumption (foreseen in art. 8 law no. 40/2004) according to which consent is crucial for the attribution of parenthood to all persons born as a result of marriage.

2. *Cass., 1 marzo 2019, n. 6161*

Divorce and the Palestinian law n. 3/2011

In order to be able to verify the compliance of a divorce order, issued by a Palestinian Tribunal with the public policy limit (*ordre public*), it is necessary to assess the Palestinian law “n. 3/2011”, regulating the divorce between the spouses, with specific regard to the profiles related to:

- a) the jurisdictional nature of the Sharia Court;
- b) the presuppositions of the repudiation by the husband;
- c) the existence of a corresponding capacity of repudiation for the wife;
- d) the guarantee of the respect of the adversarial procedure and the right of defense in the procedure;
- e) the subject matter of the investigation reserved to the Sharia Court.

3. *Trib. Trieste, uff. giudice tavolo, decr. tav., 8 maggio 2019, n. 4537*

Succession certificate and inheritance certificate: is the recognition of the exchange between the two mandatory? in which case?

In the event of a cross-border succession, for which Regulation (EU) No. 650/2012 is applicable, the exchange, from all point of views, between the European succession certificate and the inheritance certificate must be recognized in the case of application for the registration.

4. *Trib. Bergamo, 4 febbraio 2019, n. 300*

Moroccan law be applied in Italy?

Divorce without prior separation

Moroccan law may be applied in Italy, in particular the reform of family law (c.d. *Moudawana*), which regulates the possibility of di-

voce, by mutual agreement, without prior separation, in accordance with art. 5 of Regulation EU 1259/2010 (c.d. Rome III), concerning the dissolution of the marriage celebrated in Italy by two Moroccan spouses, provided that the consensual agreement between the spouses is not contrary to imperative rules.

5. *Trib. Trieste, uff. giudice tavolare, decr. tav., 24 luglio 2019, n. 7418*
Succession and inheritance certificates.

What to do when requesting the registration of successor rights to the land judge?

In the event of a cross-border succession, for which regulation (EU) 650/2012 is applicable, the exchange, from all point of views, between the European succession certificate and the inheritance certificate must be recognized when requesting the registration of successor rights to the land judge.

6. *Cass., 3 gennaio 2020, n. 18*

Succession of a foreign citizen married to an Italian.

The United Section will have to decide:

a) if, by the combined disposition of law no 218 of 1995, art 13, paragraph 1, art 15 and art 46, paragraph 1, the qualification of institutions and subjects, for the purpose of identifying the substantive rules applicable in individual cases, must be based on the classification carried out by foreign law or on the norms and qualifications of the *lex fori*;

b) if the operation of the referral, pursuant to no 218 of 1995, article 13, paragraph 1, is excluded when the invoked foreign law is contrary to the principle of universality and unity of the succession transposed in law no 218 of 1995, article 46;

c) so far as the rules of referral contained in foreign law have to be taken into account, if such referral affects also the validity and effectiveness of the title to succession, to which extent and in which way, and therefore whether it can operate in a partial way (with regard to part of the assets only);

d) if the referral to the *lex rei sitae*, pursuant to the invoked foreign norm, involves – instead – only the applicability of the norms concerning the modalities of purchase of the heritable assets.

7. *Cass., 12 luglio 2019, n. 18831*

If a trust produces effects towards the beneficiary only after the death of the settlor, what the latter has transferred during his/her lifetime is not considered as part of the hereditary asset.

The transfer from the trustee to the final beneficiaries, that constitutes the second segment of the operation, must therefore not be considered as a *mortis causa* act, because such translative action impact on legal spheres different from those of the original settlor: with respect to such transfer, the death of the settlor has no causal relevance, being able at most to identify the moment of execution of the final attribution.

Therefore, regulation EU No 650/2012 does not apply.

SPAIN

1. *Tribunal Supremo Español, 28 marzo 2012, n. 2534*

Definition of “marital life” in Spanish legal system:

The qualification of the phrase “marital life with another person” can be done from two different points of view: one, from the subjective point of view, which results in the fact that the members of the new couple assume a serious and lasting commitment, based on fidelity, without form; the other one, the objective element, based on stable cohabitation. In general, it is argued that this cohabitation occurs when the subjects live as spouses, i.e., *more uxorio*, and this produces a generalized belief about the character of their relationships.

The two ways of trying to define the nature of what the Code calls “marital life” are complementary, not reciprocally excluding, and the not indissoluble nature of marriage in our days does not allow for a rapprochement between the two institutions on the basis of purely objective criteria other than formal existence: therefore, a relationship lasted for a month is marriage if there was a formal act, while a relationship lasted thirty years is marital cohabitation if there was not the form of marriage.

2. *Tribunal Supremo Español, 9 febbraio 2012, n. 624*

Marriage and Cohabitation

Since the entry into force of the Act of 17 July 1981, many efforts have been made to interpret the provision contained in art. 101.1 CC, which is now being challenged in this litigation. Two positions have been held in legal literature: according to some scholars the Civil Code uses the phrase “marital life” as equivalent to marriage, whilst according to other ones any kind of stable cohabitation of a couple leads to the extinction of the pension but occasional or sporadic cohabitation are not included. The same discrepancy has been reproduced in the judgements of the Provincial Hearings.

To give meaning to the said rule, two interpretative criteria must be used: the purpose of the norm and the social reality of the time when the norm have to be applied. According to the first one, the reason for introducing this cause of extinction of the compensatory pension was to prevent the concealment of real situations of stable cohabitation, more or less prolonged, and not formalized as marriage precisely in order to prevent the loss of the compensatory allowance, since only the new marriage of the creditor spouse was initially envisaged as a cause of loss. According to the second one, i.e. social reality of the time when the norm have to be applied, the qualification of the term “marital life with another person” can be made from two different viewpoints: the subjective one, resulting in the fact that the members of the new couple assume a serious and lasting commitment, based on fidelity, with no form; the objective one, based on stable coexistence.

3. *Tribunal Supremo Español, 25 enero 2006, n. 4338*

Can Moroccan law be applied in Spain?

From a procedural point of view, repudiation, in its various forms, under Islamic law takes place with the authorization of the judge and in the presence of two officers to attest to it. Judicial authorization is granted only after all possible attempts of reconciliation between the spouses have been made, and documented in the relevant minutes, recording the position of each of the parties, and the judge states if there is a reason for repudiation, or if, on the contrary, the situation conceals a simple abuse of power, and accordingly assesses the so-called consolation compensation to be paid by the husband for the possible damages suffered by the wife.

Well, the conflict arises when of this act, attached to acts or docu-

ments granted by non-Spanish authorities, is asked the recognition by the Spanish authorities for the incorporation into the Civil Registry or for other administrative or judicial purposes, in accordance with Spanish law or with international treaties.

Thus, the extraterritorial effectiveness of the foreign document certifying that a situation has been established under a particular foreign law (in this case, the repudiation or divorce of the applicant) will depend on the valuation to be carried out in accordance with the provisions of the conventional system existing between the two countries (Spain and Morocco in this case), and, if not, in accordance with the provisions of our legal order.

