1
2019

Fondazione Italiana del Notariato

Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p. - Aut.MBPA/LO-NO/095/Abb.Postale/2016 Periodico ROC-LO/VA

BIBLIOTECA DELLA FONDAZIONE ITALIANA DEL NOTARIATO

Rivista semestrale

ISSN 2611-4313

INSIGHTS AND PROPOSALS RELATED TO THE APPLICATION OF THE EUROPEAN SUCCESSION REGULATION 650/2012

A CURA DI SARA LANDINI

GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

BIBLIOTECA DELLA FONDAZIONE ITALIANA DEL NOTARIATO

2019
1

INSIGHTS AND PROPOSALS RELATED TO THE APPLICATION OF THE EUROPEAN SUCCESSION REGULATION 650/2012

GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

Direttore responsabile
Antonio Delfino

Consiglio di Amministrazione

Presidente
Massimo Palazzo

Vice Presidente
Alessandro Corsi

Componenti
Roberto Barone
Lorenza Bullo
Brunella Carriero
Michele Labriola
Roberto Martino

Il Comitato scientifico della rivista coincide con quello della Fondazione

Coordinamento Editoriale
Emanuela Paolucci

Segreteria di redazione
Vally Cappelli

Proprietario
Fondazione Italiana del Notariato
Via Flaminia 160
00196 Roma

GOVERNING INHERITANCE STATUTES AFTER THE ENTRY INTO FORCE OF EU SUCCESSION REGULATION

GoInEU

THIS RESEARCH PAPER IS PART OF THE PROJECT GOINEU - GOVERNING INHERITANCE STATUTES AFTER THE ENTRY INTO FORCE OF EU SUCCESSION REGULATION. 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.

Stampa
Galli Edizioni S.r.l. - Varese

1

2019

Fondazione
Italiana
del Notariato

BIBLIOTECA DELLA FONDAZIONE ITALIANA DEL NOTARIATO

INSIGHTS AND PROPOSALS RELATED TO THE APPLICATION OF THE EUROPEAN SUCCESSION REGULATION 650/2012

A CURA DI SARA LANDINI

GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

EDITORIALE

La Biblioteca della Fondazione italiana del Notariato un progetto culturale vivo ed attuale in una società che cambia

Massimo Palazzo
Presidente Fondazione italiana del Notariato

La *Biblioteca della Fondazione italiana del Notariato* compie un anno.
Quello che oggi licenziamo per la stampa è infatti il terzo fascicolo semestrale che segue i primi due pubblicati nel 2018, rispettivamente intitolati *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari* e *Crisi della legge e produzione privata del diritto*.
Il consiglio di amministrazione della Fondazione giunge in questo anno 2019 alla conclusione del proprio mandato (2016 – 2019) ed in questo triennio molto si è lavorato ad un intenso progetto culturale volto ad un *ripensamento* della funzione notarile nella fase storica contemporanea (o postmoderna), avviatasi con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana (1948) ed ancora in corso.
Alla base del progetto culturale messo in campo dalla Fondazione, in stretta sinergia con il Consiglio nazionale e la Cassa, vi è un messaggio fermo: l'esigenza di un *recupero* per il notaio contemporaneo, intendendo con tale sostantivo "recupero" la necessità di riacquistare/riconquistare una complessità professionale, corrispondente alla complessità sociale determinata da profondi mutamenti e movimenti che hanno solcato la società italiana ed europea negli ultimi decenni.
Basti pensare, a tale riguardo, alla crisi dei tre pilastri sui quali l'Occidente aveva realizzato la sua ricostruzione politica e culturale postbellica: a) la crisi religiosa del cristianesimo in progressiva ritirata di fronte all'offensiva della secolarizzazione; b) la crisi del *Welfare State*; c) la crisi dello statalismo – che non si era incarnato soltanto nella aberrante dittatura fascista, ma che aveva avuto una precisa concretizzazione nello Stato liberal/borghese – il quale, in conseguenza del suo assetto potestativo, si era necessariamente tradotto in legalismo e questo, altrettanto necessariamente, si era tradotto in un angusto

formalismo. Ciò che oggi è in crisi è proprio il carattere potestativo del diritto, il suo essere autorità per essere espressione di un potere.
La crisi ed il superamento dello statalismo, che aveva ridotto ed anchilosato il diritto quale diretta ed esclusiva filiazione dello Stato, ormai trionfalmente elevato al trono di suo unico produttore, attraverso il legislatore o il giudice, ha consentito alla riflessione scientifica più consapevole (Grossi, Lipari) di cogliere ed evidenziare il più significativo tratto identitario del tempo giuridico contemporaneo: lo spostamento dell'asse portante dell'ordinamento giuridico dalla legge alla interpretazione.
La contemporanea teoria delle fonti del diritto, anche alla luce della dottrina della pluralità degli ordinamenti giuridici di Santi Romano e del principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale, riconosce nell'autonomia dei privati una fonte del diritto che nasce dal basso, risultato spontaneo di forze sociali ed organizzazioni, non sovraordinate rispetto ai destinatari delle regole.
Questi ampi mutamenti di paradigma e questi profondi movimenti sociali rendono evidente che il notaio contemporaneo trova oggi il *quid proprium* della sua attività nella partecipazione alla costruzione del diritto vivente, attraverso un'ordinata prassi negoziale che concorre con le regole di fonte legale, per aiutare il Paese a governare i cambiamenti in corso.

Oggi, più che in altre fasi storiche, è viva l'esigenza di un *colloquio* tra le diverse professioni e con l'accademia, ma la facilità di accesso ai materiali e l'ipertrofia informativa rischiano di degenerare in false conoscenze. La Biblioteca della Fondazione risponde quindi all'esigenza di una guida affidabile, dando la parola a qualificati notai, magistrati, avvocati ma anche a teorici del diritto, assicurando la selezione delle informazioni funzionali allo svolgimento dell'attività notarile, la loro classificazione, il loro approfondimento critico nel segno della completezza, avendo i volumi carattere tendenzialmente monografico.
L'indagine sui diversi temi del diritto privato ai quali ciascun volume è dedicato è affidata a saggi destinati ad alimentare una conoscenza consapevole in cui l'elaborazione teorica si premura di non perdere contatto con la dimensione professionale, il sapere tecnico – anche detto sapere fronetico – si scioglie in un ampio orizzonte culturale, in modo da agevolare il riconoscimento del diritto quale parte integrante della vita e della cultura della società contemporanea e del Notariato quale istituzione civile di intermediazione della complessità sociale.

Il progetto culturale elaborato e messo in atto si articola affiancando alla pubblicazione semestrale dei volumi monografici di Biblioteca della Fondazione, una seconda rivista *Biblioteca online della Fondazione*, che ha la forma e la fruibilità di un portale informatico sul quale trovano spazio analisi,

approfondimenti di interesse notarile, gli atti dei convegni promossi e realizzati dalla Fondazione sul territorio nazionale o con modalità telematiche.
Le due riviste – accanto alla convegnistica tradizionale, alla promozione e sviluppo dei rapporti culturali con l'Accademia, la Scuola Superiore della Magistratura, le altre Professioni ordinistiche, insieme al ciclo di seminari "Più vicini alla politica" ed alla partecipazione ai progetti di ricerca co-finanziati dalla Unione Europea – esprimono dunque un messaggio unitario e compatto orientato al recupero dello *status* professionale del notaio quale soggetto compartecipe della costruzione del diritto vivente. Intendendo con il sostantivo compattezza una riflessione che, pur nel suo arricchente divenire, mantiene una perfetta unitarietà, un orientamento metodico e un progetto culturale che puntellano costantemente l'itinerario della ricerca.

Attraverso questa ampia ed articolata offerta culturale, di cui la presente pubblicazione dei risultati della ricerca condotta nell'ambito del progetto europeo "*GoInEU – Governing Inheritance Statutes after the Entry into Force of EU Succession Regulation*" costituisce eloquente esempio, la Fondazione intende proporre non un'astratta operazione intellettuale di descrizione della complessità del diritto in una società globalizzata, ma una meditata chiave di lettura dell'odierno paesaggio giuridico che vede una rinnovata centralità dell'interprete, che deve oggi possedere adeguati strumenti culturali per garantire una ordinata transizione dal primato della legge al primato della prassi. Quando il mare è agitato, è ancor più necessario un timone che non si irrigidisca ma corrisponda con duttile energia alla mobilità delle onde. Quel timone (in latino *gubernum*) può essere in molte vicende l'*Ars notaria* capace di confezionare strumenti negoziali duttili che si prestino a rivestire la pluralità degli interessi dei contraenti ed a disciplinarla senza soffocarla.

Queste modeste riflessioni rendono evidente l'esigenza per il Notariato contemporaneo – se vuole continuare ad adempiere alla propria essenziale funzione di fornire ai privati gli strumenti contrattuali per regolare i propri rapporti in modo adeguato al mutare delle esigenze sociali – del colloquio tra i giuristi in questa fase storica. Solo dal dialogo e dalla capacità di ascolto degli altri possono nascere soluzioni che siano un vantaggio per il Paese e per la intera società civile.
Per l'importanza di questo dialogo siamo grati a tutti coloro che condividono questo progetto e si sobbarcano al gravoso impegno di consentire la pubblicazione della Rivista.

The Biblioteca della Fondazione italiana del Notariato *is celebrating its first anniversary.*

As a matter of fact, we are printing today the first six-monthly instalment, which follows the first two ones published in 2018. The title of the first one was "Agreements in view of the crisis of family relations"*, while the second one's title was* "Crisis of the laws and the private production of law".

The first (2016 – 2019) mandate of the Foundation's Board of Directors expires this year. Over the last three years, we have been working hardly on a comprehensive cultural project aiming at reviewing the role of Notaries in contemporary or post-modern times, which started with the entry into force of the Constitution of the Republic in 1948, and are still ongoing.

The Foundation's cultural project – which we are implementing in close cooperation with the national Council and Cassa Nazionale del Notariato *(the Italian Notaries' Pension Fund) – rests on a clear and strong message: the need for Italian Notaries to recover/reconquer their professional complexity, matching the complexity of society entailed by the deep changes and movements that have been characterizing the Italian and European societies in the last decades.*

Suffice it to think, in this respect, of the crisis of the three pillars based on which the West carried out its post-war political and cultural reconstruction – a) the religious crisis of Christianity, which is progressively backing vis-à-vis the offensive launched by secularization; b) the crisis of the Welfare State; c) the crisis of statism – which was embodied not only in the aberrant fascist dictatorship, but also in some specific traits of the liberal/bourgeois State – which, as a consequence of its potestative setup, necessarily resulted in legalism that, in turn, equally necessarily led to narrow-minded formalism.

What is experiencing a crisis today is, actually, the potestative nature of law, its being an authority to be the expression of power.

The crisis and discarding of statism – which had stiffened law and had had reduced it to become a direct and exclusive offspring of the State, which had triumphally become its only producer, through legislators and judges – allowed the most aware scholars (Grossi, Lipari) to seize and highlight the most significant feature in the identity of contemporary law, that is, the shifting of the backbone of the legal system from law to interpretation.

The contemporary theory of the sources of law – also in the light of Santi Romano's doctrine of the plurality of legal system, and in the light of the horizontal subsidiarity constitutional principle – deems the independence of private actors a bottom-up source of law, a spontaneous result of social forces and organisations, which are not placed at higher levels than the actors targeted by the rules.

Such big paradigm shifts and deep social movements make it obvious that contemporary notary's quid proprium *is his/her activity and participation in the creation of living law, through an orderly contractual and legal transaction practice which, together with rules and regulations, helps the Country to manage ongoing change.*
Nowadays, more than in any other historical period, the need is felt for the various professions and the academia to communicate. *However, easy access to texts and information hypertrophy risk degenerating and producing fake knowledge. Hence, the* Biblioteca della Fondazione italiana del Notariato *meets the need for a reliable guide, by giving the floor to leading notaries, judges, lawyers, and also to legal theorists, and ensuring the selection of the information required by notaries in their practice, the classification of such information, and its comprehensive critical analysis, as the texts published are mostly monographies and essays. Each volume deals with one of the many private law-subjects. The essays aim at promoting awareness and knowledge, with theoretical speculation never encroaching on professional practice; with technical knowledge – so-called phronetic knowledge – dissolving into a wide cultural horizon, thus facilitating recognising law as an integral part of contemporary life, culture, and society, and the notaries as civil intermediation institution of social complexity.*

The cultural project designed and implemented envisages the six-monthly publication of the monographies for the Biblioteca della Fondazione italiana del Notariato, *as well as a second Journal, that is, the* Biblioteca online della Fondazione, *which has the same structure and accessibility as an Internet portal, where texts are published including articles delving into topics of interest for notaries, the proceedings of congresses promoted and organised by the Foundation nationwide, or remotely.*
The two publications – together with traditional congresses, with the promotion and development of cultural relations with the Academia, with Scuola Superiore della Magistratura *(The Judges Training Centre), and with the other professions, as well as with the "Closer to Politics" series of workshops, and together with the participation in research projects co-financed by the European Union, convey a single and unified message aiming at re-establishing the notary's a professional status as an actor that contributes constructing living law. By "unified" we mean an analysis that, although it is always enriching and ongoing, remains unified, with a single method and a within a single cultural project that always underpin research and its pathway.*
Through such wide variety of cultural products – with this deliverable on the

results of the research carried out in the framework of the "GoInEU – Governing Inheritance Statutes after the Entry into Force of EU Succession Regulation" *EU Project being a meaningful example – the Foundation wishes to propose not an abstract intellectual operation describing the complexity of law in a globalized society but, rather, a mediated interpretation of the modern legal landscape, where the actors helping interpreting it play a renewed central role. Such interpreters need to have appropriate cultural skills and instruments to be able to guarantee a smooth transition from the rule of law to the rule of practice.*

*When the sea is rough, it is even more necessary to have a rudder that is not stiff and that, rather, adjusts with flexible energy to the flow of the waves. Such rudder (*gubernum *in Latin) can be in many instances the* Ars notaria*, which is capable of designing ductile contractual instruments, flexible enough to meet the plurality of interests of the contracting parties, by disciplining such plurality of interests without choking it off.*

From the above humble reflections, the need can be inferred for contemporary notaries to talk to jurists at this point in history – if notaries wish to continue playing their essential role as the providers to private actors of the contractual Instruments required to properly regulate their relations, while social needs are continuously changing. Only dialogue and the ability to listen to others can result in win-win solutions for the Country, and for civil society as a whole.
Given the importance of said dialogue, we are grateful to all those who participate in this project and take upon themselves the demanding task of allowing the publication of the Journal.

Introduzione

Sara Landini
Associato di Diritto privato, Università di Firenze

Il presente volume vuole raccogliere contributi intorno alla ricerca svolta all'interno del progetto GoInEU "Governing Inheritance Statutes after the Entry into Force of EU Succession Regulation" finanziato dall'Unione Europea all'interno del Justice Program 2014 – 2020 con l'obiettivo di contribuire alla corretta e coerente applicazione del Regolamento sulle Successioni 650/2012 attraverso attività analitiche e di rafforzamento delle capacità indirizzate agli operatori legali.

I saggi sono stati selezionati tenuto conto dei problemi interpretativo/applicativi emersi durante le riunioni e i seminari svolti all'interno del progetto.

Gli autori hanno partecipato agli incontri o hanno comunque avuto modo di visionare i video e le presentazioni presenti in *open source* su un sito dedicato www.goieneu.eu in modo da consentire, pur nelle diverse prospettive seguite dai differenti autori, una visione unitaria rappresentata dagli obbiettivi specifici del progetto, ovvero: 1. Analizzare l'impatto del Regolamento sulle successioni nel primo anno di implementazione con particolare riferimento a: (i) famiglie di migranti; (ii) modelli di famiglia con gradi diversi di riconoscimento nei Paesi Membri; (iii) relazioni con i nuovi regolamenti sulla famiglia; (iv) successioni interessate da schemi contrattuali "alieni"; (v) *status filiations* costituito all'estero; (vi) eredità di beni digitali; 2. Sensibilizzare i professionisti nella applicazione del regolamento nella loro pratica quotidiana e in situazioni transfrontaliere.

Come noto, il Regolamento UE 650/2012 ha l'obiettivo di promuovere la libertà di movimento dei cittadini europei e il principio dell'intera successione.

A questo scopo, il Regolamento indica la residenza abituale quale principale criterio per risolvere i problemi della successione internazionale. Tuttavia, in considerazione della libertà di movimento, è piuttosto difficile identificare una mappa degli elementi rilevanti: la cittadinanza, il luogo dove sono situati i beni, i rapporti personali, il testamento del defunto.

Da alcune recenti pronunce è evidente che i giudici nazionali tendono a utilizzare principalmente i criteri della cittadinanza e del luogo dove sono situati i beni.

In una causa italiana (Tribunale di Salerno 12.4.2018) in cui un cittadino italiano ha vissuto con sua moglie per un lungo periodo fino alla morte a New York

ma con i beni situati principalmente in Italia, i giudici italiani hanno tenuto in considerazione prima di tutto il fatto che l'uomo non avesse indicato la legge regolatrice della sua successione, in secondo luogo, il fatto che era un cittadino italiano e, per ultimo, il fatto che i suoi beni fossero in effetti situati in Italia, senza considerare il fatto che la sua ultima residenza abituale fosse a New York. Il problema è che il concetto di residenza abituale deve essere determinato sulla base di criteri che devono ancora essere individuati. Il progetto GoInEU ha tentato di offrire una guida su questo tema.

Un altro problema riguarda il ruolo del Certificato Europeo di Successione. Attraverso il certificato gli eredi, i legatari, gli esecutori testamentari o gli amministratori dell'eredità possono far valere la loro qualità ed esercitare i loro diritti in altri Paesi dell'Unione Europea. Il Certificato Successorio Europeo dovrebbe essere automaticamente riconosciuto in tutti i Paesi Membri dell'Unione Europea. Tuttavia questo certificato deve essere inserito nel sistema delle registrazioni e delle certificazioni previste dalle differenti legislazioni nazionali.

La Commissione Europea ha creato un sito web per informare i cittadini sull'applicazione del Regolamento 650/2012. Nel 2014 ha pubblicato una guida pratica sulla determinazione della residenza abituale per aiutare gli Stati membri ad applicare correttamente le norme dell'UE sul coordinamento della sicurezza sociale ai cittadini dell'Unione che si sono trasferiti in un altro Stato membro. La nuova guida chiarisce ulteriormente il criterio della residenza abituale applicato nell'UE e ne facilita l'applicazione pratica da parte delle autorità degli Stati membri (http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-13_en.htm).

La guida ricorda i criteri specifici di cui tener conto per determinare la "residenza abituale" di una persona, vale a dire:

– situazione familiare e legami familiari;
– durata e continuità della presenza sul territorio dello Stato membro interessato;
– situazione relativa all'occupazione (in particolare il luogo in cui è esercitata abitualmente l'attività, il carattere stabile dell'attività e la durata del contratto di lavoro);
– esercizio di un'attività non remunerata;
– per gli studenti, fonte del loro reddito;
– carattere permanente della situazione abitativa dell'interessato;
– Stato membro in cui l'interessato paga le tasse;
– ragioni per le quali egli si sposta;
– volontà dell'interessato sulla base dell'insieme delle circostanze e degli elementi di prova concreti.

In realtà, questi criteri non sembrano essere stati pienamente adottati come dimostra la decisione dei giudici salernitani, ciò significa che sono necessarie una maggiore conoscenza del contenuto del Regolamento e maggiori riscontri da parte dei professionisti al fine di far conoscere al legislatore le revisioni necessarie.
Questo infatti è l'obiettivo del progetto GoInEU.
Il Regolamento dà inoltre rilevanza al testamento del defunto; alcuni notai hanno evidenziato il problema della conoscenza di disposizioni testamentarie rese in Paesi stranieri al fine di attuare il principio della libertà di movimento. Dobbiamo pensare a sistemi integrati di informazioni e alla creazione di reti internazionali fra notai anche per migliorare la diffusione di *best practices*. Da questo punto di vista, il lavoro svolto dal CNUE è certamente molto importante e può portare ad utili soluzioni.
La legislazione europea dà importanza non solo al testamento del defunto, ma anche ai patti successori e ai testamenti congiunti.
L'articolo 3, 1, b) definisce il patto successorio come «l'accordo, anche derivante da testamenti reciproci, che conferisce, modifica o revoca, con o senza corrispettivo, diritti nella successione futura di una o più persone parti dell'accordo». L'articolo 25 dice che tale patto «avente a oggetto la successione di una sola persona è disciplinato, per quanto riguarda l'ammissibilità, la validità sostanziale e gli effetti vincolanti tra le parti, comprese le condizioni di scioglimento, dalla legge che, in forza del presente regolamento, sarebbe stata applicabile alla successione di tale persona se questa fosse deceduta il giorno della conclusione del patto».
Riguardo la scelta della legge nel caso di un patto successorio (art. 3, 1, b) dobbiamo considerare l'articolo 25 combinato con l'articolo 22.
L'articolo 25 dice che «le parti possono scegliere come legge regolatrice del loro patto successorio, per quanto riguarda l'ammissibilità, la validità sostanziale e gli effetti vincolanti tra le parti, comprese le condizioni per il suo scioglimento, la legge che la persona o una delle persone della cui successione si tratta avrebbe potuto scegliere ai sensi dell'articolo 22, alle condizioni ivi indicate».
L'articolo 22 prevede che «una persona può scegliere come legge che regola la sua intera successione la legge dello Stato di cui ha la cittadinanza al momento della scelta o al momento della morte. Una persona con più di una cittadinanza può scegliere la legge di uno qualsiasi degli Stati di cui ha la cittadinanza al momento della scelta o al momento della morte».
Se, dunque, le parti del patto hanno nazionalità diverse, ad esempio una è italiana e l'altra è ungherese, possono scegliere la legge nazionale di uno di loro. Ciò significa che, nel caso specifico, possono scegliere la legge italiana o la legge ungherese.

Questa interpretazione può creare problemi, perché se le parti scelgono la legge ungherese il loro patto sarà valido, ma il resto della successione della parte residente abitualmente in Italia sarà regolata dalla legge italiana che considera il patto successorio nullo. Bisogna dire che, in questo caso, abbiamo un accordo di successione valido per la legge italiana, perché il Regolamento 650/2012 è parte del sistema delle fonti del diritto e noi dobbiamo trovare il modo di superare i problemi burocratici che possono insorgere, come ad esempio quello di ottenere la registrazione dell'accordo successorio da parte del Conservatore dei Registri immobiliari.

Il Regolamento europeo introduce anche il concetto di "testamento congiuntivo" che è «il testamento redatto in un unico documento da due o più persone» (art. 3, c). Si tratta di capire quale disciplina è applicabile a questo atto. Probabilmente, per analogia, la legge applicabile è quella contenuta nell'articolo 25 che riguarda i patti successori anche se esso non è un patto. Potrebbe essere un testamento reciproco costruito seguendo la pianificazione della successione di una persona insieme alla quale un'altra persona vuole condividere certe scelte, in alcuni casi pianificando la successione di entrambi.

Questi sono alcuni dei principali problemi emersi durante i seminari tenuti in Paesi differenti che hanno visto la partecipazione di professionisti provenienti non solo dai Paesi coinvolti nel progetto Italia, Spagna, Portogallo, Francia, Belgio e Ungheria, ma anche da altri Paesi Europei. Confidiamo di aver contribuito a diffondere la conoscenza del Regolamento e a costruire un nuovo modo di pensare i problemi del diritto successorio in una dimensione internazionale, che tenga in considerazione il percorso storico che ha portato alla costruzione della dimensione Europea (P. GROSSI, *L'Europa nel diritto*, Laterza, 2009).

Crediamo anche di aver identificato problemi e lacune che richiedono l'intervento del legislatore europeo e che necessitano di essere messi in relazione con l'applicazione dei Regolamenti UE 1103 e 1104/2016 in materia di regimi patrimoniali tra coniugi ed effetti patrimoniali delle unioni registrate. Questo è il compito del progetto GoInEU plus.

The present volume aims at collecting contributions around the research carried out within the GoInEU project "Governing Inheritance Statutes after the Entry into Force of EU Succession Regulation" founded by the European Union within the Justice Program 2014 – 2020 with the purpose of contributing to the correct and consistent application of the 650/2012 Succession Regulation through analytical and capacity-building activities addressed to legal operators. The essays were selected taking into account the interpretative/applicative problems that emerged during the meetings and seminars held within the project. The authors participated to the meetings or were able to view the videos and presentations in open source on a dedicated site www.goieneu.eu, in order to allow, even in the different perspectives followed by the different authors, a unitary vision represented by the specific objectives of the project, that are: 1. To analyze the impact of the Succession Regulations in the first year of implementation with particular reference to: (i) migrant families; (ii) family models with different degrees of recognition in Member States; (iii) relations with the new family regulations; (iv) successions affected by "alien" contractual schemes; (v) status filiations *established abroad; (vi) inheritance of digital assets; 2. Raise awareness among professionals in the application of the regulation in their daily practice and in cross-border situations.*

As we all know, the EU Regulation 650/2012 aims at promoting the freedom of movement of European Citizens and the principle of succession as whole.

For these purposes, the Regulation indicates "habitual residence" as the main criterion to solve problems of international succession. However, considering freedom of movement, it is quite difficult to identify a map of relevant factors, that may be: citizenship, the location of properties, personal relationships, the will of the "de cuius".

With reference to some recent cases, it is evident that national judges tend to use mainly the criteria of citizenship and the location of properties.

In an Italian leading case (Tribunale di Salerno 12.4.2018) *related to an Italian man who has lived with his wife for a long period until the end of his life in New York, but with properties mainly located in Italy, Italian Judges considered first of all that the man had not expressed any will on the law governing his succession, second of all that he was an Italian citizen, and third of all that his properties were in fact located in Italy, without considering that lately his habitual residence was in New York.*

The problem is that the concept of habitual residence needs to be determined using criteria that have to be identified. The Project GoInEU has tried to provide some guidance to this regard.

Another problem refers to the role of the European Certificate of Succession. This certificate enables heirs, legatees, executors of wills and administrators of the estate to prove their status and exercise their rights in other EU countries. The European Succession Certificate should be automatically recognized in all EU Countries. Nevertheless, this certificate must be placed within the system of registrations and certification of different national laws.
The European Commission dedicated a web site to inform citizens on the application of the Regulation 650/2012. In 2014, the EC created a Practical Guide on the 'Habitual Residence Test' to effectively support Member States applying EU rules on the coordination of social security for EU citizens that have moved to another Member State. The new guide gives more clarity about the EU 'Habitual Residence Test' and should facilitate its application in practice by Member States' authorities (http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-13_en.htm).
The guide recalls the specific criteria to be taken into account to determine a person's place of 'habitual residence' such as:

– 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.

Actually, these criteria do not seem to be fully adopted, as it is shown by the Italian decision. It means that we need more dissemination on the content of the Regulation and to get some valuable feedback from professionals in order to inform policymakers on necessary revisions to be made.
This is in fact the goal of the GoInEU Project.
The Regulation gives also relevance to the will of the deceased, some notaries have highlighted the problem of knowledge of any testamentary provisions left in foreign countries in order to fully implement the principle of freedom of movement. We need to think of integrated information flow systems and the creation of international networks among notaries also to improve the

dissemination of best practices. From this point of view the work undertaken by the CNUE is certainly a great job and can bring useful solutions.
The European law gives relevance not only to the unilater will of the deceased but also to agreements as to succession and to joint wills.
Art. 3, 1, b) defines the agreement as to succession 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». Art. 25 says that such agreement «regarding the succession of one person shall be governed, as regards its admissibility, its substantive validity and its binding effects between the parties, including the conditions for its dissolution, by the law which, under this Regulation, would have been applicable to the succession of that person if he had died on the day on which the agreement was concluded».
About the choice of law in case of an agreement as to succession (art. 3, 1, b) we must consider art. 25 combined with art. 22.
Article 25 says that «the parties may choose as the law to govern their agreement as to succession, as regards its admissibility, its substantive validity and its binding effects between the parties, including the conditions for its dissolution, the law which the person or one of the persons whose estate is involved could have chosen in accordance with Article 22 on the conditions set out therein». Article 22 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. A person possessing multiple nationalities may choose the law of any of the States whose nationality he possesses at the time of making the choice or at the time of death».
So if the parties of the agreement have different nationalities (for instance one is Italian and the other is Hungarian) they can choose the national law of one of them. It means that in the present case they can choose the Italian law or the Hungarian law.
This interpretation can create problems because if they choose the Hungarian nationality their agreement will be valid, but the rest of the succession of the Italian party will be regulated according to Italian law, which considers that agreement as to succession null. We must say that in this case we have a succession agreement valid according to the Italian law because the Regulation 650/2012 is part of Italian Sources of Law and we have to find the way to overcome burocracy problems, which could come, like to obtain the registration of such agreement in front to the Italian Officer of the register of Immoveable goods.

The European Regulation also introduces the concept of Joint will that means a «will be drawn up in one instrument by two or more persons» ex art. 3, c. It is a question of understanding which discipline is applicable to this act. Probably, by analogy, the applicable rule is that contained in art. 25 concerning agreements as to succession even if it is not an agreement. It could be a mutual will, a will built following a planning of one's succession, together with another person with whom you want to share certain choices, in some cases planning the succession of both.

These are some of the main problems that emerged during the seminars we held in the different countries that saw the participation of professionals coming not only from the countries involved (Italy, Spain, Portugal, France, Belgium, Hungary) but also from other European countries. We are confident that we have contributed to spreading the knowledge of the Regulation and to building a new way of thinking about the problems of succession law in an international dimension that takes into account the historical path that built it (P. GROSSI, *L'Europa nel dirtto*, Laterza, 2009).

We also believe we have identified the problems and gaps requiring the intervention of the European legislator. Of course they need to be related to the application of the EU Regulations 1103 and 1104/2016 in matters of matrimonial property regimes and property consequences of registered partnerships. This is the task of the GoInEU plus project.

Indice

AFONSO PATRÃO
Problemas práticos na aplicação do Regulamento Europeu das Sucessões 17

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
PEDRO CHAPARRO MATAMOROS
La recepción de la kafala *en España: especial mención a la* kafala *marroquí* 43

MARCO RIZZUTI
Posthumous assisted reproduction and transnational successions 65

GUILLERMO PALAO MORENO
El Reglamento europeo de sucesiones en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 79

JOSÉ LUIS IGLESIAS BUIGUES
CARMEN AZCÁRRAGA MONZONÍS
El régimen de las sucesiones internacionales en Europa: el Reglamento UE 650/2012 99

MARÍA DE LOS REYES SÁNCHEZ MORENO
El Reglamento de Sucesiones y el notario europeo 129

JOSEFINA ALVENTOSA DEL RÍO
Derechos sucesorios de los cónyuges del mismo sexo en España. Reconocimiento en la UE 149

ERIC FONGARO
Règlement "successions" et pratique notariale 183

JOSÉ NIETO SÁNCHEZ
Cuestiones sobre el ámbito de aplicación del Reglamento UE 650/2012 217

ZOÉ ANCEL-LIOGER
MOUNIA EL BAHJA
Cas pratique franco-marocain. Illustration du Règlement de la succession franco-marocaine d'un ressortissant français converti à la religion musulmane 247

CARLA PERNICE
Life insurance, mortis causa *contract and application of the Regulation EU 650/2012* 253

ORNELLA FERACI
The last habitual residence of the deceased: potentials and challenges 273

SANDRA PASSINHAS
A sucessão legitimária em Portugal e a excepção de ordem pública internacional: breves considerações 295

FRANCESCO PAOLO PATTI
FRANCESCA BARTOLINI
Digital identity and post mortem *protection: the case of social networks* 315

GIANNI BALDINI
Disposizioni anticipate di trattamento e successioni trasnazionali 331

STEFANO DORIGO
Is Regulation EU 650/2012 really irrelevant for national inheritance taxes? The case of Italy 353

LUCA ETTORE PERRIELLO
Succession agreements and public policy within EU Regulation 650/2012 371

ISABELLA MARTONE
The concept of habitual residence in Italian jurisprudence 405

ALESSANDRO CIATTI CÀIMI
Verso la riforma degli acquisti dall'erede apparente? 429

Problemas práticos na aplicação do Regulamento Europeu das Sucessões

Determinação da residência habitual por autoridades extrajudiciais; reenvio para a lei de um Estado-Membro; mobilização da cláusula de excepção

Afonso Patrão
Professor Auxiliar, Doutor em Direito, Universidade de Coimbra

Uma vez em vigor, o Regulamento Europeu das Sucessões suscitou imediatamente dificuldades práticas na sua aplicação.
Seleccionámos aquelas que surgem com maior frequência: a concretização do elemento de conexão por parte de autoridades extrajudiciais, que não dispõem do aparelho de produção de prova inerente ao funcionamento dos tribunais; a posição do Regulamento em sede de reenvio quando a *lex domicilii* remeta para lei de um Estado-Membro através de uma posição favorável à devolução; e a suficiência do circunstancialismo típico da emigração tradicional portuguesa (residente no estrangeiro, mas com a maioria do património em Portugal e com expectativa de regresso ao fim da sua actividade laboral) como habilitante da mobilização da cláusula de excepção contida no n.º 2 do artigo 21.º do Regulamento (iii).

After its entry into force, the new European Succession Regulation gave rise to difficulties in its application, mainly within the areas where the new rules brought different solutions.
In this article, we deal with the most frequent practical issues within the Portuguese case-law: determination of habitual residence by extrajudicial authorities, who do not have the same tools of courts in evidenciary discussions; the interpretation of the Regulations' rule on renvoi, when lex domicilii refers to the law a Member State; and the possibility of invoking the escape clause of article 21(2) in ascertain the applicable law to the traditional Portuguese migrant (resident abroad, but with the majority of the Portuguese heritage and with the expectation of returning to the end of his or her work).

Dalla sua entrata in vigore, il Regolamento Europeo sulle Successioni transfrontaliere pone difficoltà attuative, segnatamente negli ambiti per i quali le nuove disposizioni prevedono soluzioni diverse.
Nel presente articolo si prendono in esame le questioni pratiche che più di frequente vengono affrontate dalla giurisprudenza portoghese: la determinazione della residenza abituale da parte di autorità responsabili della risoluzione extragiudiziale delle controversie, che non dispongono degli stessi strumenti dei tribunali in sede di discussione delle evidenze; l'interpretazione delle disposizioni del Regolamento in materia di rinvio, nei casi in cui la lex domicilii fa riferimento alla legge di uno Stato Membro; e la possibilità di invocare la "clausola di salvaguardia" di cui all'articolo 21(2) ai fini della individuazione della legge applicabile al tipico emigrante portoghese (residente all'estero ma con un radicato patrimonio culturale portoghese ed intenzionato a tornare nel Paese una volta terminata l'attività lavorativa).

Resumo: 1. Introdução. – 2. A concretização extrajudicial da residência habitual. – 3. O reenvio para a lei de um Estado-Membro. – 4. A cláusula de excepção e a emigração tradicional portuguesa. – 5. Conclusões.

1. Introdução

Uma vez em vigor, o novo direito internacional privado das sucessões[1] não tardou em suscitar dificuldades na sua aplicação. Na verdade, a busca do sentido exacto de cada comando conflitual depende, necessariamente, da luz do caso e da eventual interpretação final do Tribunal de Justiça, no uso da sua competência prejudicial.
Em Portugal, os primeiros problemas concitados ligaram-se, como era previsível, à mobilização das regras que constituem opções inovadoras em face do regime conflitual anterior. Seleccionámos aquelas que, da prática judiciária[2], surgem

[1] 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.
[2] No ordenamento jurídico português, uma parte importante das acções sucessórias não corre nos tribunais, face à desjudicialização do processo de inventário (Lei n. 23/2013, de 5 de Março), que transferiu a competência da sua tramitação para os notários, reservando-se aos tribunais a homologação da decisão de partilha. Nestes termos, muitos dos problemas práticos colocam-se *extrajudicialmente*, ainda que a propósito de litígios.

com maior frequência: a concretização do elemento de conexão por parte de autoridades extrajudiciais, que não dispõem do aparelho de produção de prova inerente ao funcionamento dos tribunais (i); a posição do Regulamento em sede de reenvio quando a *lex domicilii* remeta para lei de um Estado-Membro através de uma posição favorável à devolução (ii); e a suficiência do circunstancialismo típico da emigração tradicional portuguesa (residente no estrangeiro, mas com a maioria do património em Portugal e com expectativa de regresso ao fim da sua actividade laboral) como habilitante da mobilização da cláusula de excepção contida no n.º 2 do artigo 21.º do Regulamento (iii).

No presente trabalho – e enquanto não forem colocadas ao Tribunal de Justiça questões prejudiciais que elucidem os órgãos aplicadores do direito quanto à interpretação das normas do Regulamento[3] – visamos ensaiar tentativas de solução dos problemas suscitados, propondo soluções que nos parecem adequadas aos objectivos e ao sentido do Regulamento Europeu das Sucessões.

2. A concretização extrajudicial da residência habitual

Face ao direito internacional privado anterior, a conexão eleita pelo legislador europeu – *residência habitual no momento da morte* – tem natureza *factual*, carecendo de ser concretizada e provada pelo julgador e podendo, por isso, ser controvertida[4]. A opção conflitual pela *residência habitual*[5], enquanto conceito

[3] Será, porventura, uma questão de tempo até o Tribunal de Justiça da União Europeia, no exercício da sua competência prejudicial, precisar a interpretação e o sentido do Regulamento de modo a solucionar as questões que aqui anunciamos. Até à data, porém, a jurisprudência do Luxemburgo apenas incidiu sobre a abrangência do legado vindicatório pela *lex successionis* e sua interferência com a lei reguladora dos direitos reais (Acórdão do TJUE de 12 de Outubro de 2017, proc. C-218/16, *Kubicka*), a qualificação sucessória de uma norma de direito alemão relativa às consequências patrimoniais da morte do cônjuge (Acórdão do TJUE de 1 de Março de 2018, proc. C-558/16, *Mahnkopf*), a competência para emissão de certificados sucessórios nacionais por órgãos jurisdicionais nacionais incompetentes por força do Regulamento (Acórdão do TJUE de 21 de Junho de 2018, C-20/17, *Oberle*) e a obrigatoriedade dos formulários previstos para requisição da emissão de um Certificado Sucessório Europeu (Acórdão do TJUE de 17 de Janeiro de 2019, proc. C-102/2018, *Brisch*).

[4] É conhecida a distinção, do ponto de vista conflitual, entre o elemento de conexão *domicílio e residência habitual*: o primeiro tem natureza *jurídica*, pressupondo a aplicação de dados normativos retirados a uma certa lei; ao invés, a *residência habitual* materializa uma conexão fáctica, que depende do apuramento dos dados da causa. Cfr. J. B. MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 1999, 59 e 80-81; L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, *Introdução e Direito de Conflitos – Parte Geral*, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2014, 447; I. DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito Internacional Privado*

desligado de qualquer instituto de direito substantivo nacional e vinculado a uma situação *de facto* que não carece do recurso a dados normativos, pode gerar específicas dificuldades no domínio sucessório pelo facto de muitos actos estarem *exclusivamente cometidos a autoridades extrajudiciais* que, na sua função habitual, não são chamados a provar factos controvertidos.

– *Lições*, vol. II, Associação Académica da Faculdade de Direito, Lisboa, 1958, 23; A. BONOMI, *Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni*, em *Riv. dir. int. priv. proc.*, vol. XLVI, n. 4, 2010, 875-914, 885.