4. *Tribunal Supremo Español, 27 enero 1998, 2924*

Ordre public, ‘*repudio*’ and Spanish law

Compliance with public order – which at the international level has a clearly constitutional character linked to the fundamental rights and public freedoms defined and guaranteed by the Constitution – depends on the type of divorce pronounced by the Moroccan judicial authorities. On the one hand, we can call divorce or repudiation the act that led to the dissolution of the marriage between the spouses, but it is true that the regulatory order assigns to both husband and wife the power to promote it (see article 44, 61 et seq., 66 et seq., of the Code), and it is clearly evident in the present case, where it is the woman who “declares to seek divorce from her husband”; on the other hand, the concerned type of divorce or repudiation belongs to the so-called “*Khole*” of Moroccan law, and article 67 of the same law proclaims the irrevocable nature of this type of divorce or repudiation, as pointed out in the report issued by the Moroccan authorities.

In this case, therefore, we can conclude that no constitutional right, nor any other guiding and inspiring principle of our legal system that concurs to define the concept of public policy, has been violated.

5. *Tribunal Supremo Español, 21 noviembre 2017, n. 624*

Habitual residence

Habitual residence in Spain within the meaning of the Brus-

sels II *bis* Regulation, as a social center of life and place where the concerned person has voluntarily established the center of his/her interests, is not denied by the residence permit nor by the registration in the Consular Office of another country. These circumstances do not render the other country the habitual residence in a realistic sense, but only in a formal and administrative sense. What is decisive is the fact of that habitual residence, on a realistic basis, adapted to the mobility of the spouses.

6. *Tribunal Supremo Español, 8 octubre 2010, n. 602*

Hereditary succession: governed by the national law of the deceased; public order as a limit to the application of foreign law

The concept of public policy in private international law is a particular aspect of the general notion of public policy in Spanish law. When article 12(3) of the Civil Code provides for the exception of public order with reference to foreign law, it constitutes an absolute limit to the application of foreign law.

However, it is an indeterminate concept that encompasses the set of values or principles that inspire and preside over the national order, functioning as a guideline for its proper functioning. Public order can be considered as indicating the “minimum conditions” to which the existence of the legal system is subordinated.

Therefore, the revocation or irrevocability of a particular will cannot be considered a rule of public policy: neither it is a principle that inspires and presides over our order, nor is it a guideline for its concrete functioning, neither it is one of the minimum conditions to which the existence of our order is subordinated, nor it is a condition that operates for the protection of its integrity.

7. *Tribunal Supremo Español, 15 enero 2019, n. 18*

Application of Regulation No 650/2012

For a succession prior to the application of the Regulation, the choice of law (and the provision valid under the law he could have chosen) made by the deceased before 17 August 2015, even before 17 August 2012, shall be valid provided that the death occurred from 17 August 2015.

8. *Tribunal Supremo Español, 19 June 2008, n. 3054*

Polygamy

Polygamy is not simply something contrary to Spanish law, but it is something repugnant to Spanish public policy (*ordre public*), which always constitutes an insurmountable limit to the applicability of foreign law.

9. *Resolución de 26 de julio 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado*

How to qualify a certificate of inheritance issued by a Slovak notary?

The appeal deals with the adequacy or otherwise of the documentation submitted in relation to an international succession as well as with the proof of the applicable material law.

The deceased, a Slovak national, dies before the entry into force of Regulation (EU) No 650/2012, so that Article 9.8 of the Civil Code applies, and accordingly the applicable law is the law of nationality of the deceased at the time of death: in this case Slovak law.

According to that law, notaries settle the succession, as commissioners of the competent territorial court, and issue a certificate of succession or of inheritance, which is considered as a judicial decision.

Therefore, for inheritances subject to Regulation (EU) No 650/2012, their certificates are considered to have been issued by the Court on the basis of Article 3(2) thereof and circulate between the Member States participating in the Regulation, as judicial decisions (the form is annex I to Regulation [EU] No 1329/2014, 9 December).

In the present case, the certificate of inheritance was issued in 2011, the year of the deceased's death, prior to the entry into force of the Regulation, on 17 August 2015. It is accompanied by an apostilled, as a notarial document, and translated certificate of the inheritance law in force at the time of the deceased's death.

It should be borne in mind that the regime of proof of foreign law in courts is regulated by Article 33 of that Act, which does not modify nor affect the specific rules on its extrajudicial application, in particular Article 36 of the Mortgage Regulation.

10. *Resolución de 24 de julio de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado*

Application of Regulation (EU) No 650/2012

The scope of application of the Regulation (EU) No 650/2012 (Article 1(2)(a)) does not cover issues relating to filiation (the civil status of natural persons, as well as family relations and those relationships that, under the law applicable, produce comparable effects) and therefore it does cover the possible incidental recognition of the proof of filiation of the deceased, according to certifications which she displayed and which were incorporated into the qualified deed.

Moreover, under the Regulation's Article 4 governing general jurisdiction, the courts of the Member State in which the deceased had his habitual residence at the time of death shall have jurisdiction to rule on the entire succession. General jurisdiction, which must be supplemented by Article 22, *quater* (g) LOPJ, in its wording by Organic Law 7/2015 of 21 July, which leads to the courts of the habitual residence of the deceased, i.e. the competent ones in the Balearic Islands.

11. *Resolución de 14 de marzo de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado*

This decision deals with the suspension of the registration of a deed entitled 'liquidation of the spousal partnership and the allocation of property by inheritance', relating to the succession of a Swedish national opened before 17 August 2015.

Pursuant to Article 83 of Regulation (EU) 650/2012, the date of the deed determines that Article 9.8 of Civil Code applies, and that accordingly the applicable law is the national law of the deceased: in this case Swedish law.

Furthermore, the succession settlement of the matrimonial property regime shall not be governed by Regulation (EU) 2016/1103, establishing enhanced cooperation in the field of jurisdiction, law applicable, recognition and enforcement of judgments in matters of matrimonial property regimes, given that, pursuant to Article 69(1), it applies from 29 January 2019.

12. *Resolución de 4 de enero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado*

Suitability of a European Certificate of Succession

By notarial deed, W.A.H., a German national resident in Spain,

accepted the inheritance of his father, resident in Germany, on the basis of a European certificate of succession issued by a German authority. The copy of such deed presented to the Property Registry was qualified negatively, because the registrar argued that the corresponding «Testament» of mr. W.W.H, duly translated (articles 14 LH and 76 and 78 RH), was missing. The question raised is that of the suitability of a European Certificate of Succession issued in Germany as a title of succession provided for in Article 14 LH, as well as that of translation as a formal requirement.

The receiving authorities may request translation in accordance with their national law. Therefore, in view of the purpose of the European norm, i.e. to facilitate the movement of citizens in cases of international successions, the registrar may, without being obliged to do so, request a translation if he/she does not have sufficient linguistic knowledge to understand it.

But such a request is unnecessary in the present case where the notary declared to be sufficiently familiar with the German language in the simple translation that results from the fields filled in in the concrete Certificate used, so that further requirements would be unfounded.

13. *Resolución de 14 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado*

Succession in Spain of a British citizen

The origin of this resolution is in a deed of award of the inheritance of W.M., of British nationality and resident in Spain, died on 15 October 2015 (after the entry into force of the European Union Regulation 650/2012), who had drawn up a notarial will in Spain on 18 July 2011, where he exercised the “*professio iuris*”, choosing his personal law as the law applicable to govern the succession, being of British nationality; and in such will he instituted his wife as universal heiress of all his possessions in Spanish territory.

The Registrar refused registration on the grounds that the consent of the executors (*Albaceas*) to the award of the inheritance was required and had to be granted by means of a public deed and with the formalities required by art. 3 LH in relation to art. 33 HR; the accompanying ‘private document’ signed by the executors, by which they grant the widow all the property owned by the deceased throu-

ghout the world, is not valid. Moreover, he did not accept the will, with an institution limited to property situated on Spanish territory, as the title of the succession.

According to the doctrine emanating from the case-law of the Court of Justice (Judgment of 12 October 2017 in Case C-218/16 Kubicka) the acquisition of hereditary assets derives directly from the transfer of property *mortis causa* without any adjustment being made, so that the will of the deceased is perfectly safeguarded when, as planned by the testator, his successor acquires the inheritance, in accordance with the applicable law, under the terms of the qualified public deed. This fulfils the main objective of the Regulation, which is to simplify the succession of European citizens, although in the tradition of European instruments on the applicable law, its application is universal.

14. *Resolución de 2 de marzo de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado*

The value of any implied '*professio iuris*' under Article 83 of Regulation (EU) No 650/2012 in respect of wills prior to the entry into force of the Regulation (successions occurred on or after 17 August 2015) is established reiterating previous doctrine (Resolutions of 15.6.2016 and 14.6.2016). Due to the application of the Regulation to the whole succession, unitary despite the limited functioning of the referral (art. 34), affirmed the current impossibility of those wills that are limited to the institution of heir over property in Spain, practice, based on its utility, that was frequent prior to 2015. It also clarified that the so-called 'probate' marks the beginning of the liquidation of the succession in the United Kingdom, a subject different from the list of *mortis causa* dispositions in the light of article 3 of the Regulation. It concluded that 'probate' in Spain was unnecessary for successions of British citizens on the basis of a will establishing the '*professio iuris*' (even tacit) with respect to British law

PORTUGAL

1. *Portuguese Supreme Court of Justice, 18 June 2013*

At stake in this case was a will made in the Portuguese Consulate of Brazil, by a Portuguese citizen. This Portuguese citizen had two

daughters; therefore, according to the Portuguese Law they were entitled to a mandatory portion of 2/3 of the succession. Nonetheless, the Portuguese citizen made her will according to the Brazilian Law, that affords only a 1/2 of mandatory portion.

The Court considered that the will was against Portuguese Law, and therefore of no effect.

2. *Portuguese Supreme Court, 16 April 2013*

A and B concluded a preliminary contract of sale (*promessa di vendita*), in 1997. A agreed to sell to B her portion acquired by succession from her mother, upon her death. The price agreed was around 60,000 Euro and was immediately paid.

A's mother died in 2004, but she has refused to conclude the contract of sale.

B initiates the judicial proceedings against A and she defends herself invoking that the preliminary agreement was a successory contract, void according to the Portuguese Civil Code (Article 2028). Her argumentation did not succeed.

The Court considered that the agreement at stake was not a successory agreement; on the contrary, it was valid, and A should compensate B for not complying on due time.

3. *Portuguese Supreme Court of Justice, 23 October 2008*

In this case, A and B, married to each other, had celebrated a will agreement in Luxembourg, where they had their residence, according to which at the one's death, the other would be universal heir. This will was considered contrary to Portuguese Law, and of no effect, because they had eleven children, mandatory heirs of 2/3 of the succession. Mandatory succession was considered a "fundamental principle of Portuguese legal system".

4. *Court of Appeal of Évora, 5 February 2009*

A and B (an English citizen) were married, they lived in Portugal, and had one child. In his will, B left his patrimony to his three children, excluding his wife and the son they had in common.

This will was against the Portuguese Law, that imposes a mandatory portion to spouse and children. Therefore, the question to the Portuguese Court was to determine if recognition of the will

was against Portuguese public order. The answer is twofold: the exclusion of the youngest son was clearly against Portuguese public order, because mandatory succession of children is a fundamental principle. In what respects the spouse, the Court did not find the same consideration. The Court noticed that the spouse is entitled as mandatory heir only since 1977 and that it does not correspond to a fundamental principle of the Portuguese legal order.

5. *Court of Appeal of Lisbon, 18 October 2007*

The case was the following:

R and X got married to each other in 2000, in Morocco.

In 2004, R initiated the procedure for repudiation.

The Court of Rabat, in the same year, confirmed the repudiation.

X did not oppose to the repudiation procedure; she did not oppose neither to the decision of the Court of Rabat.

In 2004, R had residence in Portugal, and X in Morocco.

In 2005, R initiated the legal proceedings necessary to the recognition of the divorce.

The Portuguese Supreme Court considered a divorce can be agreed upon by both spouses and that is not necessary to invoke a specific reason for divorce. Further, one spouse could ask, unilaterally, for a judicial divorce, in they did not cohabit during a certain period. In some European countries one spouse could already ask for a judicial divorce on demand. Therefore, the court concluded that a judicial decision that recognized a divorce, unilaterally demanded by one spouse, without a justification, cannot be rejected, as a matter of principle. Following the analysis of the Moroccan legislation, the Court noted that the law did not equally treat both spouses in what respects the capacity to initiate a repudiation proceeding. However, in the present case, the woman had never opposed to repudiation. Consequently, the Court considered that the decision of the Court of Rabat did not offend Portuguese public order.

6. *Court of Appeal of Porto, 11 May 2010*

The case was the following:

D and F got married in 1936 and had two children, E and C.

In 1946, D had a daughter out of wedlock, G.

In 1999 F died. Her heirs (D, the spouse, and E and C, their children) made the division, firstly, of the matrimonial property and, secondly, of

the successory patrimony. The patrimony at stake was an immovable property and two graves. At the end of negotiation, D would received 125,00 Euros. At the time of the division, he was already 87 years old.

7. *Court of Appeal of Porto, 6 May 1993*

A and B agreed that A would transfer to B all the movable and immovable property that constituted the future succession of their mother. The contract was concluded on consideration, and A would receive immediately the price.

The Court considered that this agreement was a successor contract and, therefore, void.

FRANCE

1. *Cour de cassation, 21 November 2012, n. 1330*

French case-law considers the *testaments conjonctifs* (joint wills) null and void because they are contrary to the freedom of will; in fact, they are acts of common will.

It is precisely in France that such a problem of international private law has arisen. Two spouses had established, in a testament drawn up in Morocco before two rabbinic notaries in a single act, the will that, in the event of the death of one of them, the other one would be heir and vice versa for the same share. When the wife, resident in France, died, her son asked French judges to annul the will, because it was a joint testament.

According to the Court of Cassation, in international private law the rules governing the establishment of a joint will are rules of form and the will was drawn up in accordance with the forms of Moroccan law, being the law of the place of drafting: therefore, in application of the Hague Convention of 5 October 1961, the joint testament was valid as to its form.

The French judges, in the search for a solution, seem to ponder the two different legal systems, so demonstrating the importance of comparative methodology in the solutions of private international law issues, where “foreign law is placed on an equal footing with national law as an instrument that can be used together with it for the same practical purposes”.

2. *Cour de cassation, 29 May 2019, n. 497*

The French Court states that jurisdiction cannot be French because no property of the succession is situated in France and at the time of death the deceased was not habitually resident in a Member State: given that under Article 10, paragraph 2, of EU Regulation No 650/2012, if the habitual residence of the deceased at the time of death is not situated in a Member State and no court of a Member State has jurisdiction under paragraph 1, the courts of the Member State where the estate is situated are nevertheless competent to rule on such property; that, having found that the title to ownership of the apartment situated [...], in Paris, established on behalf of the spouses X..., and noted that it would be for the competent court to determine the estate, the judgment held that, at the present stage of the proceedings, no real property belonging to the deceased is situated on French territory; that, as regards its findings and assessments, which resulted in the absence of any estate situated in France, the Court of Appeal lawfully justified its decision to exclude the subsidiary jurisdiction of the Tribunal de Grande Instance of Paris.