[5] A eleição do critério *residência habitual* no domínio sucessório (em detrimento da nacionalidade), materializando uma tendência clara do direito internacional privado em matérias de estatuto pessoal, justifica-se por uma miríade de razões. Desde logo, funda-se na promoção da integração europeia, pois estimula a integração no país de destino, realizando a liberdade de circulação de pessoas, reforçando a pertença à União Europeia mais do que ao país de origem; ademais, assenta na convicção de que, quando o país da residência seja diferente do da nacionalidade, aquele critério espelhará melhor o centro de vida do *de cujus*, pois será usualmente o local onde estarão concentrados os interesses pessoais e patrimoniais do autor da sucessão, bem como a maior parte dos seus credores; em terceiro lugar, confere algum papel à autonomia privada, já que a escolha de uma residência é, em regra, um acto voluntário; ademais, sobreleva o interesse da coincidência *forum-ius*, já que a competência jurisdicional é primordialmente orientada por tal critério (arts. 4.ss), visando a diminuição do número de casos em que é necessário aplicar lei estrangeira; por fim, evita-se a necessidade de solução da plurinacionalidade, cuja tradicional prevalência da cidadania do foro faz perigar a uniformidade de soluções. Cfr. o que dissemos nos trabalhos "Regulamento Europeu das Sucessões – Inovações e Desafios", *Atualidade e tendências na cooperação judiciária civil e comercial*, Direção-Geral da Política de Justiça, Lisboa, 2016, 15-19, 16, e *A «adaptação» dos direitos reais no Regulamento Europeu das Sucessões*, em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XLCII, Tomo I, 2016, 121-168, 135, e, ainda R. MOURA RAMOS, *O Direito Internacional Privado das Sucessões na União Europeia. Primeiras Reflexões*, em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 89, tomo I, 2013, 69-114, 88; J. GOMES DE ALMEIDA, *Direito de Conflitos Sucessórios: alguns problemas*, Almedina, Coimbra, 2012, 57 ss., e *Apontamentos sobre o novo direito de conflitos sucessório*, em *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 2014-II, 2014, 27-52, 38); A. BONOMI, *Prime considerazioni sulla proposta …*, cit., 882 ss. A. DAVÌ – A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione europea*, em *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n. 2, 2013, 5-139, 29; A. DUTTA, *Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation*, em *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 73, n. 3, 2009, 547-606, 564 ss.; R. HAUSMANN, *Community Instrument on International Successions and Wills*, em *Le Nuove Competenze Comunitarie*, ed. M.C. Baruffi – R. Cafari Panico, Milão, 2009, 149-169, 158; P. KINDLER, *La legge regolatrice delle successioni nella proposta di Regolamento dell'Unione europea: qualche riflessione in tema di caratere universale, rinvio e* professio iuris, em *Riv. dir. int.*, vol. XCIV, n. 2, 2011, 422-432, 426; R. LAFUENTE SÁNCHEZ, *Hacia un sistema unitario europeo en materia de ley aplicable a las sucesiones internacionales*, em *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n. 2, 2013, 350-370, 356; 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,*

Entendamo-nos. Pretendendo os herdeiros habilitar-se para gerir a massa da herança, são remetidos, necessariamente, à intervenção de autoridades extrajudiciais: as habilitações são tituladas por notário ou conservador perante declarações de ciência de pessoas "*dignas de crédito*" e instruídas por documentos legalmente indicados[6]. Ora dependendo a determinação dos herdeiros da identificação da *lex successionis* (art. 23º do Regulamento)[7], perante uma relação sucessória plurilocalizada em que o *de cujus* não tenha designado a lei aplicável, caberá ao oficial público encontrar a *residência habitual* do autor da sucessão ao tempo da morte para designar os herdeiros. Não aqui está em causa o conceito jurídico de domicílio, mas a materialização do conceito de *residência habitual*, sujeito a uma interpretação autónoma (de modo a garantir a uniformidade aplicativa do Regulamento)[8] e tendo por critérios os elementos a que se referem os Considerando n.os 23 e 24[9]. O que redundará, assim, no

recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of the European certificate of succession, em *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 74, n. 3, 2010, 522-720, 604; F. TROMBETTA-PANIGADI, *Osservazioni sulla futura disciplina comunitaria in materia di successioni per causa di morte*, em *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato – Liber Fausto Pocar,* ed. G. Venturini – S. Bariatti, Milão, 2009, 951-966, 955; A.L. CALVO CARAVACA, Article 21, *The EU Succession Regulation – A Commentary*, ed. A.L. Calvo Caracava, A. Davì e H.P. Mansel, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, 298-322, 312; M. PFEIFFER, *Legal certainty and predictability in international succession law*, em *Journal of Private International Law*, vol. 12, n. 3, 2016, 566-586, 572.

[6] Cfr. artigos 83 a 86 do Código do Notariado e art. 210 e seguintes do Código do Registo Civil.

[7] A qual tem de ser determinada oficiosamente pelo Notário ou Conservador, ainda que possa o respectivo conteúdo ser solicitado aos interessados – cfr. art. 85, n. 2 do Código do Notariado.

[8] Na verdade, o conceito jurídico de *domicílio* varia consideravelmente entre as várias ordens jurídicas. Em consequência, o propósito da uniformidade aplicativa do Regulamento aconselhou a adopção de um elemento de conexão de natureza factual. Cfr. J. GOMES DE ALMEIDA, *Apontamentos sobre o novo direito …*, cit., 38; J.T. RAMOS PEREIRA, *Competência em matéria sucessória – novas regras de sucessão internacional por morte*, em *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 2014-II, 2014, 11-26, 15; P. LAGARDE, *Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions*, em *Revue Critique de Droit International Privé,* vol. 101, n. 4, 2012, 691-732, 699; P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Las sucesiones internacionales y su régimen jurídico*, em *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n. 22 (Janeiro-Junho de 2012), 2012, 67-98, 75; A. BONOMI – P. WAUTELET, *El Derecho europeo de sucesiones,* adaptado ao direito espanhol por Santiago Álvarez González, Marta Requejo Isidro et. al., Aranzadi, Navarra, 2015, 156; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial*, em *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, n. 1, 2014, 5-44, 26; A. DAVÌ – A. ZANOBETTI, I*l nuovo diritto internazionale privato* ..., cit., 32; A. DUTTA, *Succession and Wills in the Conflict* ..., cit., 566; R. LAFUENTE SÁNCHEZ, *Hacia un sistema unitario europeo* ..., cit., 318.

[9] O Regulamento não define *residência habitual*, embora forneça, nos Considerandos n.s 23 e 24,

estabelecimento do local em que o falecido tinha o seu *centro de vida*, com estabilidade e permanência suficientes, com base nas suas circunstâncias de vida[10].

Se, no regime de fonte interna, era razoavelmente simples demonstrar ao

---

indicações para a sua determinação: «A fim de determinar a residência habitual, a autoridade que trata da sucessão deverá proceder a uma avaliação global das circunstâncias da vida do falecido durante os anos anteriores ao óbito e no momento do óbito, tendo em conta todos os elementos factuais pertinentes, em particular a duração e a regularidade da permanência do falecido no Estado em causa, bem como as condições e as razões dessa permanência. A residência habitual assim determinada deverá revelar uma relação estreita e estável com o Estado em causa tendo em conta os objectivos específicos do presente regulamento». Cfr. A. BONOMI, *Il Regolamento Europeo sulle successioni*, em *Riv. dir. int. priv. proc.*, vol. XLIX, n. 2, 2013, 293-324, 299; A. DAVÌ – A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato ...*, cit., 32; F. WILKE, *Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung*, em *Recht der Internationalen Wirtschaft*, ano 58, n. 9, 2012, 601-609, 6; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El concepto de residencia habitual del causante en el Reglamento Sucesorio Europeo*, em *Barataria – Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, n. 19, 2015, 15-35, 19.

[10] Com efeito, como sublinha J. GOMES DE ALMEIDA (*Apontamentos sobre o novo direito…*, cit., 39), o apelo à duração, regularidade, condições e razões da permanência de um sujeito em certo Estado (Considerando n. 23) parece fazer apelo à ideia de *centro de vida* do autor da sucessão, levando consideração, por isso, o centro dos seus interesses como critério indiciário, em termos próximos daqueles que foram fixados pelo Tribunal de Justiça no Acórdão de 25 de Outubro de 2011, processos apensos C-509/09 e C-161/10, *eDate Advertising* n. 49, a propósito do Regulamento Bruxelas I: «o lugar onde uma pessoa tem o centro dos seus interesses corresponde em geral à sua residência habitual».

Ainda assim, o Regulamento parece dar um sinal claro que os elementos mais relevantes indiciadores desta ligação ao Estado são de natureza pessoal e social, prevalecendo sobre os profissionais quando apontem para países diferentes: «Poderá ser esse o caso, em particular, quando o falecido, por razões profissionais ou económicas, tenha ido viver para o estrangeiro a fim de aí trabalhar, por vezes por um longo período, mas tenha mantido uma relação estreita e estável com o seu Estado de origem. Nesse caso, o falecido poderá, em função das circunstâncias, ser considerado como tendo ainda a sua residência habitual no Estado de origem, no qual se situavam o centro de interesses da sua família e a sua vida social». (Considerando n. 24; sublinhado nosso). Em sentido convergente, cfr. J. GOMES DE ALMEIDA, *Direito de Conflitos …*, cit., 83; J.T. RAMOS PEREIRA, *Competência em matéria sucessória ...*, cit., 16; P. LAGARDE, *Les principes de base du nouveau règlement europée …*, cit., 699, e *Présentation Générale*, em *Droit européen des succéssions internationales – Le règlement du 4 juillet 2012*, ed. Georges Khairallah e Mariel Revillard, Defrénois, Paris, 2013, 5-16, 11; A. BONOMI – P. WAUTELET, *El Derecho europeo de sucesiones*, cit., 157 e 158; A. BONOMI, *Il Regolamento Europeo sulle successioni*, cit., 299; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Reglamento sucesorio europeo ...*, cit., 27, e *El concepto de residencia habitual ...*, cit., 21; F. WILKE, *Das internationale …*, cit., 60; M. GREESKE, *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung*, Peter Lang, 2014, 56.

Deve ainda sublinhar-se que a interpretação autónoma do conceito de *residência habitual* implica que este haja de ser determinado tendo em conta as específicas finalidades do Regulamento, podendo o sentido de *residência* enunciado a propósito de outro acto europeu possa não ser

oficial público qual a nacionalidade do *de cujus*, sobretudo através de suporte documental, o mesmo não sucede com a residência habitua[11].

Desde logo, são conjecturáveis situações em que não é clara a localização do centro de vida do interessado: pense-se em alguém que trabalha no Estado A mas deixou cônjuge e filhos no Estado B, onde vai todos os fins de semana e férias; ou nos casos em que o interessado passa metade do ano num país e outra metade noutro. Para estes casos, o Regulamento (Considerandos n.os 23 e 24) sugere critérios e ferramentas para determinação da *residência habitual*, pelo que parece ser necessário ao notário ou ao conservador – chamado a exarar uma escritura de habilitação ou a intervir em procedimento simplificado de habilitação – apurar o local em que o autor da sucessão tinha o seu *centro de vida*, porventura relevando aspectos próprios das circunstâncias da sua vida (laços familiares e sociais, existência de habitação, localização do património, local de trabalho, escola dos filhos, conta bancária que mobilizava regularmente ou mesmo o país em que cortava o cabelo, ia ao médico ou tinha os animais domésticos)[12].

---

transponível. Foi, aliás, isso mesmo que o Juiz do Luxemburgo decidiu quanto ao conceito de residência do Regulamento Bruxelas II-*bis*, rejeitando a utilização de conceitos já determinados noutros domínios na sua densificação: a «jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa ao conceito de residência habitual noutros domínios do direito da União Europeia ... não pode ser directamente aplicada» (Acórdão de 2 de Abril de 2009, proc. C-523/07, A., n. 36). Cfr. P. LAGARDE, *Applicable Law*, em *EU Regulation on Succession and Wills*, ed. Ulf Bergquist, et al., Otto Schmidt – Sellier, Köln, 2015, 119-182, 122; A. BONOMI – P. WAUTELET, *El Derecho europeo de sucesiones*, cit., 155; A. BONOMI, *Prime considerazioni sulla proposta …*, cit., 886; M. PFEIFFER, *Legal certainty and predictability …*, cit., 574.

[11] Neste sentido, P. LAGARDE, *Les principes de base du nouveau règlement europée …*, cit., 698; G. KHAIRALLAH, *La détermination de la loi applicable à la succession*, em *Droit européen des succéssions internationales ...*, cit., 57-65, 50; T. BALLARINO, *Il nuovo regolamento europeo sulle successioni*, em *Riv. dir. int*., vol. XCVI, n. 4, 2013, 1116-1145, 1121; P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Las sucesiones internacionales …*, cit., 81; A. BONOMI – P. WAUTELET, *El Derecho europeo de sucesiones*, cit., 160 e 247; A. BONOMI, *Prime considerazioni sulla proposta …*, cit., 885, e *Successions Internationales: conflit de lois et de juridictions*, em *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 350, 2010, 71-418, 184; A. DAVÌ – A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato ...*, cit., 29; A. DUTTA, *Succession and Wills in the Conflict ...*, cit., 568; E. LEIN, *A Further Step Towards a European Code of Private International Law – The Commission Proposal for a Regulation in Succession*, em *Yearbook of Private International Law*, vol. 11, 2009, 107-141, 128; I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, *La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento UE 650/2012*, em *InDret - Revista para el Análisis del Derecho*, n. 2, 2013, 1-58, 15; M. PFEIFFER, *Legal certainty and predictability …*, cit., 573. Efectivamente, a maior facilidade de prova é justamente um dos argumentos que militam a favor da conexão *nacionalidade* face àquela que foi designada pelo legislador comunitário – J. GOMES DE ALMEIDA, *Direito de Conflitos …*, cit., 60.

[12] Cfr. M. PFEIFFER, *Legal certainty and predictability …*, cit., 573 («*practitioners will have*

Ora, cabendo a notário ou conservador determinar o país da *residência habitual do autor da sucessão ao tempo da morte* – com extrema importância para a actuação do Regulamento[13] –, como pode o elemento de conexão ser concretizado quando, legalmente, apenas é admitido ao notário e ao conservador o acesso a prova documental e às declarações de ciência que lhe são prestadas[14]?

A questão pode complicar-se se, para habilitação, forem entregues documentos que certifiquem uma última residência distinta daquela que os declarantes asseguram ter sido a *residência habitual do falecido ao tempo da morte*[15]. Ou, mesmo, quando os declarantes atestam informações contraditórias, indicando residências distintas. Isto é, a concretização *extrajudicial* da *residência habitual* parece envolver dificuldades que vão para além dos casos de difícil determinação (em sentido próprio) da residência.

O problema não é menor se, numa sucessão com contactos com mais de um Estado-Membro, for solicitada a emissão de um *Certificado Sucessório Europeu*. Com efeito, tendo a competência para emissão do certificado sido confiada, em Portugal, aos Conservadores, estes devem determinar a residência do *de cujus* através dos poderes que a lei lhes conferir para essa indagação. A que acresce o facto de, para este efeito, a sua própria competência para a emissão do

to turn into detectives to determine the habitual residence of the deceased that they probably never met»); P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Las sucesiones internacionales …*, cit., 82 («*A tal fin, entre las diligencias a practicar por el notario sobre tal circunstancia serán de gran utilidad las declaraciones no sólo de testigos, sino también de quienes puedan ser los llamados a la sucesión*»); A. DAVÌ – A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato ...*, cit., 34 («*l'accertamento della residenza abituale si fondi sempre sulla valutazione concreta delle circostanze di fatto*»); R. LAFUENTE SÁNCHEZ, *Hacia un sistema unitario europeo ...*, cit., 357; A.L. CALVO CARAVACA, *Article 21*, cit., 304; KLAUS SCHURIG, *Das internationale Erbrecht wird europäisch – Bemerkungen zur kommenden Europäischen Verordnung*, em *Festschrift für Ulrich Spellenberg*, ed. Jörn Bernreuther, et al., Sellier European Law Publishers, München, 2010, 343-353, 346. Alguma doutrina dá ainda relevância à «*fluency in the language of the country, the existence of a network of friends and local acquaintances and participation as an active member of an association are considered as evidence of integration into the host State*» (cfr. C. CARAVACA, *ibidem*).

[13] Neste sentido, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Reglamento sucesorio europeo ...*, cit., 26: «La responsabilidad notarial en dicha tarea es relevante. En efecto, la precisión del Estado donde el causante tiene su residencia habitual en el momento de su fallecimiento constituye una cuestión de extrema importancia para el correcto funcionamiento del entero sistema de competencia judicial internacional del Reglamento UE 650/2012».

[14] Cfr. artigos 83 e 85 do Código do Notariado e artigos 210-O e 211 do Código do Registo Civil.

[15] Pense-se, por exemplo, numa certidão narrativa do assento de óbito de cidadão português que atesta ter o autor da sucessão residência em Portugal, embora os declarantes garantam que o *de cujus* residia em França. Com efeito, nos termos do art. 201, n. 1, alínea a) do Código do Registo Civil, o assento de óbito indica a última residência habitual do falecido.

certificado estar, via de regra, associada ao apuramento da *residência habitual* do autor da sucessão ao tempo da morte[16] – razão pela qual a determinação do país da residência é *duplamente relevante* (dela dependendo não só a lei aplicável como a competência para a emissão do certificado).

A dificuldade não será insolúvel.

Desde logo, se é cometido ao oficial público o dever de proceder a uma «avaliação global das circunstâncias da vida do falecido durante os anos anteriores ao óbito e no momento do óbito, tendo em conta todos os elementos factuais pertinentes, em particular a duração e a regularidade da permanência do falecido no Estado em causa, bem como as condições e as razões dessa permanência»[17], o Regulamento é incompatível com a concretização mecânica da *residência habitual* com base em certo documento. Pelo contrário, o oficial público é chamado a utilizar todos os meios legalmente ao seu dispor para determinar a *residência habitual*. E a lei portuguesa não se opõe a esta operação: a habilitação tem por base *declarações de pessoas dignas de crédito*, o que parece permitir alguma latitude decisória perante testemunhos contraditórios.

A isto se adita o facto de não ser determinante a apresentação de uma certidão narrativa do assento de óbito que indique certa morada como *residência habitual*. Por um lado, porque a certidão prova somente o *facto sujeito a registo* (o óbito), e não os demais elementos identificativos do falecido[18]. Por outro, porque mesmo que assim não fosse, a referência à *residência habitual*, no assento de óbito, constitui apenas mais um elemento distintivo da identificação do falecido; ora, perante uma sucessão plurilocalizada, coloca-se, como atividade *prévia* à elaboração do título, a determinação da lei aplicável, pelo que a identificação da *residência habitual* intercede a título de *elemento de conexão* cuja concretização cabe à autoridade que trata da sucessão. Por fim, porque o conceito de *residência habitual* para efeitos do Regulamento é *autónomo*, não coincidindo necessariamente com aquele que preside, na lei portuguesa, à redacção do assento de óbito.

É neste contexto que se impõe à autoridade extrajudicial um apuramento da *residência habitual*, que não deve ater-se ao conteúdo revelado pelo assento de óbito. Actividade essa que pode e deve ser confrontada com os documentos que

[16] Com efeito, nos termos do artigo 64.º, a competência para emitir o Certificado Sucessório Europeu está atribuída exclusivamente às autoridades do Estado-Membro cujos tribunais são competentes para as acções sucessórias. Ora, a residência habitual do autor da sucessão constitui, como é sabido, o elemento de conexão principal também para a competência jurisdicional (art. 4.º).

[17] Cfr. Considerando n.º 23 do Regulamento.

[18] Cfr. art. 211.º do Código do Registo Civil.

servem de base ao título mas que, atenta a função e relevância que desempenha para a fixação do direito material a mobilizar, pode exigir um esforço probatório próprio, que não se confunde com a base probatória legalmente prevista para a tipologia de atos em causa. Com efeito, nada impede que a autoridade que trata da sucessão, por colaboração dos declarantes ou dos interessados, sustente a sua convicção em suporte documental que reforce a credibilidade das declarações (documentos relativos à matrícula numa instituição de ensino; à situação laboral, etc.). No fundo, a *credibilidade dos declarantes* (a que a lei faz expressa referência) pode ser robustecida pela comprovação dos seus testemunhos.
Em suma: não podendo a *residência habitual* ser estabelecida exclusivamente por referência à informação constante de uma certidão narrativa do assento de óbito, impõe-se à autoridade que trata da sucessão a valoração global das circunstâncias da vida do falecido, fazendo uso por todos os meios legalmente ao dispor do oficial público. E nada obsta a que as declarações de ciência prestadas para efeitos de habilitação possam ser complementadas com suporte documental tido por relevante. Tal constitui, é certo, uma *dificuldade prática* na aplicação do Regulamento, mas cuja arduidade não implica necessariamente a impossibilidade de cumprimento da regra de conflitos nele contida.

3. O reenvio para a lei de um Estado-Membro

A interpretação do modelo de reenvio estabelecido no Regulamento é também objecto de controvérsi[19]. Com efeito, se o sistema de reenvio de fonte interna é pragmaticamente orientado à busca da *harmonia jurídica internacional* – entendida como uniformidade de lei aplicável e, assim, promoção da estabilidade das relações jurídicas – algumas dúvidas podem surgir quanto ao similar empenho do Regulamento Europeu das Sucessões quando o Estado terceiro designado como *lex domicilii* opera um retorno para a lei de um Estado-Membro vinculado pelo Regulamento[20]. Importa saber se basta, para que o

[19] Cfr. P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Las sucesiones internacionales …*, cit., 85: «La regulación del reenvío no puede ser más compleja ni oscura». Igualmente criticando a formulação – por distinguir entre Estados-Membros e Estados terceiros, sem acautelar a existência de Estados-Membros não vinculados pelo Regulamento, cfr. A. DAVÌ – A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato* ..., cit., 82.

[20] Como sublinha H. MOTA, o Regulamento também deixa por resolver outro problema: o de saber, quando a *lex domicilii* remeta para a lei de um Estado terceiro – caso em que o reenvio se aceitará quando este aplicaria a sua própria lei, nos termos da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 34.º –, se deve aceitar-se a devolução se o terceiro Estado aplicar *indirectamente* a sua própria lei, por força

Regulamento aceite o reenvio, que a lei da residência remeta para a lei de um Estado-Membro ou se é necessário que *efectivamente aplique* essa lei.

Entendamo-nos. Suponhamos que o *de cujus*, russo residente na Rússia, deixa imóveis situados em Portugal, não tendo escolhido a lei aplicável à sucessão. A lei indicada pelo n.º 1 do artigo 21.º (lei russa) determina, no seu direito internacional privado, a lei da situação dos imóveis (lei portuguesa), mas adopta, em matéria de reenvio, a tese de devolução simples[21]. Quer isto dizer que, quando o DIP da Rússia faz a referência para a lei portuguesa, essa remissão abrange a *regra de conflitos* vigente em Portugal (em concreto, o art. 21.º, n.º 1, do Regulamento Europeu das Sucessões) e, por isso, uma autoridade russa consideraria competente para a sucessão a sua própria lei, *aceitando o reenvio* para o seu direito.

É neste contexto que surge o problema que ora concitamos: preenche-se o pressuposto de que o artigo 34.º do Regulamento faz depender a aceitação do reenvio para a lei de um Estado-Membro (as normas de direito internacional privado da *lex domicilii* remetem para a lei de um Estado-Membro – art. 34.º/1/a) – embora não o fossem aplicar em concreto)? Ou, porque a lei de um Estado-Membro não seria *efectivamente aplicada* por uma autoridade russa, não há razões para a aceitação do reenvio e deve insistir-se na aplicação da lei designada pelo art. 21.º do Regulamento (lei da *residência habitual* da sucessão ao tempo da morte)?

É evidente que, numa situação como esta, a aceitação do reenvio para a lei de um Estado-Membro não promoveria a uniformidade de lei aplicável nem a harmonia de decisões: pelo contrário, a sua aceitação levaria justamente à disparidade de regulação da sucessão entre a solução dada nos Estados-Membros e no país da residência do *de cujus*. Resta saber, por isso, se o propósito da introdução do reenvio no Regulamento Europeu das Sucessões se ligou à *busca da harmonia internacional* – e, por isso, não deve a devolução ser aceite no caso

de uma posição favorável ao reenvio por ele adoptada. Cfr. *O presente e o futuro das relações familiares e sucessórias internacionais no Direito da União Europeia. Um ponto da situação*, em *Revista Electrónica de Direito*, n. 1, 2015, disponível na internet via www.cije.upt/revistared, consultado em 14 de Março de 2019, 8-9; *A autonomia conflitual e o reenvio no âmbito do Regulamento UE 650/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Julho de 2012*, em *Revista Electrónica de Direito*, n.º 1, 2014, disponível na internet via www.cije.upt/revistared, consultado em 28 de Julho de 2016, 15 ss

[21] Cfr. arts. 1190.º e 1224.º do Código Civil da Federação Russa. Não debateremos a questão de saber se a aceitação do reenvio na lei russa (que está limitada às matérias do estatuto pessoal) abrange a matéria sucessória, assumindo aqui essa posição. Sobre a questão, cfr. V. ORLOV, *Updated International Private Law of Russia*, em *Athens Journal of Law*, vol. 3, n. 2, 2017, 75-98, 82.

ora conjecturado – ou se a previsão da alínea a) do n.º 1 do artigo 34.º se deve, ao invés, a um *favor de aplicação de leis dos Estados-Membros* – recebendo-se a remissão para estas quando o juízo conflitual do país da residência o indique. A favor da aceitação do reenvio para a lei de um Estado-Membro pelo simples facto de as regras de conflitos do país da residência para aí remeterem (ainda que sem aplicar efectivamente tal legislação), militam expressamente Andrea Bonomi, Patrick Wautelet e Marion Greeske[22]. De acordo com esta concepção, o reenvio no domínio sucessório terá por principal missão potenciar a praticabilidade e a simplicidade de regulação. O seu objectivo será promover a aplicação da lei de um Estado-Membro da UE, seja a do *foro* (caso em que se eliminam os inconvenientes próprios da aplicação de lei estrangeira), seja de outro Estado-Membro da UE (cujo conteúdo será mais fácil de localizar e, atenta a comunidade de valores no espaço europeu, reduz o risco de invocação da ordem pública internacional)[23]. Se, com este reenvio, se promover a harmonia internacional de decisões, tal será um (positivo) *efeito secundário* da devolução. A este argumento parece poder aditar-se um outro, retirado da letra da norma: a disposição artigo 34.º estabelece a aceitação do reenvio quando a lei da residência remeta para a lei de um Estado-Membro e não quando *aplique* a lei de um Estado-Membro, contrastando assim com a hipótese da alínea b) – uma transmissão de competência para a lei de um Estado terceiro, em que se exige que este Estado *aplique* a sua própria lei. A utilização de termos *diferentes* na mesma norma parece indiciar um propósito de *distinguir* os dois casos de reenvio, bastando-se, no caso de designação da lei de um Estado-Membro pela *lex domicilii*, com a mera remissão[24].

Em sentido oposto se pronunciaram expressamente Lima Pinheiro, João Gomes de Almeida, Angelo Davì, Alessandra Zanobetti e Pilar Blanco-Morales Limones, defendendo que a aceitação do reenvio para a lei de um Estado-

[22] A. BONOMI – P. WAUTELET, *El Derecho europeo de sucesiones*, cit., 441 ss.; A. BONOMI, *Il Regolamento Europeo sulle successioni*, cit., 306; M. GREESKE, *Die Kollisionsnormen …*, 190. Sem o afirmar expressamente, parece ser esta também a convicção de Paul Lagarde, Georges Khairallah e Isabel Rodríguez-Uría Suárez, já que os Autores identificam o reenvio como expediente de maximização da aplicação da lei dos Estados-Membros (atento o seu conteúdo substantivo), sem lhe reconhecer o objectivo da harmonia de julgados — cfr. P. LAGARDE, *Applicable Law*, cit., 171; G. KHAIRALLAH, *La détermination de la loi applicable …*, cit., 60; I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, *La ley aplicable a las sucesiones …*, cit., 43.

[23] Cfr. A. BONOMI – P. WAUTELET, *El Derecho europeo de sucesiones*, cit., 442; A. BONOMI, *Prime considerazioni sulla proposta …*, cit., 910.

[24] Neste sentido, A. BONOMI, *Il Regolamento Europeo sulle successioni*, cit., 307. Também notando as diferentes formulações, cfr. J. GOMES DE ALMEIDA, *Apontamentos sobre o novo direito …*, cit., 52.

Membro depende da conclusão de o sistema do país da residência considerar efectivamente competente o direito material dessa lei[25].

Julgamos ser esta a interpretação mais adequada[26]. Na verdade, cremos que a previsão do reenvio no Regulamento se deve, primordialmente, a promover a coerência de decisões[27] e, por isso, que a devolução deve apenas ser aceite quando o sistema da *lex domicilii* aplique a lei substantiva de um Estado-Membro, caso em que o reenvio estimula a harmonia jurídica internacional. Esta nossa convicção funda-se em três argumentos.

Em primeiro lugar, e principalmente, não pode olvidar-se que o Considerando n.º 57 expressamente afirma a harmonia decisional como objectivo precípuo do reenvio para os *dois casos aí previstos* – a transmissão de competência para a lei de um Estado terceiro e a devolução para a lei de um Estado-Membro[28]. Isto

[25] Cfr. L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, cit., vol. I, 558; J. GOMES DE ALMEIDA, *Apontamentos sobre o novo direito …*, cit., 52; A. DAVÌ, *Article 34*, em *The EU Succession Regulation – A Commentary*, ed. Alfonso-Luis Calvo Caracava, Angelo Davì e Heinz-Peter Mansel, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, 469-504, 474 e 495 ss.; A. DAVÌ – A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato ...*, cit., 85; P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Las sucesiones internacionales …*, cit., 85. Sem que o afirmem expressamente, parece ser esta igualmente a opinião de relevante doutrina, uma vez que reconhece à norma de reenvio do Regulamento uma natureza prático-normativa tendente à harmonia de julgados – o que é apenas compatível com a exigência de que o reenvio conduza a esse resultado: vide R. MOURA RAMOS, *O Direito Internacional Privado das Sucessões …*, cit., 100; H. MOTA, *O presente e o futuro das relações familiares …*, cit. 9, e *A autonomia conflitual …*, cit., 18; A. BORRÁS, *Is renvoi really a mechanism for harmonising solutions in the field of successions?*, em *Mélanges en l'honneur de Spyridon Vrellis*, Nomiki Bibliothiki, Atenas, 2014, 39-48, 45, e de R. LAFUENTE SÁNCHEZ, *Hacia un sistema unitario europeo ...*, cit., 366.

[26] Já o tínhamos antecipado no nosso trabalho *A «adaptação» dos direitos …*, 145, nota 36.

[27] Que é, como se sabe, o intuito clássico do reenvio – cfr. A. DAVÌ, *Le renvoi en droit international privé contemporain*, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 352, 2012, 9-521, 25 (que é, aliás, muito crítico da utilização do reenvio para outras finalidades, como sejam a potenciação da aplicação da lei do foro ou a busca de certo resultado material – ibidem, 106 ss. e 177ss.); A. BONOMI – P. WAUTELET, *El Derecho europeo de sucesiones*, cit., 437; A. BONOMI, *Successions Internationales ...*, cit., 138; A. DUTTA, *Succession and Wills in the Conflict ...*, cit., 559; H. SCHACK, *Was bleibt vom renvoi?*, en *IPRax – Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, ano 33, n.º 4/2013, 2013, 315-321, 315.

[28] Cfr. Considerando n.º 57 do Regulamento UE 650/2012: «Se essas regras previrem o reenvio para a lei de um Estado-Membro ou para a lei de um Estado terceiro que aplicaria a sua própria lei à sucessão, esse reenvio deverá ser aceite a fim de assegurar a coerência internacional» (sublinhado nosso). Neste sentido, cfr. A. DAVÌ, *Introduction …*, cit., 67 («*recital 57 specifies that in both of these cases the admission of renvoi is intended 'to ensure international consistency'*»). Em sentido oposto, para A. BONOMI, *Il Regolamento Europeo sulle successioni*, cit., 307, este propósito apenas releva autonomamente no caso da alínea b) do artigo 34.º – reenvio para um terceiro Estado – mas já não para a devolução para a lei de um Estado-Membro.

é, o legislador declara que a previsão do reenvio no Regulamento se deveu à importância sentida, no domínio sucessório, à uniformidade da lei aplicável[29], sendo essa a razão pela qual consente em abdicar da aplicação da lei que reputa mais adequada para disciplinar a sucessão. O que torna incoerente aceitar o reenvio nos casos em que este vai, justamente, *prejudicar* a coerência das decisõe[30].

Em segundo lugar, vai neste sentido o argumento histórico. Com efeito, deve recordar-se que a proposta da Comissão – alinhada com a tendência geral do direito internacional privado europeu – sugeria a estatuição de um sistema anti-devolucionista[31]. Ora, atenta a importância que a harmonia internacional de decisões reveste no domínio sucessório[32], generalizaram-se as críticas àquela opção legislativa, sustentando-se de forma consistente a previsão de um modelo de reenvio inspirado nas posições de índole pragmática, orientadas para o propósito da coerência internacional de julgados (como o português e o italiano)[33]. Nestes termos, seria no mínimo contraditório que o reenvio, que só

[29] Na verdade, o objectivo da uniformidade de lei aplicável é especialmente relevante no domínio das sucessões, de modo a evitar distorções na atribuição dos bens entre os interessados, sobretudo quando o património está colocado em diversos países e os interessados residem em diferentes Estados, exercendo a partir daí as suas pretensões hereditárias. Em consequência, é um domínio em que a previsibilidade do direito aplicável – quer para efeitos de planificação sucessória; quer para evitar o fenómeno de *forum shopping* – é de importância preponderante. Neste sentido, cfr. A. BONOMI, *Successions Internationales ...*, cit., 138; A. BORRÁS, *Is renvoi really …*, 40; A. DAVÌ – A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato ...*, cit., 83; C. AZCÁRRAGA MONZONIS, *Sucesiones internacionales – Determinación de la norma aplicable*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008, 136.

[30] Cfr. A. DAVÌ, *Article 34*, cit., 475. Até porque, como evidencia o Autor (*Le renvoi …*, cit., 177 e 178), essa posição desvirtua a própria regra de conflitos estrangeira que se tentou respeitar, redundando na aplicação de lei diferente da que é efectivamente considerada competente pelo sistema da residência habitual. É, aliás, um dos argumentos tradicionais contra a devolução simples enquanto posição dogmática de reenvio. Cfr A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2000, 278; J.B. MACHADO, *Lições …*, cit. 185.

[31] Cfr. artigo 26.º da Proposta. Sobre a posição hostil ao reenvio dos actos europeus de direito internacional privado, vide art. 20.º do Regulamento Roma I, art. 24.º do Regulamento Roma II, art. 11.º do Regulamento UE 1259/2010, art. 32.º dos Regulamentos UE 2016/1103 e 2016/1104, e art. 12.º do Protocolo de Haia sobre obrigações alimentares, ex vi do Regulamento (CE) n.º 4/2009. O que se compreende, nos instrumentos internacionais, como sublinha T. BALLARINO: «*Generalmente le norme di conflitto o elaborate mediante convenzioni internazionali escludono il rinvio, sul presupposto che accordandosi su certe soluzioni di conflitto, gli Stati hanno inteso attribuire una competenza alle leggi che disciplinano effettivamente, cioè nella sostanza, quella determinata fattispecie*» (*Il nuovo regolamento europeo …*, cit., 1134).

[32] Cfr. nota n.º 29.

[33] Neste sentido, cfr. R. MOURA RAMOS, *O Direito Internacional Privado das Sucessões …*, cit., 100; A. DAVÌ – A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato ...*, cit., 85; A. DAVÌ,

foi incluído no Regulamento *para obter harmonia jurídica internacional*, fosse depois aceite quando, por via da sua actuação, se prejudicasse o objectivo que ele visava atingir.

Por fim, deve sublinhar-se que o Regulamento escolheu expressamente o modelo da sucessão unitária: visa aplicar uma única lei a toda a sucessão e não acolheu a partição da massa sucessória por diferentes leis, atentas as conhecidas desvantagens do sistema do fracionamento[34]. Todavia, ao mesmo tempo que o legislador torna o sistema unitário imperativo – não permitindo a sua derrogação por vontade do autor da sucessão[35] – admite que, no domínio do reenvio, essa opção possa ceder quando a *lex domicilii* adopte o sistema da cisão[36]. Aliás, a eventualidade de o reenvio poder significar uma excepção à unidade da sucessão

---

Article 34, cit., 474; F. WILKE, *Das internationale …*, cit., 608; K. SIEHR, *General Problems of Private International Law in Modern Codifications*, in *Yearbook of Private International Law*, vol. 7, 2005, 17-61, 44. *De facto*, a proposta inicial da Comissão não admitia o reenvio, o que era justificado pelo facto de não se querer beliscar o sistema da sucessão unitária (A. BONOMI, *ibidem*, 145). E terá sido por força da generalizada crítica doutrinal a tal opção – que punha em causa a harmonia jurídica internacional – que se optou pela sua consagração (cfr. M. GREESKE, *Die Kollisionsnormen …*, cit., 185. A crítica à ausência de reenvio na proposta inicial pode encontrar-se, desde logo, na Resposta do Groupe Européen de Droit International Privé (GEDIP) ao Livro Verde da Comissão, disponível na internet via https://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-15rlv.html. Vide também M. HELLNER, *El futuro reglamento de la UE sobre sucesiones. La relación com terceros Estados*, in *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, 379-395, 390; P. KINDLER, *La legge regolatrice delle successioni …*, cit., 428 e *From Nationality to Habitual Residence: Some brief remarks on the future EU Regulation on International Successions and Wills*, en *Convergence and Divergence in Private International Law* – Liber Amicorum *Kurt Siehr*, ed. Katharina Boele-Woelki, et al., Schulthess, Zurique, 2010, 251-258, 255; A. DAVÌ, *Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni*, en *Riv. dit. int.*, vol. LXXXVIII, n.º 2, 2005, 297-341, 215; K. SCHURIG, *Das internationale …*, cit., 347-349; D. SOLOMON, *Die Renaissance des Renvoi im Europäischen Internationalen Privatrecht*, en *Liber Amicorum Klaus Schurig zum*, 70. Geburtstag, ed. Ralf Michael e Dennis Solomon, Otto Schmidt, Berlin, 2012, 237-263, 263, e, de modo veemente, pelo MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, *Comments on the European Commission's Proposal …*, cit., 659.

[34] Sobre os grandes inconvenientes do sistema do fraccionamento, que não parecem ser compensados pela coincidência com a lei reguladora dos direitos reais no quadro dos imóveis, vide a bibliografia que citamos no trabalho *A «adaptação» dos direitos …*, cit., 125, e ainda A.L. CALVO CARACAVA e J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Sucesión internacional y reenvío*, en *Estudios de Deusto*, vol. 55, n.º 2, 2007, 59-121, 69 ss.

[35] Pois a *professio iuris* está limitada à escolha de uma lei para o conjunto da sucessão – cfr. artigo 22.º do Regulamento.

[36] Sobre os casos em que, no Regulamento, o princípio da sucessão unitária cede face a outros interesses, cfr. o que dizemos no trabalho *A «adaptação» dos direitos …*, cit., 122, nota n.º 3. Frisando o efeito do reenvio, em sistemas de sucessão unitária, de introdução de desvios à unidade, cfr. A. BONOMI, *Successions Internationales ...*, cit., 136; A. DUTTA, *Succession and Wills in*

seria, porventura, a principal razão que levava a Comissão, na sua proposta, a excluir totalmente o reenvio[37].

Ora, parece claro que a disposição do legislador comunitário em arcar com a *desvantagem do fraccionamento* como efeito do reenvio dependeu do *benefício* da harmonia internacional de julgados: a consagração do reenvio baseou-se na consideração de que as vantagens da coerência internacional de decisões *suportam* os prejuízos que o fraccionamento convoca. O que implica, necessariamente, que o reenvio só possa ser aceite quando promova a uniformidade de lei aplicável[38].

Tudo ponderado, julgamos que o reenvio previsto na alínea a) do n.º 1 do artigo 34.º do Regulamento Europeu das Sucessões apenas deve ser aceite quando promova *em concreto* a harmonia internacional de julgados; isto é, quando o sistema de direito internacional privado da lei da *residência habitual* do falecido remeta para o *direito material* de um Estado-Membro, aplicando-o efectivamente.

4. A cláusula de excepção e a emigração tradicional portuguesa

32

Ao lado da estatuição de um elemento de conexão principal — a *residência habitual do autor da sucessão ao tempo da sua morte* — o legislador conflitual previu uma *cláusula de excepção*[39]: admite ao julgador a aplicação de outra lei, em casos *excepcionais*, quando *resulte claramente do conjunto das*

---

the Conflict ..., cit., 558; R. LAFUENTE SÁNCHEZ, *Hacia un sistema unitario europeo* ..., cit., 364; P. LAGARDE, *Les principes de base du nouveau règlement européen* …, cit., 706; I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, *La ley aplicable a las sucesiones* …, cit., 42.

[37] Neste sentido, I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, *La ley aplicable a las sucesiones* …, cit., 42.

[38] Neste sentido, J. GOMES DE ALMEIDA, *Apontamentos sobre o novo direito* …, cit., 52; MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, *Comments on the European Commission's Proposal* …, cit., 650 («*Nonetheless, it rates the above-mentioned advantages to be gained by an implementation of the doctrine of renvoi higher than the possible disadvantageous impact on the monist principle*»; A. DAVÌ, *Introduction* …, cit., 45 («*It may be concluded that the objective of seeking coordination through renvoi was considered to be more important than the concern of avoiding the introduction in this way of a certain degree of scission with the European legal area*»).

O mesmo se diga, aliás, quanto à complexidade introduzida pela instituição do reenvio (e sua obscuridade para leigos), só compensada pelas vantagens substantivas da uniformidade de regulação — cfr. J. FONTANELLAS MORELL, *El nuevo reglamento europeo en materia de sucesiones*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXV, n.º 1, 2013, 284-290, 289; R. LAFUENTE SÁNCHEZ, *Hacia un sistema unitario europeo* ..., cit., 365.

[39] Utilizamos aqui o termo mais enraizado de *cláusula de excepção* (*Ausnahmeklause*; *clause*

circunstâncias do caso que o falecido tinha uma relação manifestamente mais estreita com país diferente daquele onde residia[40]. Trata-se de uma cláusula de excepção de tipo clássico, aberta e formal, permitindo a correcção do juízo conflitual em face do caso concreto. Viabiliza, assim, a sujeição da sucessão à lei *efectivamente* mais próxima, embora a troco da introdução de um foco de incerteza na determinação da lei aplicável[41].

De modo a não pôr em causa os objectivos de estabilidade e previsibilidade do Regulamento, a sua utilização está restrita a casos *excepcionais*: aqueles em

---

d'exception; *exception clause*; *cláusula de excepción*; *clausola d'eccezione*). É sabido, porém, que a doutrina vem propondo termos mais rigorosos — *cláusula de desvio*, *clause échappatoire*, *Ausweichklause*, *Berichtigungsklausel*; *escape clause*; *cláusula de escape* —, rejeitando que a aplicação da lei efectivamente mais próxima do caso possa constituir uma *excepção* no direito de conflitos (i); e aconselhando uma terminologia que evite infelizes confusões com o instituto da *excepção* de ordem pública internacional (ii). Sobre o ponto, *vide* M. JOÃO MATIAS FERNANDES, *A cláusula de desvio no direito de conflitos*, Almedina, Coimbra, 2007, 69 ss.

[40] Cfr. n.º 2 do artigo 21.º: «Caso, a título excepcional, resulte claramente do conjunto das circunstâncias do caso que, no momento do óbito, o falecido tinha uma relação manifestamente mais estreita com um Estado diferente do Estado cuja lei seria aplicável nos termos do n.º 1, é aplicável à sucessão a lei desse outro Estado». Como é consabido, o elemento de conexão principal pode ser derrogado por vontade do autor da sucessão através da escolha da *lex patriae*, nos termos do art. 22.º.

[41] Neste sentido, cfr. A. DE SOUSA GONÇALVES, *As linhas gerais do Regulamento Europeu sobre Sucessões*, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 52, 2015, 3-19, 13; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Reglamento sucesorio europeo* ..., cit., 27; P. LAGARDE, *Présentation Générale*, cit., 12. A introdução de uma cláusula de excepção, se bem que apura a justiça conflitual por permitir uma correcção em concreto da lei aplicável em face das circunstâncias do caso, introduz um foco de insegurança e imprevisibilidade no sistema. Por essa razão, boa parte da doutrina é crítica da sua previsão no domínio sucessório — cfr. A. BONOMI, *Successions Internationales* ..., cit., 190; A. DAVÌ – A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato* ..., cit., 35; A. DAVÌ, *Riflessioni* …, 319; M. PFEIFFER, *Legal certainty and predictability* …, cit., 576.

Sobre as cláusulas de excepção, vide R. MOURA RAMOS, *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions — Portugal*, in *Das Relações Privadas Internacionais — Estudos de Direito Internacional Privado*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, 295-323; L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, cit., vol. I, 333 (definindo-as como «disposições que permitem afastar a lei de um país, primariamente competente, quando a situação apresenta uma conexão manifestamente mais estreita com outro país») e 452 («nas cláusulas de excepção, a equidade conflitual intervém para corrigir a designação do Direito estadual primariamente aplicável, quando a situação apresenta uma ligação manifestamente mais estreita com outro Estado»); M. JOÃO MATIAS FERNANDES, *A cláusula de desvio* …, cit., 63 ss.; E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade em direito internacional privado*, Almedina, Coimbra, 2011, 510 ss.; S. SYMEONIDES, *Exception Clauses in American Conflicts Law*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 42, 1994, 813-865; J. GONZÁLEZ CAMPOS, *Diversification, Spécialisation, Flexibilisation et Matérialisation des Règles de Droit International Privé*, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 287, 2000, 9-426, 253 ss.

que a derrogação do juízo conflitual não constitua qualquer surpresa mas, pelo contrário, evite a aplicação da lei da *residência habitual* quando esta pudesse surgir como inesperada[42].

Na prática judiciária portuguesa, vem sendo colocada a questão de saber se a situação típica da *emigração tradicional* portuguesa constitui um dos casos em que pode tal cláusula ser mobilizada. Suponhamos o seguinte caso: A, português, emigrou para França em 1970, onde reside desde então com B, portuguesa, e os seus filhos, luso-franceses. Vivendo ininterruptamente em França desde então, tem a maioria do património em Portugal —imobiliário e saldos de contas bancárias —, tendo a intenção regressar ao país de origem quando atinja a aposentação. Todos os seus períodos de férias são passados em Portugal, onde está a maioria da sua família e amigos, e é este o Estado em que comemora as datas pessoais relevantes (Natal, aniversários, festas familiares); a família comunica em língua portuguesa, observando as tradições culturais, religiosas e gastronómicas lusas. Falecendo A sem ter designado a lei aplicável, *será este o circunstancialismo próprio para actuação da cláusula de excepção do n.º 2 do artigo 21.º* e, assim, submeter a sucessão a uma lei que tem uma conexão mais próxima do caso face à lei da residência do autor da sucessão?

Não parece controverso que a *residência habitual* do autor da sucessão era em França, Estado onde residiu por quase 50 anos e em que constituiu família[43]. Mas é também líquido que mantém uma relação muitíssimo estreita com o país da nacionalidade. E que essa ligação é não só patrimonial (local da maioria dos bens) como também social, cultural e pessoal (aquela a que o Regulamento parece dar prevalência da determinação da residência, no Considerando n.º 24). Num caso como este, cuja frequência na prática forense é preponderante, surge assim a dúvida quanto à viabilidade de actuação da cláusula de excepção em

---

[42] Cfr. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La cláusula de excepción y los contratos internacionales. La crisis del principio de proximidad*, in *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea* — Liber amicorum *José Luis Iglesias Buhigues*, ed. Carlos Esplugues Mota e Guillermo Palao Moreno, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, 459-470, 461; M. HELLNER, *El futuro* ..., 394; R. LAFUENTE SÁNCHEZ, *Hacia un sistema unitario europeo* ..., cit., 362; I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, *La ley aplicable a las sucesiones* …, cit., 18.

[43] Também neste sentido, cfr. J. GOMES DE ALMEIDA, *Apontamentos sobre o novo direito* …, cit., 41; A. BONOMI – P. WAUTELET, *El Derecho europeo de sucesiones*, cit., 252; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Reglamento sucesorio europeo* ..., cit., 28. Com efeito, ainda que seja mobilizável a cláusula de excepção, esta não deve ser entendida como uma *conexão subsidiária*; trata-se, ao invés, da viabilidade de derrogação do critério conflitual, dependendo por isso da prévia determinação do lugar da residência do falecido (cfr. Considerando n.º 25). É um juízo comparativo («conexão manifestamente mais estreita») que, por isso, depende da prévia determinação da residência habitual.

favor da lei portuguesa ou, pelo contrário, a manutenção do juízo conflitual contido no n.º 1 do artigo 21.º do Regulamento. Dúvida essa que é potenciada pelo facto de escassear jurisprudência relativa à cláusula de excepção no domínio sucessório, mesmo em sistemas jurídicos que a prevêem[44].

A solução deste problema tem efeitos práticos particularmente relevantes: não está em causa apelas certa obrigação, mas a submissão de toda a massa hereditária a um diferente regime jurídico[45]. Razão pela qual importa perceber em que medida podem as autoridades responsáveis pela sucessão utilizar o n.º 2 do artigo 21.º nas (comuns) situações similares àquela que configurámos.

Vejamos. A operacionalização da cláusula de excepção — enquanto mecanismo tendente à aplicação da lei que apresenta uma conexão mais estreita — pode ser vista de duas formas distintas: *ou* ligando a sua concretização à intensidade do vínculo que for revelado pelo elemento de conexão principal *residência habitual*; ou levando em consideração outros factores da vida do falecido, independentemente do apuramento da *residência habitual*.

Numa primeira concepção, a cláusula de excepção não permite ao julgador substituir-se ao legislador na definição do elemento de conexão que revela a ligação mais forte à sucessão; pelo contrário, a respectiva mobilização dirige-se a corrigir *em concreto* o resultado conflitual quando os pressupostos de proximidade considerados pelo legislador para estatuir o critério *residência habitual* se não preencham na situação *sub iudice*. Não basta, pois, que o decidente conclua pela ligação muito próxima com o Estado da nacionalidade ou com o país da situação dos bens; apenas pode invocar a cláusula de excepção quando a *residência habitual* não espelhe a ligação social e pessoal ao Estado que o legislador presumiu na definição do critério conflitual. Isso é, naqueles casos em que a residência, ainda que estabelecida em certo Estado, não revele a ligação pessoal, social, afectiva e patrimonial que o legislador tinha em vista[46].

A aceitar-se esta primeira concepção, a resposta ao problema que suscitámos é

[44] Cfr. A. BONOMI – P. WAUTELET, *El Derecho europeo de sucesiones*, cit., 249. Com efeito, não é conhecido um único caso em que os tribunais suíços hajam mobilizado a cláusula de excepção (geral) no domínio sucessório — A. BONOMI, *Successions Internationales* ..., cit., 190, nota n.º 380.

[45] Cfr. T. BALLARINO, *Il nuovo regolamento europeo* …, cit., 1122; A.L. CALVO CARAVACA, *Article 21*, cit., 319.

[46] É nesse sentido que militam A. BONOMI – P. WAUTELET, *El Derecho europeo de sucesiones*, cit., 249 ss. E é este, no fundo, o pensamento de Geraldo Rocha Ribeiro a propósito da cláusula de excepção em matéria de lei aplicável ao contrato de trabalho: «A possibilidade de recorrer à cláusula de excepção, resulta da verificação de elementos de facto a partir da situação concreta reveladores de indícios de desconformidade entre o pressuposto de conexão eleito pelo legislador e a justiça devida ao caso atento os interesses eleitos pela regra de conflitos» (cfr. *A cláusula de*

líquida: não será possível a mobilização da cláusula de excepção numa situação como a conjecturada. Com efeito, ainda que sobrelevem importantes ligações ao país da nacionalidade (e mesmo sendo este o Estado da maioria do património), está estabelecida a ligação com o país da residência (50 anos de morada; casa de morada de família; local de constituição da família) que foi tida em conta na opção legislativa, designadamente em sede da sua publicidade, integração no país de destino e coincidência *forum-ius*. Ora, nesta primeira concepção a derrogação do juízo conflitual pelo julgador só poderia ocorrer se a residência não espelhasse tais laços. Seria a hipótese de alguém ter começado a trabalhar há pouco tempo num novo país, para onde se mudou com a família, tendo deixado de ter morada no país de origem: embora se considere o falecido residente no novo Estado, deve postergar-se a aplicação dessa lei porque o centro de vida (todos os parentes e todos os bens) se localiza no país de origem[47].

Em suma, nesta primeira acepção, a utilização da cláusula de excepção está incindivelmente ligada à concretização do elemento de conexão principal — a *residência habitual* à data da morte: é quando a *residência habitual* não espelha o vínculo esperado entre o falecido e o país de morada que importa recorrer à cláusula, pois é nesse caso que o juízo conflitual carece de correcção em face do caso concreto.

Numa segunda interpretação, a cláusula de excepção desliga-se da concretização da *residência habitual* — não questionando se ela revela a ligação que o legislador pressupôs. Pelo contrário, dependerá de um juízo comparativo entre o vínculo existente com o país da *residência habitual* e outras ligações

excepção e a lei aplicável à relação individual de trabalho. Os n.ºs 2 e 4 do artigo 8.º do «Roma I», en *Revista do CEJ*, (no prelo), 2019, ca IV).

Por esta razão, A. BONOMI – P. WAUTELET, *El Derecho europeo de sucesiones*, cit., 252, concluem que «Teniendo en cuenta el hecho de que la residencia habitual se corresponde con el "centro de vida" del *de cujus*, es evidente que los casos en que sea de aplicación la cláusula de excepción serán extremadamente raros». No mesmo sentido, A. BONOMI, *Il Regolamento Europeo sulle successioni*, cit., 305. Segundo esta doutrina, a cláusula de excepção utilizar-se-á somente quando a concretização do elemento de conexão, ainda que aponte para certo país, não se coadune com as razões que levaram o legislador conflitual a optar pela conexão *residência habitual* como critério principal. Deste modo, os exemplos dados para utilização da cláusula de excepção são aqueles em que, verdadeiramente, até seria discutível a própria concretização da residência habitual: o caso de alguém que foi internado na sequência de acidente, ficando aí vários anos por dificuldade médica em repatriar (A. BONOMI – P. WAUTELET, *El Derecho europeo de sucesiones*, cit., 253); alguém que, tendo recentemente mudado para outro país – e tendo, por isso, deixado de ter morada no país de origem –, embora não tivesse ainda estabelecido os laços com o Estado de acolhimento (*ibidem*, 252).

[47] Cfr. A. BONOMI – P. WAUTELET, *El Derecho europeo de sucesiones*, cit., 252; A. BONOMI, *Il Regolamento* …, 306. Trata-se, no fundo, da hipótese referida no Considerando n.º 25.

apresentadas com um diferente país. A questão que se colocará não é, pois, a de saber se a residência espelha o ponto central da vida do *de cujus* mas se, *apesar de o centro de vida estar num determinado Estado*, haverá outro que apresente uma ligação manifestamente mais estreita[48].

Esta concepção é preferível no domínio do Regulamento Europeu das Sucessões, atento o carácter *não rígido* do elemento de conexão principal. Na verdade, a plasticidade da conexão *residência habitual* permite concretizá-la no país em que o falecido tinha o seu *centro de vida*, já que este é justamente o critério de determinação do conceito de *residência habitual*. Torna-se assim desnecessário utilizar a cláusula de excepção para fazer coincidir a lex successionis com a lei do Estado em que o falecido tinha o seu *centro dos interesses familiares e sociais*, já que é aqui que se considera estar a *residência habitual*, com alguma dose de «judicial discretion»[49].

Dito de outro modo: ao adoptar «*an overall, weighted, casuistic concept of the notion of habitual residence*»[50], o Regulamento conferiu ao elemento de conexão principal uma latitude suficiente para a *residência habitual* seja sempre o país com que o *de cujus* tinha uma ligação estável e efectiva, sem que se justifique, para esse propósito, o recurso ao n.º 2 do artigo 21.º[51]. Efectivamente, os exemplos oferecidos pelos autores partidários da primeira interpretação para invocação da cláusula de excepção parecem revelar casos em que o falecido talvez se devesse ter por residente *no Estado de origem* – hipótese,

[48] Neste sentido, P. LAGARDE, *Applicable Law*, cit., 125; H. DÖRNER, *EuErbVO: Die Verordnung zum Internationalen Erb und Erbverfahrensrecht ist in Kraft!*, in *Zeitschrift fur Erbrecht und Vermögensnachfolge*, n.º 10, 2012, 505-513, 511; A. DAVÌ, *Riflessioni …*, 317.

[49] É aliás por este motivo que A. DAVÌ – A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato ...*, cit., 35, duvidam da utilidade da introdução da cláusula de excepção: «*Il carattere almeno relativamente "aperto" e flessibile della nozione di residenza abituale e i conseguenti margini di apprezzamento che la sua applicazione lascia all'interprete inducono peraltro a nutrire qualche dubbio sull'opportunità dell'inserimento della disposizione, che era assente nella proposta originaria della Commissione, nel testo definitivo del regolamento*». No mesmo sentido, cfr. M. PFEIFFER, *Legal certainty and predictability …*, cit., 576.

[50] A.L. CALVO CARAVACA, *Article 21*, cit., 303.

[51] A ponto, aliás, de alguma doutrina considerar ser residente no Estado de origem o indivíduo com morada em outro país num ambiente social, cultural e linguístico do país de origem, desde que ali regresse com regularidade e não se verifique uma integração no Estado de acolhimento (M. GREESKE, *Die Kollisionsnormen …*, 88). Ideia que, aliás, parece ter tido consagração no Acórdão da Cour de Cassation de 7 de Dezembro de 2005 a propósito do conceito de domicílio da lei francesa, ao determinar a aplicação da lei do país de origem à sucessão de um sujeito que se havia mudado para França, para receber tratamento médico por uma doença cancerígena, país em que ficou até ao fim da sua vida, por vários anos (publicado na *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 95, n.º 3, 2006, 583 ss).

aliás, expressamente prevista no Considerando n.º 24[52] – não havendo lugar à derrogação *excepcional* do critério conflitual principal.

Por esta razão, a cláusula de excepção dirigir-se-á a conferir ao julgador o poder de relevar *circunstâncias distintas* daquelas que concorrem para a concretização do elemento de conexão principal – e não a permanência, estabilidade e ligação familiar ao Estado, enquanto elementos constitutivos do conceito mais amplo de *residência habitual*. É esta a razão pela qual os sistemas que prevêem uma cláusula de excepção nos domínios do estatuto pessoal encontram a sua mobilização restrita quase exclusivamente no quadro do rígido elemento de conexão *nacionalidade* e nunca (ou quase nunca) quanto ao mais flexível conceito de *residência habitual*[53].

Do ponto de vista prático, a diferença entre as duas concepções não é tão grande quanto poderia parecer. Na verdade, mesmo nesta segunda posição, a comparação da intensidade das ligações com o país da residência e outro Estado só evidenciará uma maior ligação a este quando a conexão do falecido com o

[52] Vide exemplos citados na nota n.º 46. Considerando n.º 24: «Poderá ser esse o caso, em particular, quando o falecido, por razões profissionais ou económicas, tenha ido viver para o estrangeiro a fim de aí trabalhar, por vezes por um longo período, mas tenha mantido uma relação estreita e estável com o seu Estado de origem. Nesse caso, o falecido poderá, em função das circunstâncias, ser considerado como tendo ainda a sua residência habitual no Estado de origem, no qual se situavam o centro de interesses da sua família e a sua vida social». No sentido de que é possível considerar residentes no país de origem pessoas em circunstâncias similares às expostas, cfr. P. LAGARDE, *Les principes de base du nouveau règlement europée* …, cit., 701; A.L. CALVO CARAVACA, *Article 21*, cit., 319.

Sublinhe-se que não é indiferente que a determinação da *lex successionis* tenha por base o critério da residência habitual ou da cláusula de excepção: com efeito, a residência é também o critério determinante para a *competência judiciária internacional* (art. 4.ºss), que não é alterada nos casos de funcionamento da cláusula de excepção. Isto é, a actuação da cláusula de excepção tem por efeito a quebra da coincidência *forum – ius* (cfr. A. DE SOUSA GONÇALVES, *As linhas gerais* …, cit., 14; A. DAVÌ, *Introduction* …, 47). Com efeito, não convence a tese de que há uma lacuna no artigo 4.º que levaria à aplicação analógica do regime do art. 21.º/2 em matéria de competência jurisdicional – A.L. CALVO CARACAVA, *Article 4*, en *The EU Succession Regulation – A Commentary*, ed. Alfonso-Luis Calvo Caracava, Angelo Davì e Heinz-Peter Mansel, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, 127-148, 147.

[53] Cfr. J. MEEUSEN, *Exception clauses and conflict of laws: new legislation, same issues, in Mélanges en l'honneur de Spyridon Vrellis, Nomiki Bibliothiki*, Atenas, 2014, 569-579, 577. Em sentido convergente, A.L. CALVO CARAVACA, *Article 21*, cit., 318 («the connecting factor based on the concept of habitual residence employed by the ESR is an overall, weighted and casuistic one, thus enabling the core of the relationship to be focused on with-out any need to rely on the exception clause, which is generally inoperative or scarcely relevant»).

Na verdade, aquela primeira aproximação ao modus operandi das cláusulas de excepção tem subjacente elementos de conexão de carácter objectivo. Vide, de forma especialmente clara, G. ROCHA RIBEIRO, *A cláusula de excepção* …, capítulo IV.

Estado da residência não era, afinal, determinante. A *conexão manifestamente mais estreita com outro país* só existirá se o *de cujus* se limitava a ter no país da *residência habitual* o centro dos seus interesses – local de trabalho, de morada e da família –, sem que sobreviessem outros laços de diferente natureza (patrimonial, cultural, social). Apenas nessas circunstâncias haverá uma *manifesta* (perceptível por todos) maior ligação com outro país, apesar de o centro de vida estar estabelecido no Estado da residência[54]. Isto é, a cláusula de excepcção não deixa de ter uma função *negativa*, por afastar a lei que o legislador tinha indicado como competente[55].

É por estas razões que questiona alguma doutrina se o exemplo do Considerando n.º 25 não será, afinal, o *único caso possível* de activação da cláusula de excepção; ou se mesmo nesse caso se não estaria, afinal, ainda na determinação da *residência habitual* no país de origem, sem intervenção da cláusula de excepção, o que tornaria a cláusula praticamente inoperante[56]. Talvez assim não seja, sendo conjecturáveis outros casos que, pelo menos nesta segunda acepção, legitimam a derrogação do critério principal: pense-se num refugiado sírio que, residindo em Portugal há 5 anos – país em que estabelece a sua nova morada, encontra emprego e educa os filhos (com recurso também a literatura síria, onde colhe formação histórica e espiritual) – tem como projecto de vida o seu regresso à pátria; ademais, as relações sociais estão estabelecidas fundamentalmente no seio da comunidade síria, com quem partilha os laços culturais, linguísticos e religiosos.

Nesta situação, atenta a ligação fortíssima do direito das sucessões às convicções culturais de um povo[57], é manifesta a maior proximidade com o Estado de origem,

[54] Neste sentido, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Reglamento sucesorio europeo* ..., cit., 28: «*Ello significa que la vinculación del causante con el Estado de su residencia habitual debe ser una vinculación puramente formal, nominal, fugaz, ligera, tenue, anecdótica y aparente, pero no sustancial ni real. Sólo en ese caso, el vínculo del causante con otro país puede ser "manifiestamente más estrecho" que el que existe con el Estado de su residencia habitual*». Sobre o significado do carácter manifesto, cfr. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, La cláusula …, 464.

[55] Cfr. G. ROCHA RIBEIRO, A cláusula de excepção …, capítulo IV.

[56] O Considerando n.º 25 avança como hipótese de mobilização da cláusula de excepção «quando, por exemplo, o falecido se tenha mudado para o Estado da sua residência habitual muito pouco tempo antes da sua morte e todas as circunstâncias do caso indiquem que tinha uma relação manifestamente mais estreita com outro Estado».

No sentido de que este será o único caso de actuação da cláusula, cfr. A. DAVÌ – A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato* ..., cit., 36. Alguma doutrina indaga mesmo se este exemplo não seria, afinal, uma determinação da residência habitual no país de origem, cfr. G. KHAIRALLAH, *La détermination de la loi applicable* …, cit., 53; M. PFEIFFER, *Legal certainty and predictability* …, cit., 576; M. GREESKE, *Die Kollisionsnormen* …, 148.

[57] Neste sentido, cfr. A. DUTTA, *The Europeanisation of International Succession Law*, en *The*

razão pela qual foi esta a legislação que o autor da sucessão terá pressuposto[58]. Em consequência, nada parece obstar à invocação da cláusula de excepção, ainda que se conclua estar em Portugal o centro dos interesses do *de cujus*.

É neste contexto que importa ajuizar da viabilidade de submeter a sucessão, no exemplo configurado (português residente em França há 50 anos) à *lei portuguesa*. Importa saber se as ligações sentimentais do falecido (as datas especiais, as férias, a intenção de regressar), o ambiente cultural e social em que vive integrado e a circunstância de a maioria do património se situar em Portugal revelam uma ligação *manifestamente mais estreita* com o país da nacionalidade. O que só será possível se, tendo em conta "*o conjunto das circunstâncias do caso*", todas elas – nacionalidade do *de cujus*; lugar da situação dos bens e sua natureza; interesses do falecido e dos interessados na partilha; *residência habitual* e nacionalidade destes – revelarem uma ligação mais estreita com a ordem jurídica portuguesa: «no sólo "algunas" de tales circunstancias, sino «todas» las circunstancias del caso deben indicar que el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con otro Estado»[59]. E, sobretudo, quando o *de cujus* pudesse ter expectativa nessa outra lei, atentas as relações com esse país, atenta a relevância da cláusula de excepção na protecção das expectativas do autor da sucessão[60].

A favor da invocação da cláusula de excepção num caso similar já se pronunciaram João Gomes de Almeida (sobretudo por atenção aos critérios de proximidade – pessoais, sociais e afectivos – elencados no Considerando

---

Future of Family Property in Europe, ed. Katharina Boele-Woelki, Joanna Miles e Jens M. Scherpe, Intersentia, Antuérpia, 2011, 341-367, 347: «*Succession law is traditionally conceived to be more deeply rooted in the legal culture of a country than other areas of the law. Indeed, at least some interrelationship between the culture of a country and its succession law cannot be denied. The German sociologist Jerts Beckert has shown that the existing differences in succession laws are notably caused by different culturally formed perceptions of the political actors*».

[58] Cfr. A. DUTTA, *The Europeanisation …*, in 347: «*a person planning his or her succession will normally assume the applicability of a succession law to whose country he or she is most closely linked*». É por esta razão, aliás, que Peter Kindler considera que, em geral, a nacionalidade constitui a conexão mais forte no domínio das sucessões, ainda que compreenda a preponderância das razões que aconselham a opção conflitual pela residência (*La legge …*, cit., 424; e *From Nationality …*, cit., 253 ss). E também será esta a razão pela qual I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ (*La ley aplicable a las sucesiones …*, cit., 17) conclui que, não obstante se admitir a mobilização da cláusula de excepção em favor de qualquer outra lei, as mais das vezes se discutirá a derrogação da lex domicilii pela lex patriae ou, pelo menos, da lei da anterior residência (neste último sentido, A. DAVÌ, *Riflessioni …*, cit., 317).

[59] Cfr. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Reglamento sucesorio europeo ...*, cit., 30.

[60] A. BONOMI – P. WAUTELET, *El Derecho europeo de sucesiones*, cit., 250.

n.º 24 para concretização da "*ligação estável*" a que corresponde a *residência habitual*)[61] e Paul Lagarde (para quem é particularmente relevante a intenção do *de cujus* em regressar ao país de origem quando atingir a aposentação)[62].
Em abstracto, aderimos a esta conclusão: a previsão do n.º 2 do artigo 21.º do Regulamento – associada a um critério de conexão principal com plasticidade suficiente para que remeta para a lei do centro de vida pessoal, social e familiar do se cujus – só é explicável se o legislador tiver querido salvaguardar justamente a relevância de ligações com o país de origem deste tipo. Isto é, quando apesar de o falecido ter o centro de vida num certo Estado, *todos* (e não só alguns) os outros elementos do caso revelarem uma ligação mais próxima com outro país. Simplesmente, do ponto de vista prático, tal hipótese será muito rara: não é crível que, ao fim de 50 anos de vida em certo Estado, *todos* os demais laços se mantenham ligados ao país de origem, sem que se encontrem importantes interesses pessoais e patrimoniais no Estado da residência – não exista um grupo social e familiar relevante; não exista património importante; não exista uma integração cultural no país em que está o seu centro de vida. Mas se assim suceder, não parece ser vedada a activação da cláusula de excepção, sob pena de ela ficar totalmente desprovida de utilidade prática.

5. Conclusões

Da análise dos três problemas práticos que elegemos em sede de aplicação do Regulamento Europeu das Sucessões na prática judiciária portuguesa, ficam essencialmente duas conclusões.

---

[61] Cfr. J. GOMES DE ALMEIDA, *Apontamentos sobre o novo direito* …, cit., 41: «Sustenta-se que esta é a solução mais correcta para o primeiro exemplo descrito no considerando n. 24 do Regulamento. O falecido teria residência habitual no Estado estrangeiro mas existe, no caso concreto, uma conexão manifestamente mais estreita com o Estado da nacionalidade do falecido». A favor deste entendimento joga a circunstância de o Tribunal de Justiça ter já ligado a actuação da cláusula de excepção aos objectivos de dada regra conflitual – como sucedeu no Acórdão de 12 de Setembro de 2013, *Schlecker*, proc. C-64/12, n.º 34, quando permite levar em consideração, *para efeito da mobilização da cláusula de excepção* em matéria laboral da Convenção de Roma, o objectivo de protecção do trabalhador. Sobre a medida desta consideração, cfr. M. JOÃO MATIAS FERNANDES, *Dois é bom, três é demais? Princípio da conexão mais estreita, princípio da protecção do trabalhador e cláusula de desvio*, en *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Vol. II, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, 557-575, 572.
[62] Cfr. P. LAGARDE, *Applicable Law*, cit., 125.

Em primeiro lugar, a convicção de que as dificuldades encontradas, sendo de indiscutível arduidade, não são insolúveis. E, por essa razão, se não conhecem casos de bloqueio ou *non liquet* na dissolução dos problemas suscitados.
Em segundo lugar, a inelutável conclusão de que as soluções que avançámos para a solução dos problemas pode não vingar: dependerá, necessariamente, da interpretação que vier a ser dada ao Regulamento quando, em sede de reenvio prejudicial, for suscitada a intervenção do Tribunal de Justiça da União Europeia.

La recepción de la *kafala* en España: especial mención a la *kafala* marroquí

José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho civil, Universitat de València

Pedro Chaparro Matamoros
Profesor Ayudante Doctor de Derecho civil, Universitat de València

En España la *kafala* acordada en un país islámico, si ha sido constituida a través de un proceso, judicial o administrativo, con intervención de las autoridades públicas, es asimilada al acogimiento familiar o a la tutela dativa: el *makfoul* puede obtener un visado por reagrupación familiar, pero no puede ser adoptado por el *kafil* conforme a la legislación española.

In Spain the kafala *agreed in an Islamic country, if it has been established through a process, judicial or administrative, involving public authorities, is assimilated to foster care or dative guardianship: the* makfoul *can obtain a visa for family reunification but it can not be adopted by the* kafil *under Spanish law.*

In Spagna, la kafala *concordata in un Paese islamico, se frutto di un procedimento giudiziario o amministrativo che vede coinvolte autorità pubbliche, è assimilata all'affidamento familiare o alla tutela: il* makfoul *può ottenere un visto per ricongiungimento familiare ma, ai sensi del diritto spagnolo, non può essere adottato dal* kafil.

Sumario: 1. Consideraciones preliminares. – 2. El régimen jurídico de la *kafala* en Marruecos. – 3. La posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la *kafala* y su incidencia en sede de nacionalidad. – 4. La equiparación de la *kafala* al acogimiento familiar o la tutela dativa: el art. 34 de la Ley núm. 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional. – 5. *Kafala* y reagrupación familiar. – 6. La prohibición de adoptar al *makfoul* introducida por la Ley núm. 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. – 7. La protección social de la *kafala*. – 8. La *kafala* ante el TEDH. – 8.1. Caso *Harroudj contra Francia*. Sentencia de 4 de octubre de 2012. – 8.2. Caso *Chbihi Loudoudi y otros c/Bélgica*. Sentencia de 16 de diciembre de 2014, Sección Segunda. Caso núm. 52265/10. – 8.3. STJUE (Gran Sala) de 26 de marzo de 2019, asunto C-129/18.

1. Consideraciones preliminares

La heterogeneidad de los diversos ordenamientos jurídicos da lugar a problemas de reconocimiento de ciertas instituciones en los países de acogida, cuando éstos no tienen una figura idéntica a la que trata de desplegar sus efectos, como es el caso, en lo que aquí interesa, de la *kafala*[1]. La *kafala* es una institución propia del mundo islámico por la cual el *kafil* (titular de la *kafala*) adquiere el compromiso de hacerse cargo voluntariamente del cuidado, de la educación y de la protección del menor (*makfoul*), de la misma manera que un padre lo haría para con su hijo.

La institución de la *kafala* suele producir cierta perplejidad en el común de los operadores jurídicos españoles, no familiarizados con el Derecho Internacional Privado; y ello, a pesar de que la misma tiene una importancia indudable, dada la creciente inmigración procedente de países del Magreb, especialmente de Marruecos. La perplejidad que suscita, más allá de la provocada por una expresión en lengua árabe, está en estrecha relación con una diferente manera de concebir la protección del menor en la cultura jurídica española, en relación con la propia de los países islámicos[2].

[1] Desde luego, la globalización de las relaciones económicas, comerciales y personales, unida, en muchos casos, a la necesidad de emigrar del país de origen buscando un futuro más próspero, ha dado lugar a esta situación de recepción de instituciones jurídicas habituales en el país de origen, pero desconocidas en el de destino. Sobre la cuestión, Mª. P. DIAGO DIAGO, *La* kafala *islámica en España*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, 1, 2010, 141 ss., afirma que la heterogeneidad de las relaciones privadas está dando paso a la coexistencia con otras realidades jurídicas, «a veces imbuidas en principios extraños a aquellos que conforman el mundo occidental». Como no puede ser de otro modo, la autora pone el foco en la diversidad cultural y religiosa como punto de partida para comprender, respetar y no ignorar dichas realidades, las cuales, muchas veces, están llamadas a desplegar, en mayor o menor medida, efectos jurídicos en el país de recepción de las mismas.

[2] A este respecto, para entender mejor las diferencias hay que tomar en consideración el hecho de

En España se considera que el mejor modo posible de proteger al menor en situación de desamparo es la de integrarlo en una nueva familia, de manera plena y permanente, creando un vínculo jurídico de filiación con los adoptantes y extinguiendo el que lo unía con su familia de origen (desde la Ley núm. 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, se suprimió la diferencia entre adopción simple y plena[3]).

Por el contrario, en la mayoría de los Derechos de inspiración islámica, como es el caso de Argelia o Marruecos (no, así, de Túnez, a partir de la Ley de 4 de marzo de 1958, si bien con una práctica muy escasa), la adopción está prohibida, prohibición que encuentra sus orígenes en el Corán (versículos 4 y 5, Sura XXXIII) y que responde a la idea de que el vínculo jurídico de la filiación sólo puede tener orígenes biológicos (art. 142 del Código de Familia marroquí y art. 46 del Código de Familia argelino), considerándose, en consecuencia, nula la adopción (art. 149 del Código de Familia marroquí). Por ello, en dichos países, la protección de los menores en situación de abandono o desamparo se realiza a través de una institución distinta, la *kafala*, que, como hemos explicado, no genera un vínculo de filiación entre el menor (*makfoul*) y la persona o personas que lo acogen (*kafil*).

El problema de reconocimiento de efectos jurídicos a la institución es mayor si se tiene en cuenta que no todas las *kafalas* de los países de Derecho islámico son homogéneas, sino que existen diferencias entre algunas de ellas (así, algunas legislaciones exigen que el *kafil* sea nacional del país de que se trate, e incluso que no pueda instalarse en el extranjero con el niño; mientras que otras, en cambio, como la marroquí, aceptan la *kafala* internacional[4]).

que en nuestro Derecho existen ideas arraigadas en la cultura jurídica y en el imaginario común, tales como la separación entre sociedad civil y religiosa (separación que se encuentra claramente manifestada en la Constitución de 1978, cuyo art. 16.3 articuló un Estado aconfesional), que no se encuentran presentes en los países de inspiración islámica, en los cuales, toda vez aplicarse en su mayoría Códigos de Derecho positivo (y no el Derecho islámico), lo cierto es que dichos Códigos respetan y están en consonancia con el Derecho islámico. V. sobre esta cuestión Mª. P. DIAGO DIAGO, *La* kafala *islámica en España*, cit., 143.

[3] BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 1987, 34158 a 34162.

[4] En cualquier caso, esta afirmación ha de matizarse con lo dispuesto en la Circular nº 40 S/2 del Ministerio de Justicia y Libertad marroquí, de 19 de septiembre de 2012, que solicita a las autoridades marroquíes competentes para constituir *kafalas* que comprueben si el solicitante extranjero reside habitualmente en territorio nacional marroquí y niegue la *kafala* a los extranjeros que no residan habitualmente en Marruecos.

Como se observa, la Circular restringe la posibilidad de constitución de la *kafala* por un *kafil* extranjero a aquellos que «residan habitualmente» en Marruecos.

En cualquier caso, lo que no varía es su fundamento y su anclaje en la ley divina revelada por Dios, en la Sharia, de ahí que el factor religioso sea extremadamente importante. Sólo podrán ser *kafil* los musulmanes, pues éstos asumen el deber sagrado de educar al niño en la verdad del Corán.

Para concluir este epígrafe introductorio, hay que tener en cuenta que la *kafala* se reconoce en el art. 20.3º del Convenio de los Derechos del niño, hecho en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, según el cual «Entre esos cuidados [al niño] figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la *kafala* del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico».

De la misma manera, es contemplada en el art. 3.e) del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, el cual dispone, en relación con el art. 1, la aplicabilidad del Convenio para determinar ciertas medidas que puedan referirse a ella, tales como el Estado cuyas autoridades son competentes para tomar las medidas de protección de la persona o de los bienes del niño (art. 1.1.a), la ley aplicable por estas autoridades en el ejercicio de su competencia (art. 1.1.b) o la ley aplicable a la responsabilidad parental (art. 1.1.c).

2. El régimen jurídico de la *kafala* en Marruecos

De entre los distintos ordenamientos de inspiración islámica merece analizarse el caso de Marruecos, habida cuenta su proximidad geográfica con España[5], la cual motiva que sean *kafalas* constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de dicho país las más susceptibles de entrar en contacto con el ordenamiento

Con ello, se trató de evitar que el menor sujeto a *kafala* acabara siendo educado en un país que no siguiera la fe islámica, lo que podría conducir, toda vez ser educado por un musulmán, a una «relajación de las costumbres», debido al contacto e integración en una sociedad y cultura diversa. Sobre esta cuestión, v. Mª. J. SÁNCHEZ CANO, *Adopción en España de menores en situación de* kafala *y Ley nacional del adoptando*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, 2, 2018, 932-933.

Sea como fuere, lo que resulta evidente que no se podrá controlar es el cambio de residencia una vez constituida la *kafala*.

[5] Esta proximidad geográfica hace que muchos menores marroquíes entren en España en situación irregular, muchas de las veces sin venir acompañados por sus progenitores. Sobre este problema

jurídico español, debido a los flujos migratorios de Marruecos hacia España.

La *kafala* marroquí se regula por la Ley núm. 15 de 2001 (aprobada por Dahir de 13 de junio de 2002), relativa al acogimiento familiar de los menores abandonados, cuyo art. 2 la define como el compromiso de asumir benévolamente la protección, educación y manutención de un menor abandonado, de igual manera que lo haría un padre por su hijo.

La constitución de la *kafala* puede producirse notarial o judicialmente. La primera de ellas, la constitución notarial, sólo es posible cuando sean conocidos los padres del menor, quienes deberán consentir el acogimiento, de lo que se dará fe, mediante la redacción de la oportuna acta. En caso contrario, la constitución de la *kafala* exige la previa declaración de abandono del menor (art. 6), que se realiza a través de un procedimiento judicial, con intervención del Ministerio Fiscal, el cual está encomendado al Juez de Tutelas (arts. 14 a 18). Esta intervención judicial tiene gran importancia desde la perspectiva del Derecho español, pues, como veremos, el reconocimiento de ciertos efectos jurídicos de la *kafala* en España se subordina a que se haya constituido con intervención de autoridad pública, judicial o administrativa.

Respecto de sus efectos (en Derecho marroquí), la *kafala* no dará derecho, ni a la filiación, ni a la sucesión respecto del *kafil* (art. 2), quien vendrá obligado a mantener[6], guardar y proteger al menor acogido[7], velando por que sea educado en un ambiente sano, en el que se satisfagan sus necesidades esenciales, hasta que alcance la mayoría de edad, siendo responsable civil de los actos del mismo (art. 22).

reflexiona con mayor profundidad Á. DE PALMA DEL TESO, *La condición legal de "menor no acompañado" en nuestro Derecho de extranjería; definición común en la Unión Europea. La* kafala *del Derecho islámico*, en *Revista Vasca de Administración Pública*, 90, 2011, en especial 107-121.

[6] Ello siempre y cuando el menor, con independencia de su sexo, carezca de recursos para mantenerse a sí mismo; pues, en caso contrario, el *kafil* no vendrá obligado a mantenerle, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 187 del Código de Familia de Marruecos, según el cual «Cualquier persona cubrirá sus necesidades por sus propios medios, salvo las excepciones previstas por la ley».