3. *Court of Nanterre, 28 May 2019 (case Hallyday)*

The Nanterre court declared that it does have jurisdictional competence to hear the dispute about Hallyday's case. The court established that he was indeed "habitually resident" in France at the time of his death, as claimed by his eldest of the two children who had been excluded from his US will.

He was deemed to still have habitual residence in France despite his "itinerant and bohemian lifestyle", the number of visits he made to the U.S., his property held there and his family life there before his death.

The court noted that Hallyday had performed concerts in major venues in France until the end of his life attended by a "reverent French public and French-speaking audience".

His son had submitted evidence via his father's Instagram account that the singer had spent 151 days in France in 2015 and 168 days in 2016. The fact that Hallyday was undeniably a French icon was given substantial weight by the court in

finding that he was habitually resident in France at the time of his death.

This contrasts with the previous judgements of the French Supreme Court regarding the succession of Maurice Jarre who had actually been resident in the U.S. for many decades.

This interpretation of the EU Succession Regulation no. 650/2012 (which was in force since August 2015) and its habitual residence test means that French law is deemed to apply to the worldwide assets of the late singer. This means that, because of the French civil code forced heirship rules, the “reserved share” of 18.75% in his estate is due to each of his children.

The general rule which prevails in cross-border succession disputes, where the deceased is a national of an EU member state, or leaves assets situated in an EU member state, is set out in Article 21 of the Regulation: “the law applicable to the succession as a whole shall be the law of the State in which the deceased had his habitual residence at the time of death”.

4. *Hypothetical case*

Determining the country where a deceased had their habitual residence is normally a straightforward matter, but where there is any doubt then the usual tests of legal residency will apply, ie, duration and regularity of stay, location of economic assets, family location.

That being the case, a person who is habitually resident in France will have their worldwide estate determined by the inheritance laws applicable in France. This includes real estate located outside of France.

However, the law also provides that “a person may choose as the law to govern his succession as a whole the law of the State whose nationality he possesses at the time of making the choice or at the time of death”.

Accordingly, whether or not an expatriate living in France has assets outside of the country, they can elect via a Will that their inheritance for the whole of their estate be governed by the rules of their native country. This would enable an expatriate in France to escape French forced heirship rules.

HUNGARY

In Hungary no court cases were found concerning the issues covered by the GoInEU Plus project. This seems to stem, first of all, from the failure of Hungary to transpose Regulations Nos 1103 and 1104/2016 and, with reference to Regulation No 650/2012, from the low rate (compared to other EU countries partners) of immigration of European citizens in this Country.

Nevertheless, the Hungarian Partner has elaborated an interesting hypothetical case study of issues arising on international succession issues, with possible solutions.

1. Hypothetical case

Variation Nr. 1.: András is a 68 year-old widower whose wife passed away and has two adult children. Given that during his active years he had a successful career as the managing director of a company, he acquired multiple real estates, from which three are located in Italy and one in Hungary. András was born in Hungary in 1950, and later settled in Italy, in the hometown of his deceased wife in Florence. His children are Italian citizens, while he has both Italian and Hungarian citizenships. They used to live in Florence with her wife and children, but 4 years ago, after the death of his wife, András decided that the time has come for him to retire and he needed some environmental change. At that point he decided that he will spend his retired years in his one-time home, Hungary, on the shore of the lake Balaton. His children had already established their own families in Rome, and they had also had successful careers. Thus, he made his decision at ease, knowing that he will spend the last chapter of his life in Hungary. He had lived 3 quiet years in Hungary, when he was found dead on a late autumn day in his house in Balatonfüred.

- Which state has jurisdiction to rule on the succession?
- Which state's law shall be applicable to the succession?

According to the main rule “the jurisdiction and the applicable law shall be determined based on the habitual residence of the deceased (at the time of his death), see Art. 4. and Art 21. (1)”.

In this case at first sight it seems it can be unequivocally deter-

mined, that the last habitual residence of the deceased was in Hungary, according to this a Hungarian notary will be entitled to rule on the succession, applying Hungarian law. As the deceased did not exercise his right of choice of law during his life, that is, he did not make a declaration in which he would express which state's law shall be applied to rule on the succession after his death, according to the main rule, the last habitual residence of the deceased shall be the basis when determining the jurisdiction and the applicable law.

At the same time, the fact that the majority of the assets are located in Italy must be considered, furthermore the fact that the heirs also live in the state where the assets are located is important as well. Still, because of the fact that the last habitual residence of the deceased can be determined without any doubt, the main rule shall be applied, regardless of the fact that the major part of the assets as well as the heirs are located in another state. As a result of this, consistent arguments can be brought up in favor Italy, thus the succession procedure would be more advantageous to conduct in Italy.

Nevertheless, taking into consideration the principle of the unity of the assets, the ruling authority shall consider the fact, that the majority of the deceased's assets are located in Italy. Regarding this, the second phase of Art. (24) of the Preamble of the Regulation shall be taken into consideration, because the majority of the assets were located in one of the mentioned states, "his nationality or the location of those assets could be a special factor in the overall assessment of all the factual circumstances". It shall be made clear, that this phrase refers only to the situation, when the determination of the last habitual residence of the deceased is a complex task. In this situation, this is not a case, because the last habitual residence can be determined without any doubt.

Variation Nr. 2.: András was aware that in case of his death he would make easier the settlement of succession-related issues for his children (heirs) if he chose Italian law as applicable law to the succession. Before his death he exercised his right of choosing the law according to Art. 22 of the Regulation, so he made expressly a declaration in the form of a disposition of property upon death that after his death the succession shall be governed by Italian law.

- Which state has jurisdiction to rule on the succession?
- Which state's law shall be applicable to the succession?

Art. 22. (1) "A person may choose as the law to govern his succession as a whole the law of the State whose nationality he possesses at the time of making the choice or at the time of death".

In this case the declaration in the form of a disposition of the deceased shall be taken into consideration, which relates to the applicable law. As the deceased had chosen Italian material law as the one applicable to the succession, this law shall be applicable.

In this case the heirs are advised to consider the possibility defined in Art 5. of the Regulation.

Art. 5. (1) "Where the law chosen by the deceased to govern his succession pursuant to Article 22 is the law of a Member State, the parties concerned may agree that a court or the courts of that Member State are to have exclusive jurisdiction to rule on any succession matter".

Therefore, in this case the parties concerned according to Art. 5. (1) may agree that Italian courts shall have exclusive jurisdiction to rule on the succession. If they do, Italian courts will have exclusive jurisdiction, which would be in this case on every account the most plausible solution. (see additionally for this Art. 7 b):

"The parties to the proceedings have agreed, in accordance with Article 5, to confer jurisdiction on a court or the courts of that Member State".