[7] Desde la perspectiva de género, C. RUIZ SUTIL, *La mujer kafila y la recepción de la kafala marroquí en el ordenamiento jurídico español*, en *Revista Clepsydra*, 16, 2017, 154 ss., realiza un estudio muy apropiado de la figura de la mujer *kafila*. Y es que, lo cierto es que el papel de la mujer *kafila*, toda vez resultar insuficientemente reconocido, es muy relevante en la protección, cuidado y educación del *makfoul*, debido, señala la autora, a la herencia cultural y «a cierta concepción negativa de las cualidades del hombre para el desarrollo de este tipo de obligaciones». Ello motiva que no sean aislados, sino todo lo contrario, los casos en que una *kafila*, de forma individual, asume la *kafala* de una familiar (por ejemplo, una hermana o una sobrina), tal y como

En cuanto a la extinción de la *kafala*, ésta tiene lugar al alcanzar el menor la mayoría de edad[8] (a no ser que en él concurran minusvalías o sea incapaz de satisfacer sus propias necesidades[9]), por muerte del *makfoul* o *kafil*, por incapacidad de éste último o por resolución judicial que revoque el acogimiento, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones propias del mismo; por último, por disolución del establecimiento, organismo o asociación a quien se hubiera encomendado la *kafala* (art. 25).

3. La posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la kafala y su incidencia en sede de nacionalidad

Es doctrina constante de la Dirección General de los Registros y del Notariado que la *kafala* no es una adopción, por lo que no puede inscribirse como tal en el Registro Civil[10], sino que cumple una función semejante a la del acogimiento familiar [Resolución-Circular 15 julio 2006, RJ, 2006, 1652)], por lo que el *makfoul* no adquiere la nacionalidad española de origen, por el hecho de ser acogido por un *kafil* español[11], ni tampoco puede optar por ella si el *kafil* extranjero adquiere posteriormente la nacionalidad española por residencia en nuestro país durante diez años (conforme al art. 22 CC): el art. 20.1.a) CC concede el derecho a optar por la nacionalidad española a las personas que estén sujetas «a la patria potestad de un español», lo que no acontece en el caso de la *kafala*, ya que el *kafil* no es padre adoptivo del *makfoul*[12].

Esta última postura ha sido criticada por una parte de la doctrina, al entender que el fundamento del derecho de opción contemplado en el art. 20.1.a) CC se halla en la sujeción a la "patria potestad" de un español (la cual, de conformidad con el Derecho positivo español, deriva únicamente de una relación de filiación

pone de manifiesto la práctica judicial española, enumerada con cierta exhaustividad por la autora (nota al pie 38, 154-155).

[8] Lo que acontece a los 18 años, según el art. 209 del Código de Familia de Marruecos («La edad de la mayoría legal se fija en dieciocho años gregorianos cumplidos»).

[9] En caso de que el *makfoul* sea una niña, el art. 22 de la Ley núm. 15 de 2001 prolonga la obligación de manutención de la ya mayor de edad «hasta que contraiga matrimonio».

[10] RRDGRN 14 mayo 1992 (RJ 1992, 5251), 18 octubre 1993 (RJ 1993, 8022), 29 marzo 2011 (JUR 2012, 86539) y 13 marzo 2015 (JUR 2015, 255479).

[11] V. a este respecto art. 19.1 CC: «El extranjero menor de dieciocho años adoptado por un español adquiere, desde la adopción, la nacionalidad española de origen».

[12] RRDGRN 14 mayo 1992 (RJ 1992, 5251), 1 febrero 1996 (RJ 1996, 2450), 21 marzo 2006 (RJ 2006, 111879), 29 marzo 2011 (RJ 2012, 86539), 6 septiembre 2011 (RJ 2012, 198189) y 15 noviembre 2013 (JUR 2014, 21471).

biológica o adoptiva), que conlleva un "poder de decisión" del padre respecto del hijo; algo que, según estos autores, también acontece en la institución de la *kafala*, en la que el *kafil* ostenta la tutela dativa o representación legal del menor, teniendo, en consecuencia, el "poder de decisión" sobre éste[13].

Sin embargo, lo cierto es que este argumento no parece suficiente para conceder la nacionalidad española al *makfoul* sujeto a la patria potestad de un español, ya que lo que el art. 20.1.a) CC exige es haber estado sometido a la "patria potestad", es decir, a la autoridad de los padres sobre los hijos, y no a una genérica autoridad atribuida con un origen distinto a la relación paterno-filial. Cuestión distinta sería que en el precepto se concediese la nacionalidad española a quien haya estado representado legalmente por un español, en cuyo caso, desde luego, la eventual concesión de la nacionalidad española al *makfoul* sí que sería posible.

Cabe, por último, plantearse la posible concesión de la nacionalidad española por residencia de un año «al que haya estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos»[14] [art. 22.2.c) CC]. La cuestión, es perfectamente posible, si bien hay que tener en cuenta que aquí el problema surgirá, no tanto desde el punto de vista de la equiparación de la *kafala* con un acogimiento o una tutela, sino desde el punto de vista de la "residencia" prevista por el precepto, que, como sabemos, ha de ser legal, por lo que habrá que observar si la documentación de la que se provea al menor es suficiente a dichos efectos al momento de ingresar en territorio español, o si, por el contrario, su solicitud deberá esperar hasta que reúna la documentación que permita catalogar su residencia en territorio español de "legal"[15].

[13] Por todos, N. MARCHAL ESCALONA, *La* kafala *islámica: problemática y efectos*, en F.J. DURÁN RUIZ (coord.), *Actas del I Congreso sobre retos sociales y jurídicos para los menores y jóvenes del siglo XXI*, 2013, 244-245, quien considera que, antes de denegar automáticamente la nacionalidad española al *makfoul* por no estar sometido a la "patria potestad" de un español, debería analizarse si el *kafil* asume los mismos derechos, deberes y obligaciones en relación con el *makfoul*, que un padre respecto de un menor de edad. Así, y con base en el art. 229 del Código de Familia de Marruecos («La representación legal del menor quedará garantizada por la tutela legal, la tutela testamentaria o la tutela dativa»), la autora considera que el "poder de decisión" sobre los asuntos del menor es el mismo, ya se trate de su padre biológico o de un *kafil*, lo que debería ser tomado en consideración por las autoridades españolas a efectos del posible reconocimiento de la nacionalidad española al *makfoul* sometido a la patria potestad de un español.

[14] V. a este respecto R. ARENAS GARCÍA y C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *La ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional: entre la realidad y el deseo*, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 17, 2009, 19; y B. GÓMEZ BENGOECHEA, A. BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO y S. ADROHER BIOSCA, *Se busca familia para un niño: perspectivas psico-jurídicas sobre la adoptabilidad*, Dykinson, Madrid, 2015, 147.

[15] Abunda en esta cuestión N. MARCHAL ESCALONA, *La* kafala *islámica*…, cit., 246 ss.

En cualquier caso, de no ser posible tampoco la obtención de la nacionalidad española por la vía del art. 22.2.c) CC (por ejemplo, por no ser español el *kafil*), siempre quedará la opción de obtenerla conforme al genérico plazo de residencia de diez años (art. 22.1 CC).

4. La equiparación de la *kafala* al acogimiento familiar o la tutela dativa: el art. 34 de la Ley núm. 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional

Esta posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado fue avalada por el art. 34 de la Ley núm. 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional[16]. El precepto prevé la equiparación de las «Las instituciones de protección de menores constituidas por autoridad extranjera y que según la ley de su constitución no determinen ningún vínculo de filiación» (como es la *kafala*) al acogimiento familiar regulado en el Derecho español «o, en su caso, a una tutela» (novedad en relación a la doctrina sentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, lo que, como después veremos, es importante en orden a poder considerar al *kafil* como un tutor dativo y, en consecuencia, conceder un visado por reagrupación familiar al *makfoul*).

Estamos, pues, ante lo que se ha venido en denominar una "equiparación funcional"; es decir, no se trata de buscar en el ordenamiento jurídico español instituciones equivalentes a la *kafala*, habida cuenta que no existen, sino que se trata de encontrar una institución legal española que cumpla funciones similares a las atribuidas a la *kafala*[17].

En cualquier caso, el art. 34 de la Ley núm. 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, supedita la equiparación de la *kafala* al acogimiento o la tutela dativa a la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) En primer lugar, que la *kafala* se haya constituido por la autoridad extranjera competente (judicial o administrativa), la cual se determinará conforme a los foros de competencia del propio Derecho, a no ser que falten «conexiones razonables de origen, de antecedentes familiares o de otros órdenes similares», previsión, esta última, que tiene por finalidad evitar el riesgo de sustracción de niños, así como la simulación de acogimientos con la sola finalidad de que

[16] BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007.

[17] A. MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, *Los distintos efectos de la institución de la kafala. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (TS), Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 9 de diciembre 2011 (RJ 2012, 2630)*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 8, 2012, 108.

los menores extranjeros puedan disfrutar de los beneficios de la residencia en España.

Se excluye, pues, la equiparación de las *kafalas* acordadas privadamente, sin intervención de autoridad pública, en virtud de una mera declaración de voluntad de los padres del menor, aunque las mismas hubieran sido hechas ante Notario, lo que se admite por el Derecho marroquí o argelino, en el caso de niños con padres conocidos.

b) En segundo lugar, que se haya constituido con arreglo a la ley estatal designada por las normas de conflicto del lugar en que se ha acordado, con lo que se trata de asegurar la validez de la *kafala* en el país de origen.

No obstante, parece evidente que las autoridades españolas no podrán entrar en el control material de alguno de los presupuestos de validez exigidos por dicha ley, como es el de que el *kafil* sea musulmán (v. en este sentido el art. 9 de la Ley núm. 15/01 de Marruecos o el art. 118 del Código de Familia de Argelia), por ser ello contrario al principio de libertad religiosa.

c) En tercer lugar, que el documento en el que consta constituida la *kafala* reúna los requisitos formales de autenticidad, consistentes en la legalización o apostilla y en la traducción al idioma español oficial (con excepción de los documentos eximidos de legalización o traducción en virtud de otras normas vigentes); se pretende, así, evitar las falsificaciones de documentos.

d) En cuarto lugar, que la *kafala* no produzca «efectos manifiestamente contrarios al orden público internacional español»; como, por ejemplo, sucedería, si se pretendiera el reconocimiento de efectos legales de la acordada respecto de menores que tuvieran padres, sin haber mediado una previa declaración judicial de abandono[18].

En otro orden de ideas, y como una proyección en el ámbito fiscal de la equiparación realizada por el art. 34 de la Ley núm. 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, entre la *kafala* y el acogimiento familiar o la tutela, cabe señalar que, a efectos de determinar el tipo de retención aplicable al *kafil* que sea trabajador por cuenta ajena, se aplicará el mínimo por descendiente previsto en el art. 58 de la Ley núm. 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio[19] [Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos 11 marzo 2014, V0664 (JUR 2014, 165785)].

---

[18] Otro ejemplo, como señala C. RUIZ SUTIL, *La mujer* kafila ..., cit., 153, sería el caso de que se obtuviese el consentimiento de los padres mediante pago monetario.

[19] BOE núm. 285, de 29 de noviembre de 2006.

Para concluir este epígrafe, y no obstante lo dicho, hay que hacer una ulterior matización. Y es que, posiblemente, la asimilación de la institución de la *kafala* (que es ya de por sí heterogénea según los casos) a una institución propia del ordenamiento jurídico español como el acogimiento familiar o la tutela dativa, toda vez respetar la seguridad jurídica, puede suponer la vulneración de la integridad de la *kafala*, cuestión que habrá de tenerse en cuenta y ponderarse a la hora de determinar si es preferible la asimilación a una institución propia del Derecho español o, por el contrario, únicamente el mero reconocimiento de los efectos jurídicos de la *kafala* que sean susceptibles de ser homologados[20].

5. *Kafala* y reagrupación familiar

Para que el *makfoul* pueda trasladarse a España necesitará que se le autorice la residencia en nuestro país y que se le conceda visado para reagrupación familiar. En la práctica los casos litigiosos se han producido cuando el *kafil* es un extranjero con residencia legal en España. Conforme al art. 17.c) de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social[21], el extranjero residente tiene derecho a reagrupar con

[20] En estos mismos términos se ha manifestado Mª. P. DIAGO DIAGO, *La* kafala *islámica en España*, cit., 160, para quien la equiparación de la *kafala* a un acogimiento o a una tutela dativa puede ser igual de inapropiada que su equiparación a una adopción. Para la autora, ello lleva a «una metamorfosis irreversible y forzada de una institución extranjera, que al final del proceso, termina convertida en otra cosa», por lo que termina apostando por «reconocer los efectos previstos por la ley extranjera, atendiendo a cada supuesto concreto; esto es, examinando el contenido del acto de constitución y buscando la equiparación funcional con la figura de Derecho español, que pueda dar la cobertura suficiente al efecto reclamado».
También ha puesto de relieve las diferencias entre las citadas instituciones A. ORTEGA GIMÉNEZ, *La* kafala *de Derecho islámico: concepto, naturaleza jurídica, caracteres y efectos jurídicos en España*, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 3, 2015, 823, al señalar que «no podemos encontrar una sola institución que tenga características similares: ni la adopción, ni la tutela, y ni el acogimiento acogen totalmente la misma función que la *kafala* de Derecho islámico».
En concreto, y en relación con la asimilación de la *kafala* marroquí respecto del acogimiento familiar español, cabe destacar el mayor contenido obligatorio de aquélla para con el menor, pues el compromiso sociofamiliar del *kafil* respecto del *makfoul* es más amplio (el mismo que un padre asume respecto de su hijo) que el de la familia de acogida en el Derecho español.
V. a este respecto C. RUIZ SUTIL, La mujer kafila..., cit., 149; y Mª. D. ORTIZ VIDAL, *La* kafala *islámica: institución jurídica protegida en España por la prestación social de orfandad*, en Z. COMBALÍA, M.P. DIAGO DIAGO y A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (coords.), *Derecho e Islam en una sociedad globalizada*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, 275 ss.

[21] BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000.

él en España a los menores de 18 años, cuando «sea su representante legal y el acto jurídico del que surgen las facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español».

La Instrucción de la Dirección General de Inmigraciones de 27 de septiembre de 2007, en relación con dicho precepto, distingue claramente dos situaciones, que guardan relación con el normal modo de proceder en los países islámicos (al menos, en Marruecos), en los que el acogimiento se acuerda privadamente ante Notario, por los padres del niño y la persona que se hará cargo de él; y (necesariamente) en un proceso judicial, previa declaración de abandono, cuando no se conoce a los padres del menor.

a) La primera de las hipótesis es que la *kafala* haya sido constituida por los padres del niño, en cuyo caso se entiende que el *kafil* no puede ser considerado un *representante legal* del menor extranjero, sino más bien una «delegación de la autoridad parental»[22]. Así pues, «la acogida habrá de tener en todo caso carácter temporal», por lo que el visado para la entrada en España habrá de tramitarse conforme a lo previsto en el art. 93 del Reglamento de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (aprobado por Real Decreto núm. 2393/2004, de 30 de diciembre[23]), precepto en el que se regula el desplazamiento temporal de menores extranjeros.

b) La segunda de las hipótesis es que la *kafala* no haya sido constituida por los padres biológicos del niño, sino a través de un procedimiento, administrativo o judicial, en el que ha intervenido la Autoridad Pública, «en orden a la protección del interés del menor». En este caso, sí se entiende establecido «un régimen jurídico equiparable a la tutela dativa», por lo que al residente en España se le considera *representante legal* del menor[24]. Por consiguiente, «la acogida podrá tener carácter permanente» y procederá la tramitación de un visado de residencia por reagrupación familiar, con apoyo en el citado art. 17.c) de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

La jurisprudencia sigue el criterio expuesto por la Instrucción de la Dirección

[22] E. RODRÍGUEZ PINEAU, *La protección en España de menores cuya ley nacional prohíbe la adopción tras la reforma de la Ley 54/2007, de Adopción Internacional*, en *Derecho Privado y Constitución*, 31, 2017, 395.

[23] BOE núm. 6, de 7 de enero de 2005.

[24] V. a este respecto Mª. E. ZÁBALO ESCUDERO, *La familia como medio de integración del extranjero en la sociedad receptora*, en Á. G. CHUECA SANCHO, V. L. GUTIÉRREZ CASTILLO e I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ (coords.), *Las migraciones internacionales en el Mediterráneo y Unión Europea*, Huygens, Barcelona, 2009, 279.

General de Inmigración del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 27 de septiembre de 2007, admitiendo la concesión del visado por reagrupación familiar, cuando la *kafala* se hubiera constituido a través de un procedimiento judicial o administrativo, siempre que hubiera mediado la previa declaración de desamparo del mismo; por el contrario, entiende que no procede el visado en los casos de constitución privada de la *kafala*, mediante consentimiento de los padres biológicos del *makfoul* prestado ante Notario, al margen de un procedimiento judicial o administrativo[25].

6. La prohibición de adoptar al *makfoul* introducida por la Ley núm. 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

Venía siendo una práctica frecuente que el *kafil*, que ya tenía la nacionalidad española en el momento de la constitución de la *kafala* o que la adquiría posteriormente por residencia, intentara adoptar al *makfoul* en España, posibilidad ésta, que era contraria a la legislación nacional de éste, pero no a la española, que la permitía cuando el menor tuviera su residencia habitual en nuestro país en el momento de constituirse la adopción o cuando hubiera sido o fuera a ser trasladado a España con la finalidad de establecer en ella su residencia habitual (art. 18 de la Ley núm. 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional). Si, según ha quedado expuesto, la *kafala* en la que concurran los requisitos del art. 34 de la Ley núm. 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, se reconoce en España, al menos, como un acogimiento familiar, parece lógico pensar que, por aplicación del art. 176.2.3ª del CC, en el caso de que el *kafil* solicitara la adopción del *makfoul*, no necesitaría la propuesta previa por parte de la entidad pública correspondiente con certificado de idoneidad, aunque, la misma, conforme a lo previsto en el art. 177.3.4º CC, debía ser «simplemente oída» por el juez, «a fin de apreciar la idoneidad del adoptante»[26].

[25] V. a este respecto STS (Contencioso-Administrativo, 3ª) 9 diciembre 2011 (RJ 2012, 2630); STSJ Madrid (Contencioso-Administrativo, 1ª) 10 julio 2008 (JUR 2008, 315217); STSJ País Vasco (Contencioso-Administrativo, 2ª) 23 septiembre 2008 (JUR 2009, 3819); STSJ Madrid (Contencioso-Administrativo, 1ª) 25 junio 2010 (RJCA 2010, 690); STSJ Madrid (Contencioso-Administrativo, 1ª) 11 septiembre 2013 (JUR 2013, 311461); y STSJ Cataluña (Contencioso-Administrativo, 5ª) 16 julio 2014 (JUR, 2015, 627).
Sobre esta cuestión, v. con mayor detalle A. MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, *Los distintos efectos de la institución de la* kafala …, cit., 108-112.

[26] Esta posición fue defendida por la Circular de la Fiscalía General del Estado 16 noviembre

Pero, es más, la práctica mencionada dio lugar a que, en ocasiones, se simularan falsas *kafalas* con la única finalidad de que un menor marroquí pudiera adquirir la residencia en España, sin que el supuesto *kafil* tuviera ninguna intención de asumir obligaciones asistenciales respecto del mismo e, incluso, con el propósito preconcebido de posibilitar que el *makfoul* pudiera posteriormente ser adoptado en España y, en consecuencia, adquirir la nacionalidad española.

Para evitar este tipo de fraudes, el Derecho español ha adoptado una solución tajante: el art. 3.20 de la Ley núm. 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia[27], ha añadido un número 4º al art. 19 de la Ley núm. 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, según el cual «En el caso de menores cuya ley nacional prohíba o no contemple la adopción[28] se denegará la constitución de la adopción»[29] en España, «excepto cuando el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública»[30] (española). Por lo tanto, fuera de este supuesto

---

2011, n. 8 (JUR 2011, 395482;) y en la jurisprudencia por AAP Barcelona (18ª) 28 marzo 2006 (JUR 2008, 149354), AAP Barcelona (18ª) 8 julio 2008 (JUR 2008, 315373), AAP Barcelona (18ª) 27 junio 2011 (AC 2011, 2030), SAP Valladolid (1ª) 12 abril 2013 (JUR 2013, 182397); en contra, sin embargo, AAP Tarragona (1ª) 23 junio 2008 (AC 2008, 1710) y AAP Cádiz (5ª) 11 diciembre 2008 (JUR, 2009, 59788).

[27] BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

[28] Desde luego, y tal y como ha puesto de manifiesto el Dictamen 3/2016, de la Fiscalía General del Estado, sobre la incidencia de la reforma de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, respecto al tratamiento de la *kafala*, esta prohibición requiere que el menor de que se trate conserve la nacionalidad de origen, pues si el menor adquiere la nacionalidad española, dicha limitación no será aplicable.

[29] En la jurisprudencia, sorprende que los recientes AAAP Islas Baleares 25 octubre 2017 (JUR 2018, 32856), Girona 18 diciembre 2017 (JUR 2018, 23279) y Cádiz 12 marzo 2018 (JUR 2018, 277431) parezcan desconocer esta norma.

[30] Con todo, la norma no es del todo desconocida, pues este art. 19.4 estaba previsto en el Proyecto de Ley de Adopción Internacional, de 18 de junio de 2007, con el siguiente texto: «En el caso de menores cuya Ley nacional prohíba o desconozca la adopción, se denegará la constitución de la adopción, excepto cuando el menor se encuentre en desamparo y tutelado por la Entidad Pública española de protección de menores y no sea posible su repatriación, después de haberse puesto la situación del menor en conocimiento de las autoridades competentes de su país. Ello se entiende sin perjuicio, en su caso, de la constitución de otras medidas de protección del menor».

Como pone de manifiesto E. RODRÍGUEZ PINEAU, *La protección en España de menores* …, cit., 407, «La norma se eliminó como resultado de distintas enmiendas al texto, que se fundamentaban en el principio superior del interés del menor, que suponía adoptar soluciones más flexibles para aquellos supuestos en que el menor tuviera una fuerte conexión con el territorio español (y más débil con el Estado de su nacionalidad) y descartando de este modo que pudieran prevalecer intereses de tipo diplomático o político».

La autora critica la diferencia de trato que establece la norma entre los menores marroquíes,

excepcional no cabe la adopción *ex novo* del *makfoul* ante la autoridad judicial española[31].

Esta reacción del legislador español quizás pueda contribuir a hacer desaparecer los recelos de las autoridades marroquíes hacia la *kafala* constituida en favor de ciudadanos extranjeros[32], los cuales, como hemos señalado ya, se plasman en la Circular nº 40 S/2, de 19 septiembre de 2012, del Ministerio de Justicia y Libertad del Reino de Marruecos, que ordena a las autoridades competentes para constituir la *kafala* que comprueben si los solicitantes extranjeros tienen su residencia habitual en el país, denegándola en el caso contrario, debido a las dificultades para controlar el correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas de dicha institución.

Está por ver, con todo, cuál va a ser la práctica de nuestros tribunales, pues existen algunas resoluciones posteriores a la introducción del art. 19.4 de la Ley núm. 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, que ni tan siquiera contemplan dicho precepto a la hora de autorizar la constitución de la adopción, con lo que, de momento, la prohibición parece quedar en «papel mojado»[33]. En este sentido, podemos plantearnos si el hecho de que se considere la adopción

cuyo desamparo se constata en España (los cuales sí pueden ser adoptados), y los menores cuyo desamparo se verifica en Marruecos (donde se constituye la *kafala*).

[31] La adopción *ex novo* del menor sujeto a *kafala* había venido siendo admitida por la práctica judicial española (si bien con no pocas excepciones), como ponen de manifiesto los AAAP Barcelona 28 marzo 2006 (JUR 2008, 149354), Guipúzcoa 4 junio 2008 (JUR 2009, 136091), Barcelona 8 julio 2008 (JUR 2008, 315373), Barcelona 30 octubre 2008 (JUR 2009, 77866), Valladolid 11 diciembre 2008 (JUR 2009, 264035), Barcelona 27 junio 2011 (AC 2011, 2030), Cantabria 30 abril 2015 (JUR 2015, 275325), Cádiz 12 marzo 2018 (JUR 2018, 277431), o la SAP Valladolid 12 abril 2013 (JUR 2013, 182397).

En contra de constituir la adopción se pronuncian los AAP Tarragona 23 junio 2008 (AC 2008, 1710), Cádiz 11 diciembre 2008 (JUR 2009, 59788), o Barcelona 3 noviembre 2011 (JUR 2012, 33503).

Algunos de estos autos se encuentran comentados brevemente en J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, *Efectos jurídicos en España del acogimiento de Derecho islámico* ("kafala"), en *Diario La Ley*, 7393, 2010, 10-11.

[32] V. en este sentido E. RODRÍGUEZ PINEAU, *La protección en España de menores* …, cit., 409.

[33] Así, el AAP Islas Baleares 25 octubre 2017 (JUR 2018, 32856) realiza una curiosa interpretación de la ausencia de previsión de la adopción en el Código de Familia marroquí, señalando que «la ley nacional marroquí no prohíbe expresamente las adopciones; tan solo es una figura o institución que no existe en la Ley», considerándose la adopción el mejor cauce para salvaguardar los intereses del menor.

De la misma forma, el AAP Girona 18 diciembre 2017 (JUR 2018, 23279) acuerda conceder la adopción solicitada, señalando que la constitución voluntaria de la *kafala* equivalía al acogimiento preadoptivo a efectos de no ser necesario recabar el asentimiento a la adopción de los progenitores

como el mejor modo para salvaguardar los intereses del menor sometido a *kafala* (junto a los previsibles nulos efectos que dicha adopción estará llamada a desplegar en el país del que es nacional el menor), es un argumento al que debe concederse mayor peso en la ponderación que al respeto de las instituciones propias de Derechos extranjeros y desconocidas en España[34].

En todo caso, en el punto que nos ocupa el Derecho español se aproxima ahora al Derecho francés. Así, el art. 370-3 del Código Civil galo (redactado conforme a la Ley núm. 2001-111, de 6 febrero de 2001, relativa a los conflictos de ley en la adopción internacional) establece que la adopción de un menor extranjero en Francia no puede tener lugar, si su ley personal prohíbe esta institución, salvo si dicho menor ha nacido o reside habitualmente en este país.

La jurisprudencia francesa entiende que dicho precepto se refiere, tanto a la adopción plena, como a la simple (ambos tipos de adopción se mantienen en Francia, a diferencia de lo que acontece en España, tras la Ley núm. 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción[35]).

Así, la Sentencia de la Sala 1ª de la Corte de Casación de 10 de octubre de 2006 (núm. 06-15265) revocó la sentencia recurrida, la cual había acordado la adopción simple de un niño nacido en Argelia, que había residido en Francia alrededor de un año, después de la constitución de la *kafala*. Observa la Corte que la *kafala* no crea ninguna relación de filiación entre el niño y las personas que lo tienen en acogimiento, contrariamente a lo que sucede en el caso de la

biológicos del adoptando exigido por el Código Civil catalán en su art. 235-41.1.b), así como que la menor se hallaba plenamente integrada en el seno de la familia adoptante.

Por su parte, el AAP Cádiz 12 marzo 2018 (JUR 2018, 277431) afirma que no se requiere la propuesta previa de la entidad pública exigida por el art. 176.2 CC para la constitución de una adopción *ex novo* sobre un menor sometido a kafala.

Sobre este problema ya ha alertado Mª. J. SÁNCHEZ CANO, A*dopción en España de menores en situación de* kafala …, cit., 933-934, quien pone de manifiesto que nuestros tribunales siguen aplicando la doctrina jurisprudencial de permitir la constitución de la adopción de menores en situación de *kafala*, en el supuesto de que éstos residieran en España al tiempo de la adopción y adquiriesen la nacionalidad española como consecuencia de la misma.

[34] Mª. J. SÁNCHEZ CANO, *Adopción en España de menores en situación de* kafala …, cit., 934. La cuestión del respeto a la *kafala* y a la prohibición de constituir una adopción sobre un menor sometido a dicha institución ha sido, como veremos más adelante, planteada en la STEDH de 4 de octubre de 2012, caso Harroudj contra Francia, desde el punto de vista de las eventuales tensiones diplomáticas que podrían producirse entre los Estados con ordenamientos de inspiración islámica y los Estados que tienen por práctica constituir adopciones sobre menores sujetos a *kafala*, habiéndose concluido que, desde el punto de vista del Derecho Internacional Público, dicha práctica no ha dado lugar a ningún conflicto entre Estados.

[35] BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 1987, 34158 a 34162.

adopción simple, que sí crea un vínculo de filiación entre el niño y los adoptantes. Por su parte, la Sentencia de la Sala 1ª de la Corte de Casación de 9 de julio de 2008 (núm. 08-20279) revocó la sentencia recurrida, que había acordado la adopción plena de un niño nacido en Argelia, solicitada un año después de la constitución de la *kafala*, la cual había tenido lugar, cuando el niño contaba con 4 meses de edad. La Corte de Apelación había justificado su decisión con los argumentos de que: a) toda vez estar prohibida la adopción en Argelia, las autoridades de este país confían niños a extranjeros, sabiendo que están destinados a ser adoptados, y que, en el concreto caso enjuiciado, el menor había sido abandonado de manera definitiva e irrevocable; b) que no tenía una filiación conocida y c) que, dado que estaba previsto que se quedara en Francia, tenía interés en tener una filiación y en ser adoptado. Sin embargo, la Corte de Casación, consideró que dicha argumentación era contraria al art. 370-3 del Código Civil francés, dado que el Derecho argelino prohíbe la adopción y el niño no había nacido en Francia.

7. La protección social de la *kafala* en España

Otra de los debates que suscitó el reconocimiento de la *kafala* en España fue la posible protección social del *makfoul* en los casos en que fallece el *kafil*. Y es que el reconocimiento de efectos favorables a instituciones conexas, pero no idénticas, a las reguladas en el ordenamiento jurídico español ha sido y es un lugar común en nuestros tribunales, siendo un buen ejemplo de ello, en su momento, la pretensión por parte del conviviente perjudicado por la ruptura de la unión de hecho de percibir una pensión compensatoria, así como la pretensión del conviviente supérstite de recibir una pensión de viudedad. Incluso, y en relación con la posible eficacia de instituciones propias de los ordenamientos de inspiración islámica en España, cabe señalar que la reciente STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, 4ª) 24 enero 2018 (RJ 2018, 130) acordó distribuir la pensión de viudedad entre las dos viudas de un soldado marroquí polígamo que sirvió al Estado español en el Sáhara, con base en el art. 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos[36], conforme al cual «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».

Sea como fuere, y en relación con la posible percepción de una pensión de

[36] BOE núm. 245, de 13 de octubre de 1982, 28185 a 28189.

orfandad, la STSJ (Social, 3ª) Madrid 31 enero 2008[37] (AS 2008, 959), acordó conceder dicha pensión a dos menores marroquíes, por muerte de uno de los *kafil*, en un complejo razonamiento, cuyo argumento esencial fue el recurso al principio de igualdad[38], ya que, en línea de principio, el (actual) art. 224.1[39] del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social[40] limita la percepción de la pensión exclusivamente a cada uno «de los hijos e hijas del causante o de la causante fallecida, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación». El fallo fue confirmado por ATS (Social, 1ª) 10 febrero 2009 (JUR 2009, 154016), a través de la asimilación funcional de la *kafala* con el acogimiento familiar permanente del Derecho español.

La solución no puede menos que compartirse, si bien hay que matizar que a la misma no se llega en base a criterios jurídicos, sino de justicia material, pues, precisamente, la *kafala* se caracteriza, como hemos puesto de manifiesto, por no generar efectos sucesorios a favor del *makfoul*, con lo que éste, en caso de muerte del *kafil*, quedaría desamparado[41].

[37] A esta sentencia se ha referido, prácticamente sin excepción, la totalidad de la doctrina. Véase a este respecto R. Mª. ALONSO GARCÍA, *Dos ejemplos de la difícil identidad de supuestos en unificación de doctrina: transexualidad y* kafala, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 79, 2009, 65-70; Mª. A. ASÍN CABRERA, *La práctica judicial española ante la diversidad multicultural de las relaciones familiares*, en *Anuario CIDOB de la inmigración en España* 2014, 2015, 319-320; N. MARCHAL ESCALONA, *La* kafala *islámica* …, cit., 267-268; ÍD., *Problèmes actuels de reconnaissance de la* kafala *marocaine auprès des autorités espagnoles*, en *Paix et Securité Internationales*, 4, 2016, 225-227; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, A. RODRÍGUEZ BENOT, H. ZEKRI y J. OUHIDA, Kafala *y adopción en las relaciones hispano-marroquíes*, FIIAPP, 2009, 169-171.

[38] Para N. MARCHAL ESCALONA, *La* kafala *islámica*…, cit., 267-268, esta sentencia evidencia la relación existente entre las normas de Derecho Público y, en concreto el Derecho de la Seguridad Social y el Derecho Internacional Privado. Y es que, afirma la autora, «las relaciones familiares internacionales aparecen como una cuestión previa a la obtención de un Derecho social, en este caso, una pensión de orfandad; de manera que, para obtenerlo, ha de existir una relación familiar válida y reconocida para el Derecho español». V. también el comentario de esta misma autora a la sentencia en ÍD., *Problèmes actuels*…, cit., 225-227.

[39] Y antiguo art. 175 LGSS.

[40] BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015.

[41] A este respecto, hay que tener en cuenta el tenor del art. 3.1 del Convenio de los Derechos del niño, según el cual «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

V., sobre esta cuestión, A. QUIÑONES ESCÁMEZ, A. RODRÍGUEZ BENOT, H. ZEKRI, J. OUHIDA, *Kafala y adopción*…, cit., 170-171.

8. La *kafala* ante el TEDH

Para concluir este estudio, vamos a referirnos brevemente a la doctrina del TEDH en relación con el reconocimiento de efectos jurídicos a la *kafala*, a propósito de dos casos que dicho tribunal ha tenido ocasión de conocer.

8.1. Caso *Harroudj contra Francia*. Sentencia de 4 de octubre de 2012

En este caso, una ciudadana francesa se hace cargo, en enero de 2004 y a través de la institución de la *kafala*, de una bebé argelina de 2 meses de edad, que había estado sujeta a tutela desde su nacimiento, como consecuencia del anonimato de sus padres biológicos. Dicha ciudadana francesa presenta ese mismo año una demanda de adopción, que fue rechazada por el Tribunal de Primera Instancia de Lyon, ya que, en virtud de la *kafala*, tenía habilitación suficiente como para tomar todas las decisiones respecto de la menor, y, además, la adopción se encontraba prohibida por la norma de conflicto, en este caso el art. 370-3 CCF, según el cual la adopción de un niño no puede aprobarse si su legislación personal prohíbe esta institución, lo que ocurría en este caso, ya que el Código de Familia argelino dispone que «la adopción está prohibida por la Sharia y por la Ley».

La *kafil* recurrió en casación por vulneración de los arts. 8 y 14 del CEDH, invocando el derecho al respeto de la vida familiar de la menor, argumentando para ello que era en interés de la niña que se estableciera un vínculo de filiación con ella. Alegó, además, que el rechazo de la adopción establecía una diferencia de trato entre los niños que nacían en Estados que permitían la adopción, y los que no, los cuales no podrían beneficiarse de todas las consecuencias a que da lugar la adopción, tales como la nacionalidad o los derechos sucesorios. Sin embargo, el Tribunal de Casación desestimó sus pretensiones, razonando, en síntesis, que la *kafala* servía, del mismo modo que la adopción, al efecto de preservar el interés superior del menor.

Finalmente, la cuestión llegó al TEDH, el cual vino, igualmente, a rechazar la pretensión de adopción de la *kafil*. La *kafil* volvió a referir el derecho al respeto de la vida familiar, incidiendo en la ausencia de derechos sucesorios, y añadió

En contra de la solución adoptada por la STSJ (Social, 3ª) Madrid 31 enero 2008 (AS 2008, 959), se pronuncia A. ORTEGA GIMÉNEZ, *La* kafala…, cit., 824-825, quien considera "un grave error" la equiparación de la *kafala* con una filiación adoptiva, aunque sea a los solos efectos de la concesión de una pensión de orfandad.

en su argumentación que el interés superior del niño debía prevalecer sobre el interés del Estado de mantener las buenas relaciones diplomáticas con países que prohíben la adopción; sin que, por otra parte, parecieran existir tensiones diplomáticas entre los países de Derecho islámico y los Estados, como Bélgica o Suiza, que permiten la adopción de un niño adoptado por *kafala*.
El TEDH, en su argumentación, entiende que el no reconocimiento de una adopción con origen en una *kafala* no vulnera el art. 8 del CEDH, sino que queda dentro del margen de apreciación del Estado. Además, el TEDH entiende que, en el caso concreto, no se aprecia que existan injerencias u obstáculos al respeto a la vida familiar, más allá del deseo de la madre de establecer un vínculo paternofilial con la *makfoul*[42].

8.2. Caso *Chbihi Loudoudi y otros c/Bélgica*. Sentencia de 16 de diciembre de 2014, Sección Segunda. Caso núm. 52265/10

En el presente caso, un matrimonio de origen marroquí, residente en Bélgica, solicita la adopción de su sobrina, de nacionalidad marroquí, invocando la vulneración del art. 8 CEDH, que consagra el "respeto a la vida familiar", por parte de las autoridades belgas. A través de una *kafala* notarial, el matrimonio, con el consentimiento de sus padres biológicos, se hace cargo en septiembre de 2002 de la guarda, alimentación y educación de la menor.
Con visa de entrada válida por seis meses, la niña llegó a Bélgica el 8 de diciembre de 2005, siendo prorrogada su estancia por varios años. El matrimonio solicitó en diciembre de 2005 la homologación del acta notarial de adopción simple que había llevado a cabo, pero fue denegada por no constar el consentimiento de los padres biológicos, lo que exigía el por entonces vigente art. 350 CCB, resolución que fue apelada y desestimada. Se reiteró la solicitud de adopción (en 2009) sobre la base de que era en el mejor interés de la menor, que vivía con los solicitantes, que había sido válidamente asignada a ellos en Marruecos y que, dado que la niña no había adquirido la nacionalidad belga, tenía problemas para moverse por el territorio Schengen.
El Fiscal belga se opuso, sin negar los vínculos emocionales con la menor y la integración de ésta, sobre la base de que la *kafala* que la ley belga permite para la adopción es la que se establece por la autoridad competente del país de origen (art. 361.5º CCB), y no por los padres. Alega, además, que la menor mantenía

[42] V. el comentario a esta sentencia de E. RODRÍGUEZ PINEAU, *La protección en España de menores* …, cit., 403-404.

relación con su madre en Marruecos, y que existía el riesgo añadido de que la adopción no fuera reconocida en Marruecos, pues está prohibida por el art. 149 del Código de Familia. La joven, tercera demandante, ha apoyado reiteradamente la solicitud de sus *kafil*es, señalando que mantiene poco contacto con su madre biológica y que nunca ha visto a su padre, indicando los inconvenientes que la precariedad de su situación familiar le ocasiona.

Con estos datos, el TEDH considera que no se ha vulnerado por Bélgica el derecho al respeto a la vida privada y familiar ya que se constata que las circunstancias de la menor no exigían al Estado belga la obligación positiva de establecer una relación jurídica entre los solicitantes, reconociendo en este caso un margen de apreciación al Estado en la valoración de los intereses particulares de los solicitantes y los generales de la sociedad. No se encuentra nada arbitrario en la decisión de los Tribunales belgas y se desestima la pretensión de los demandantes[43].

8.3. STJUE (Gran Sala) de 26 de marzo de 2019, asunto C-129/18

En el litigio que da origen a la sentencia aquí comentada, dos cónyuges de nacionalidad francesa, residentes en el Reino Unido, toman en *kafala* a una menor argelina, que fue abandonada por sus padres biológicos tras su nacimiento. Para la entrada de la menor en el Reino Unido, solicitan a las autoridades de este país un permiso de entrada, en calidad de adoptada, permiso que fue denegado por las autoridades competentes alegando que la tutela en régimen de *kafala* argelina no estaba reconocida como adopción a efectos del Derecho del Reino Unido y que no se había formulado solicitud de adopción internacional.

Ante dicha negativa, contra la que la menor interpuso los correspondientes recursos, la Supreme Court of the United Kingdom (Tribunal Supremo, Reino Unido) pregunta al TJUE, en síntesis, si la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, permite calificar a dicha menor de "descendiente directo" (art. 2.2.c) de quienes la acogieron en

[43] Resulta muy interesante el comentario a esta sentencia de O. BOUAZZA ARIÑO, *La institución coránica de la kafala ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 172, 2015, 227-232.

V., también, el comentario a esta sentencia de E. RODRÍGUEZ PINEAU, *La protección en España de menores …*, cit., 404-405.

kafala, pues, en caso de ser ello posible, se beneficiaría de la libre circulación entre Estados miembros de la Unión.

En línea de principio, el TJUE considera que el concepto de "descendiente directo" «supone generalmente que existe un vínculo de filiación en línea directa que une al interesado con otra persona. A falta de cualquier vínculo de filiación entre los ciudadanos de la Unión y los menores en cuestión, no puede calificarse a estos, a los efectos de la Directiva 2004/38/CE, de "descendientes directos" de aquéllos» (§52). Para pasar, a continuación, a explicar que el "vínculo de filiación" ha de interpretarse en sentido amplio, ofreciendo cobertura tanto a los hijos biológicos, como adoptivos (§53 y §54); si bien, y en punto a lo que se le requiere, el TJUE considera que esa interpretación amplia no ampara a quien se halle bajo la tutela de un ciudadano de la Unión Europea (§55 y §56).

En cualquier caso, el TJUE considera que el menor sometido a *kafala* tiene cabida, como beneficiario de la libertad de circulación, en el art. 3.2.a) de la Directiva 2004/38/CE, según el cual «el Estado miembro de acogida facilitará, de conformidad con su legislación nacional, la entrada y la residencia de las siguientes personas … cualquier otro miembro de la familia, sea cual fuere su nacionalidad, que no entre en la definición del punto 2 del artículo 2 que, en el país de procedencia, esté a cargo o viva con el ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal …». En base a ello, «incumbe a las autoridades nacionales competentes facilitar la entrada y residencia de dicha menor como "otro miembro de la familia" de un ciudadano de la Unión», previa apreciación del posible riesgo específico e individualizado de que los menores en cuestión sean víctima de abuso, explotación o tráfico.

Posthumous assisted reproduction and transnational successions

Marco Rizzuti
Researcher in private Law, University of Florence

The paper aims at discussing the inheritance law consequences of the increasing recourse to posthumous assisted reproduction in cross-border situations, in the light of the EU Regulation 650/2012.

Il presente articolo prende in esame le conseguenze in ambito successorio del crescente ricorso alla riproduzione assistita postuma nei casi transfrontalieri, alla luce del Regolamento UE 650/2012.

Summary: 1. Ancient aspirations and modern techniques. – 2. Reproductive technologies challenge the law. – 3. Cross-border cases and outstanding issues.

1. Ancient aspirations and modern techniques

Probably, the wish to give a descendant to a deceased person who had not the possibility to procreate is as much ancient as humankind itself. Indeed, since very ancient times, different social practices and juridical tools have been utilized in order to fulfil such an objective, meeting at the same time other individual as well as societal relevant needs, according to the different specificities of human cultures worldwide. Here we can mention only a few examples.
The epics of ancient India show the importance and the high consideration given to the practice of *Niyoga*, the so-called "male surrogacy": For purely altruistic reasons a man impregnated a widow and then the new-born was legally deemed to be the deceased husband's son and heir, while the biological parent waived to each and every right towards the child and the woman[1].

[1] We can find references to this highly valued practice in the Vedic poems (*Mahabharata*, *Adi Parva*, 105): At these regards see G.H. SUTHERLAND, *Bija (seed) and Ksetra (field): Male*

Many ancient peoples practiced Levirate, and among them also Jews who called it *Yibbum*, so that we can find references to it in Biblical and Talmudic sources. According to this institution, the deceased sonless husband's brother, or his nearest relative (in Hebrew *go'el*), had to marry the widow, and their first son was legally considered as the deceased's son and heir[2].
Still today marriage structures that resemble these ancient paradigms can be

surrogacy or niyoga in the Mahabharata, in *Contribution to Indian Sociology*, 1990, 1, 77-103; S. SAHGAL, *Niyoga [Levirate]: Conflict Resolution to Bruised Masculinity in Early India*, in *International Journal of Social Science and Humanity*, 2016, 4, 303-308. It is possible to hypothesize that such an ancient tradition could have contributed to the contemporary quite positive approach towards assisted reproduction in India.

[2] In the Bible we find Onan, who is punished by God for having refused to perform his duty as *go'el* (see *Genesis*, 38, 8-10), Moses, who regulates the institution of *yibbum* (see *Deuteronomy*, 25, 5-10), and an application of it at the roots of the House of David (see *Ruth*, 4, 13-17). Indeed, the *go'el* does not need to perform a marriage ceremony because he is already bound to the widow by divine decree, and so they have just to cohabit, whilst a solemn rite, called *halizah*, is needed in order to avoid such legal effect: Therefore, some scholars have hypothesized that Levirate may derive from a prehistoric kind of adelphic polyandry, with more brothers actually sharing a wife, similar to the type of marriage still practiced in more recent times in Tibet and among some Indian as well as Amerindian peoples (see J.F. MCLENNAN, *The Levirate and Polyandry*, in *The Fortnightly Revue*, 1877, 694-707; A. LESSER, *Levirate and fraternal polyandry among the Pawnees*, in *Man*, 1930, 98-101; J.N. LAMBERT, *Aspects de la civilisation à l'âge du fratriarcat. Étude d'histoire juridique et religieuse comparée*, Alger, 1958; G. FRANCIOSI, *Clan gentilizio e strutture monogamiche. Contributo alla storia della famiglia romana*, I, Naples, 1978, 231; M.B. EMENEAU, B.A. VAN NOOTEN, *The Young Wife and Her Husband's Brother: Ṛgveda 10.40.2 and 10.85.44*, in *Journal of the American Oriental Society*, 1991, 481-494). Anyway, an effect of Levirate could be the practice of actual polygyny, because if the *go'el* was already married he had the duty to receive the widow as a second wife. Maybe also the first Christians, being Jews, practised Levirate, but in the Fourth Century it was prohibited by the Roman Emperors Constantius and Constans, as well as by Canon Law (see C. CASTELLO, *Osservazioni sui divieti di matrimonio fra parenti e affini: raffronto fra concili della Chiesa e diritto romano*, in *Resoconti Istituto Lombardo*, 1939, 322-340; G. COLANTUONO, *Note sul canone 2 del concilio di Neocesarea: la proibizione delle seconde nozze fra cognati nella tarda antichità*, in www.ledonline.it/rivistadirittoromano, 2006; A. CUSMÀ PICCIONE, *Vincoli parentali e divieti matrimoniali: le innovazioni della legislazione del IV sec. d.C. alla luce del pensiero cristiano*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università degli Studi di Palermo*, 2012, 189-278). On the other hand, Jews continued to practice it and, in the Talmud, the whole Book of *Yebamoth* is dedicated to this peculiar institution: Even in the Seventeenth Century the Sephardi Jews of Leghorn were legally authorised by the chiefs of their community, in force of the immunities granted by the Grand Duke of Tuscany, to practice polygamy without restrictions if it was needed in order to fulfil the duty of the *go'el* (see C. GALASSO, *«La moglie duplicata». Bigamia e levirato nella comunità ebraica di Livorno (secolo XVII)*, in *Trasgressioni. Seduzione, concubinato, adulterio, bigamia (XIV-XVIII secolo)*, edited by S. Seidel Menchi, D. Quaglioni, Bologna, 2004, 417-441).

found among several African peoples, as documented also by anthropological research as well as by recent case-law[3].

With regard to Roman Law, we have to mention the institute of Testamentary Adoption: The adoptee was adopted as the legal son and heir in force of the provisions contained in the adopter's will, and so the adoption produced its legal effects only after the death of the adopter[4]. Moreover, in the Digest we can find many references to the inheritance law issues posed by natural posthumous procreation, i.e. childbirth following the death of a parent during pregnancy[5].

In our contemporary societies the above-mentioned wish can be granted through assisted reproductive technologies, that have rendered possible not just a merely legal and fictitious posthumous procreation, but also the creation of a biological link with the deceased person.

The diffusion of cryopreserved gametes storage, for health-related or for other social reasons, make possible the utilize of such gametes by the surviving spouse or partner after the death of the other one[6]. Of course, a widow, or anyway

[3] With regard to the practices of the Igbo in Nigeria and of the Nuer, Dinka and Atuot in South Sudan see: J.W. BURTON, *Ghost Marriage and the Cattle Trade among the Atuot of the Southern Sudan*, in *Africa*, 1978, 4, 398-405; U. EWELUKWA, *Posthumous Children, Hegemonic Human Rights and the Dilemma of Reform: Conversations Across Cultures*, in *Hastings Women's Law Journal*, 2008, 211-258. In South Africa the institution of *Ukungena* (meaning Levirate in isiZulu language) has been regulated by Section 1 of the KwaZulu Act on the Code of Zulu Law 16 of 1985, and by the Natal Code of Zulu Law R151 of 1987. A recent Italian judgement has granted humanitarian protection to a Nigerian widow who had to leave her country of origin in order not to be forced to marry her deceased husband's brother pursuant to the local customs (Cass., 24th November 2017, n. 28152, in Il Sole24Ore, 27th November 2017). On the other hand, among contemporary Jews the Levirate is almost, even if not completely, disappeared, and so performing *halizah* has become the common practice (see E. WESTREICH, *Levirate Marriage in the State of Israel: Ethnic Encounter and the Challenge of a Jewish State*, in *Israel Law Review*, 2003-2004, 427-500).

[4] Testamentary Adoption was practised in Hellenistic (see B.R. TRICK, *Abrahamic Descent, Testamentary Adoption, and the Law in Galatians. Differentiating Abraham's Sons, Seed, and Children of Promise*, Leiden, 2016) as well as in Roman times, and then resurfaced in modern France with the Napoleonic Civil Code of 1804 (see G. BONILINI, *Sulla adozione per testamento, in Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, II, Milan, 2009, 381-389).

[5] The succession of posthumous children was a very complicated issue for the Roman lawyers (see U. ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, Milan, 1937; F. LAMBERTI, *Studi sui postumi nell'esperienza giuridica romana*, Naples, 2001; G. COPPOLA BISAZZA, *La capacità di succedere dei concepiti* post mortem patris*: una questione antica*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, Turin, 2016, 647 et seq.). In the most part of the cases the predeceased parent was of course the father, but the ancient sources deal also with children extracted from a dead pregnant mother (see M. BETTINI, *Non nato da donna. La nascita di Cesare e il parto cesareo nella cultura antica*, in *Index*, 2012, 211 et seq.).

[6] P. MANTEGAZZA, *Fisiologia sullo sperma umano*, in *Rendiconti Reale Istituto Lombardo*,

a female survivor, can be fertilized with the cryopreserved spermatozoa of a deceased man, but we have to consider also that, when gestational surrogacy is available, even a widower, or however a male survivor, can fertilize the cryopreserved oocytes of a deceased woman and implant the resulting embryos into the womb of a surrogate[7]. And even if both the providers of cryopreserved gametes are dead, other persons, and in particular the parents of the deceased, can utilize such gametes in order to procreate grandchildren, also in this case recurring to surrogacy[8].

Moreover, also when gametes were not stored, new possibilities of posthumous procreation are determined by technical developments. If an embryo was produced through in vitro fertilization when both the parents were alive, he/she

3, 1866, 183, was probably the first one who proposed to store the sperm of the soldiers in order to make possible the procreation of biological descendants for the fallen heroes. One hundred years later such a proposal was implemented with the semen of the first astronauts, because of the fear that their reproductive capacities could be undermined by cosmic radiations (see W.B. LEACH, *Perpetuities in the Atomic Age: The Sperm Bank and the Fertile Decedent*, in *American Bar Association Journal*, 1962, 942). Nowadays the cryopreservation of soldiers' gametes is a current practice in the U.S.A. Army (see M. DOUCETTPERRY, *To Be Continued: A Look at Posthumous Reproduction as It Relates to Today's Military*, in *The Army Lawyer*, 2008, 1), but is utilized also for different purposes, e.g. by oncological patients or by persons who just wish to delay parenthood for professional, or other, reasons (see L. MARTINELLI & AL., *Social egg freezing: a reproductive chance or smoke and mirrors?*, in *Croatian Medical Journal*, 2015, 387). In all the mentioned cases, if the soldier comes back home, or the patient recovers or the professional reaches his/her carrier goals, with undermined reproductive capacities, because of the exposition to biological weapons or to chemotherapy or simply because of the age, he/she can use the stored gametes, but if the soldier falls in action, or the patient does not overcome the cancer or the professional dies for any reason, such gametes can be utilized by his/her surviving partner in a posthumous assisted procreation.

[7] For the account of some Israeli cases see R. LANDAU, *Posthumous sperm retrieval for the purpose of later insemination or IVF in Israel: An ethical and psychosocial critique*, in *Human Reproduction*, 2004, 9, 1952–1956; R.L. FISCHBACH, J.D. LOIKE, *Postmortem fatherhood: life after life*, in *The Lancet*, 28th June 2008, 2166-2167; J. CLARKE, *Dying to be Mommy: Using Intentional Parenthood as a Proxy for Consent in Posthumous Egg Retrieval Cases*, in *Michigan State Law Review*, 2012, 1331 et seq.; Y. HASHILONI-DOLEV, S. SCHICKTANZ, *A cross-cultural analysis of posthumous reproduction: The significance of the gender and margins-of-life perspectives*, in *Reproductive BioMedicine and Society Online*, 2017, 4, 21–32. Scholars have also discussed the hypothesis of a posthumous use of preserved ovarian tissue (see A.O. AFFDAL, V. RAVITSKY, *Parents' posthumous use of daughter's ovarian tissue: Ethical dimensions*, in *Bioethics*, 2019, 1, 82-90).

[8] In other Israeli cases a conflict arose between the parents of the deceased soldiers, who wished to utilize their gametes for a posthumous procreation, and their widows, or surviving partners, who opposed or anyway did not want to participate: Two judgements issued in 2016 recognized an existing right to procreate that applies also to posthumous fertilization, but stated that only the spouse or partner of the deceased is entitled to decide on its implementation, thus stimulating a

can be implanted in the surviving mother if the father is died, or in a surrogate if the mother is died[9]. And, even if there are no gametes nor embryos that have been cryopreserved, it is possible to retrieve both male and female gametes from a corpse, within a few hours after the death, in order to fertilize them for the purpose of a posthumous procreation[10].

---

widespread debate in the public where also the biblical precedents of Levirate were echoed (see A. WESTREICH, *Assisted Reproduction In Israel: Law, Religion, And Culture*, Leiden, 2018; A. WESTREICH, *Present day posthumous reproduction and traditional levirate marriage: two types of interactions*, in *Journal of Law and the Biosciences*, 2019, 1-27). Moreover, the lawyer and activist I. Rosenblum proposes a new legal scheme that has been used in a growing number of cases, the so called "biological will": A testator can leave his gametes to a single woman who wishes to become a mother, so that she can fulfil her desire and the new-born is not the child of an anonymous gametes donator but knows about his/her origins and enjoys a relationship with his/her grandparents, i.e. the testator's parents (see https://biologicalwill.com/).

[9] Many international newspapers have reported the story of Tiantian, a Chinese baby whose parents died in a car accident four years before his birth in 2017 from a surrogate: In fact, his four grandparents, after a complicate and unprecedented legal battle, have won the custody of the frozen embryos left by the deceased couple and then, given that surrogacy is illegal in China, have found a surrogate in Laos (see https://www.theguardian.com/world/2018/apr/12/baby-is-born-in-china-four-years-after-parents-died-in-car-crash). In many other cases, cryopreserved Chinese embryos are being implanted by their parents, or by the surviving one, because the abolition of the one-child policy in 2015 has now made legal a further implantation (see, e.g., www.scmcom/news/china/society/article/1927598/older-chinese-women-seek-help-realise-dream-second-child).

[10] Supreme Court of Western Australia, 2nd January 2013, ex parte C, authorized a posthumous retrieval of gametes for procreative purposes. Such cases of sudden deaths, without the expression of any will by the deceased persons with regard to the posthumous use of gametes, are very problematic (see S. SIMANA, *Creating life after death: should posthumous reproduction be legally permissible without the deceased's prior consent?*, in *Journal of Law and the Biosciences*, 2018, 2, 329–354). Given that, according to the prevailing opinion among medical doctors, the posthumous retrieval has to be performed within 36 to 72 hours after the death, it is quite rare that the involved parties have the possibility to bring such cases to the attention of a judge, but sometimes it happens. In a very recent case, the Chinese-American parents of a Westpoint cadet, who was declared brain dead on 27th February 2019 due the consequences of a ski accident but is kept alive via life support because for the purposes of organ donation, have had therefore the time to demand the judicial authorization of a sperm retrieval in order to procreate a male grandchild that would represent the only possibility to preserve their name and lineage, also because of the consequences of the Chinese one-child policy on the rest of their extended family in the homeland (see https://www.documentcloud.org/documents/5766488-Zhu-Petition.html): The hearing has been scheduled on 21st March 2019, and, in its decision dated 16th May 2019, the Supreme Court of the State of New York has authorized the sperm retrieval (see https://www.documentcloud.org/documents/6018186-Peter-Zhu-Sperm-Retrieval-Decision.html). On the other hand, according to the guidelines approved by the American Society for Reproductive Medicine, without a written consent of the deceased posthumous reproduction is possible only at the request of the surviving spouse or partner (see *Posthumous retrieval and use of gametes or embryos: an Ethics Committee opinion*, in *Fertility and Sterility*, 1st July 2018, 45-49).

From a merely technical point of view all these applications of the reproductive biotechnologies are today feasible and do not pose particular problems, but their legal regimes, and more generally speaking the juridical evaluation of their consequences, may widely vary in the different regulative frameworks provided by different legal orders.

2. Reproductive technologies challenge the law

In some countries, such as the USA or Israel, quite all the mentioned possibilities are allowed and there is a wide experience of their practice, in the general framework of a liberal approach towards reproductive autonomy, or also because of a positive evaluation of such techniques from an ethical and religious viewpoint[11].

That is why these legal orders in the last decades have developed a lot of interesting case-law with regard to the new legal issues raised by the consequences of posthumous assisted reproduction.

The first famous American precedent dates back to the early Nineties. A wealthy Californian professional, who committed suicide, in his will had bequeathed his cryopreserved semen as a legacy to his extramarital lover and appointed as his universal heir the child that she would have to procreate using the bequeathed semen in a *post mortem* fertilisation. In order not to be disinherited, the children born from the deceased's marriage challenged the legitimacy of such a will,

[11] In fact, the USA are the most renowned example of a liberal approach towards reproductive autonomy, while in Israel the prevailing religious tradition, of course the Jewish one, has a positive view of assisted reproduction. According to the conclusions of the opinion adopted on 4th June1997 by the Committee on Jewish Law and Standards of the Rabbinical Assembly: «It is permissible to employ a surrogate, whether gestational or ovum, to overcome infertility and to serve as a surrogate. A man fulfills the mandate of procreation in having a child with a surrogate». Even the recent Law passed on 18th July 2018 by the Knesset, in accordance with the conservative views of the orthodox and ultra-orthodox parties, and notwithstanding the amendment proposed by the rightist but secular Likud Party of the Prime Minister B. Netanyahu, has excluded gay couples from surrogacy, but has not opposed surrogacy in itself. Of course, fertility and population growth are not only a matter of religion and culture in a country inhabited by a people survived to genocide and surrounded by numerous and heavily populated enemies. Moreover, *post mortem* fertilisation for parents of fallen soldiers in order to procreate grandchildren may be seen as a sort of compensation that the State owes to them for the death of their children due to mandatory conscription (V. RAVITSKY, Y. BOKEK-COHEN, *"Life after Death": The Israeli Approach to Posthumous Reproduction,* in *Bioethics and Biopolitics in Israel: Socio-legal, Political, and Empirical Analysis*, edited by H. Boas, Y. Hashiloni-Dolev, N. Davidovitch, D. Filc, S. Lavi, Cambridge, 2018, 202-220.

but they lost the case because it was judged to be valid and effective[12]. In many other cases American judges have had to decide if the person born from a *post mortem* fertilisation could be considered as legitimate heir of the deceased, and/or as beneficiary of a family trust for the descendants, as entitled to survivors' pensions, etc. In fact, even if the practise is allowed, its legal consequences are uncertain, because, of course, in the most part of the cases an inheritance law elaborated when such situations were unconceivable does not provide specific solutions for these problems, and so the related issues can become highly controversial precisely because of the diffusion of the recourse to techniques[13]. On the other hand, throughout Europe more restrictive approaches prevail. However, different States provide different regulations, because there is no harmonization at all in such matters, nor at a European Union Law level nor at a European Convention on Human Rights level. Here we will consider some

[12] We refer to California 2nd District Court Appeal, 17th June 1993, *Hecht vs. Kane*, *20 Cal.Rptr.2d 275*. See G.E. BAILEY, *An analytical framework for resolving the issues raised by the interaction between reproductive technology and the law of inheritance*, in *De Paul Law Review*, 1998, 743-781; S.C. STEVENSON-POPP, *"I Have Loved You in My Dreams": Posthumous Reproduction and the Need for Change in the Uniform Parentage Act*, in *Catholic University Law Review*, 2003, 3, 727-760.

[13] With regard to survivors' pensions see Superior Court of New Jersey, 2000, *In re Estate of Kolacy*, *753 A.2d 1257*; United States District Court for the District of Massachusetts, 2002, *Woodward vs. Commissioner of Social Security*, *760 N.E.2d 257*; United States Court of Appeal for the 9th Circuit, 14th December 2004, *Gillett-Netting v. Barnhart*; Supreme Court of New Hampshire, 2007, *Khabbaz vs. Commissioner – Social Security Administration*, *930 A.2d 1180*; Supreme Court of the United States, 21st May 2012, *Astrue vs. Capato*. With regard to family trusts see Surrogate's Court – New York County, 2007, *In the Matter of Martin B.*, *841 N.Y.S.2d 207*. Some States, such as California or Louisiana, have adopted specific regulation at these regards, while in other States the legal debate is open: See M.K. ZAGO, *Second Class Children: The Intestate Inheritance Rights Denied to Posthumously Conceived Children and How Legislative Reform and Estate Planning Techniques Can Create Equality*, in *Law School Student Scholarship*, *Seton Hall University*, 2014, paper 609; J. MATYSIK, *Recent Developments: Posthumously Conceived Children: Why States Should Update Their Intestacy Laws After Astrue v. Capato*, in *Berkeley Journal of Gender, Law & Justice*, 2013, 269 et seq.; A. STEWART ELLIS, *Inheritance Rights of Posthumously Conceived Children in Texas*, in *St. Mary's Law Journal*, 2012, 413 et seq.; D.D. WILLIAMS, *Over My Dead Body: The Legal Nightmare and Medical Phenomenon of Posthumous Conception Through Postmortem Sperm Retrieval*, in *Campbell Law Review*, 2012, 181 et seq.; I.S. COOPER, R.M. HARPER, *Life After Death: The Authority of Estate Fiduciaries to Dispose of Decedents' Reproductive Matter*, in *Touro Law Review*, 2010, 649 et seq.; B.C. CARPENTER, *A Chip Off the Old Iceblock: How Cryopreservation Has Changed Estate Law, Why Attempts to Address the Issue Have Fallen Short, and How to Fix It*, in *Cornell Journal of Law and Public Policy*, 2011, 347 et seq.; K.E. NAGUIT, *The Inadequacies of Missouri Intestacy Law: Addressing the Rights of Posthumously Conceived Children*, in *Missouri Law Review*, 2009, 889; C. KINDREGAN JR, *Dead Dads: Thawing an Heir from the Freezer*, in *William Mitchell Law Review*, 2009, 433 et seq.

solutions adopted by different EU Member States that we can consider as highly representatives of the strong diversity of the possible concrete outcomes.
Germany and France, when drafting their first comprehensive regulations of assisted reproductive technologies in the early Nineties, prohibited posthumous assisted reproduction in general terms[14].
More recently, also the Italian statutory law on medically assisted reproductive technologies has explicitly forbidden *post mortem* fertilisation of gametes[15], but some trial judges have therefore considered the different hypothesis of posthumous embryo implantation to be licit[16].
Spain has a more liberal legislative approach towards assisted reproductive technologies. However, even if posthumous assisted reproduction is not always prohibited, there are more restrictions than in the mentioned cases of the USA or Israel. In fact, *post mortem* fertilisation is possible only if the deceased father has consented and the gametes are used within twelve months after his death[17],

[14] See, respectively, *Embryonenschutzgesetz* (Law for the Protection of the Embryo), 13th December 1990, § 4, with regard to Germany, and Loi 29th July 1994, n. 654, with regard to France. In the latter country, such a regulation was enacted also as an answer to the harsh debates that followed the *Parpalaix* case of 1984. A quite similar prohibition is provided also by article 3, paragraph 4, of the Swiss *Embryonenschutzgesetz*.

[15] We refer to article 5 of the Legge 19th February 2004, n. 40. The rationale of such prohibition has to be found in the protection of the child's interest to have two, and not just one, supportive parents (see M. RIZZUTI, *Le esclusioni soggettive dalla procreazione assistita nell'odierno contest ordinamentale*, in *La comunità familiare tra autonomia e riforme*, edited by D. Carusi, Rimini, 2019, 173 et seq).

[16] See Trib. Bologna, 16th January 2015, in *Fam. e dir.*, 2015, 488, with comment by A. Scalera, and also in *Corriere giuridico*, 2015, 933, with comment by L. Attademo. A similar decision has been adopted by the neighbouring Tribunal of Reggio Emilia in the same year 2015. Moreover, in the past, when Legge 19th February 2004, n. 40, art. 5, was not in force, an analogous approach had been endorsed also by Trib. Palermo, 8th January 1999, in *Fam. e dir.*, 1999, 52, with comment by M. Dogliotti.

[17] We refer to article 9 of the Ley, 26th May 2006, n. 14: If the mentioned legal requirements are satisfied, posthumous assisted procreation «*producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial*» (meaning: «will produce the same legal effects of filiation in the wedlock»), while, if the predeceased father has not duly consented, «*No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna*» (meaning: «it will not be possible to establish a legal relationship of filiation nor any other legally relevant relationship»). With regard to the deadline of twelve months, Juzgado de Primera Instancia nº 41 de Barcelona, 13th February 2017, n. 678/16-4, has specified that the treatment of posthumous fertilization has to be started within the said deadline but can be continued even after (the author wishes to thank Abg.da Sonia Álvarez, practising lawyer in Barcelona, for the knowledge of this case). With regard to the formalities of the deceased's consent, which can be expressed also in the advance healthcare directives, see F. RAMÓN FERNÁNDEZ, *Reflexiones acerca del documento indubitado en la fecundación "*post mortem*"*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018, n. 9, 454-471.

while oocytes can never be used after the death of the mother because surrogacy is always illicit. The retrieval of gametes from a corpse is forbidden too.
The situation in Greece is quite similar, but there are more specific formal requirements: The deceased father's consent to the use of his gametes in a *post mortem* fertilisation has to be declared in a will drafted by a notary, whilst nor a holographic will nor any other document would be adequate for this purpose[18].

3. Cross-border cases and outstanding issues

Of course, in a framework of free circulation granted by EU Law, and, in more general terms, of ever-increasing mobility and globalization[19], the mentioned differences in regulating posthumous assisted reproduction can prompt people to realize abroad what is forbidden by their domestic laws, through the so called "procreative tourism". Thus, also with regard to this kind of assisted reproductive technology the emerging legal issues are quite often related with transnational cases.

[18] See article 1457 of the *Αστικός Κώδικας* (Civil Code): Posthumous assisted reproduction can be authorised by a judge only if the deceased husband was affected by an illness undermining his fertility as well as endangering his life, and if he has consented in a "*συμβολαιογραφικό έγγραφο*" (notarial deed). However, recently a Greek trial judge has authorised posthumous assisted reproduction even if the deceased's consent to it had been declared in a merely holographic will (ΠΡΩΤΟΔΙΚΕΙΑ ΤΩΝ ΑΘΗΝΩΝ, n. 5146 of 2007, in *Εφαρμογές Αστικού Δικαίου*, 2010, 940), but the legal scholars have criticized the decision, opining that in such a sensitive matter statutory provisions have to be interpreted strictly (see D. PAPADOPOULOU KLAMARIS, Post mortem *artificial fertilization and surrogacy in practice*, in *Culture and Research*, 2016, 5, 81-90). However an even wider interpretation has been endorsed by another very recent judicial decision, simply presuming consent from gametes' cryopreservation (see https://www.in.gr/2019/01/28/greece/naiapo-efeteio-se-metathanatia-texniti-gonimopoiisi-xoris-ypografi-tou-eklipontos/). With specific regard to successions law, article 1711 of the *Αστικός Κώδικας* explicitly states that persons born from "*μεταθανάτια τεχνητή γονιμοποίηση*" (posthumous assisted reproduction) are endowed with the right to inherit from the predeceased parent.

[19] Of course, these phenomena are not only intra-European: England and Wales Court of Appeal – Civil Division, 30th June 2016, *Mr. & Mrs. M. vs. HFEA*, [2016] EWCA Civ 611, has authorized a mother to export the oocytes of her predeceased daughter to the USA in order to realize a posthumous procreation, through the fertilisation of such oocytes with the sperm of an anonymous donor and then the implantation of the resulting embryo in her own womb, whilst at the domestic level only the posthumous utilize of the semen of a deceased man was permitted pursuant to the *Human Fertilisation and Embryology (Deceased Fathers) Act* 2003, after the strong debates connected to the Blood case of 1997 (see B. SIMPSON, *Making 'Bad' Deaths 'Good': The Kinship Consequences of Posthumous Conception*, in *The Journal of the Royal Anthropological Institute*, 2001, 1, 1-18; G. GIAIMO, *Il consenso inespresso ad esser genitore. Riflessioni comparatistiche*, in *Dir. fam.*, 2011, 2, 855 et seq.). In another case reported

German judges have recognized a widow as the legal owner of the cryopreserved ootids, i.e. oocytes that were injected with her deceased husband's semen when he was alive[20], and therefore she had the possibility to bring such ootids abroad, in order to have them implanted in her uterus.

The French judges in a first case have authorized the Spanish widow of a deceased Italian resident to export his cryopreserved gametes to her country, where *post mortem* fertilisation is licit[21]. Then another decision has authorized also a French widow to do the same, regardless of her nationality and so of the lack of any specific link with a legal order allowing posthumous assisted reproduction, but just in order to protect her fundamental human rights to private and family life[22].

The legal arguments are very different, being grounded on property law in the German case and on human rights in the French one, but the concrete outcomes are quite similar: Even if *post mortem* fertilisation is prohibited by domestic legislation, a widow is allowed to practise it abroad. On the other hand, an Italian judge has denied to a widow any right on her deceased husband's cryopreserved gametes, and has stated that the latter's holographic will, explicitly authorizing a *post mortem* fertilisation to be realized abroad, was void, and so deprived of legal effects, because of its contrast with statutory provisions as well as with

by international media, a British couple has illegally exported the sperm of their predeceased son in order to procreate a nephew in California (see: https://www.timesofisrael.com/jewish-doctor-uses -sperm-taken-3-days-after-mans-death-to-give-him-heir/).

[20] We refer to Oberlandesgericht Rostock, 7th May 2010, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2010, 1117: See M. KRÜGER, *The Prohibition of Post-mortem Fertilization, Legal Situation in Germany and European Convention on Human Rights*, in *Revue internationale de droit pénal*, 2011, 1, 41-64, for further references and for some critical remarks. Moreover, such a case deals with ootids and so involves the complex, from the legal as well as biological viewpoint, issue of the definition of the embryo and of its distinction from the different pre-embryonic stages: See J. FINDLAY & AL., *Human Embryo: A Biological Definition*, in *Human Reproduction*, 2007, 905 et seq., and M. RIZZUTI, *Il problema di definire la vita nascente*, in *Le definizioni nel diritto*, edited by F. Cortese, M. Tomasi, Trento-Naples, 2016, 247-265.

[21] Conseil d'État, 31st May 2016, n. 396848, *Gonzalez-Gomez*. See D. GIRARD, *Le contrôle concret de conventionnalité de la loi enfin admis par le juge administratif des référés*, in *Revue générale du droit on line*, 2016, n. 24295.

[22] Tribunal Administratif de Rennes, 11th October 2016, n. 1604451. As already the *Conseil d'État* had done, also the Administrative Tribunal of Rennes made express reference to the European Convention on Human Rights, with particular regard to its article 8, concerning the right to the respect for private and family life. On the other hand, the Administrative Tribunal of Toulouse rejected a quite similar demand of another French widow, who wished to conserve her deceased husband's gametes waiting for a possible change in the domestic legislation (see https://www.actualitesdudroit.fr/browse/civil/personnes-et-famille-patrimoine/2883/insemination-post-mortem-autorisation-a-rennes-refus-a-toulouse).

public morals[23]. Such cases have important implications not only from the viewpoint of bio-law, but also from that of inheritance law. These implications have to be discussed in the light of the relevant provisions of EU Regulation on international successions[24]. First of all, we may assume that the mentioned Italian widow, or any other person in a similar situation, finds a way to bring her husband's gametes to Spain. If the will authorizing *post mortem* fertilisation abroad is really void, as the said Italian judge has opined, could it be possible to use such a will in Spain as a valid proof of the deceased's consent, as required by Spanish law? According to article 24 of the Regulation in such a case the law applicable to the will's substantial validity is the Italian one[25], and therefore also in Spain the will should have to be considered as void and deprived of legal effects. On the other hand, a Spanish judge could state that the fundamental reproductive rights of the woman have to necessarily prevail and that the infringement of such a right would be manifestly incompatible with the public policy of the forum, so that the application of Italian law should be refused in accordance with article 35 of the Regulation[26].

Moreover, we have to take into consideration the ordinary developments of the above-mentioned transnational cases. After a *post mortem* fertilisation realized abroad, e.g. in Spain or Greece, probably the new-born child will go back

[23] The decision has been issued by the Tribunal of Florence in May 2017, and has never been published in legal journals, but the author has knowledge about the case thanks to Dr. Gianni Baldini, practising lawyer in Florence and President of A.M.I. Toscana. In general terms, from an Italian law viewpoint, it is possible to consider gametes as things and so object of disposition by will, e.g. in order to earmark them to heterologous donation or also to scientific research (see M. RIZZUTI, *Diritto successorio e procreazione assistita*, in *Biolaw Journal*, 2015, 3, 29-48), whilst with regard to embryos it would not be possible because they are considered as legal subjects, even if in a very peculiar and limited sense (see S. LANDINI, M. RIZZUTI, J. BASSI, N. RUMINE, *Brevi riflessioni sulla soggettività. Giurisprudenza e prassi*, in *Ianus*, 2015, 12, 115-143), but the main problem is raised by the contrast of such a disposition with the specific statutory prohibition against *post mortem* fertilisation.

[24] Of course, we refer to Regulation EU 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4th 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.

[25] According to article 24, paragraph 1, of the said Regulation, the admissibility and substantive validity of a disposition of property by testament is governed by the law which would have been applicable to the succession of the person who made the disposition if he/she had died on the day on which the disposition was made. In the discussed case there were no special connections with other legal orders nor choices of law, and so, according to the general rule provided by article 21 of the Regulation, the law applicable to such a succession would have been the law of the State in which the deceased had his habitual residence at the time of death, i.e. the Italian one.

[26] According to article 35 of the Regulation, the application of the otherwise applicable law may be refused only if such application turns out to be manifestly incompatible with the public policy (*ordre public*) of the forum.

to, e.g. Germany, France or Italy, and will claim his/her predeceased genetic father's assets. Could he/she be considered as a legitimate heir?
In the framework of legal orders where posthumous assisted reproduction is forbidden, and is moreover labelled as contrasting with public morals, as in the mentioned Italian decision, possibly it would be considered as manifestly incompatible with the public policy of the forum, and so the recognition of a filiation grounded on it could be accordingly denied. And without a legally recognised relationship of filiation such a new-born person would not be considered as a legitimate heir of the deceased. On the other hand, an opposite evaluation could be reasonably based on the principles elaborated by European case-law with regard to other, and even more ethically sensitive, prohibitions in the matter of assisted reproductive technologies. In fact, with reference to gestational surrogacy, that is forbidden in the most part of Europe, the European Court of Human Rights has repeatedly decided that denying for public policy reasons the recognition of any legal relationship of filiation to a child born abroad from a surrogate would represent a violation of the human right to the respect of private and family life of the child himself[27]. In other words, we cannot punish the innocent child because of his illicit birth[28], and so the fundamental criterion of the child's best interests has to prevail against public policy. The same reasoning and argumentation should therefore be applied also with regard to a child born abroad from posthumous assisted reproduction[29].
However, we have to carefully evaluate to which extent such an argument can be used against internal prohibitions and regulations in the matter of reproductive technologies. Let's consider some peculiar, but not unconceivable, circumstances that we could hypothesize with regard to the concerned cross-border situations.

[27] See European Court of Human Rights, 26th June 2014, *Mennesson c. France*, n. 65192/11; European Court of Human Rights, 26th June 2014, *Labassee c. France*, n. 65914/11; European Court of Human Rights, 21st July 2016, *Foulon & Bouvet c. France*, n. 9063/14 and n. 10410/14.
[28] This is the same reason why today also the recognition of children born from, e.g., adultery is admissible. It the past, legal mentality was strongly different and Emperor Justinian even explicitly declared that he had prohibited such a recognition in order to inflict a further pain to the guilty parents through the denial of a legal status for the children (see *Novella 74.6* of 4th June 538).
[29] See M. RIZZUTI, *Diritto successorio e procreazione assistita*, in *Biolaw Journal*, 2015, 3, 29-48, and then Cass., 15th May 2019, n. 13000. The unacceptable, and quite paradoxical, alternative is well represented by a decision of the Russian authorities in a case of posthumous assisted reproduction: Given that the posthumous new-born has nor a father, who is predeceased, nor a mother, because the widow has recurred to surrogacy, he has no legal existence and his birth cannot be registered (see M. SABATELLO, *Posthumously Conceived Children: An International and Human Rights Perspective*, in J*ournal of Law and Health*, 2014, 29 et seq.).

E.g. what if the testament consenting to *post mortem* fertilisation turns out to be false? And what if the gametes are even stolen[30] and brought to an extra-European country where consent is not legally required?
In such cases the recognition of a legal filiation, with all its inheritance law effects, probably would be not justifiable. Maybe it would be better to equate such a situation with a sort of (involuntary) heterologous fertilization with gamete "donation": Therefore, distinguishing these cases from the above-mentioned ones, we should recognise to the child a fundamental right to know about his/her genetic origins[31], but not a full filiation status with all the resulting inheritance rights.

[30] This is not a mere hypothesis: Italian judges have sentenced a prominent gynaecologist and fertility doctor for robbery of oocytes (see Cass., 23rd September 2016, n. 39541, *Antinori*).
[31] In many countries such a right has been acknowledged also to the children born from assisted reproductive technologies by some recent legislative reforms (such as the *HFEA Disclosure of Donor Information Regulations 2004* in England; the *Lag 351:2006 om genetisk integritet* in Sweden; the *Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen*, 17th July 2017, in Germany), as well as by important judicial decisions (such as Corte cost., 10th June 2014, n. 162, in Italy; Bundesgerichtshof, 28th January 2015, *XII ZR 201/13*, in Germany; Tribunal Constitucional, 28th April 2018, n. 225, in Portugal), and it has been even enshrined in the revised article 119, paragraph 2, letter *g*, of the Swiss Constitution. See at these regards: G. CHIAPPETTA, *Anonimato e procreazione medicalmente assistita eterologa*, in *Studi in onore di U. Majello*, Napoli, 2005, 383 ss.; J. STOLL, *Swedish donor offspring and their legal right to information*, Uppsala, 2008; R.J. BLAUWHOFF, *Foundational facts, relative truths: a comparative law study on childrens right to know their genetic origins*, Antwerp, 2009; M.A. DE LORENZI, V.B. PIÑERO, *Assisted human reproduction offspring and the fundamental right to identity: The recognition of the right to know one's origins under the European Convention of Human Rights*, in *Personalized Medicine*, 2009, 79-92; B. FEUILLET-LIGER, T. CALLUS, K. ORFALI (eds.), *Who is my Genetic Parent? Donor Anonymity and Assisted Reproduction: A Cross-Cultural Perspective*, Brussels, 2011; J. GUICHON, M. GIROUX, I. MITCHEL, *The Right to Know One's Origins: Assisted Human Reproduction and the Best Interests of Children*; A. DIVER, *A Law of Blood-ties. The right to access genetic ancestry*, Cham, 2014; R. BRANDT, *Sperm, clinics and parenthood*, in *Bioethics*, 2016, 8, 618–627; R. BRANDT, *Mitochondrial donation and 'the right to know'*, in *Journal of Medical Ethics*, 19 August 2016; R. PANE, *Ancora sul diritto di conoscere le proprie origini*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2015, 435-455; D. ROSANI, *Il diritto a conoscere le proprie origini nella fecondazione eterologa: il caso italiano e l'esperienza estera*, in *Biolaw Journal*, 2016, 1, 211-239; M. RIZZUTI, *Trattamento dei dati sanitari e recenti sviluppi del diritto di famiglia*, in *Diritto e Salute. Rivista di sanità e responsabilità medica*, 2017, 2, 24-36; C. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *Identidad genética y anonimato en la fertilización asistida*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018, n. 8, 138-155; T.C. DE CAMPOS, C. MILO, *Mitochondrial Donations and the Right to Know and Trace One's Genetic Origins: An Ethical and Legal Challenge*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2018, 2, 170–183.