2. *Hypothetical case*

Bálint is a 46 year-old married man and the father of a minor child. As he teaches in Spain as a guest-professor, he spends 1 month every year in Madrid. Apart from this, he often travels by plane because he is a well-known professor and researcher on an international level, thus he is invited very often to conferences abroad. During the last symposium in Madrid which he attended, he was asked to be the head of the research group which is entrusted with the research of microorganisms. Bálint was very excited about the request and he accepted it immediately, although he knew that as a result, he will have to spend much more time in Spain and abroad in the future. Bálint and his wife Hanna are Hungarians from Transylvania, thus, they have both Hungarian and Romanian citizenships. The assets of the family are comprised of a smaller family-house in Szentendre, Hungary and a small studio apartment in Madrid. Because of the new job opportunity Bálint started to consider the idea that he will move his family to Madrid for a while, as long as the

project he participates in lasts. Bálint was aware that because of his frequent travels he has to face certain risks, so he expressly made a declaration in the form of a disposition of property upon death that after his death the succession shall be governed by Spanish law. He was travelling home from Madrid to tell the news to his family when his flight had to make an emergency landing due to an unexpected malfunction, which resulted in a fire in the cabin. Three passengers perished in the fire and Bálint was one of the victims.

- Which state has jurisdiction to rule on the succession?
- Which state's law shall be applicable to the succession?

Although Bálint made use of the possibility of choosing the law according to Art. 22. of the Regulation, the application of the chosen law (Spanish) is not possible in this case, because Article 22. (1) says that “A person may choose as the law to govern his succession as a whole the law of the State whose nationality he possesses at the time of making the choice or at the time of death”. It is true, that Bálint often stayed in Spain, but as he was not a Spanish citizen, his choice of law is not valid. His choice of law would have been valid, if he had chosen the law of one of those states, which state's citizenship he possesses. (Romania or Hungary) In the absence of the validity of the choice of law, the main rule shall be applied, which means that the jurisdiction and the applicable law shall be determined according to the last habitual residence of the deceased. This means, that as Bálint's last habitual residence was in Hungary, the Hungarian notary will have the jurisdiction to rule on the succession applying Hungarian law.

3. *Hypothetical case*

Variation No 1. Éva is a 32 year-old single woman, who has a child from her earlier relationship, who is 3 years old now, and of whom Éva's parents are taking care in Győr, Hungary. Éva had nevertheless found her happiness for the second time with the Austrian Klaus, and from their relationship another child was born. The three of them live and work in Vienna, and they also bought an apartment after the birth of their child. Éva visits her older child (Áron) every two weeks, who is being raised by her parents in Hungary, but for the time being she does not intend to bring Áron to herself. They are not married with Klaus but amongst their plans for the near future, marriage is to be found. Éva is a

Hungarian citizen. On a foggy autumn morning Éva was doing the regular shopping for the day, and she was in a hurry to the supermarket, walking fast. While she was stepping downwards on the slippery steps of the subway, in a careless moment she slipped and she fell 64 stair-steps down the steep metro-entryway. She has suffered so grievous a skull injury, that she deceased on site. She did not have a will, her assets were the the ½ of the apartment bought together with Klaus.

- Which state has jurisdiction to rule on the succession?
- Which state’s law shall be applicable to the succession?
- Who will be Éva’s heirs?

In this case it can be obviously determined that Éva’s last habitual residence was in Austria, she was residentially living there with her new partner and the child born from this relationship. At the same time, it cannot be disregarded that Éva had another child too, of whom Éva’s parents took care. This child is a connection point, connecting Éva to Hungary. According to the first phase of the Preamble (24) of the Regulation “where the deceased for professional or economic reasons had gone to live abroad to work there, sometimes for a long time, but had maintained a close and stable connection with his State of origin. In such a case, the deceased could, depending on the circumstances of the case, be considered still to have his habitual residence in his State of origin in which the centre of interests of his family and his social life was located”.

Nevertheless, the situation in this case is more complicated than the content of the Preamble (24) considering the fact, that Éva had not only gone abroad for professional or economic reasons but she had a stronger connection to Austria: her relationship, her child born from that relationship and the part in the real estate owned with Klaus. At the same time her child living in Győr with her parents is a strong connection to Hungary.

In the absence of a will and a disposal upon death in this case the main rule shall be applicable, that is to say Articles 4. and 21. of the Regulation are applicable. “the jurisdiction and the applicable law shall be determined based on the habitual residence of the deceased (at the time of his death)”.

According to this, because of the fact that Éva’s last habitual residence was in Austria, the succession will be ruled by an Austrian notary applying Austrian law. The determination of Éva’s heirs will

be made based on Austrian law. This way, after Éva the heirs are her two children, and they will inherit in equal shares.

According to Art. 731. of the Austrian Civil Code “the deceased’s intestate heirs are at first those persons who originate from the deceased, that is to say his/her children and their descendants”.

Variation Nr. 2. Éva and Klaus got married after the birth of their child, but as Éva didn’t intend to leave her first child Áron born from her earlier relationship with her parents, they agreed with her husband that for the time Éva is staying home because of the newborn child, she will be living in Győr with the two children, and Klaus will come to them every weekend and spend the weekend with them at Éva’s parents’ place. In this variation the accident with Éva happens in Győr and she dies in Hungary.

- Which state has jurisdiction to rule on the succession?
- Which states’ law shall be applicable to the succession?
- Who will be Éva’s heirs?

Considering that in this case Éva’s habitual residence at the time of her death was in Hungary, further, due to her children, she had a strong connection to Hungary, the Hungarian notary will be managing the succession applying Hungarian law. In this second variation there are changes in the heirs too as due to the marriage between Éva and Klaus at this point Klaus is an intestate heir of Éva, too, besides the two children. This way the assets of Éva, which are the ½ of the apartment bought together with Klaus will be inherited according to Hungarian succession law rules. According to Art 7:58 of the Act V of 2013 on the Civil Code

“[Succession by a spouse and descendants]

If there is a descendant heir, the spouse of the testator shall be entitled to

a) lifelong usufruct on the residential premises where the spouse and the testator lived together and on the related furniture and equipment; and

b) a share equal to that of a child from the remainder of the estate”.
Consequently Klaus will be entitled to a lifelong usufruct on the apartment, because the apartment in Vienna is qualified as a residence where the spouse and the deceased lived together besides the above mentioned fact, whether Éva moved to Győr in the last period or not. The property of the apartment will be inherited by the two

children in equal shares. The rest of the property of Éva will be inherited by the two children and Klaus in equal shares.

4. *Hypothetical case*

Ferenc is a 43 year-old Hungarian citizen. He works as a professional mountain rescuer. He lives in Hungary with his wife but due to his profession, he is not a permanent employee, but he undertakes seasonal jobs in various places in the world. In the winter of 2019 the work and responsibility called him to Transylvania, Romania where he undertook the mountain rescue service for the winter period in a ski centrum in the area of the Rodna Mountains. The first period of the service went by without any complications but at the end of December the number of ski emergencies had risen and the services of the mountain rescue group were needed more often. On the occasion of a ski accident, the group was called on site as usual. Ferenc was a member of the ski rescue team of three people, which has been working on the most dangerous ski track. When the team arrived to the location of the accident, they started the rescue action quickly and effectively as they always did, but meanwhile they did not realize in the blizzard that a giant avalanche was descending. The avalanche came so quickly on the team and the injured that it was impossible to prevent or evade it. The Rodna Mountains took four lives that night. From the four victims Ferenc, the always brave mountain rescuer was one.

- Which state has jurisdiction to rule on the succession?
- Which states' law shall be applicable to the succession?