El Reglamento europeo de sucesiones en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Guillermo Palao Moreno
Catedrático de Derecho internacional privado y miembro del Grupo de excelencia Prometeo 2018/111, Universitat de València

La importancia de los problemas que en la práctica suscita el Reglamento UE 650/12102, se pone de manifiesto en la intensa actividad que ha desplegado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, desde el momento de su plena aplicación. Este trabajo se enfrenta a la jurisprudencia de este tribunal que ha interpretado preceptos destacados de este instrumento europeo, así como aquellas decisiones vinculadas a la materia sucesoria desde la óptica de otros Reglamentos de la UE y que se encuentra estrechamente relacionadas con el anterior, para ofrecer un panorama más global y comprensivo de las dificultades interpretativas que se plantean para esta materia en el marco de la política europea de Cooperación judicial en materia civil.

The importance of the problems which Regulation EU 650/2012 generates form a practical standpoint, have been underlined by the intense activity developed by the European Court of Justice, from the moment of its full application. This paper faces the Case-law of this Court which has interpreted significant provisions of this European legal instrument, as well as those decisions which are related to matters in succession from the perspective of other closely connected EU Regulations, in order to provide a more global and comprehensive image of the interpreting difficulties which may arise in relation to succession matters in the framework of the European Judicial Cooperation in civil matters policy.

L'importanza dei problemi causati a livello pratico dal Regolamento UE 650/2012 è stata sottolineata dalla intensa attività condotta dalla Corte Europea di Giustizia sin dall'inizio della sua piena applicazione. Questo scritto analizza la giurisprudenza della Corte, che ha interpretato disposizioni importanti di questo strumento giuridico europeo, nonché le sentenze in materia di successione dal punto di vista e nell'ambito di altri Regolamenti UE correlati al suddetto, al fine di fornire un quadro complessivo delle difficoltà di interpretazione che possono sorgere in materia successoria, nell'ambito della cooperazione giudiziaria europea per le politiche in materia civile.

Sumario: 1. La importancia de la jurisprudencia del TJUE para el desarrollo de un espacio europeo de justicia civil: implicaciones para la materia sucesoria. 2. Sucesiones internacionales y reglamentos de Bruselas I y II. 3. La interpretación del Reglamento Europeo de Sucesiones por el TJUE. 4. Valoración.

1. La importancia de la jurisprudencia del TJUE para el desarrollo de un espacio de justicia civil europeo: implicaciones para la materia sucesoria

Tal y como ocurre con otros ámbitos del ordenamiento jurídico de la Unión Europea (EU), el desarrollo de un Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia ha dado lugar a una intensa labor codificadora por parte del legislador europeo durante las últimas décadas; y, de forma significativa, en el ámbito de la Cooperación judicial en materia civil[1]. Una actividad legislativa que ha venido acompañada, a su vez, por el significativo desarrollo jurisprudencial de los distintos instrumentos normativos elaborados, por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En este sentido y como garante último de una interpretación uniforme y autónoma de los términos empleados en tales textos, la actividad desarrollada por el Alto Tribunal europeo ha sido amplísima, pudiéndose colegir de la misma cómo en la actualidad nos situaos ante un auténtico *judicial law-making* en la UE, más próxima a la tradición del *Common Law* que a la tradicional continental europea[2].

En este sentido y como se acaba de exponer, la jurisprudencia del TJUE cuenta con un significativo impacto en relación con la aplicación y desarrollo de los instrumentos elaborados en el marco de políticas europeas como la relativa a la Cooperación judicial en materia civil. Por lo que, en la actualidad y para un análisis correcto de tales textos, resulta imprescindible tener en cuenta el torrente de decisiones emitidas al respecto por parte del Alto Tribunal europeo. Una interpretación que, como es sabido, incide directamente en la aplicación que, de tales instrumentos normativos europeos, han de realizar los tribunales ordinarios y el resto de las autoridades públicas de los Estados Miembros. Pero

---

[1] J.L. IGLESIAS BUHUIGUES, *Luces y sombras de la Cooperación judicial en materia civil en la UE*, in FORNER DELAYGUA – GONZÁLEZ BEILFUSS – VIÑAS FARRE (a cura di), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado*. Liber amicorum *Alegría Borrás*, Barcelona 2013, 535-552.

[2] En este sentido, destacan las más de 580 Sentencias emitidas por el TJUE en este ámbito concreto, teniendo en consideración igualmente los precedentes convencionales de los Reglamentos europeos que han sido elaborados en relación con esta política. Vid. http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=es.

es que, a su vez, partiendo de su competencia exclusiva en la interpretación de los preceptos recogidos en los diversos Reglamentos que se han elaborado en el marco de esta política, y debido precisamente a su interrelación en la práctica, un análisis centrado en cada norma aisladamente se habría visto plenamente superado; derivando en una toma de conciencia de la estrecha conexión y de su interrelación, que habría resultado en procurar promover y garantizar una suerte de unidad hermenéutica al respecto de todos los instrumentos elaborados, a la hora de interpretar los conceptos que estos acogen.

Precisamente esto es, de forma paradigmática, lo que ha sucedido al respecto de la materia sucesoria en su dimensión transfronteriza. Y ello, por lo que respecta al juego que, en este ámbito, despliegan varios de los Reglamentos generados a la luz de la política europea de Cooperación judicial en materia civil, que interactúan en su aplicación práctica. Tal y como se observa al respecto de, principalmente, el significativo Reglamento europeo de sucesiones[3]; aunque igualmente se manifiesta en relación con su delimitación al respecto de los Reglamentos Bruselas I-*bis* y Bruselas II-*bis*[4]; así como, más recientemente, se podría plantear al respecto de los Reglamentos de régimen económico matrimonial y de efectos patrimoniales de las parejas registradas[5]. No ha de perderse de vista, en este sentido, la habitualidad con la que pueden presentarse cuestiones relativas a la delimitación de la materia sucesoria en relación con otros estatutos, en el contexto de la litigación privada internacional, al poder surgir en la práctica de manera dependiente de los mismos[6].

[3] Respectivamente, Reglamento UE 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DO* L 351, de 20.12.2012) y Reglamento 650/2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (*DO* L 201, de 27/7/2012).

[4] Reglamento 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (*DO* L 338, de 23/12/2003; corrección de errores *DO* L 82, de 22/3/2013).

[5] Reglamento UE 2016/1103, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales y el Reglamento UE 2016/1104, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas. Ambos publicados en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (*DO*) n. L 183, de 8/7/2016; corrección de errores *DO* L 113, de 29/4/2017.

[6] 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*

En este sentido, ya sea que esta actividad judicial se realice con el objetivo en mente de: a) delimitar el juego de los distintos instrumentos europeos que entran en liza en cada litigio concreto con un carácter transfronterizo – con el fin último de establecer su respectivo ámbito de aplicación material – (como sucedería, a modo de ejemplo, con la concreción de la propia noción de "sucesión" al respecto de otros Reglamentos estrechamente relacionados[7]); b) interpretar de forma uniforme y autónoma el contenido de los conceptos esenciales que los mismos consagran (como sucede, por lo que hace a su delimitación al respecto del Reglamento UE 650/2012, cuando se refiere a nociones como la de "tribunal", "resolución" o "documento público"), o del alcance de los mismos (por lo que se refiere al uso facultativo u obligatorio del "certificado sucesorio europeo" y de los formularios por medio de los que se solicitan[8]); o incluso, c) facilitar la aplicación coordinada de los distintos Reglamentos en el ámbito de la Cooperación judicial en materia civil y procurara una cierta alineación hermética (como podría suceder, a la hora de concretar que se entiende, al respecto de tales instrumentos europeo, por nociones como la de "domicilio" o a la "residencia habitual"). De ahí que, lo cierto es que la labor del TJUE destaca por su gran importancia práctica para el cumplimiento de cualquiera de los distintos objetivos señalados.

Por todo lo expuesto, este trabajo pretende realizar un análisis de la jurisprudencia del TJUE que se ha enfrentado a este singular ámbito sucesorio – desde el ámbito de la política europea de Cooperación judicial en materia civil –, ya sea con algunas de las finalidades señaladas. Todo ello, poniendo de manifiesto su trascendencia e incidencia para los propios ordenamientos internos en los Estados miembros. Sobre todo, al respecto de un instrumento normativo de la importancia del Reglamento europeo de sucesiones. Un destacado instrumento europeo, a partir del cual se ha ido acumulando un cuerpo jurisprudencial más

decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession, in *RabelsZ*, 2010, 522-720, 526-527.

[7] El art. 3.1, a) del Reglamento 650/2012 dispone, al definir el término "sucesión": «la sucesión por causa de muerte, abarcando cual¬quier forma de transmisión *mortis causa* de bienes, derechos y obligaciones, ya derive de un acto voluntario en virtud de una disposición *mortis causa* o de una sucesión abintestato». G. PALAO MORENO y G. ALONSO LANDETA, Artículo 3, in IGLESIAS BUHIGUES – PALAO MORENO (a cura di), *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento UE 650/2012*, Valencia, 2015, 51-60, 53; A. BONOMI y S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Artículo 3*, in BONOMI – WAUTELET, *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento UE 650/2012, de julio de 2012*, Cizur Menor, 2015, 117-118.

[8] Con carácter general, I.A. CALVO VIDAL, *El certificado Sucesorio Europeo. El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión europea*, Madrid, 2014.

que relevante en sus escasos cuatro años de vida[9]. Un estudio con el que, en definitiva, se pondrá de manifiesto la relevante y comprometida labor que desarrolla el TJUE, así como su gran repercusión práctica en el desarrollo de un espacio europeo de justicia en materia civil.

2. Sucesiones internacionales y Reglamentos de Bruselas I y II

El interés que el TJUE ha mostrado por la materia sucesoria, en relación con la política de Cooperación judicial en materia civil, ya se había manifestado de forma previa a la elaboración del propio Reglamento europeo de sucesiones. Tal y como se aprecia al respecto de los antes mencionados, Reglamentos Bruselas I-*bis* y Bruselas II-*bis*. Y ello, con el objeto de comprobar si determinadas controversias, y los problemas jurisdiccionales que habían suscitado, entraban en el ámbito de aplicación material de tales instrumentos europeos. Hay que tener presente, a este respecto, que ambos Reglamentos establecen, en su Art. 1.3, f) que la materia sucesoria queda excluida de los mismos, la disponer que: «3. El presente Reglamento no se aplicará: … f) a los fideicomisos y las sucesiones, …»[10]. Una problemática que, como es lógico, es susceptible de reproducirse en el futuro en relación con los recientemente aplicables Reglamentos UE 20016/1103 y 2016/1104, toda vez que ambos excluyen de su ámbito de aplicación material (*ex* art. 1.2, d): «la sucesión por causa de muerte» de uno de los cónyuges o miembro de la unión registrada[11].

De este modo, y en atención la antes mencionada "unidad hermenéutica" que ha de guiar a la interpretación de los Reglamentos europeos en materia de Cooperación judicial en materia civil, se habría producido una delimitación

[9] De este modo, a pesar de que este instrumento entró en vigor el 16.8.12, resulta plenamente aplicable para las sucesiones que pudieran presentarse a partir del 17.8.2015 (art. 84). Sin embargo, hay que tener presente que el Reglamento 650/2012 previó una aplicación anticipada del mismo a partir de la voluntad del causante o disponente – pudiendo haberse formulado durante dicho período previo, incluso una elección de la ley rectora a la sucesión a favor de la nacional del causante, de conformidad al mismo – (art. 83).

[10] Al respecto del Reglamento Bruselas I-*bis*: P. ROGERSON, *Article 1,* in MAGNUS – MANKOWKSI (a cura di), *Brussels I*-bis *Regulation, European Commentaries on Private International Law*, Colonia, 2016, 53-86, 83-84. Sobre el Reglamento Bruselas II-*bis*: U.P. GRUBER, *Article premier. Champ d'application*, in CORNELOUP (a cura di), *Droit européen du divorce*, París, 2013, 193-211.

[11] A. RODRÍGUEZ BENOT, *Artículo 1*, in IGLESIAS BUHIGUES – PALAO MORENO (a cura di), *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentarios a los Reglamentos UE 2016/1103 y 2016/1104*, 21-39, 31-35.

del ámbito de aplicación material de los mencionados Reglamentos Bruselas I-*bis* y II-*bis* al respecto de determinados procedimientos. Pues bien, ya fuera mediante una delimitación positiva o negativa al respecto del ámbito de juego de los instrumentos controvertidos, lo cierto es que en ningún caso se consideró que se estaba ante un litigio en el ámbito de las sucesiones. Algo que, aunque llevado a cabo "desde fuera" del instrumento europeo que nos ocupa, afectaría *a contrario* a la aplicación del Reglamento europeo de sucesiones. Así las cosas, a partir de diversos fallos del TJUE – que seguidamente se expondrán –, se llevaría a cabo una suerte de delimitación indirecta y negativa, que podría conducir a estimar que ciertos tipos de litigios quedarían excluidos del ámbito del Reglamento UE 650/2012.

Para ilustrar lo que acaba de exponerse y por lo que respecta al Reglamento Bruselas I-*bis*, cabe hacer referencia primeramente a la Sentencia del TJUE, en el asunto *C.H.W./G.J.H.*[12]. Una decisión que se dictó en el marco de un litigio entre dos cónyuges de nacionalidad neerlandesa – aunque domiciliados en Bélgica –, relativa a la administración de los bienes privativos de la mujer por parte del marido, y que planteaba la posibilidad de acudir a las normas del entonces Convenio de Bruselas de 1968. Y ello, para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales de los Países Bajos, ante la demanda presentada por el marido donde se solicitaba que se le entregara y se impidiera a la mujer que utilizara como prueba un documento redactado por el marido – denominado "codicilo" –, en el que se dispensaba a los bienes privativos de la mujer de las cargas que se hubieran derivado de la administración pro el marido. En este sentido, se le cuestionó al Alto Tribunal europeo en concreto, sobre el juego de las exclusiones relativas a los "testamentos y las sucesiones" del ámbito del citado Convenio de 1968 y si éstas afectaban «a las demandas presentadas ante los tribunales por el autor de un codicilo que se encuentra en posesión de otra persona y en las que se solicita la entrega del codicilo y la destrucción de todas las fotocopias, duplicados y reproducciones existentes del mismo, y que se imponga una prohibición de conservar o utilizar, directa o indirectamente, cualquier fotocopia, duplicado o reproducción de dicho documento, todo ello para evitar que las declaraciones que figuran en el codicilo se utilicen como prueba contra su autor en un litigio no referido a un testamento ni a una sucesión». Una cuestión que no fue estimada necesaria de responder – negativamente, en todo caso –, al estimarse en el asunto *C.H.W./G.J.H.* que la misma se encontraba relacionada con los regímenes matrimoniales y, en consecuencia, excluida a efectos de la aplicación del Convenio de Bruselas de 1968[13].

[12] STJUE, de 31.3.1982, en el asunto 25 /81, C.H.W./ G.J.H. (ECLI:EU:C:1982:116).

Durante los años siguientes el TJUE guardó silencio sobre esta materia, hasta que – en relación con el Reglamento Bruselas II-*bis* y estando ya publicado el Reglamento europeo de sucesiones – se enfrentó nuevamente a la delimitación de la materia sucesoria en la Sentencia del TJUE, en el asunto *Matoušková*[14]. En este supuesto, el litigio versó sobre un conflicto relativo al acuerdo de reparto sucesorio entre el cónyuge supérstite y los hijos menores que se encontraban representados por un tutor – todos ellos de nacionalidad checa y residentes en los Países Bajos –, alcanzado ante una Notaria checa, tras comprobar que la difunta – también nacional checa- igualmente residía en los Países Bajos y no en la República Checa – donde únicamente disponía de un domicilio registrado que no atendía a la realidad.

Pues bien, al solicitarse por parte de la Notaria que se designara un órgano judicial competente para resolver de este litigio, y tras plantear ante el TJUE si la controversia versaba sobre la adopción de medidas para proteger a los interese de los menores o merecía una calificación sucesoria, el Alto Tribunal europeo estimó que el Reglamento Bruselas II-*bis* debía interpretarse en el sentido de que «la aprobación de un acuerdo de reparto sucesorio concluido por el tutor de menores por cuenta de éstos constituye una medida relativa al ejercicio de la responsabilidad parental, en el sentido del art. 1, apartado 1, letra b), de dicho Reglamento, por lo que está comprendida en el ámbito de aplicación de éste, y no una medida relativa a las sucesiones, en el sentido del art. 1, apartado 3, letra f), del citado Reglamento, excluida del ámbito de aplicación de éste». Así pues, de nuevo, también en el asunto *Matoušková* se estimó por parte del TJUE que este litigio no merecía una caracterización sucesoria, entrando en juego las normas de competencia judicial del Reglamento Bruselas II-*bis*.

Con posterioridad, el TJUE se ha enfrentado en dos nuevas ocasiones a sendos litigios en el marco del Reglamento Bruselas II-*bis*, relacionados con cuestiones sucesorias, donde igualmente ha estimado que entraban dentro de su ámbito de

---

[13] En su apartado 10. A. DICKINSON y E. LEIN, *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, 2015, 362; M. GÓMEZ JENE, *Artículo 1*, in AA.VV., *Comentario al Reglamento UE 1215/2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Cizur Menor, 2016, 57-88; 68. Por lo que, en nuestros días, ello implicaría el juego de las normas de competencia judicial que establece el Reglamento UE 2016/1103 – arts. 4 a 19 –. Con carácter general, M. ÁLVAREZ TORNÉ, *La autoridad competente en materia de sucesiones internacionales. El nuevo reglamento de la UE*, Barcelona, 2013, 135-192. Junto a ello, P. BLANCO-MORALES LIMONES, *La competencia internacional en el Reglamento sucesorio europeo*, in *La Ley*, 2015, 8590; J.M. VELASCO RETAMOSA, *International Jurisdiction Rules in Matters of Succession in the European Context*, in *Swiss Review of International & European Law*, 2018, 28, 317-335.

[14] STJUE, de 6.10.2015, en el asunto C 404/14, *Matoušková* (ECLI:EU:C:2015:653).

aplicación material – sin que tuviera cabida, por tanto, acudir a lo previsto en el Reglamento UE 650/2012 –. Tal y como ha sucedido, al respecto de los asuntos *Mikolajczyk*[15] y *Saponaro y Xylina*[16].

Así, por lo que hizo al primero, el asunto *Mikolajczyk* se relacionó con la demanda de nulidad de un matrimonio celebrado en Francia, presentada en Polonia por la heredera de la primera mujer de un matrimonio previo del marido, al estimar que constituía una relación bígama – proceso al que se adhirió el representante del marido fallecido –. La primera cuestión suscitada se refería a la posibilidad de que este procedimiento entrara en el ámbito de aplicación del Reglamento 2201/2003, a la que siguieron otras como la relativa a la aplicación de los criterios de competencia judicial que albergaba dicho instrumento europeo. A lo cual respondió el TJUE de forma positiva, estableciendo que este procedimiento se encontraba en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II-*bis*.

A su vez, al respecto del segundo asunto mencionado – *Saponaro y Xylina* –, tampoco se contempló el juego del Reglamento europeo de sucesiones, suscitado en relación con la solicitud presentada por una nacional griega – antes Juzgado de Paz igualmente griego- para repudiar la herencia del abuelo – fallecido *ab intestado* y con residencia en aquel momento en Grecia – de su hija – con residencia habitual en Italia –. De tal modo que ni tan sólo se planteó esta cuestión, al discutirse sobre la eventual prórroga de la competencia en favor de la jurisdicción griega y su incidencia en la protección del interés superior del menor.

3. La interpretación del Reglamento Europeo de Sucesiones por el TJUE

Si resultan de interés los fallos emitidos por el Alto Tribunal europeo sobre la delimitación de la materia sucesoria al respecto de instrumentos ajenos al Reglamento UE 650/2012, más aún si estas decisiones se refieren directamente a la aplicación de este singular instrumento normativo. En este sentido sobresale el hecho de que, en menos de dos años, son ya cuatro las Sentencias dictadas por el TJUE[17], encontrándose un nuevo asunto próximo a fallarse al haberse publicado recientemente las Conclusiones del Abogado General (AG)[18].

---

[15] STJUE, de 13.10.2016, en el asunto C-294/15, *Mikolajczyk* (ECLI:EU:C:2016:772).

[16] STJUE, de 19.4.2018, en el asunto C-565/16, *Saponaro y Xylina* (ECLI:EU:C:2018:265).

[17] Así, las SSTJUE, de 12.10.2017, en el asunto C-218/16, *Kubicka* (ECLI:EU:C:2017:755); de 1.3.2018, en el asunto C-558/16, *Mahnkopf* (ECLI:EU:C:2018:138); de 21.6.2018, en el asunto C-20/17, Oberle (ECLI:EU:C:2018:485); y de 17.1.2019, en el asunto C-102/18, *Brisch* (ECLI:EU:C:2019:34).

Si comenzamos – en primer término y siguiendo una progresión cronológica de los asuntos – por lo establecido por el Alto Tribunal europeo en el significativo asunto *Kubicka*[19], el mismo se ocupó del litigio relativo a la negativa del oficial de una Notaría polaca del otorgamiento de un testamento solicitado por una nacional polaca – residente en Alemania –, casada con un nacional alemán, de cuyo matrimonia habían nacido dos hijos – siendo que, en atención a lo dispuesto en el art. 22 del Reglamento europeo de sucesiones, se había elegido el Derecho polaco, como rector de su sucesión[20] –. Así las cosas y dado que la nacional polaca había solicitado la inclusión en su testamento de un legado vindicatorio (*legatum per vindicationem*) a favor de su marido, la autoridad polaca estimó su contrariedad al Derecho alemán en materia de derechos reales – donde no se contempla su efecto real directo –, denegando su inclusión en el testamento. Se planteó, por consiguiente, un problema relativo a la interpretación del Reglamento UE 650/2012 y, en particular, sus arts. 1.2, k) y l) y 31[21].

[18] Esto es, las Conclusiones presentadas por el AG Sr. Yves Bot, en 28.2.2019, en el asunto C-658/17, WB (ECLI:EU:C:2019:166).

[19] Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Legatum per vindicationem y Reglamento UE 650/2012*, in *La Ley Unión Europea*, 2018, 55; R. CABANAS TREJO y L. BALLESTER AZPITARTE, *Breve nota sobre la sentencia del tribunal de justicia de la unión europea asunto C-2018/16 (Kubicka) de 12 de octubre de 2017 (a propósito del testamento de un no residente en España)*, in *La Ley*, 2017, 9084; E. CASTELLANO RUIZ, *Ámbito de aplicación de la ex succesionis y su coordinación con la* lex rei sitae – lex registrationis*: a propósito de los legados vindicatorios*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, n. 1, 70-93 (in https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT); Z. CRESPI REGHIZZI, *Succession and Property Rights in EU Regulation 650/2012*, in *Riv. dir. int. priv. proc*., 2018, 633-661. J.J. MARÍN LÓPEZ, *Polonia "invade" Alemania: la sentencia Kubicka, primera interpretación del Reglamento Europeo de Sucesiones por el TJUE*, in *El Notario del Siglo XXI*, 2017, n. 76.

[20] G. PALAO MORENO, *Artículo 22*, in IGLESIAS BUHIGUES – PALAO MORENO (a cura di), *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento UE 650/2012*, cit., 151-161; A. BONOMI y A. FONT I SEGURA, *Artículo 22*, in BONOMI – WAUTELET, *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento UE 650/2012, de julio de 2012*, cit., 243-253.

[21] El art. 1.2 establece las cuestiones que quedan excluidas del Reglamentos, refiriéndose tales letras, respectivamente, a «la naturaleza de los derechos reales», y a «cualquier inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro, incluidos los requisitos legales para la práctica de los asientos, y los efectos de la inscripción o de la omisión de inscripción de tales derechos en el mismo». I. HEREDIA CERVANTES, Lex successionis *y* lex rei sitae *en el Reglamento de sucesiones*, in *Anuario Español de Derecho Internacional privado*, 2011, t. XI, 415-445; G. PALAO MORENO y G. ALONSO LANDETA, *Artículo 1*, in IGLESIAS BUHIGUES – PALAO MORENO (a cura di), *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento UE 650/2012*, cit., 31-48, 41-48; P. WAUTELET y A. FONT I SEGURA, *Artículo 1, Artículo 22*, in BONOMI – WAUTELET, *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento UE 650/2012, de julio de 2012*, cit., 102-112. In extenso, J.S. RODRÍGUEZ

Pues bien, en el fondo del litigio subyacía la cuestión de la inclusión o no del mencionado legado, en el ámbito de aplicación material del Reglamento europeo de sucesiones, así como las consecuencias que de esta conclusión se derivarían, al respecto de la transmisión de la propiedad en Alemania, a partir de la existencia de este legado previsto en la normativa polaca. Algo que, en definitiva, dependía de si estas cuestiones se encontraban incluidas o no en el ámbito de aplicación material del instrumento. Y ello, dado que la exclusión de su ámbito ampararía su denegación en Alemania. Una compleja cuestión que se saldó finalmente, según el parecer del Alto Tribunal europeo, a favor de su inclusión y, como resultado de ello, oponiéndose a la denegación que proponía la autoridad notarial polaca de los efectos reales del legado vindicatorio emitido en Polonia en Alemania[22].

Y ello, en resumidas cuentas, al estimar que los preceptos señalados se oponen a «la denegación del reconocimiento por una autoridad de un estado miembro de los efectos reales del legado vindicatorio, reconocido por el derecho aplicable a la sucesión que el testador ha elegido con arreglo al art. 22, apartado 1, del citado Reglamento, cuando la denegación se basa en que ese legado se refiere al derecho de propiedad de un inmueble situado en dicho estado miembro, cuya legislación no reconoce la institución del legado con efecto real directo en la fecha de apertura de la sucesión»[23]. De este modo, la decisión en el asunto *Kubicka* posee, en definitiva y sin lugar a dudas, un destacado alcance práctico. Entre otros, dado que, a partir de este momento, disposiciones testamentarias como la controvertida – previstas igualmente en otros Estados miembros de la UE, como sería el caso español –, entrarán en el ámbito de juego del Reglamento y habrán de ser también aceptadas, al establecerse una delimitación autónoma de los preceptos señalados, donde se contempla incluir también el modo de transmisión de la propiedad a la que se refieren determinados legados – a pesar de que determinados ordenamientos estatales, como el Alemán, en este caso, no reconozcan este tipo de legados –.

Con posterioridad, ya en 2018, el TJUE se enfrentó nuevamente a la

SÁNCHEZ, *Una introducción al Reglamento de sucesiones de la UE desde la perspectiva de los derechos reales sobre bienes inmuebles y el registro de la propiedad en España*, Madrid, 2013.

[22] A esta cuestión se refirió A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, *Aproximación a un concepto autónomo de propiedad sucesoria en el Reglamento 650/2012*, in FORNER DELAYGUA – GONZÁLEZ BEILFUSS – VIÑAS FARRE (a cura di), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado*. Liber amicorum *Alegría Borrás*, cit., 377-388, 385-386.

[23] Una aproximación similar y coincidente, se encontraba ya en las Conclusiones presentadas por el AG Sr. Yves Bot, el 17.5.2017 (ECLI:EU:C:2017:387).

interpretación del ámbito de aplicación material al que se refiere el art. 1 del Reglamento europeo de sucesiones, en particular a las exclusiones presente en su primer apartado *in fine*[24], en el asunto *Mahnkopf*[25]. Este litigio se refería a la expedición de un certificado sucesorio nacional por parte de una autoridad judicial alemana (*Erbschein*), a favor de la viuda de un ciudadano alemán y el hijo de ambos, donde constaba la condición de ambos como coherederos, por partes iguales, de conformidad con la normativa alemana rectora de la sucesión – correspondiendo, por lo tanto, a la madre, un cuarto de la herencia por motivo de la cuota legítima y otro cuarto adicional al haber estado casados en régimen de participación en las ganancias –. Sin embargo y con posterioridad, la madre solicitó de un Notario alemán la expedición de un certificado sucesorio europeo, el cual, iba a ser empleado para inscribir su derecho de propiedad en Suecia, sobre un inmueble ahí situado. Algo que fue denegado por el juez alemán, al que había acudido el Notario solicitado, dado que el origen de las cuotas recibidas por la viuda, tenían una distinta naturaleza – tanto sucesoria, como basada en el régimen económico matrimonial, respectivamente[26] –.

Hay que recordar, a este respecto, que en virtud del art. 63 del Reglamento UE 650/2012, el certificado sucesorio europeo constituye un documento modelo y uniforme para todos los Estados parte, que se habría creado con la finalidad facilitadora de ser utilizado por los herederos, legatarios, ejecutores testamentarios y administradores de las herencias, para probar su cualidad, los derechos obtenidos o las facultades conferidas[27]. El cual, como reza el art. 62, ni resulta de uso obligatorio, ni sustituye a los documentos ya empleados por los Estados miembros internamente; pudiendo ser solicitado por cualquiera de los sujetos mencionados, por medio de un formulario establecido al efecto – como contempla el art. 65[28] – .

[24] A tenor del mismo: «El presente Reglamento se aplicará a las sucesiones por causa de muerte. No será aplicable a las cuestiones fiscales, aduaneras y administrativas». G. PALAO MORENO y G. ALONSO LANDETA, *Artículo 1*, cit., 34.

[25] J.M. FONTANELLAS MORELL, *La delimitación del ámbito material de aplicación en el Reglamento 650/2012 con respecto a las cuestiones relativas a los regímenes económicos matrimoniales. A propósito de la STJUE de 1 de marzo de 2018 (C-588/16: Mahnkopf)*, in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2018, 35, 27-38 (in http://www.reei.org/lareei/); C. NOURISSAT, *Certificat succesoral européen: quelle part pour le conjoint suvivant*, in *La Semaine Juridique Notariale e Inmobilière*, 2018, 13, act. 340.

[26] S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Las legítimas en el Reglamento sobre sucesiones y testamentos*, in *Anuario Español de Derecho Internacional privado*, 2011, t. XI, 369-406.

[27] B. KRESSE, *Article 63*, in CALVO CARAVACA – DAVÌ-MANSE (a cura di), *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge, 2016, 686-698.

[28] C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, *International Successions in Spain: the impact of a new EU*

Ahora bien, ante esta negativa por parte de la autoridad judicial, la Sra. Mahnkopf presentó un recurso, donde subyacía la discusión de la naturaleza de la norma alemana a partir de la cual se había establecido el *quantum* de la parte alícuota hereditaria que debía recibir, a efectos de determinar la pertinente consignación de la misma (en parte o en su totalidad) en el certificado o no y los problemas que generaría de cara a la circulación internacional de este tipo de documentos públicos. Un extremo sobre el cual había disparidad de criterios entre las autoridades alemanas implicadas. Así las cosas, al solicitarle opinión al TJUE, por medio de la pertinente cuestión prejudicial, para que ofreciera una interpretación autónoma del precepto controvertido del Reglamento, éste estimó que: «está comprendido en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento un precepto de derecho nacional, como el controvertido en el litigio principal, que establece, para el caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, el reparto a tanto alzado de las ganancias mediante un incremento de la parte alícuota de la herencia del cónyuge supérstite».

De este modo, con esta decisión en el asunto *Mahnkopf* se ha puesto de manifiesto la postura que mantiene el TJUE sobre ciertas cuestiones que resultan medulares en relación con el Reglamento europeo de sucesiones[29]. Así, por un lado, destaca el apoyo que realiza a favor de la vis *expansiva* del ámbito material del certificado sucesorio europeo, por lo que respecta a las cuestiones que éste cubre – afectando así a una generosa delimitación material del propio ámbito de aplicación del Reglamento, una vez se hubiera determinado la masa hereditaria –[30]. Junto a ello, de otro lado, destaca la defensa que subyace en la sentencia hacia la unidad de la ley aplicable en materia sucesoria (principio recogido expresamente en el art. 21.1 del Reglamento)[31], dificultando la eventual escisión que pudiera derivarse de la presencia de cuestiones relacionadas con otros estatutos distintos del sucesorio – como era, en este caso, el relativo al

Regulation, in *Spanish Yearbook of International Law*, 2009, 15, 39-62, 57-58; A. FERNÁNDEZ-TREGUERRES GARCÍA, *Las sucesiones* mortis causa *en Europa: aplicación del Reglamento UE 650/2012*, Cizur Menor, 2016, 605-612.

[29] Aunque no resuelve otros extremos, de indudable interés, como el alcance del valor probatorio del certificado sucesorio europeo. I. ANTÓN JUÁREZ, *La prueba de la condición de heredero en el Derecho europeo de sucesiones: el certificado sucesorio europeo*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, n. 2, 179-210, 205 (in https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT).

[30] A este respecto, D. DAMASCELLI, *Brevi note sull'efficacia probatoria del certificato successorio europeo riguardante la successione di un soggeto coniugato o legato da unione non matrimonale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2017, 1, 67-81, 75-81.

[31] A. FUCHS, *The new EU Succession Regulation in a nutshell*, in *ERA Forum*, 2015, 16, 119-124, 120.

régimen económico matrimonial y, por lo tanto, afectaría a su juego conjunto al respecto de los Reglamentos UE 2016/1103 y 2016/1104[32] –.

También se refirió al certificado sucesorio europeo la posterior Sentencia del TJUE en el asunto *Oberle*, aunque en este caso al respecto de determinar los tribunales internacionalmente competentes para poder emitirlo. Y ello, en relación a un litigio en el que subyacía la solicitud de un certificado sucesorio alemán por parte de un nacional francés, con un alcance limitado a los bienes de una herencia en la que el Sr. Oberle había sido instituido heredero (a partes iguales con su hermano, igualmente francés). Toda vez que esta persona (y también a favor de su hermano), y de forma previa a esta solicitud, ya había obtenido un certificado sucesorio francés, en relación con la herencia de un nacional francés que igualmente había residido en dicho país.

El litigio surgió cuando, al controlar de oficio su competencia, la autoridad judicial alemana estimó que no podía estimarse competente para emitir el señalado certificado, en virtud de lo establecido en el art. 4 del Reglamento UE 650/2012[33]. Y ello, en su opinión, al corresponder a la autoridad de la última residencia habitual del causante (esto es Francia), resolver sobre la totalidad de la sucesión (entrando en liza, de nuevo, el principio de la unidad de la sucesión).

Pues bien, tras el recurso presentado por el heredero y tras la cuestión prejudicial instada por el Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Berlín, el TJUE estimó que el citado precepto debía interpretarse en el sentido de que: «se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que establece que, aunque el causante no tuviera en el momento del fallecimiento su residencia habitual en ese Estado miembro, los tribunales de este último seguirán siendo competentes para expedir los certificados sucesorios nacionales, en el marco de una sucesión *mortis causa* con repercusiones transfronterizas, cuando existan bienes hereditarios situados en el territorio del propio Estado miembro o cuando el causante hubiera tenido la nacionalidad del mismo».

En resumidas cuentas, y de forma similar a como ya se habían expresado las Conclusiones del AG Sr. Maciej Szpunar[34], las normas de competencia judicial

[32] Sin embargo, el art. 23.2, b) del Reglamento UE 650/2012.

[33] «Los tribunales del Estado miembro en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento tendrán competencia para resolver sobre la totalidad de la sucesión». J.L. IGLESIAS BUHIGUES y F. GARÍN ALEMANY, *Artículo 4*, in IGLESIAS BUHIGUES – PALAO MORENO (a cura di), *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento UE 650/2012*, cit., 63-69.

[34] Presentadas el 22.2.2018 (ECLI:EU:C:2018:89).

internacional que incorpora el Reglamento europeo de sucesiones, y que han de ser tenidas en cuenta a la hora de concretar la autoridad que pueda emitir un certificado sucesorio europeo (como señala el art. 64 del Reglamento[35]), igualmente serán tomadas en consideración para emitir un certificado sucesorio nacional en los Estados parte del mencionado instrumento. No hay que olvidar, a este respecto y como señala el art. 62 del Reglamento, la vigencia de estos últimos y su no sustitución por el europeo[36]. De tal manera que, a consecuencia del fallo en el asunto *Oberle*, y salvo casos excepcionales señalados[37], no sería posible emitir certificados sucesorio nacionales que no atiendan a tales reglas de competencia y procuren contar con un alcance limitado de los bienes hereditarios presentes en dicho Estado.

El certificado sucesorio europeo ha sido, posterior y de forma reciente, objeto de un nuevo análisis por parte del Alto Tribunal Europeo en el asunto *Brisch*. En esta ocasión, ha sido el art. 65 del Reglamento europeo de sucesiones[38], el interpretado por parte del TJUE. Y ello, en relación con el art. 1.4 del Reglamento de Ejecución UE 1329/2014 de la Comisión, de 9 de diciembre de 2014, por el que se establecen los formularios mencionados en el Reglamento UE 650/2012[39]. Por lo que hace a los hechos que suscitaron el litigio y la cuestión prejudicial suscitada ante el TJUE, éste versó sobre la herencia de

[35] Así, según el tenor del mismo: «El certificado será expedido en el Estado miembro cuyos tribunales sean competentes en virtud de los artículos 4, 7, 10 u 11. La autoridad expedidora deberá ser: a) un tribunal tal como se define en el art. 3, apartado 2, u b) otra autoridad que, en virtud del Derecho nacional, sea competente para sustanciar sucesiones *mortis causa*». I. ESPIÑEIRA SOTO, *Artículo 64*, in IGLESIAS BUHIGUES – PALAO MORENO (a cura di), *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento UE 650/2012*, cit., 485-493.

[36] P. RODRÍGUEZ MATEOS, *La sucesión por causa de muerte en el Derecho de la Unión Europea*, in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2014, 27, 1-59, 57 (in http://www.reei.org/lareei/).

[37] Como sería, por ejemplo, los supuestos de competencia subsidiaria a la que se refiere el art. 10.2, cuando dispone que: «Cuando ningún tribunal de un Estado miembro sea competente en virtud del apartado 1, los tribunales del Estado miembro en el que se encuentren los bienes de la herencia serán, no obstante, competentes para pronunciarse sobre dichos bienes». J.L. IGLESIAS BUHIGUES, *Artículo 10*, in IGLESIAS BUHIGUES – PALAO MORENO (a cura di), *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento UE 650/2012*, cit., 93-98; A. BONOMI y M. ÁLVAREZ TORNÉ, *Artículo 10, Artículo 22*, in BONOMI – WAUTELET, *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento UE 650/2012, de julio de 2012*, cit., 185-194.

[38] C. AZACÁRRAGA MONZONÍS, *Artículo 65*, in IGLESIAS BUHIGUES – PALAO MORENO (a cura di), *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento UE 650/2012*, cit., 494-500.

[39] *DO* L 359, de 16.12.2015; P. WAUTELET y J. GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, *Artículo 65*, in BONOMI – WAUTELET, *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento UE 650/2012, de julio de 2012*, cit., 628-637.

una nacional alemana (la Sra. Trenk), sobre bienes situados en Alemania, Italia y Suiza, siendo que sus únicos herederos los descendientes de su – también difunto – hermano. Como consecuencia de un testamento otorgado en 2014, por medio del que revocaba los anteriores, la Sr. Trenk designó heredera universal a la italiana (domiciliada en Roma) *Congregazioine Benedettina Sublacenze* y al Sr. Brish como su albacea.

La cuestión planteada ante el Alto Tribunal de la UE tuvo su origen en la solicitud, por parte del Sr. Brisch, de un certificado a la autoridad judicial alemana competente (el Tribunal de lo civil y Penal de Colonia), sobre los bienes de la causante situados en Italia. Una solicitud que no fue atendida, debido a que el albacea no había utilizado el formulario IV al que hacía referencia el Reglamento de Ejecución de 2014. Una negativa que dio lugar a un recurso ante el Tribunal Superior Regional de la Civil y Penal de Colonia, que motivó una cuestión prejudicial por medio de la que se cuestionaba al TJUE si resultaba obligatorio emplear el mencionado formulario para solicitar referido certificado. A la vista de los hechos, el Alto Tribunal de la UE estimó que los citados preceptos – 65.2 Reglamento europeo de sucesiones y 1.4 Reglamento de Ejecución UE 1329/2014 – debían interpretarse en el sentido de que: «para presentar una solicitud de certificado sucesorio europeo la utilización del formulario IV (que figura en el anexo 4 del Reglamento de Ejecución UE 1329/2014), es facultativa». A consecuencia de ello, con esta decisión se incide en el carácter disponible de varios de los elementos del Reglamento europeo de sucesiones y el Reglamento de ejecución del mismo[40], tal y como ya se adelantó en la Sentencia en el asunto *Oberle*, como en sería el empleo de los formularios elaborados para solicitar el certificado sucesorio europeo.

Por último y por lo que respecta al trabajo "en proceso", hay que hacer mención del más reciente asunto *WB*, sobre el que se han publicado hace poco las Conclusiones del AG Sr. Yves Bot, estando todavía pendiente la emisión del fallo por parte del TJUE. En este caso, al respecto de la sucesión de un nacional polaco y residente en dicho país, con bienes es su país de origen y en Alemania, uno de los herederos solicitó a un Notario polaco una copia de la declaración de herederos y, junto a la misma, que la acompañara de una certificación que le permitiera averiguar en el país vecino si alguna entidad bancaria contaba con fondos del causante. Para lo cual, el heredero le solicitó que dicha certificación se llevara a cabo utilizando el formulario que, caso de que estimara que dicha certificación constituía una "resolución" – a efectos del

[40] En relación con ello, F. MAOLI, *Remarks on the European Certificate of Succession*, in *The European Legal Forum*, 2017, n. 1, 1-11, 7-8.

art. 3.1, g)[41] del Reglamento europeo de sucesiones – utilizara el formulario figuraba en el anexo I del Reglamento de Ejecución antes mencionado; mientras que, en caso negativo, empleara el anexo II en tanto que "documento público" – en atención a lo previsto en el art. 3.1, i)[42] –. Hay que tener presente, en relación con ello, que el art. 3.2 del Reglamento UE 650/2012 contempla un concepto autónomo de "tribunal", para los casos en los que estos sujetos ejerzan funciones jurisdiccionales, actúen por delegación de poderes de un órgano jurisdiccional o bajo su control; siempre que actúen de manera imparcial y respeten el derecho de las partes de ser oídas, así como que sus resoluciones dictadas con arreglo a Derecho puedan ser objeto de recurso y tengan un fuerza y efectos análogos a los de una resolución judicial.

No obstante, el Notario polaco tras estimar de que se trataría de una "resolución", denegó esta solicitud en razón a dos motivos, también sucesivos. Así, en primer lugar, debido a que no le era posible llevar a cabo tal encargo, toda vez que la República de Polonia no había notificado a la Comisión de la UE la posibilidad de que las autoridades notariales polacas pudieran ejercer funciones jurisdiccionales cuando formalizaban escrituras de declaración de herederos – tal y como exige llevar a cabo el art. 3.2 del Reglamento europeo de sucesiones –. No contando, a efectos del citado Reglamento y en el momento de producirse tal solicitud con tal competencia reconocida. En segundo lugar y dado de que, a su parecer, se trataba de una "resolución", ello excluía la posibilidad de otorgar tal certificación como un "documento público". En atención a tal denegación, el solicitante recurrió a la autoridad judicial al entender – entre otros – que la declaración de herederos reunía los requisitos necesarios como para constituir una "resolución" a efectos del Reglamento UE 650/2012.

Ante esta tesitura, el Tribunal Regional de Gorzów Wielkopski planteó una serie de cuestiones prejudiciales con las que, en último extremo, se interesaba porque se determinara: si "resoluciones" que no gozan de fuerza ejecutiva – como una declaración de herederos- podían certificarse por medio del formulario I (antes mencionado), y si efectivamente esta escritura constituía una ·resolución" y

[41] Donde se define el mismo como: «cualquier decisión en materia de sucesiones dictada por un tribunal de un Estado miembro, con independencia de la denominación que reciba e incluidas aquellas decisiones en materia de costas u otros gastos emitidas por los funcionarios judiciales». G. PALAO MORENO y G. ALONSO LANDETA, *Artículo 3*, cit., 54-55.

[42] El cual es concebido como: «un documento en materia de sucesiones formalizado o registrado en tal concepto en un Estado miembro y cuya autenticidad: i) se refiera a la firma y al contenido del documento, y ii) haya sido establecida por un poder público u otra autoridad autorizada a tal efecto por el Estado miembro de origen». G. PALAO MORENO y G. ALONSO LANDETA, *Artículo 3*, cit., 55-56.

el Notario actuaba entonces como un "tribunal"; si la notificación que debía efectuar el Estado miembro sobre las autoridades nacionales con competencia a efectos del Reglamento era meramente a efectos informativos; así como si la citada escritura, si estimada como una "resolución" impedía que igualmente fuese concebida como un "documento público", o si directamente constituía un "documento público".

Las Conclusiones del AG se enfrentaron a las cuestiones suscitadas, comenzando por establecer (en su punto 1) que la falta de notificación a la que se refiere el art. 3.2.2 «por parte de la República de Polonia, relativa al ejercicio por los notarios de funciones jurisdiccionales, no tiene carácter definitivo». Seguidamente, en el punto 2 declaró que, en atención al 3.2.1, «el notario autorizante de una escritura de declaración de herederos a solicitud no contenciosa de todas las partes del procedimiento notarial, con arreglo a la normativa del Derecho polaco, no está incluido en el concepto de "tribunal" en el sentido de dicho Reglamento. Por consiguiente, según el parecer del AG, la escritura de declaración de herederos polaca, autorizada por el notario, no constituiría una "resolución" en el sentido del art. 3, apartado, 1, letra g), del citado Reglamento que deba acompañarse de la certificación relativa a una resolución en materia sucesoria» – según el formulario del anexo 1 del Reglamento de Ejecución[43] –. Por último, ya en su punto 3, el AG Sr. Yves Bot estimó que el art. 3.1, i) del Reglamento 650/2012 «debe interpretarse en el sentido de que la escritura de declaración de herederos autorizada por el notario polaco constituye un documento público», pudiendo expedirse copia del mismo acompañada del formulario que figura en el anexo 2 del Reglamento de Ejecución – y al que se refiere el art. 59.1 del Reglamento europeo de sucesiones –.

A la vista de las propuestas del AG Sr. Yves Bot cabe afirmar las grandes expectativas que va a generar la futura Sentencia del TJUE, en relación con el asunto *WB*. Y ello, no sólo porque ha de resolver sobre la necesidad de determinar las consecuencias que se derivan de la falta de notificación por un Estado Miembro de las autoridades competentes a efectos de la aplicación de los Reglamentos; sino, principalmente, porque ha de enfrentarse a la necesidad práctica de delimitar la naturaleza de la actuación de una autoridad pública como el Notario y si éste – según sea el carácter jurisdiccional o no de su intervención al elaborar una escritura pública, como sería una declaración de herederos – actúa o no investido de funciones jurisdiccionales, para que pueda ser concebido como

[43] G. PALAO MORENO y G. ALONSO LANDETA, *Artículo 3*, cit., 57-60; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Reglamento Sucesorio Europeo y Actividad Notarial*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, vol. 6, n. 1, 5-44, 12-15 (in https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT).

una "tribunal" a efectos del Reglamento UE 650/2012 – debiendo certificarse la misma, por tanto, como una "resolución" o como un "documento público" –. Un interés que se hace patente, de modo particular, tras la clara delimitación que realiza el AG de ambos tipos de actuación del Notario – según ejerza o no funciones jurisdiccionales – y su conclusión que una declaración notarial de herederos debería ser concebida como un "documento público" únicamente. Algo que, sin lugar a dudas, posee importantes consecuencias prácticas para el resto de Estados miembros, a la hora de la aplicación del Reglamento UE 650/2012[44].

4. Valoración

A la vista de las decisiones analizadas se pone de manifiesto la importante labor que ha desarrollado el TJUE al respecto de delimitar el ámbito de aplicación material de los distintos instrumentos elaborados en el ámbito de la política de Cooperación judicial en materia civil UE, con relación a los litigios relacionados con la materia sucesoria. Así, en primer término, a partir de esta acción jurisprudencial se habría estimado que no cuenta con una caracterización sucesoria, sino que se encontrarían relacionados con la materia del régimen económico matrimonial, los litigios relativos a la administración de los bienes privativos de la mujer por parte del marido – quedando excluidos, por tanto, del ámbito del Reglamento Bruselas I-*bis* –.

Junto a ello, en segundo lugar, se habrían considerado como vinculadas a la materia matrimonial y a la responsabilidad parental – esto es, dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento Bruselas II-*bis* –, tanto una controversia vinculada al acuerdo de un reparto sucesorio entre el cónyuge supérstite y los hijos menores que se encontraban representados por un tutor, como igualmente así sucedería al respecto de la demanda de nulidad de un matrimonio presentada en Polonia por la heredera de la primera mujer de un matrimonio previo del marido.

Ya al respecto del Reglamento UE 650/2012, sobresale la intensa actividad que ha desplegado el Alto Tribunal europeo en un espacio reducido de tiempo, así como las expectativas que va a generar su actuación en el corto plazo. De este modo, destaca su postura al respecto de, por ejemplo, constatar la *vis expansiva*

---

[44] Sobre la práctica española sobre este tipo de escrituras, P. JIMÉNEZ BLANCO, *Las declaraciones notariales de herederos en las sucesiones internacionales*, in *Anuario Español de Derecho Internacional privado*, 2003, t. III, 327-359.

del ámbito material del certificado sucesorio europeo, por lo que respecta a las cuestiones que éste cubre y su incidencia en una generosa delimitación material del propio ámbito de aplicación del Reglamento. Como también destaca su decisión relativa a estimar que las normas de competencia judicial internacional que incorpora el Reglamento UE 650/2012 han de ser tenidas en cuenta a la hora de concretar la autoridad que pueda emitir un certificado sucesorio europeo, al igual que para emitir un certificado sucesorio nacional en los Estados parte. En esta misma línea, sobresale la estimación del carácter facultativo de varios de los elementos del Reglamento europeo de sucesiones y de su Reglamento de ejecución del mismo, como sucedería con el uso de los formularios elaborados para solicitar el certificado sucesorio europeo.

A su vez, las Sentencias mencionadas, así como las que se avecinan tras las recientes Conclusiones presentadas por el AG, están llamadas a desplegar una gran incidencia en los ordenamientos de los Estados miembros a la hora de aplicar el Reglamento UE 650/2012. Para empezar, esto se puso de manifiesto los efectos reales que se derivarían de un legado vindicatorio emitido en un Estado parte, a pesar de que no se le reconocieran tales efectos en otros Estados que estuvieran obligados por dicho instrumento europeo. Sin embargo, no es menos cierta la expectación la futura acción del TJUE al respeto de la delimitación que, como tribunal o no, va a caracterizar a la acción notarial y sus consecuencias tanto en relación con los Estados parte, como en el propio tráfico intracomunitario en materia sucesoria.

El régimen de las sucesiones internacionales en Europa: el Reglamento UE 650/2012

José Luis Iglesias Buigues
Catedrático Emérito de Derecho internacional privado, Universitat de València

Carmen Azcárraga Monzonís
Profesora Titular de Derecho internacional privado, Universitat de València

El sistema español de fuente interna aplicable a las sucesiones internacionales quedó desplazado el 17 de agosto de 2015 cuando el Reglamento UE 650/2012 entró en aplicación. El presente trabajo ofrece una visión general de cada uno de los aspectos regulados en este instrumento omnicomprensivo, que incluye normas sobre competencia judicial internacional, determinación de la ley aplicable, reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras y la creación de un "Certificado Sucesorio Europeo" con validez en todos los Estados miembros de la Unión Europea vinculados por este Reglamento.

On August 17, 2015 the Spanish system of domestic origin governing international successions became inapplicable as a consequence of the entry into application of Regulation EU 650/2012. The present study offers a general overview of each one of the aspects regulated in this comprehensive instrument, which includes rules on international jurisdiction, determination of the applicable law, recognition and enforcement of foreign decisions and the creation of a "European Certificate of Succession" which is valid in all the Member States of the European Union bound by this Regulation.

Il 17 agosto 2015, la legislazione spagnola nazionale che regolava le successioni internazionali è diventata inapplicabile a seguito dell' entrata in vigore del Regolamento UE 650/2012. Il presente articolo fornisce una panoramica generale di ciascuno degli aspetti regolati da tale completo strumento, tra cui le disposizioni in materia di competenza internazionale, di determinazione della legge applicabile, di riconoscimento ed applicazione di decisioni straniere e di istituzione di un "Certificato Successorio Europeo" valido in tutti gli Stati Membri dell'Unione Europea soggetti al Regolamento.

Sumario: 1. Introducción. – 2. Competencia judicial internacional. – 2.1. Premisas. – 2.2. Las reglas de competencia. – 2.3. Incomparecencia del demandado. – 2.4. Litispendencia. – 2.5. Conexidad. – 2.6. Regla común. – 2.7. Medidas cautelares. – 3. Ley aplicable. – 3.1. Premisas. – 3.2. Soluciones incorporadas. – 3.3. Normas particulares sobre sucesión testada y contractual. – 3.4. Normas sobre adaptación, reenvío, orden público y remisión a Estados plurilegislativos. – 4. Reconocimiento y ejecución de resoluciones. – 4.1. Reconocimiento. – 4.2. Ejecución. – 4.3. Documentos públicos y transacciones judiciales. – 5. El certificado sucesorio europeo.

1. Introducción

Desde el 17 de agosto de 2015, el sistema español de fuente interna – y el de los demás Estados miembros, salvo el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca – que regula las sucesiones por causa de muerte en lo que respecta a la competencia judicial internacional, la determinación de la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales, documentos públicos y transacciones judiciales, así como algunas cuestiones de Derecho sustantivo, ha dejado de ser aplicable y ha sido sustituido por las disposiciones del Reglamento UE 650/2012, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

La necesidad de abordar la regulación de las sucesiones *mortis causa* en el ámbito de la Unión Europea se hizo patente, desde finales del pasado siglo, de una parte, como consecuencia del progresivo incremento de la movilidad de las personas en el espacio sin fronteras interiores, por el elevado número de uniones entre ciudadanos de la Unión y la adquisición de bienes por éstos, sitos en diferentes Estados miembros y por el fenómeno de la inmigración[1].

[1] Los datos de que disponía la Comisión Europea a finales de 2005 mostraban que el número de nacionales de países terceros residentes en la UE era de alrededor de 18,5 millones de personas, con un incremento anual de alrededor de dos millones de inmigrantes; el número total de nacionales de Estados miembros de la UE que residían en un Estado miembro distinto del de su nacionalidad, era de 5.367.000, de los que fallecían alrededor de un 2,76 % cada año, más de 3 millones de inmuebles, propiedad de matrimonios, estaban situados en un Estado miembro distinto del de residencia de la pareja a lo que había que añadir los nacionales de un Estado miembro que se habían establecido en otro Estado miembro del que muchos de ellos habían adquirido la nacionalidad pero cuyos padres eran propietarios de bienes en el Estado miembro de origen. En definitiva, habida cuenta de estas cifras, la Comisión calculaba que un mínimo de 50.000 sucesiones hereditarias podrían plantearse cada año solo en relación con ciudadanos de la Unión, sin contabilizar, por no existir estadísticas, pero que habría que considerar, las originadas por la inmigración, y que plantean una problemática, en ciertos aspectos, particular. Otro dato

De otra parte, la diferente conceptuación en los Estados miembros de la UE en lo relativo a la persona, a sus relaciones familiares y de la propiedad y de la especial sensibilidad del fenómeno sucesorio en cuanto modo de transmisión patrimonial, se había plasmado en una regulación de las sucesiones *mortis causa* bien distinta, aún más compleja en aquellos Estados en los que, como en España, conviven, junto a un Derecho común, otros Derechos particulares con soluciones propias en esta materia. Así, en los países de tradición romana, se ha considerado al heredero como continuador del *de cujus*, aquel sucede a este en la titularidad de los derechos y obligaciones, en la universalidad del patrimonio, por lo que tienen como principio el de unidad y universalidad de la sucesión, que se regirá por una sola ley, ya sea la nacional del causante (como en España, Alemania, Austria, Italia, Grecia, Portugal, Suecia) o, ya, la de su domicilio (Dinamarca, Finlandia). En otros países, asentados en una concepción germano-feudal, patrimonialista, el heredero no es la prolongación de la persona fallecida sino aquella a la que se le atribuye la titularidad del patrimonio del causante. Estos países utilizan factores de conexión territoriales o, como es el caso de los países europeos de este modelo, combinándolos con conexiones personales según la naturaleza de los bienes, de manera que se produce el fraccionamiento de la sucesión cuando los bienes están situados en diferentes Estados, como en Francia, Bélgica, Luxemburgo, Reino Unido e Irlanda.

El Reglamento fue publicado en el Diario Oficial de la UE el 27 de julio de 2012[2] y, a tenor de su art. 84, entró en vigor a los veinte días de su publicación, esto es, el 16 de agosto de 2012, si bien su aplicación se iniciaría a partir del 17 de agosto de 2015[3], salvo algunas de sus disposiciones, previstas en el segundo párrafo de dicho artículo, que obligan a los Estados miembros a comunicar a la Comisión Europea determinadas informaciones necesarias para el funcionamiento del Reglamento, que fueron aplicables con anterioridad a la indicada fecha.

---

relevante a tener en cuenta era el de los 16 millones de matrimonios existentes entre nacionales de distintos Estados miembros y de los 2,4 millones de matrimonios celebrados en 2007, de los que 300.000 eran internacionales y las 8.500 uniones de hecho registradas internacionales de las que se disolvieron 1266 por el fallecimiento de uno de sus miembros. *Vid*. Communication de la Commission au Conseil, au Parlement Européen, au Comité Économique et Social Européen et au Comité des Régions. Troisième rapport annuel sur la migration et l´intégration. COM (2007)512 final. Bruxelles 11.9.2007, 3. Annexe au Livre Vert sur les Successions et Testaments. SEC (2005) 270. Bruxelles 1.3.2005, 4-5 y el Informe sobre la ciudadanía de la Unión de 27.10.2010. COM(2010) 603.

[2] DOUE L 201, de 27.7.2012. *Vid*. corrección de errores en DOUE nº L 344, de 14.12.2012, 3.

[3] Por su parte, el art. 83.1 dice así: «Las disposiciones del presente Reglamento se aplicarán a la sucesión de las personas que fallezcan el 17 de agosto de 2015 o después de esa fecha».

Como todos los instrumentos legislativos adoptados en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil (art. 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea – TFUE) el Reglamento UE 650/2012 está sujeto al Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda, así como al Protocolo sobre la posición de Dinamarca, anejos al Tratado de la Unión Europea (TUE) y al TFUE, en cuya virtud, ninguno de estos tres Estados miembros queda vinculado por el Reglamento[4].

El Reglamento regula todos los aspectos sucesorios: establece reglas uniformes de competencia judicial internacional en materia sucesoria y de determinación de la ley aplicable, sustituyendo las de los Estados miembros, que dejan de ser aplicables desde la fecha de aplicación del Reglamento, fomenta la coincidencia entre el *forum* y el *ius* y acoge el principio de unidad y universalidad de la sucesión, aunque con algunas excepciones, aborda la remisión a la ley de un Estado plurilegislativo, simplifica el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales, de los documentos públicos y de las transacciones judiciales en la materia, y crea un Certificado Sucesorio Europeo que surte efectos en todos los Estados miembros y que permite a los beneficiarios acreditar sus derechos y, a los administradores y ejecutores testamentarios, sus facultades en dichos Estados.

2. Competencia judicial internacional

2.1. Premisas

Los tres primeros artículos del Reglamento tratan, respectivamente, de las materias excluidas de su campo de aplicación[5], de la no afectación del

[4] Considerandos 82 y 83 del Reglamento.

[5] El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se ha pronunciado ya en diversas ocasiones sobre el ámbito de aplicación material del Reglamento. Véase, entre otras, la sentencia del TJUE (STJUE) de 1.3.2018 recaída en el asunto *Mahnkopf* que deslinda el ámbito sucesorio y el del régimen económico matrimonial. Según el TJUE, el artículo 1.1 debe interpretarse en el sentido de que está comprendido en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento un precepto de Derecho nacional (alemán en este caso) que establece, en el caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, el reparto a tanto alzado de las ganancias mediante un incremento de la parte alícuota de la herencia del cónyuge supérstite. Asimismo resulta pertinente citar la jurisprudencia del TJUE sobre otros Reglamentos europeos que excluyen ciertos aspectos del ámbito material del Reglamento sobre sucesiones. Así, la STJUE de 31.3.1982 en el asunto *C.H.W. v. G.J.H.* que interpreta el Convenio de Bruselas de 1968 (C- 25/81) y la STJUE de 6.10.2015 en el asunto *Marie Matousková* que interpreta el Reglamento (CE) 2201/2003 (C-404/14).

Reglamento a las competencias que tengan atribuidas las autoridades de los Estados miembros en materia sucesoria y de las definiciones a efectos de la aplicación del propio Reglamento[6]. De estos artículos deben tenerse en cuenta el 2 y el 3 en cuanto están relacionados con las reglas de competencia judicial.

El art. 2 deja claro que el Reglamento no afecta a las competencias de las autoridades de los Estados miembros en materia de sucesiones, lo que significa, como aclara el Considerando 20, que se respeta el sistema para sustanciar las sucesiones que exista en cada Estado miembro y que son estos Estados los que pueden y deben establecer las autoridades que conocerán de los procesos sucesorios en su territorio y el reparto de competencias. En consecuencia, el Reglamento deja a salvo las competencias o funciones que, en este ámbito en España, la ley atribuye a los notarios.

En lo que concierne al art. 3, queda fijado lo que debe entenderse por "sucesión", "pacto sucesorio", "testamento mancomunado" y "disposición *mortis causa*", así como por "Estado miembro de origen", "Estado miembro de ejecución", "resolución", "transacción judicial", "documento público" y "tribunal". Esta última definición, recogida en el apartado 2, incluye, junto a todo órgano judicial, otras autoridades y profesionales del Derecho que ejerzan funciones en las condiciones allí recogidas. De ello se desprende que, en España, solo parecen caber en la definición los jueces y tribunales, que serán los que quedarán sujetos a las reglas de competencia del Reglamento, si bien el párrafo final de este apartado obliga a los Estados miembros a comunicar a la Comisión Europea quienes serán, en su territorio, las autoridades y profesionales del Derecho a los que se refiere este apartado[7], información que puede consultarse en el Portal europeo e-Justice[8].

Con estas premisas, entramos a considerar las reglas de competencia judicial.

---

[6] Para una exposición detallada y notas bibliográficas, *vid*. los comentarios a estos artículos de G. PALAO MORENO y G. ALONSO LANDETA en J.L. IGLESIAS BUIGUES y G. PALAO MORENO (dir.), *Sucesiones Internacionales. Comentarios al Reglamento UE 650/2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 31 y ss.

[7] España ha comunicado que los notarios se incluyen como autoridad a estos efectos. La Disposición Final vigésima sexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) en la redacción dada por la Disposición Final segunda de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, que contiene la normas para facilitar en España la aplicación del Reglamento UE 650/2012, señala además que compete la expedición del Certificado Sucesorio Europeo al notario que declare la sucesión o alguno de sus elementos.

[8] Disponible en https://e-justice.europa.eu/content_succession-166-es.do (consultado el 22.3.2019).

2.2. Las reglas de competencia

Los arts. 4 a 11 del Reglamento diseñan un marco de competencia judicial en el que la regla general es la residencia habitual del causante, la particular la situación de los bienes de éste, la excepción a la regla general, la elección, expresa o tácita, del foro de acuerdo con el art. 22, sin perjuicio de poder recurrir, en ciertos supuestos, al arreglo extrajudicial; para situaciones excepcionales, se previene el foro de necesidad. Las reglas se enumeran de forma jerárquica y exhaustiva, tal como indica el Considerando 30 del Reglamento.

Estas reglas de competencia descartan y sustituyen, en España, a las correspondientes previstas, con carácter general, en el art. 22-*bis* y 22-*ter*, así como la particular por razón de la materia del art. 22-*quater*, letra g) de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 22 de julio, por la que se modifica la LOPJ. La competencia de la autoridad española en materia sucesoria deberá sustentarse necesariamente en una de las reglas del Reglamento pues, de lo contrario, tendrá que declararse, de oficio, incompetente (art. 15).

Así, de conformidad con los arts. 4 a 11 del Reglamento, desde el 17 de agosto de 2015, los órganos jurisdiccionales españoles son competentes en materia de sucesiones *mortis causa*:

1) por la regla general del art. 4, para entender de la totalidad de la sucesión, cuando el causante hubiera tenido su residencia habitual en España al tiempo de su fallecimiento, o

2) por la excepción de los arts. 5, 6, 7 y 9, para sustanciar cualquier causa sucesoria con carácter exclusivo, cuando el causante, no residiendo habitualmente en España, hubiera elegido la ley española para regir su sucesión, siendo español en el momento de la elección o en el de su fallecimiento, siempre que:

a) las partes interesadas hubieren celebrado un acuerdo atributivo de jurisdicción, que es exclusivo, en favor de un tribunal o de los tribunales españoles (arts. 5 y 7 b), o, en su caso, las no participantes en el acuerdo comparecieren sin impugnar la competencia (art. 9.1) o, a falta de acuerdo,

b) las partes en el procedimiento admitieren expresamente la competencia del tribunal español al que se sometió el asunto (art. 7 c), o

c) un tribunal de un Estado miembro de la UE vinculado por el Reglamento, competente por la residencia habitual del causante o por hallarse bienes de éste en el territorio, se hubiere abstenido de conocer, al considerar que el tribunal español está en mejor situación para pronunciarse sobre el asunto (art. 7 a);

3) por la regla particular del art. 10, para el conjunto de la sucesión, cuando el causante tuviera bienes en España y su residencia habitual se localizara en un

Estado no vinculado por el Reglamento, siempre que:
a) fuere español en el momento de fallecer (art. 10.1 a) o, en su defecto,
b) hubiere tenido su residencia habitual en España sin que, en el momento de someterse la causa al tribunal, hubieren transcurrido más de cinco años desde el cambio de residencia habitual (art. 10.1 b).
No dándose las condiciones señalas en las letras a) o b), ni resultando competente un tribunal de otro Estado miembro vinculado por el Reglamento en virtud de la condición de nacionalidad o de residencia de las letras a) o b), en dicho Estado miembro, los órganos jurisdiccionales españoles serán competentes para pronunciarse sobre los bienes del causante sitos en España.
4) Fuera de los anteriores supuestos, un juzgado o tribunal español será competente cuando, excepcionalmente, resulte ser el foro de necesidad (art. 11).
El art. 8 del Reglamento permite a las partes en un procedimiento abierto de oficio por el tribunal competente en virtud del art. 4 – la regla general – o por el art. 10 – por la localización de bienes en el territorio – que acuerden resolver la sucesión extrajudicialmente en el Estado miembro de la nacionalidad del causante si éste hubiera elegido su ley nacional para regir su sucesión de conformidad con el art. 22[9].
Si el causante tuviera bienes situados en un tercer Estado, el tribunal que sustancia la sucesión puede, a instancia de una de las partes, no pronunciarse sobre uno o más de tales bienes si cabe esperar que la resolución dictada no será reconocida o declarada ejecutiva en ese tercer Estado. Ello no afecta al derecho de las partes de limitar el alcance del procedimiento de conformidad con la ley del Estado miembro del foro (art. 12)[10].

[9] No obstante, el Considerando 29 del Reglamento nos dice que aunque el tribunal no haya conocido de oficio el procedimiento sucesorio, nada en el Reglamento impide que, en estos casos, las partes puedan resolver la sucesión por un medio extrajudicial, como por ejemplo, apunta el Considerando, «ante un notario, en un Estado miembro que hayan elegido, en caso de que ello sea posible en virtud de la ley de dicho Estado miembro. Tal posibilidad debe existir aunque la ley aplicable a la sucesión no sea la de dicho Estado miembro».

[10] Una exposición y análisis detallado del sistema de reglas de competencia judicial internacional del Reglamento puede verse en J.L. IGLESIAS BUIGUES y G. PALAO MORENO (dir.), *Sucesiones Internacionales ..., cit*. Igualmente en A. BONOMI y P. WAUTELET, *Le Droit européen des successions. Commentaire du Règlement 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruylant, Bruxelles, 2013. La misma obra de estos autores, ha sido traducida y adaptada al Derecho español: *El Derecho europeo de sucesiones. Comentarios al Reglamento UE 650/2012, de 4 de julio de 2012*, Thomson Reuters, Aranzadi. 2015; J. CARRASCOSA GONZALEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014; G. KHAIRALLAH y M REVILLARD (dir.), *Droit européen des successions internationales*. Le Règlement du 4 juillet 2012, Défrenois, Paris, 2013; A.L. CALVO CARAVACA, A. DAVÌ, H-P.

Con independencia del tribunal que resulte competente en virtud del Reglamento para entender de la sucesión, los tribunales del Estado miembro de la residencia habitual de una persona a la que la ley aplicable a la sucesión le reconozca capacidad para hacer una declaración ante un tribunal relativa a la aceptación o renuncia de la herencia, de un legado, de la legítima o de limitación de su responsabilidad respecto de las deudas o cargas de la herencia, serán competentes para conocer de tales declaraciones si la ley de dicho Estado miembro permite que las mismas puedan hacerse ante un tribunal (art. 13).

Las reglas de competencia del Reglamento son exclusivas e imperativas: como ya hemos indicado, el tribunal ante el que se presente un asunto relativo a una sucesión *mortis causa* está obligado a controlar su competencia, de manera que se declarará, de oficio, incompetente, si carece de competencia en virtud del Reglamento (art. 15).

2.3. Incomparecencia del demandado

El art. 16 del Reglamento dispone sobre las consecuencias de la incomparecencia del demandado e, indirectamente, de su emplazamiento, con arreglo a las siguientes previsiones:

a) Como regla general, si el demandado tiene su residencia habitual en un *Estado distinto* del Estado miembro donde se ejerció la acción y no comparece, el tribunal competente debe suspender el procedimiento en tanto no se acredite que el demandado ha recibido la demanda, o documento equivalente, con tiempo suficiente para defenderse o que se ha tomado toda diligencia a tal fin (art. 16.1);

b) si el demandado tiene su domicilio en un *Estado miembro* distinto del Estado miembro ante cuyos tribunales se ha ejercido la acción, la notificación o el traslado se practica de conformidad con el Reglamento 1393/2007 relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil[11] y, si no comparece, se aplican las disposiciones del art. 19 de dicho Reglamento en lugar de la regla del anterior punto a);

c) si el demandado está domiciliado en un *Estado tercero* que es parte del Convenio de La Haya, de 15-11-1965, relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil

---

MANSEL (ed.), *The EU Successions Regulation. A Commentary*, Cambridge Univertity Press, 2016.

[11] DOUE L 324, de 10.12.2007.

o comercial[12], la notificación o el traslado se practica de acuerdo con dicho Convenio y, si no comparece, se aplica el art. 15 del Convenio.

De lo anterior se deduce que, si el demandado tiene su residencia habitual en un *Estado tercero* no parte del citado Convenio de La Haya, el emplazamiento se practica de acuerdo con lo que la ley del foro tenga establecido en estos casos, salvo que existiera cualquier otro convenio internacional que resultara aplicable. Si el demandado no comparece, de la dicción del art. 16.1 (que se refiere al demandado con residencia habitual en otro Estado) se puede concluir que se aplicará lo previsto en dicho apartado.

Es claro que si el demandado tiene su residencia habitual en el Estado miembro cuyos tribunales son competentes para conocer del asunto, el emplazamiento se hará de acuerdo con la ley del foro y su comprobación de acuerdo con dicha ley.

Puede ocurrir, por último, que el domicilio o la residencia habitual del demandado sea desconocida. En tal caso, según el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE), ni el art. 19 del citado Reglamento 1393/2007 ni el art 15 del Convenio de La Haya de 1965 son aplicables por cuanto ambos instrumentos, en sus respectivos arts. 1.2, declaran la no aplicabilidad del instrumento cuando el domicilio del demandado es desconocido. Por ello, concluye el TJUE, «el Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que se dicte una sentencia en rebeldía frente a un demandado al que, ante la imposibilidad de localizarle, se notificó el escrito de demanda mediante un edicto, de conformidad con el Derecho nacional, siempre que el órgano jurisdiccional que conozca del asunto se haya cerciorado antes de que se realizaron todas las averiguaciones que exigen los principios de diligencia y de buena fe para encontrar a dicho demandado»[13].

Finalmente, el Reglamento regula los supuestos de *litispendencia y de conexidad*, así como la adopción de *medidas provisionales y cautelares*.

2.4. Litispendencia

El art. 17 del Reglamento – tomado prácticamente de forma literal del art. 27 del derogado Reglamento 44/2001 – dispone que se produce una situación de litispendencia «cuando se formulen demandas con el mismo objeto y la misma causa entre las mismas partes ante tribunales de Estados miembros distintos».

---

[12] BOE núm. 203, de 25.8.1987.

[13] STJUE de 15.3.2012, as. C-292/10, *Cornelius de Visser*.

En consecuencia, para que se aprecie litispendencia "internacional", el Reglamento exige:
a) Identidad de partes, independientemente de cual sea su posición procesal en uno y otro litigio, demandante o demandado.
b) Identidad de objeto, esto es, que ambas demandas persigan un mismo objetivo, ya sea el cumplimiento de la misma obligación, ya pronunciamientos opuestos. Por ejemplo, una parte pretende la validez de un testamento y la otra su nulidad; tienen la misma causa y el mismo objeto una demanda por la que se pide que se declare que el demandado es responsable de un daño y que se le condene a pagar una indemnización por daños y perjuicios, que una demanda anterior mediante la que se solicita que se declare que el demandante no es responsable de tal daño. Lo que se pretende es, precisamente, evitar pronunciamientos inconciliables[14].
c) Identidad de causa, que es, según el TJUE, los hechos y la regla jurídica invocados como fundamento de la demanda, lo que significa que las demandas deben tener su origen en el mismo negocio jurídico.
d) Que las demandas estén pendientes ante tribunales de Estados miembros distintos.

El tribunal que entiende en segundo lugar, una vez comprobada la concurrencia de estas condiciones, deberá suspender, de oficio, el procedimiento hasta que el tribunal que conoce en primer lugar se declare competente (art. 17.1). Cuando esto ocurra, el segundo tribunal declina su competencia en favor del primero (art. 17.2).

2.5. Conexidad

La situación de conexidad, a diferencia de la litispendencia, no requiere que las demandas interpuestas ante tribunales de Estados miembros distintos, presenten necesariamente identidad de partes, objeto y causa pero sí que exista un vínculo estrecho entre ellas, de tal manera que se considere conveniente tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo y en el mismo procedimiento, con el fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueren juzgados por tribunales de distintos Estados miembros. En la conexidad, la acumulación de las demandas ante un solo tribunal no se plantea en términos de necesidad como ocurre con la litispendencia, sino de conveniencia.

---

[14] STJUE de 19.12.2013, as. C-452/12, *Nipponkoa Insurance Co. (Europe) Ltd* y la jurisprudencia en ella citada.

El apartado 3 del art. 18 del Reglamento define el concepto propio de "demandas conexas" en los siguientes términos: «Se considerarán conexas, a los efectos del presente artículo, las demandas vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo, a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueran juzgados separadamente».

En supuestos de conexidad, el tribunal que conoce en segundo lugar, puede tomar una de estas dos soluciones:

1) Proseguir con el procedimiento, ignorando la conexidad, ya que la disposición es facultativa (Art. 18.1). Igualmente podría suspender las actuaciones y esperar a que se dicte sentencia en el primer proceso, a efectos de evitar que su sentencia sea inconciliable con la pronunciada por el primer tribunal.

2) Paralizar las actuaciones y sobreseer en favor del primer tribunal, siempre que se cumplan cuatro condiciones:

a) que lo solicite una de las partes.

b) que las demandas estén pendientes en primera instancia.

c) que la ley del Estado miembro del tribunal que conoce en primer lugar permita la acumulación de las acciones, y

d) que este tribunal sea competente para conocer de ambas demandas.

En definitiva, la conexidad y la litispendencia tienen el mismo objetivo, esto es, garantizar una buena administración de la justicia evitando resoluciones inconciliables; no obstante, se diferencian en cuanto que, en la conexidad, el sobreseimiento es facultativo y los requisitos son diferentes.

2.6. Regla común

Tanto en la litispendencia como en la conexidad, resulta necesario fijar el momento en que se produce la pendencia de un asunto ante un tribunal, a efectos de determinar, en dichas situaciones, el orden temporal en que ambos tribunales entienden de un asunto, esto es, cuál es el primero en el conocimiento del litigio. El Convenio de Bruselas de 1968 resolvía la cuestión por remisión a la ley del foro pero, para evitar los problemas que ello generaba, el Reglamento 44/2001 resolvió el problema estableciendo una regla uniforme, seguida y desarrollada en su sucesor, el Reglamento 1215/2012 (art. 32) y por el art. 14 del Reglamento que ahora nos ocupa, aunque con alguna previsión añadida habida cuenta de la especialidad de la materia.

Con arreglo a la citada disposición, se considerará que un tribunal conoce de un asunto:

1) Desde el momento en que se le haya presentado la demanda o documento equivalente, a condición de que posteriormente el demandante sea diligente en el trámite al que esté obligado para que el emplazamiento sea entregado al demandado, o
2) Si la demanda o documento equivalente debe notificarse al demandado antes de su presentación ante el juez, desde el momento en que se reciba por la autoridad encargada de la notificación, a condición de que el demandante sea diligente en el trámite al que esté obligado para que el documento se presente ante el juez, o
3) Si el tribunal ha actuado de oficio, desde el momento en que resuelva incoar el procedimiento o, en caso de que no sea necesaria dicha resolución, desde el momento en que se registre el asunto en el tribunal[15].

2.7. Medidas cautelares

Tomando lo dispuesto en el art. 35 del Reglamento 1215/2012, el art. 19 del Reglamento sucesorio dispone que podrá pedirse en cualquier Estado miembro las medidas provisionales o cautelares previstas en su legislación, incluso si, en virtud del Reglamento, un tribunal de otro Estado miembro fuere competente para conocer sobre el fondo. En otros términos, la disposición atribuye competencia a los tribunales de un Estado miembro para adoptar medidas cautelares sobre los bienes del demandado que se encuentren en su territorio. Por otra parte, el tribunal que entiende del fondo del litigio, puede adoptar también medidas cautelares; pero si la medida cautelar se refiere a bienes situados en otro Estado miembro, su ejecución en dicho Estado queda sujeta a las previsiones de la ejecución de resoluciones del Reglamento.

[15] El art. 8 del Reglamento contempla el caso de que un tribunal de un Estado miembro abra, de oficio, un procedimiento en materia sucesoria, lo que es posible en Austria, la República Checa y Eslovaquia, según citan A. BONOMI y P. WAUTELET, *Le Droit européen des successions. Commentaire du Règlement 650/2012 ..., cit*., 205.

3. Ley aplicable

3.1. Premisas

La ley aplicable a las sucesiones internacionales se regula en el Capítulo III del Reglamento, que comprende los arts. 20 a 38. El artículo 20 encabeza esta sección, asentando la aplicación universal del Reglamento en la misma línea que instrumentos anteriores, de tal manera que la ley designada por el mismo se aplicará aun cuando no sea la de un Estado miembro; o, dicho de otro modo, la aplicación de las normas de determinación de la ley aplicable pueden conducir a aplicar cualquier ley de cualquier Estado del mundo, sea o no la de un Estado vinculado por este instrumento.

Partiendo de la premisa anterior, cabe señalar que las disposiciones recogidas en dicho Capítulo incluyen normas de distinta naturaleza. Así, el legislador europeo ha contemplado en el art. 32 una norma material especial para las situaciones de conmoriencia[16], que convive con un conjunto de normas de conflicto que conducen a determinar la ley aplicable a distintos extremos. Pero antes de abordarlas resulta pertinente señalar que el legislador europeo ha apostado por el principio de unidad del tratamiento legal de las sucesiones internacionales –respetando de este modo la línea del sistema español de origen nacional –, de tal forma que se prevé que una única ley rija el conjunto de la sucesión, si bien con ciertas excepciones reguladas en el propio texto.