In this case according to the main rule the habitual residence of the deceased at the time of death can be obviously determined. However, the case needs to be examined further, because considering the circumstances of the deceased it is clear that the habitual residence at the time of his death was only the result of the seasonal job, and when ending the seasonal job the deceased would have presumably moved back to Hungary. Based on these facts Art. (25) of the Preamble of the Regulation must be taken into consideration: "With regard to the determination of the law applicable to the succession the authority dealing with the succession may in exceptional cases – where, for instance, the deceased had

moved to the State of his habitual residence fairly recently before his death and all the circumstances of the case indicate that he was manifestly more closely connected with another State – arrive at the conclusion that the law applicable to the succession should not be the law of the State of the habitual residence of the deceased but rather the law of the State with which the deceased was manifestly more closely connected”. In this case it is obvious that the deceased was more closely connected to Hungary, because he was a habitual resident in Hungary together with his wife. Although his habitual residence at the time of death was in Romania, he had not had any connections to Romania except the seasonal job. According to this Ferenc’s succession case will be managed by a Hungarian notary applying Hungarian law.

CATERINA MUGELLI

GOINEU PLUS PRACTICAL GUIDELINES ON CULTURAL MEDIATION IN FAMILY AND SUCCESSION LAW

Background and methodology

The Practical Guidelines of *Integration, migration, transnational relationships. Governing inheritance statutes after the entry into force of EU succession regulations* (in short GoInEU plus Practical Guidelines) were prepared by the GoInEU plus Coordinator, thanks to the collaboration on data collection of the whole GoInEU plus consortium, as a deliverable of the GoInEU plus project funded by the European Union's Justice Programme 2014-2020.

The Guidelines would satisfy a number of criteria.

It would reflect and make clear the intent of the EU legislator set out in the following Regulations:

- No 650/2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of *succession* and on the creation of a European Certificate of Succession;
- No 1103/2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of *matrimonial property regimes*;
- No 1104/2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the *property consequences of registered partnerships*.

The GoInEU plus Practical Guidelines will also include *possible solutions* to problems that are not directly addressed by the sections of the above-mentioned Regulations. Guidelines shall be therefore useful for legal practitioners such as lawyers practising family law, judges, notaries, and also for employees of public administrations in the performance of activities that require registry office certificates.

The GoInEU plus Practical Guidelines have been elaborated considering the Regulations and the existing case law, praxis, que-

tions and problems arising from debates during GoinEu plus seminars and workshops. The project consortium aims at proposing emerging guidelines indicating the sources from which those interpretative paths arise. To this end Guidelines will be divided into the following:

1. Preface: predictability, certainty and flexibility in the application of the Regulations
2. Habitual residence
3. Public policy (*ordre public*)
4. Registered partnership
5. Law governing agreements as to succession and matrimonial or partnership property agreements.

1. *Preface: predictability, certainty and flexibility in the application of the Regulations*

The European Union adopted several Regulations in order to implement the European Union aim of maintaining and developing an area of freedom, security and justice in which the free movement of persons is ensured.

Within the Regulations' contents, measures relating to judicial cooperation in civil matters having cross-border implications have been adopted because they are necessary for the proper functioning of the internal market.

1.1. Paying attention to the compatibility of the rules applicable in the Member States, concerning conflict of laws and of jurisdiction, *Regulation No 650/2012 aims* at letting citizens being able to *organise their succession in advance* in the European area justice. At the same time, it aims at effectively *guaranteeing the rights of heirs and legatees, of other persons close to the deceased and of creditors of the succession*.

1.2. Thanks to the *Regulations 1103 and 1104 of 2016* the EU legislator wants to reach the following objectives: i) *improving the free movement of persons* in the Union, ii) giving the opportunity for *spouses and registered partners to arrange their property relations* in respect of themselves and others during their life as a couple and when liquidating their property.

1.3. The *common goal* of these Regulations is therefore to *avoid contradictory results*. For this reason the law applicable to a suc-

cession, to a matrimonial property regime, or to the partnership property regime should govern that succession or matrimonial/partnership regimes as a whole, irrespective of the nature of the assets and regardless of whether the assets are located in another Member State or in a third state¹.

1.4. Greater *predictability* and *legal certainty* cannot be sufficiently achieved by the Member States, but can rather, by reason of the scale and effects of these Regulations, be better achieved at Union level.

1.5. Nevertheless, in the European area of justice, legal unity must be achieved while *respecting diversities* of the national legal systems (for instance Member States' legal systems, including public policy (*ordre public*), and national traditions in this area).

To this end, in accordance with the principle of proportionality set out in Article 5 of the Treaty on European Union, these Regulations do not go beyond what is necessary in order to achieve those objectives.

Respecting national traditions means also considering that a Regulation can also be the result of an enhanced cooperation. This is the case of Regulations 1103 and 1104 of 2016 that are directly applicable only in Belgium, Bulgaria, the Czech Republic, Germany, Greece, Spain, France, Croatia Italy, Luxembourg, Malta, the Netherlands, Austria, Portugal, Slovenia, Finland and Sweden.

In order to improve flexibility and resilience in respect to the concrete situations, all the Regulations at stake give relevance to *private autonomy*. In other words, the persons involved have the possibility of choosing the law applicable to their succession and matrimonial or partnership property regimes. Nevertheless, the Regulations wording cannot solve all the practical problems/issues deriving from the so called transnational families, not only because of the coordination with the conflict of law provisions but also because of the fragmentation that at the moment characterize the EU Family law.

¹ See recital No 37 of the Regulation No 650/2012; recital No 43 of the Regulation No 1103/2016; recital No 42 of the Regulation No 1104/2016.

These Guidelines taking into account the GoInEu plus project results aim at clarifying the most controversial issues.

2. *Habitual residence*

The ‘habitual residence’ criterion is pivotal in all the three Regulations.

‘Habitual residence’ of the spouses/partners or future spouses/partners, or of one of them, is in fact the *first criterion listed in art 22* (both of Regulation 1103 and 1104 of 2016) according to which the spouses/partners or future *spouses/partners can opt for the applicable law*. Otherwise, they can choose the law of the country of *nationality* and, as for registered partners, also the law of the *country* in which the *partnership* has been *registered*.

1.1 ‘Habitual residence’ is also very important when the partners/spouses or the deceased did *not* made a *choice-of-law agreement* (see respectively art. 26.1 of the Regulation 1103, art 26.2 of Regulation 1104/2016 and art. 21.1 of Regulation No 650/2012). *Regulation No 650/2012* provides as *general connecting factor*, for the purposes of determining both jurisdiction and the applicable law, the *habitual residence of the deceased at the time of death*.

According to *Regulation No 1103/2016*, first common habitual residence after the conclusion of the marriage is the first criterion listed in order to identify the applicable law in the absence of choice by the spouses, the same criterion came into play also for registered partnership in peculiar circumstances (art. 26.2 of Regulation 1104/2016).

Nevertheless, none of the Regulations gives a definition of habitual residence.

Recitals No 23 of the Regulation No 650/2012 give some hints: “In order to determine the habitual residence, the authority dealing with the succession should make an overall assessment of the circumstances of the life of the deceased during the years preceding his death and at the time of his death, taking account of all relevant *factual elements*, in particular the duration and regularity of the deceased’s presence in the State concerned and the conditions and reasons for that presence. The habitual residence thus determined should reveal a close and stable connection with the State concerned...”.

1.2 Reference is made to the European Court of Justice decisions², even if, as far as family law is concerned, a clear definition is still missing.

1.3 Important hints can therefore be deduced by the so called EU ‘Habitual Residence Test’ that should facilitate its application in practice by Member States’ authorities³. The guide refers to specific criteria to be taken into account:

- family status and family ties;
- duration and continuity of presence in the Member State concerned;
- employment situation (in particular the place where such activity is habitually pursued, the stability of the activity, and duration of the contract);
- exercise of a non-remunerated activity;
- in the case of students, the source of their income;
- how permanent a person’s housing situation is;
- the Member State where the person pays taxes;
- reasons for moving to another country;
- the person’s intentions based on all the circumstances and supported by factual evidence.

The complexity of determining habitual residence is taken into account by the Regulations themselves, recital No 24 of the Regulation 650/2012 is explicit in this concern.

A “manifestly closest connection should, however, not be resorted to as a subsidiary connecting factor whenever the determination of the habitual residence of the deceased at the time of death proves complex” (recitals 25 of Regulation No 650/2012).

However, national courts seems to be more acquainted with more stable criteria such as nationality and the *lex rei sitae* for immovable⁴, but the latter criterion is not even explicitly allowed

² The case C-80/19 of the Court of Justice of the European Union is pending and probably some more element will arise concerning habitual residence related to succession. See also Court of Justice of the European Union, case C-20/17, 21 June 2018.

³ The EU ‘habitual resident test’ is available at www.europa.eu/rapid/press-release_IP-14-13_en.htm.

⁴ Tribunale di Salerno (Italy), April 14th, 2018.

according to art. 22 of both Regulation 1103 and Regulation 1104 of 2016.

3. *Public policy* (ordre public)

As far as public policy is concerned, all the three Regulations at stake have the same approach:

“The application of a provision of the law of any State specified by this Regulation may be refused only if such application is manifestly incompatible with the public policy (*ordre public*) of the forum”.

3.1 “However, the *courts* or other competent authorities should not be able to apply the public policy exception in order to set aside the law of another State or to refuse to recognise or, as the case may be, accept or enforce a decision, an authentic instrument or a court settlement from another Member State when doing so would be contrary to the Charter of Fundamental Rights of the European Union (‘Charter’), and in particular *Article 21* thereof on the *principle of non-discrimination*”⁵.

Judicial decisions demonstrate that *cultural mediation* is therefore pivotal in order to avoid discrimination.

Public policy shall be therefore used not to evaluate the validity of a foreign instrument (*kafala*, polygamous marriage and so on) but it shall be used as an exceptions, while *balancing values*. For instance, if the recognition of a polygamous marriage is instrumental to recognise the right to succession of one of the wives, refusing such a recognition will lead to a discrimination. A reasonable balance of

⁵ See art. 35 and recital n. 58 of the Regulation No 650/2012, art. 31 and recital 54 of the Regulation No 1103/2016, and art. 31 and recital 53 of Regulation No 1104/2016. Public policy should be interpreted considering the possible violations of fundamental rights. Spanish and Portuguese case law is, in this respect, very interesting. Compliance with public policy at the international level has a clearly constitutional character linked to the fundamental rights and public freedoms defined, guaranteed and basically shared by the European Constitutions.

See Tribunal Supremo Español, 27 January 1998, 2924 regarding a case of repudiation and Tribunal Supremo Español, 19 June 2008, n. 3054 regarding a case of polygamy; Court of Appeal of Évora, 5 February 2009 where a man left his patrimony to his three children, excluding his wife and the son they had in common.

values is therefore necessary: pluralism is not in itself detrimental to physical and mental development of a person. Actually, polygamous families can be worthy of protection if they intend to contribute to the physical and mental development of each member.

4. *Registered partnership*

According to the principle of proportionality set out in Article 5 of the Treaty on European Union, Regulations do not go beyond what is necessary in order to achieve those objectives. This is the reason why, Regulation No 1103/2016 does not define ‘marriage’, which remains defined by the national laws of the Member States.

Interestingly, *Regulation 1104/2016* gives a definition of registered partnership according to which “‘registered partnership’ means the regime governing the shared life of two people which is provided for in law, the registration of which is mandatory under that law and which fulfils the legal formalities required by that law for its creation”.

Nevertheless, recital No 17 does specify that the definition is “solely for the purpose of this Regulation” and that “[t]he actual substance of the concept should remain defined in the national laws of the Member States”. In fact, nothing in the Regulation “should oblige a Member State whose law does not have the institution of registered partnership to provide for it in its national law”.

4.1 The EU legislator had probably in mind the idea of excluding the *de facto* cohabitation, but actually opened some doubts for the so-called ‘registered cohabitation’ that in some legal system (Italy, for instance) coexists beside registered partnership.

5. *Law governing agreements as to succession and matrimonial or partnership property agreement.*

Concepts such as succession and property regimes can of course have their own domestic and EU disciplines, but, as it is usually the case, they are linked to each other. As a consequence *European rules* not only have to find *harmonization* with the *conflict of law* rules but also among *EU Family law itself*, that, at the moment is fragmented in different regulations.

5.1 *Borderline cases* arise, and probably will arise even more in the judicial practice, when considering the agreements foreseen in the three regulations: i) *agreements as to succession* (art. 3 lett. b) of 650/2012); ii) *matrimonial property agreements* (art. 3 lett. b) of 1103/2016); iii) *partnership property agreements* (art. 3 lett. c) of 1104/2016).

Even if Regulation 650 establishes that questions relating to matrimonial property regimes and property regimes of relationships deemed by the law applicable to such relationships to have comparable effects to marriage are excluded from the application of the Regulation, and even if Regulations 1103 and 1104 shall not apply, among the others matters, to the succession to the estate of a deceased partner, some problems can arise in borderline cases, for instance, a pre-matrimonial agreement with some provisions in case of death. On the other hand, an agreement as to succession can directly or indirectly impact matrimonial/partnership property regimes and the other way around.

The Regulations are quite clear in declaring their scopes, nevertheless borderline issues cannot be avoided and *coordination is not always easy* to reach especially as far as Regulation 650/2012 and 1103/2016 are concerned. Where a choice of law agreement does exist (according to the parties autonomy given by the three Regulations) coordination among them can be reached and the party/ies autonomy shall be respected.

5.2 In the *absence of such a choice of law* such coordination is not easy even if the main connecting factors are the same (habitual residence and nationality). In fact, the *timing* at which the regulation refers can be very different: *the habitual residence at the time of the death*, as prescribed by art. 21.1 of Regulation No 650/2012 is not necessarily the same as the first common habitual residence after the conclusion of the marriage as prescribed by art. 26.1 Regulation No 1103/2016.

5.3 The problem of course can entail also a partnership property agreement with an impact on succession. In absence of a choice of law coordination shall be found between the habitual residence at the time of the death and the law of the State under whose law the registered partnership was created. This is true unless the judicial authority decides that the law of a State (other than the State under

whose law the registered partnership was created) shall govern the property consequences of the registered partnership. This can happen if the law of that other State attaches property consequences to the institution of the registered partnership and if the applicant demonstrates that: (a) the partners had their last common *habitual residence* in that other State for a *significantly long period of time*; and (b) both partners had relied on the law of that other State in arranging or planning their property relations (art. 26.2 of Regulation No 1104/2016).

5.4 In these cases a conventional solution needs to be encouraged. In absence of conventional choices it is possible to propose to use the theory of prevailing nature of the act⁶: if the prevailing nature is *mortis causa*, Regulation 650 will be applied even if there are some effects with regard to matrimonial or partnership property regime.

⁶ See the Italian Cassation Court: Cass. sez. Un. 12th May 2008, n. 11656 on mixed contracts.

AUTHORS

SALVATORE ACETO DI CAPRIGLIA, *Associato di Diritto privato comparato*

Università Parthenope di Napoli, acetodicapriglia@uniparthenope.it

AGNESE ALAMANNI, *PhD in Private Law*

Università di Firenze, a.alamanni@studiolegalealcaro.com

JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH, *Catedrático de Derecho civil*

Universidad de Alicante, j.barcelo@ua.es

ELISABETTA BERGAMINI, *Associate Professor of International Law*

Università di Udine, ebergamini@notariato.it

MARÍA CARMEN CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, *TITULAR (I.) DE-RECHO CIVIL*

Universidad Rey Juan Carlos, carmen.cazorla@urjc.es

FRANCESCA CRISTIANI, *Ricercatore di Diritto privato*

Università di Pisa francesca.cristiani@unipi.it

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, *Catedrático de Derecho civil*

Universidad de Valencia, J.Ramon.de-Verda@uv.es

BEATRIZ FERNANDES, *Doutoranda em Direito, Investigadora Integrada no CEJEA, Universidade Lusíada Norte-Porto*

Universidade de Coimbra, beatriz.fernandes.f@gmail.com

FRANCESCO LA FATA, *Postdoctoral Researcher of Business Law*

Università di Firenze, francesco.lafata@unifi.it

SARA LANDINI, *Associate Professor of Private Law*

Università di Firenze, sara.landini@unifi.it

CATERINA MUGELLI, *Postdoctoral Researcher in Comparative Law*

Università di Firenze, caterina.mugelli@unifi.it

GONZALO MUÑOZ RODRIGO, *Abogado. Doctorando en Derecho civil*
Universidad de Valencia, GONZALO.GONZA95@GMAIL.COM

AFONSO PATRÃO, *Professor Auxiliar da Faculdade de Direito*
Universidade de Coimbra, apatrao@fd.uc.pt

GIOVANNI PERLINGIERI, *Professore Ordinario di Diritto civile*
Università di Roma “La Sapienza”, giovanni.perlingieri@uniroma1.it

CARLA PERNICE, *Researcher of Business Law*
Università della Università della Campania “L. Vanvitelli”, carla.pernice@unicampania.it

MARCO RIZZUTI, *Researcher of Private Law*
Università di Firenze, marco.rizzuti@unifi.it

LUCIA RUGGERI, *Professore Ordinario di Diritto privato*
Università di Camerino, lucia.ruggeri@unicam.it

ISABELLE SAYN, *Directrice de recherche au CNRS, Centre Max Weber (Lyon, France)*
Centre National de la Recherche Scientifique (CNRS), Isabelle.SAYN@cnrs.fr

FABRIZIO VOLPE, *Professore Associato di Diritto privato*
Università di Bari, volpe_fabrizio@libero.it

Nella stessa collana:

1. *Il testamento: fisiologia e patologie*, a cura di Fabrizio Volpe, 2015.
2. Vincenzo Barba, *I patti successorî e il divieto di disposizione della delazione*, 2015.
3. Emanuela Migliaccio, *Funzione e vicende dei legati. Il legato di debito*, 2015.
4. *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, a cura di Gabriele Carapezza Figlia, José Ramón De Verda y Beamonte, Giampaolo Frezza, Pietro Virgadamo, 2016.
5. Giuseppe Recinto, *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, 2016.
6. Stefano Pagliantini, *La c.d. forza di legge del testamento. Itinerari odierni tra regole e principi*, 2016.
7. Maria Porcelli, *Accertamento della filiazione e interesse del minore*, 2016.
8. Matteo Ceolin, *Scopo non lucrativo e struttura degli enti*, 2016.
9. Marco Rizzuti, *Il problema dei rapporti familiari poligamici*, 2016.
10. Ilaria Riva, *Certificato successorio europeo. Tutte le vicende acquisitive*, 2017.
11. *Orientamento sessuale, identità di genere e tutela dei minori. Profili di diritto internazionale e di diritto comparato*, a cura di Berta Esperanza Hernández-Truyol e Roberto Virzo, 2017.
12. Antonio Musto, *Simulazione presuccessoria e tutela dei legittimari*, 2017.
13. Sonia Tullia Barbaro, *La costituzione testamentaria di patrimoni separati*, 2017.
14. *Processo alla famiglia*, a cura di Giuseppe Recinto, 2018.
15. Raffaele Picaro, *Famiglie e genitorialità tra libertà e responsabilità*, 2017.
16. Pasquale Laghi, *La rappresentazione. Profili ricostruttivi e dinamiche applicative*, 2017.
17. Massimo D'Auria, *L'impresa nella famiglia*, 2017.
18. Alessio Valongo, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, 2017.

19. *Nuovi modelli familiari e autonomia negoziale*, a cura di Filippo Romeo, 2018.
20. Gabriele Salvi, *Percorsi giurisprudenziali in tema di omogenitorialità*, 2018.
21. *Nuove sfide del diritto di famiglia. Il ruolo dell'interprete*, a cura di Francesca dell'Anna Misurale e Francesco Giacomo Viterbo, 2018.
22. Filippo Romeo, *Genitori e figli nel quadro del pluralismo familiare*, 2018.
23. Francesca Dell'Anna Misurale, *La casa nelle vicende familiari. Adeguatezza, proporzionalità ed effettività delle tutele*, 2018.
24. Rosanna Pane, *Mutamenti sociali e itinerari del diritto di famiglia*, 2018
25. Marco Tatarano, *Il patto di famiglia tra fattispecie e fiducia*, 2018
26. Antonio Di Fede, *Diritto di famiglia e negozi di convivenza*, 2018.
27. Francesco Sangermano, *La petizione di eredità tra regole e dogmi*, 2019
28. Rosanna Pane, *Le adozioni tra evoluzione storica e prospettive di riforma*, 2019.
29. Rossella Fadda, *I poteri rappresentativi dei coniugi in regime di comunione legale*, 2019.
30. Tania Bortolu, *Dalla «famiglia» alle «famiglie». Note di diritto comparato*, 2019.
31. Salvatore Aceto di Capriglia, *La successione nella partecipazione societaria nel sistema di civil law*, 2019.
32. Alessandro Semprini, *La legittima per equivalente*, 2019.
33. Paolo De Martinis, *La legittima in denaro non ereditario. Per una moderna teoria della commutazione*, 2019.
34. Marianna Rinaldo, *Biotestamento. Il valore della vita «dignitosa» e della libertà personale*, 2020.
35. Claudia Troisi, *Le unioni civili tra nuovi modelli familiari e paradigmi genitoriali*, 2020.
36. Achille Antonio Carrabba, *Disposizioni testamentarie e destinazione*, 2020.
37. Aurora Vesto, *Successione digitale e circolazione di beni online*, 2020.
38. Luca Bardaro, *Persona umana e diritto al nome*, 2020.



LA BUONA STAMPA

Questo volume è stato impresso
nel mese di settembre dell'anno 2020
per le Edizioni Scientifiche Italiane S.p.A., Napoli
Stampato in Italia / Printed in Italy
red.nugnat - ftc.topros

Per informazioni ed acquisti

Edizioni Scientifiche Italiane - via Chiatamone, 7 - 80121 Napoli

Tel. 0817645443 - Fax 0817646477

Internet: www.edizioniesi.it