Por ejemplo, el art. 30 del Reglamento regula los denominados regímenes sucesorios particulares aplicables a determinadas categorías de bienes, planteando una eventualidad que daría lugar a la escisión de la ley aplicable a la sucesión: con independencia de la ley que la rija, por razones de índole económica, familiar o social se puede plantear la aplicación de disposiciones especiales que impongan restricciones a la sucesión de determinados «bienes inmuebles, empresas u otras categorías especiales de bienes» en virtud de la ley del Estado donde se encuentren situados. Ocurre lo propio con lo dispuesto por el art. 33, relativo a la sucesión vacante, que permite la apropiación por el Estado de bienes radicados en su territorio en aplicación de la *lex fori* cuando en ausencia de llamados a heredar por la ley rectora de la sucesión, es el Estado el que ha de adquirir los bienes.

---

[16] Art. 32: «Si dos o más personas cuya sucesión se rija por leyes diferentes falleciesen en circunstancias que impidan conocer el orden en que se produjo su muerte, y dichas leyes regularan tal situación mediante disposiciones diferentes o no la regularan en absoluto, ninguna de las personas fallecidas tendrá derecho alguno a la sucesión de la otra u otras».

A salvo pues de ciertas excepciones recogidas por el propio instrumento, para concretar la *lex successionis* se diferencia, en primer lugar, según que el causante haga uso o no de su derecho a elegir la ley aplicable a su sucesión, en cuyo caso prevalecería sobre la ley que señala la regla general basada en criterios objetivos.

3.2. Soluciones incorporadas

La autonomía de la voluntad en materia de sucesiones, cuya inclusión en la materia ha supuesto una importante novedad para el sistema español, que no la contemplaba, permite al causante designar su ley nacional como aplicable a su futura sucesión, de conformidad con el art. 22 del Reglamento.

Es posible elegir la ley de la nacionalidad que se posea en el momento de la elección o la que se prevea ostentar en el momento del fallecimiento. Aquellas personas que ostenten varias nacionalidades podrán, además, elegir cualquiera de ellas, nuevamente en cualquiera de esos dos momentos. La elección podrá ser expresa en forma de disposición *mortis causa* o tácita, entendiendo por tal aquélla que resulte de los términos de una disposición de este tipo. Esta misma ley regirá la validez material del acto y cualquier modificación o revocación de la elección de la ley deberá cumplir los requisitos formales aplicables a la modificación o la revocación de las disposiciones *mortis causa*.

Resulta de interés subrayar, además, que antes del 17 de agosto de 2015 (fecha de su entrada en aplicación) ya fue posible realizar una elección de ley en virtud del art. 83 (Disposiciones transitorias)[17]. Señala en concreto el apartado 2 de esta disposición que si el causante ha elegido la ley aplicable con anterioridad a esta fecha, tal elección será válida si cumple las condiciones establecidas, bien en el Capítulo III del Reglamento, bien en el Derecho internacional privado vigente en el momento en que se hizo la elección en el Estado en el que el causante tenía su residencia habitual o en cualquiera de los Estados de los que poseyera una nacionalidad.

En defecto de elección, la regla general sobre ley aplicable a la sucesión se contempla en el art. 21.1, que conlleva la aplicación «a la totalidad de la sucesión» de la ley de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento. No obstante, el apartado 2 de este mismo artículo contempla una

[17] En este sentido, véase la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 15.6.2016 sobre la elección de la ley nacional (británica) del causante realizada con anterioridad al 17 de agosto de 2015.

excepción a esta norma «si resultase claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto …». En tal supuesto, y a discreción de la autoridad competente, se aplicará la ley de ese otro Estado y no la estipulada en la regla general.

Como señalábamos, la ley aplicable determinada de conformidad con las normas anteriores regirá la totalidad de la sucesión y, en particular, las cuestiones enumeradas en el art. 23.2 del Reglamento. Cabe advertir en este contexto que la nueva norma europea ha introducido algunos cambios en el ámbito o alcance de la ley aplicable a la sucesión dado que la regla del legislador europeo no coincide en su totalidad con el régimen extraído del modelo anterior de origen puramente interno (contenido en el Código Civil), el cual, por otro lado, carecía de una norma específica sobre el particular, por lo que la mera inclusión del art. 23 del Reglamento constituye *per se* una novedad para nuestro sistema.

Se advierte además cómo «el Reglamento comparte con el sistema español una concepción amplia del concepto sucesorio y una vocación de regulación exhaustiva de todos los elementos integrados en la sucesión desde su apertura hasta la adquisición de los bienes hereditarios»[18]. No obstante, al mismo tiempo, el análisis de las materias enumeradas en el art. 23.2 del Reglamento pone de manifiesto algunas diferencias. Por ejemplo, en la inclusión de las causas de apertura de la sucesión en el ámbito de aplicación de la ley sucesoria, el cónyuge y la pareja supérstite como beneficiarios, la capacidad de las personas físicas o la ley aplicable a las legítimas[19].

3.3. Normas particulares sobre sucesión testada y contractual

Una vez determinada la ley aplicable a la sucesión por causa de muerte, tales reglas han de ser completadas con los arts. 24 y 25 del Reglamento por lo que respecta a la determinación de la ley aplicable a la admisibilidad y validez material[20] de las disposiciones *mortis causa* (art. 24 para los testamentos y art. 25 para los pactos sucesorios), aspectos a los que se añade los efectos vinculantes

---

[18] J.S. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, *Una introducción al Reglamento de sucesiones de la UE – desde la perspectiva de los derechos reales sobre bienes inmuebles y el Registro de la Propiedad en España* –, en *Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid, 2013, 270.

[19] *Vid*. al respecto el comentario a este artículo de C. AZCÁRRAGA MONZONÍS en J.L. IGLESIAS BUIGUES y G. PALAO MORENO (dir.), *Sucesiones Internacionales ..., cit*., 161 y ss.

[20] El contenido de la validez material se especifica en el art. 26 del Reglamento.

entre las partes –incluidas las condiciones para su resolución – en el caso de los pactos sucesorios, y cuya regulación puede conducir, de nuevo, a la escisión del tratamiento legal de la concreta sucesión. Tales extremos se regirán por la ley que hubiere resultado aplicable a la sucesión en virtud del Reglamento (por elección de ley o regla general) si el causante hubiese fallecido en el momento de otorgar el testamento o concluir el pacto, teniendo en cuenta para estos últimos que un pacto sucesorio relativo a la sucesión de varias personas únicamente será admisible en caso de que lo sea conforme a la ley de cada una de ellas y se regirá por la ley con la que presente una vinculación más estrecha.

Otro aspecto a destacar de los testamentos y los contratos sucesorios hace referencia a la ley aplicable a su validez formal. Las disposiciones por causa de muerte realizadas por escrito (las hechas oralmente se excluyen del ámbito de aplicación material del nuevo instrumento según el art. 1.2.f) se regulan desde el punto de vista formal bien por el Convenio de La Haya de 1961 sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias en el caso de los testamentos (el propio Reglamento en el art. 75.II permite seguir aplicando este texto a los Estados que, como España[21], están vinculados por el mismo), bien por el art. 27 del Reglamento en el caso de los pactos sucesorios (que se excluyen del ámbito material del anterior convenio). En ambos supuestos se contemplan diversas reglas alternativas, lo que favorece la circulación internacional de estas disposiciones.

El art. 28, por último, se refiere también a la validez formal, en concreto de las declaraciones relativas a aceptaciones o renuncias de herencia, de un legado o de la legítima, o una declaración destinada a limitar la responsabilidad. Tales declaraciones serán válidas formalmente si reúnen los requisitos bien de la ley aplicable a la sucesión (por elección de ley o regla general), bien de la ley del Estado de la residencia habitual del declarante.

3.4. Normas sobre adaptación, reenvío, orden público y remisión a Estados plurilegislativos

Para terminar con este apartado dedicado a la ley aplicable, mencionar brevemente que los arts. 31 y 34 a 38 regulan instituciones clásicas del Derecho internacional privado aplicadas a esta materia: la adaptación – de los derechos reales – (art. 31), el reenvío (art. 34), el orden público (art. 35) y la remisión a Estados plurilegislativos (arts. 36, 37 y 38).

[21] BOE núm. 197, de 17.8.1988.

El tratamiento de los derechos reales en el Reglamento de Sucesiones es de especial interés para el ámbito registral. La naturaleza de los derechos reales y su régimen de publicidad ha sido excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento (art. 1.2.k) y l)[22], pero se ha considerado necesario al mismo tiempo regular la adaptación de los derechos reales en el art. 31. Esta disposición plantea un escenario en el que una persona invoca un derecho real que le corresponde en virtud de la ley aplicable a la sucesión y el Derecho del Estado miembro en el que lo invoca no lo conoce. En tal caso, dice, se deberá, «en caso necesario y en la medida de lo posible», adaptar la institución extranjera al derecho real equivalente más cercano del Derecho de ese Estado.

Por lo que respecta al reenvío, esta figura se ha mantenido en algunas situaciones en lugar de prohibirse de forma taxativa como ha ocurrido con otras materias reguladas por otros Reglamentos europeos (como los contratos en el Reglamento Roma I). Señala el art. 34.1 que la aplicación de la ley de un tercer Estado se entenderá hecha a las normas jurídicas vigentes en ese Estado, incluidas sus disposiciones de Derecho internacional privado en la medida en que dichas disposiciones prevean un reenvío bien a la ley de un Estado miembro, bien a la ley de otro tercer Estado que aplicaría su propia ley. El reenvío queda excluido en todo caso respecto de las leyes designadas en virtud de los arts. 21.2 (vínculos más estrechos), 22 (elección de ley), 27 (validez formal de los pactos sucesorios), 28.b) (validez formal de una declaración relativa a una aceptación o una renuncia en virtud de la ley de la residencia habitual del declarante) y 30 (disposiciones especiales que imponen restricciones relativas o aplicables a la sucesión de determinados bienes).

En cuanto al orden público, el art. 35 repite la fórmula contemplada en instrumentos anteriores, según la cual solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de una ley designada por el Reglamento si dicha aplicación es «manifiestamente incompatible» con el orden público del Estado miembro del foro. Nótese que en este ámbito ciertas legislaciones extranjeras instituyen discriminaciones por motivos de sexo, filiación o religión, que violarían los valores y principios españoles.

Por último, como decíamos, se ocupan de la remisión a la ley de un Estado plurilegislativo los arts. 36 (conflictos interterritoriales de leyes), 37 (conflictos interpersonales de leyes) y 38 (no aplicación del Reglamento a los conflictos internos de leyes). De conformidad con el art. 36.1 del Reglamento, cuando la norma de conflicto del juez competente para sustanciar la sucesión del causante – que será la prevista en el propio Reglamento – designe la aplicación

[22] Véase la STJUE de 12.10.2017, as. C 218/16, *Kubicka*.

de la ley de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con su propio Derecho en materia sucesoria, la ley material de entre estas finalmente designada será la que resulte de la aplicación de las normas internas de conflicto de leyes de dicho Estado. En otras palabras, como regla general, las normas de conflicto interregionales serán las que determinarán la ley sustantiva de la unidad territorial que debe aplicarse.

A falta de tales normas internas, el apartado 2 del art. 36 enumera una serie de reglas en función de la circunstancia del causante que ha motivado la designación de la ley del Estado plurilegislativo aplicable a su sucesión: si la conexión es la residencia habitual del causante, la regla designa la aplicación de la unidad territorial en donde el causante hubiera tenido su residencia habitual en el momento de fallecer; si la conexión es la nacionalidad, la regla designa la aplicación de la ley de la unidad territorial con la que el causante hubiera tenido el vínculo más estrecho; cuando se trate de cualquier otra conexión en virtud del Reglamento, la ley aplicable será la de la unidad territorial en la que se halle el elemento o la circunstancia pertinente.

Finalmente, el apartado 3 arbitra una regla particular relativa a la validez en cuanto a la forma de los testamentos y pactos sucesorios, cuando el art. 27 del Reglamento remita a la ley de un Estado plurilegislativo que no tenga normas de conflicto internas al respecto. En tal caso, la ley aplicable será la «de la unidad territorial con la que el testador o las personas cuya sucesión sea objeto de pacto sucesorio hubieran tenido una vinculación más estrecha».

Los conflictos interpersonales de leyes (esto es, cuando el Estado cuya ley ha sido designada por la norma de conflicto del Reglamento sea un Estado que comprende varios sistemas jurídicos o conjuntos de normas aplicables a diferentes categorías de personas en materia sucesoria), se regulan en el art. 37 por medio de una regla general y otra subsidiaria. La regla general supone, también aquí, aplicar el sistema jurídico o el conjunto de normas que resulte determinado por las normas interpersonales vigentes en dicho Estado; y, la subsidiaria, a falta de tales normas, conlleva la aplicación del sistema jurídico o el conjunto de normas con el que el causante hubiera tenido una vinculación más estrecha.

El último precepto relativo a la remisión a sistemas plurilegislativos, el art. 38, aborda los conflictos internos de leyes. El enunciado, «Inaplicación del presente Reglamento a los conflictos internos de leyes», no se corresponde con la redacción de la norma, que dispone que los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones «no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre dichas unidades

territoriales», lo que da entrada a una interpretación de la norma contraria a su enunciado, ya sea porque cabe entender que los órganos jurisdiccionales y autoridades pueden aplicar el Reglamento puesto que no quedan obligados a no aplicarlo a estos conflictos internos de leyes, ya porque el carácter facultativo de la norma les deja en libertad de decidir aplicarlo o no, en tanto el legislador interno no disponga otra cosa.

Si el art. 38 contempla una situación distinta de la que es objeto del art. 36 (aquel los conflictos de leyes puramente internos, este los conflictos de leyes con algún elemento de extranjería), ambos preceptos tienen en común el planteamiento del alcance y del impacto del Reglamento en España en cuanto Estado en el que coexisten, junto al Derecho civil común, un Derecho especial o foral en varias unidades territoriales con soluciones particulares en materia sucesoria.

A este respecto, la doctrina especializada no es unánime. Unos defienden la llamada "interpretación estática" en cuya virtud, la remisión que opera el art. 16.1 del C.C. a las normas del Capítulo IV (del Título Preliminar) las "Normas de Derecho Internacional Privado", debe entenderse referida al art. 9.8 C.C., que continuaría vigente para los conflictos de leyes internos tal como se resuelven por el art. 14 del mismo Código. Otros se inclinan por una interpretación "dinámica" en cuanto que la remisión del art. 16.1 no puede ser a la norma del art. 9.8 C.C., sustituida por el Reglamento, sino a las normas de Derecho internacional privado actuales, es decir, las del Reglamento[23].

Cualquiera que sea la argumentación en apoyo de una u otra posición, lo cierto es que, habida cuenta de que la vecindad civil solo cabe para los españoles, la interpretación estática queda obligada a aceptar la aplicación del Derecho foral a los extranjeros con residencia habitual en esa Comunidad autónoma, ya sea por aplicación de las reglas subsidiarias del art. 36.2 del Reglamento al interpretarse que, para los extranjeros, no existe sistema interno de conflicto de leyes, ya porque, en particular en el caso de los ciudadanos de la UE, el art. 18 del TFUE prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad. Claro está que la aceptación de este resultado conlleva otra discriminación, esta vez a contrario, esto es, para los españoles, entre el extranjero que se ve aplicar el

[23] *Vid*. más ampliamente los comentarios a los arts. 36, 37 y 38 de P. QUINZÁ REDONDO en J.L. IGLESIAS BUIGUES y G. PALAO MORENO (dir.), *Sucesiones Internacionales ..., cit*., 291 y ss; P. QUINZÁ REDONDO y G. CHRISTANDL, *Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento UE de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español*, en *Indret*: *Revista para el Análisis del Derecho*, 2013, 3; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, *La remisión a la ley española en materia sucesoria y de régimen económico matrimonial*, en *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 10, 2018, 1, 233-247.

Derecho foral por residir habitualmente en el territorio y el español igualmente residente pero sin vecindad civil en dicho territorio, que se ve aplicar el Derecho civil común.

Por su parte, la interpretación dinámica conlleva la eliminación del sistema o la imposibilidad de aplicarlo, salvo que se modifiquen sus presupuestos, lo que afecta en particular a los arts. 14 y 16 del C.C. En verdad, entendemos que el sistema español, que viene de épocas pasadas y visiones y planteamientos obsoletos del tráfico jurídico internacional, no responde a los actuales intereses, compromisos y obligaciones internacionales asumidas por España en no pocos convenios internacionales y como Estado miembro de la UE. El sistema debe actualizarse y dar respuesta en función de estos nuevos retos.

4. Reconocimiento y ejecución de resoluciones

En los instrumentos legislativos de la UE, el reconocimiento significa que el Estado miembro requerido otorga a la resolución dictada en otro Estado miembro, los efectos procesales que le atribuye el Derecho del Estado que la dictó. Como tiene dicho reiteradamente el TJUE, el reconocimiento de una resolución debe desplegar, en principio, en el Estado requerido, los mismos efectos que en el Estado de origen, o que se atribuya a las resoluciones la autoridad y los efectos de que disfrutan en el Estado en que se dictaron[24]. Se reconoce el efecto declarativo, probatorio y el de cosa juzgada material de la resolución dictada en otro Estado miembro, en el momento a partir del cual se producen los efectos así como su alcance y sus límites tal como se establecen en el Derecho del Estado miembro de origen. El reconocimiento dota de eficacia a la resolución – efecto positivo – e impide a las partes – efecto negativo – plantear de nuevo, en otro Estado miembro, lo que ya ha sido juzgado en el Estado miembro de origen.

Por el contrario, la ejecución significa, en este Reglamento, la homologación de la resolución, esto es, su conversión en título ejecutivo en el Estado requerido por medio del procedimiento del exequátur. En consecuencia, según el carácter de la resolución, al interesado le bastará con invocar o, en su caso, solicitar a título principal, el reconocimiento de una resolución declarativa o constitutiva dictada en otro Estado miembro, o su ejecución cuando se trate de una resolución de condena.

---

[24] STJUE de 4.2.1988, as. 145/86, *Hoffmann/Krieg*; de 28-4-2009, as. C-420/07, *Apostolides/Orams* y de 15-11-2012, as. C-456/11, *GothaerAllgemeineVersicherung AG*.

El reconocimiento y ejecución de resoluciones constituye un sistema autónomo y completo, independiente de los sistemas jurídicos de los Estados miembros, que exige su aplicación uniforme en todos ellos, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al mismo[25].

4.1. Reconocimiento

Como en los demás Reglamentos de la Cooperación Judicial en materia civil, en el de sucesiones el art. 39.1 establece que las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de procedimiento alguno. Esta suerte de reconocimiento "automático" permite al interesado invocar la resolución, que tendrá que acreditar, ante el órgano jurisdiccional, autoridad administrativa o persona, en el Estado requerido, sin que sea necesaria su previa convalidación.

Ahora bien, si se presenta oposición de la persona contra la que se pide que se produzcan los efectos de la resolución, el interesado que invoque el reconocimiento a título principal, puede solicitar, por el procedimiento previsto en los arts. 45 a 58 del Reglamento, que se reconozca la resolución (art. 39.2).

El reconocimiento puede ser también a título incidental, que se dará cuando, en un procedimiento principal, se invoca la resolución ante el juez que conoce de ese asunto, tanto por el actor para fundamentar su pretensión, como por el demandado que, por ejemplo, obtuvo resolución favorable y la aporta oponiendo el efecto de cosa juzgada (art. 39.3). En este supuesto de reconocimiento incidental, el procedimiento será el de la ley del foro puesto que el Reglamento no dispone otra cosa y sus efectos quedan limitados al asunto en el que se ha invocado[26].

El reconocimiento de la resolución puede ser denegado. En efecto, cuando se trate de una resolución de las definidas en el art. 3.1, letra g) del texto reglamentario, su reconocimiento en otro Estado miembro será denegado si se aprecia cualquiera de los cuatro motivos enumerados en el art. 40 del Reglamento. Estos motivos, que son los mismos que los que se recogían en el art. 34 del derogado Reglamento 44/2001 ("Bruselas I") son igualmente aplicables para la ejecución, esto es, la desestimación o revocación de la declaración de fuerza ejecutiva – el *exequatur* – pero, en este caso, solo si se interponen los

[25] STJUE de 11.8.1995, as. C-432/93, SISRO y de 28-3-2000, as. C-7/98, *Krombach*.

[26] *Vid*. la Disposición Final vigésimo sexta de la LEC en la que se dispone el procedimiento incidental en España para este supuesto.

recursos previstos en los arts. 50 y 51 y con arreglo a dichas disposiciones (art. 52). Estos motivos son exclusivos y de interpretación estricta, puesto que constituyen excepción del principio de la libre circulación de resoluciones y se aprecian de oficio por el juez competente[27]. Los motivos del art. 40 son los siguientes:

a) Si el reconocimiento de la resolución fuera manifiestamente contario al orden público del Estado miembro requerido.

La excepción de orden público ha sido interpretada reiteradamente por el TJUE, que ha señalado, por una parte, que, si bien no corresponde al Tribunal de Justicia definir el contenido del concepto de orden público de un Estado miembro, sí le corresponde controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado miembro pueden recurrir a este concepto para no reconocer una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro y, por otra, que solo cabe aplicar la cláusula de orden público en el caso de que el reconocimiento o la ejecución de la resolución dictada en otro Estado miembro choque de manera inaceptable con el ordenamiento jurídico del Estado requerido, por menoscabar un principio fundamental. Para respetar la prohibición de revisión en cuanto al fondo de la resolución dictada en otro Estado miembro, el menoscabo debería constituir una violación manifiesta de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico del Estado requerido o de un derecho reconocido como fundamental en este ordenamiento[28].

En España, el Tribunal Supremo (TS) viene aplicando una concepción del orden público semejante a la anteriormente expuesta[29]. En el ámbito sucesorio, ha declarado que la legítima no pertenece a materia protegida por el orden público interno[30]. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en su sentencia de 13 de junio de 1979, ha declarado contrario al orden público internacional la desigualdad sucesoria entre hijos legítimos e ilegítimos. Claro está que, ahondando en lo dicho anteriormente, también lo sería la desigualdad por razón de sexo, filiación, raza o religión[31].

---

[27] Como ha afirmado el TJUE en varias de sus sentencias refiriéndose al Reglamento 44/2001, estos motivos cumplen una función bien delimitada dentro de la estructura elaborada por dicho Reglamento, que establece un sistema exhaustivo que regula la competencia judicial internacional y el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales. (vid. por todas, SSTJUE de 26.9.2013, as. C 157/12, *SalzgitterMannesmann Handel* y de 23.10.2014, as. 302/13, flyLAL-*Lithuanian Airlines AS*).

[28] *Vid*. por todas, la sentencia ya citada, as. 302/13, *flyLAL-Lithuanian Airlines AS*. *Vid*. igualmente el Considerando 58 del Reglamento.

[29] *Vid*. por todas, STJUE de 6.2.2014, n. 835/2013.

[30] STS núm. 887/1996 de 15 noviembre.

[31] Estudia esta problemática C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, *Sucesiones internacionales*.

b) Rebeldía del demandado.

El motivo se refiere al supuesto de demandas no notificadas al demandado, o notificadas sin tiempo para preparar la defensa, salvo si no ha recurrido la resolución, habiendo podido hacerlo. Ahora bien, el demandado únicamente "tiene la posibilidad" de interponer un recurso contra una resolución dictada en rebeldía, si efectivamente ha conocido su contenido por medio de la entrega o notificación de la misma efectuada con tiempo suficiente para poder defenderse ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen[32]. Que el plazo, que empieza a correr en la fecha en que la entrega o la notificación se realizó en debida forma, sea suficiente, lo debe apreciar el juez del Estado miembro requerido, que también debe valorar a tal efecto si, en un supuesto determinado, concurren circunstancias excepcionales por las que la entrega o la notificación, aun cuando se hubiere hecho en forma, no fue, sin embargo, adecuada para permitir que empezara a correr el plazo[33].

c) Resolución inconciliable con una dictada en un litigio entre las mismas partes en el Estado requerido.

Para que se consideren "inconciliables", ambas resoluciones deben entrañar «consecuencias jurídicas que se excluyan mutuamente»[34]. Por eso, una resolución dictada en un Estado miembro que condena a un esposo a pagar alimentos a su cónyuge en cumplimiento de sus obligaciones de manutención derivadas del matrimonio, no puede ejecutarse porque es inconciliable con una resolución dictada posteriormente en el Estado miembro requerido que declaró el divorcio de los mismos esposos[35].

d) Resolución inconciliable con otra anterior dictada entre las mismas partes, en un litigio con el mismo objeto y causa, en otro Estado miembro o en un Estado tercero y, en este caso, cuando reuniere las condiciones para su reconocimiento en el Estado miembro requerido.

A diferencia del motivo anterior, se trata aquí de una resolución anterior dictada en un asunto entre las mismas partes y con el mismo objeto y la misma causa. Cuando la resolución anterior provenga de un Estado tercero, el juez del Estado miembro requerido tendrá que examinar si tal resolución puede ser reconocida por aplicación de las reglas internas en la materia o, en su caso, por las previstas en un convenio que le vincule con el Estado tercero. Este motivo no incluye el

---

Determinación de la norma aplicable, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, 257 y ss.

[32] STJUE de 14.12.2006, as. C-283/05, *ASML*.

[33] STJUE de16.6.1981, as. 166/80, *Klomps*.

[34] En tal sentido, además de la citada STJUE, *Hoffmann/Krieg*, la de 6.6.2002, as. C-80/00, *Italian Leather*.

[35] STJUE de 4.2.1988, as. 145/86, *Hoffmann/Krieg*.

raro pero posible supuesto de incompatibilidad de dos resoluciones dictadas en el mismo Estado miembro, una de las cuales se pretende ejecutar en otro Estado miembro[36].

La resolución dictada en un Estado miembro en ningún caso puede ser objeto de revisión en cuanto al fondo en el Estado miembro requerido (art. 41) pero el órgano jurisdiccional ante el que se pide el reconocimiento puede suspender el procedimiento si la resolución es objeto de recurso ordinario en el Estado miembro de origen (art. 42)[37].

4.2. Ejecución

Con arreglo al art. 43, las resoluciones dictadas en un Estado miembro que sean ejecutivas en dicho Estado, se ejecutan en otro Estado miembro, a instancia de parte interesada, cuando obtengan la declaración de fuerza ejecutiva siguiendo el procedimiento previsto en los arts. 45 a 58 del Reglamento, esto es, el exequátur[38].

El procedimiento es sumamente simplificado. Se inicia, de acuerdo con el art. 46, con una solicitud, que debe presentarse con arreglo a las modalidades previstas en la ley del Estado miembro requerido, sin que el solicitante esté obligado a tener dirección postal ni representante autorizado en dicho Estado, y que debe acompañarse de una copia de la resolución que reúna los requisitos necesarios para considerarse auténtica y una certificación, que debe expedir el tribunal o la autoridad competente del Estado miembro de origen, utilizando el formulario modelo que se encuentra, como formulario I, en el anexo 1 del Reglamento de Ejecución (UE) 1329/2014 de la Comisión, de 9-12-2014[39].

De no presentarse esta certificación, el tribunal o la autoridad competente puede fijar un plazo para su presentación, aceptar documentos equivalentes o dispensar de ello si considera disponer de la información suficiente.

La resolución y la certificación deben presentarse traducidos, si el tribunal lo

---

[36] STJUE de 26.9.2013, as. C-157/12, *SalzgitterMannesmannHandel*.

[37] *Vid*. la exposición y análisis de los arts. 39 a 42 de F.J. MARTÍN MAZUELOS, J.L. IGLESIAS BUIGUES y P.L. VIGUER SOLER, en J.L. IGLESIAS BUIGUES y G. PALAO MORENO (dir.), *Sucesiones Internacionales ...*, *cit*., 311 y ss.

[38] La autoridad competente en España será el Juzgado de 1ª Instancia del domicilio de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o la ejecución, o del lugar de ejecución en el que la resolución deba producir sus efectos (art. 45.2 del Reglamento y Disposición Final vigésima sexta de la Ley 29/2015 de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil).

[39] DOUE L 359, de 16.12.2014.

exige, por persona autorizada al efecto en cualquier Estado miembro (art. 47).
El solicitante puede instar la adopción de medidas provisionales o cautelares con arreglo a la ley del Estado miembro de ejecución, sin que sea necesario esperar a la declaración de exequátur. La concesión del exequátur conlleva autorización para adoptar cualesquiera medidas cautelares (art. 54).
El procedimiento en esta instancia es *inaudita parte*, de modo que el órgano competente otorgará inmediatamente el exequátur una vez cumplidas las formalidades antedichas, sin que pueda entrar a considerar la eventual existencia de alguno de los motivos de denegación del art. 40 y sin que la parte contra la que se dirige la solicitud de exequátur sea llamada a comparecer (art. 48).
Una vez concedido, se notifica de inmediato al solicitante, de acuerdo con las modalidades previstas en la ley de este Estado miembro; también debe notificarse a la parte contra la que se ha dirigido, acompañada de la resolución si ésta no se hubiera notificado ya a dicha parte (art. 49).
La concesión del exequátur puede ser recurrida por cualquiera de las partes ante el tribunal que el Estado miembro haya comunicado a la Comisión, que, en España, es la Audiencia Provincial. El recurso se sustancia por el procedimiento contradictorio. Si el recurso lo interpone la parte que solicitó el exequátur y la contraparte no comparece, el tribunal competente para el recurso debe suspender el procedimiento en tanto no se acredite que dicha parte ha podido recibir la notificación relativa a la decisión sobre el exequátur o documento equivalente, con tiempo suficiente para proveer a su defensa, o que se ha tomado toda diligencia a tal fin.
El plazo para interponer el recurso es de 30 días a partir de la fecha de la notificación. Si el recurso lo interpone la parte contra la que se solicitó el exequátur y está domiciliada en un Estado distinto al del foro, el plazo es de 60 días, sin que se admita prórroga en razón de la distancia (art. 50). Durante este plazo y hasta que el recurso sea resuelto, únicamente se pueden adoptar medidas cautelares, lógicamente sobre los bienes de esta parte (art. 54.3).
La resolución sobre el recurso puede, a su vez, ser recurrida de acuerdo con lo que el Estado miembro haya comunicado a la Comisión[40] (art. 51).
En cualquiera de estos dos recursos, el tribunal competente, que debe pronunciarse en breve plazo, solo puede desestimar o revocar el exequátur por uno de los motivos del art. 40.
Ahora bien, debe suspender el procedimiento, a instancia de la parte contra la que se ha solicitado el exequátur, si la fuerza ejecutiva de la resolución hubiese

[40] En España, el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

sido suspendida en el Estado miembro de origen por haberse interpuesto allí un recurso (arts. 52 y 53).
La ejecución puede ser parcial, es decir, que el exequátur puede otorgarse sobre una o más de las pretensiones de la resolución, si ésta se hubiere pronunciado sobre varias y parte de ellas no pudieran obtener la declaración de fuerza ejecutiva o, simplemente, porque el solicitante pide la ejecución parcial, por ejemplo, porque parte de la pretensión que le reconoce la resolución, ha sido ya cumplimentada por el deudor (art. 55).
Por último, el solicitante de la ejecución que, en el Estado miembro de origen, hubiere obtenido la asistencia jurídica gratuita o una exención de las costas y gastos del proceso, gozará, en el Estado miembro requerido, del beneficio de justicia gratuita más favorable o de la exención más amplia prevista en la ley de dicho Estado. A esta parte, ya solicite el reconocimiento, la declaración de fuerza ejecutiva o la ejecución de la resolución, no se le puede exigir caución o depósito alguno, cualquiera que sea su denominación, por su condición de extranjero o por no estar domiciliado o no residir en el Estado miembro de ejecución, que tampoco puede recibir impuesto, derecho ni tasa alguna, proporcional al valor del litigio, en los procedimientos de exequátur (arts. 56, 57 y 58)[41].

4.3. Documentos públicos y transacciones judiciales

A los efectos del Reglamento, los documentos públicos y las transacciones judiciales se hallan definidos en el art. 3.1, letras i) y h) respectivamente.
Los documentos públicos expedidos en un Estado miembro pueden tener, en otro Estado miembro, valor probatorio o ser declarados con fuerza ejecutiva.
En cuanto a su valor probatorio, tendrán el mismo que tienen en el Estado miembro de origen, o el efecto más parecido posible, siempre que ello no sea manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido. Para ello, la persona que desee utilizar el documento público, debe pedir a la autoridad que lo formalizó, que cumplimente el formulario que se establece en el anexo 2 como formulario II, del Reglamento de Ejecución 1329/2014 de la Comisión[42].
La autenticidad del documento público puede ser impugnada ante los tribunales

[41] *Vid*. los amplios comentarios a los arts. 43 a 58 de F.J. MARTÍN MAZUELOS, P.L. VIGUER SOLER y P. QUINZÁ REDONDO en J.L. IGLESIAS BUIGUES y G. PALAO MORENO (dir.), *Sucesiones Internacionales ..., cit*., 332 y ss.
[42] DOUE Nº L 359, de 16.12.2014, 30 y ss.

del Estado miembro de origen y de acuerdo con su Derecho. Si lo que se impugna es el negocio jurídico consignado en el documento, el tribunal competente será el que resulte serlo por aplicación del Reglamento, que también entenderá de la eventual cuestión incidental que pudiera presentarse. En ambos casos, el valor probatorio del documento queda suspendido hasta que se dicte la resolución correspondiente en uno u otro caso (art. 59).

En cuanto a la fuerza ejecutiva de los documentos públicos, al igual que la de las transacciones judiciales, si la poseen en el Estado miembro de origen, serán declarados, a instancia de parte interesada, con fuerza ejecutiva en el Estado miembro requerido siguiendo el mismo procedimiento que para las resoluciones judiciales. El modelo de certificado que debe expedir, a instancia de parte, la autoridad de origen, es, para el documento público, el mismo que el anteriormente mencionado para su valor probatorio y, para la transacción judicial, el que figura en el anexo 3 como formulario III del Reglamento de Ejecución 1329/2014.

Si se interpusiera un recurso al amparo del art. 50 o 51, el tribunal competente solo puede desestimar o revocar la declaración de fuerza ejecutiva, del documento público o de la transacción judicial, cuando esta sea manifiestamente contraria al orden público del Estado miembro requerido (arts. 60 y 61)[43].

5. El certificado sucesorio europeo

El Reglamento dedica su Capítulo VI al Certificado Sucesorio Europeo (CSE), documento de eficacia en todo el territorio de la Unión que constituye un significativo avance para el desarrollo del principio de confianza mutua y del proceso dirigido a la libre circulación intracomunitaria de decisiones[44].

El art. 62 crea este instrumento, cuya finalidad se contempla en el art. 63. El CSE se expedirá para ser utilizado por los herederos, legatarios que tengan derechos directos en la herencia y ejecutores testamentarios o administradores de la herencia que necesiten invocar, en otro Estado miembro, su cualidad de tales o ejercer sus derechos como herederos o legatarios, o bien sus facultades como ejecutores testamentarios o administradores de la herencia. Podrá utilizarse, en

[43] *Vid*. los comentarios a los arts. 59, 60 y 61 de P. CARRIÓN DE PARADA y P.L. VIGUER SOLER en J.L. IGLESIAS BUIGUES y G. PALAO MORENO (dir.), *Sucesiones Internacionales ...*, *cit*., 2015.

[44] *Vid*. la evolución y el estado de la situación en el ámbito de la circulación europea de documentos públicos en C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, *New developments in the scope of the circulation of public documents in the EU*, *ZZP Int*, 2013, 25.

particular, como prueba de uno o varios de los elementos enumerados, esto es, la cualidad y/o los derechos de cada heredero o, en su caso, de cada legatario mencionado en el certificado y sus respectivas cuotas hereditarias; la atribución de uno o varios bienes concretos que formen parte de la herencia al heredero o a los herederos o, en su caso, al legatario o a los legatarios mencionados en el certificado; o las facultades de la persona mencionada en el certificado para ejecutar el testamento o administrar la herencia.

Por otra parte, su utilización no será obligatoria (art. 62.2)[45], sino que se añade a los certificados nacionales existentes para fines similares[46]. Ahora bien, una vez expedido para ser utilizado en otro Estado miembro, el certificado producirá igualmente los efectos enumerados en el artículo 69 en el Estado miembro en el que haya sido expedido. Entre otros, se presumirá la prueba de los extremos que han sido acreditados de conformidad con la ley aplicable a la sucesión o con cualquier otra ley aplicable a extremos concretos de la herencia. De igual modo, se presumirá que la persona que figure en el certificado como heredero, legatario, ejecutor testamentario o administrador de la herencia tiene la cualidad indicada en él o es titular de los derechos o de las facultades que se expresen sin más condiciones o limitaciones que las mencionadas en el certificado. No es por tanto un título sucesorio ni el título de nombramiento de los administradores o ejecutores como tales. Tampoco es un título ejecutivo.

La competencia para expedir el CSE se regula en el art. 64, según el cual será expedido en el Estado miembro cuyos tribunales sean competentes en virtud de los artículos 4, 7, 10 u 11[47]. La autoridad expedidora deberá ser bien un tribunal (de acuerdo con la definición del artículo 3.2) bien otra autoridad competente

[45] STJUE de 17.1.2019, as. 102/18, *Brisch*.

[46] Hay quien considera que su carácter voluntario y alternativo a los instrumentos ya existentes puede comprometer su efectividad, ya que el margen electivo pone en riesgo la existencia de una única administración hereditaria por cada sucesión abierta. S. PAZ LAMELA, *El certificado sucesorio europeo como mecanismo de gestión internacional de patrimonios hereditarios*, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. IX, 2009, 715-732, 722-723. El mismo autor da cuenta de los comentarios del Instituto Max-Planck sobre la Propuesta de Reglamento, en los cuales aconsejaba regular las relaciones entre el certificado sucesorio europeo y los ya existentes o incluso la creación de un registro europeo de certificados como plataforma de cooperación.

[47] Nótese que la STJUE de 21.6.2018, as. C-20/17, *Oberle*, dictaminó que el artículo 4 del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que establece que, aunque el causante no tuviera en el momento del fallecimiento su residencia habitual en ese Estado miembro, los tribunales de este último siguen siendo competentes para expedir los certificados sucesorios nacionales en las sucesiones transfronterizas cuando existan bienes hereditarios situados en el territorio del propio Estado miembro o cuando el causante hubiera tenido la nacionalidad del mismo.

para sustanciar sucesiones *mortis causa* en virtud del Derecho nacional. Corresponde a los Estados miembros comunicar a la Comisión Europea dichas autoridades para su difusión, habiendo incluido España tanto autoridades judiciales como notarios[48].

Por otro lado, de acuerdo con el art. 65, el CSE se expedirá a instancia de cualquiera de las personas aludidas anteriormente en el art. 63.1, quienes deberán utilizar para solicitarlo el formulario IV del anexo 4 creado por el mencionado Reglamento de Ejecución (UE) 1329/2014. Añade a continuación el art. 66 que al recibir la solicitud, la autoridad emisora verificará la información y las declaraciones, así como los documentos y demás pruebas presentados por el solicitante, y realizará las averiguaciones necesarias para efectuar esta verificación, bien de oficio, cuando así lo disponga o autorice su propia legislación, o instando al solicitante a presentar cualesquiera otras pruebas que considere necesarias.

En el caso de que la autoridad de un Estado miembro necesitara recabar información de otros Estados miembros para expedir el CSE, las autoridades competentes facilitarán a la autoridad emisora la información contenida, en particular, en los Registros de la propiedad inmobiliaria, en los Registros Civiles y en los Registros de últimas voluntades o de otros hechos relevantes para la sucesión o para el régimen económico matrimonial o equivalente del causante, cuando dichas autoridades competentes estén autorizadas en virtud de su legislación nacional a facilitar dicha información a otras autoridades nacionales. El CSE deberá ser expedido "*sin demora*" una vez que los extremos que vayan a ser certificados hayan sido acreditados con arreglo a la ley aplicable a la sucesión o en virtud de cualquier otra ley aplicable a extremos concretos de la herencia. El certificado, que deberá contener la información reseñada en el art. 68, deberá ser expedido utilizando el formulario V del anexo 5 del antedicho Reglamento de Ejecución y la autoridad emisora adoptará todas las medidas necesarias para informar a los beneficiarios de la expedición del mismo. En determinados supuestos, la autoridad emisora no lo expedirá; en particular, si los extremos que se han de certificar son objeto de un recurso o si el certificado no fuera conforme con una resolución que afectara a esos mismos extremos (art. 67).

Una vez expedido, la autoridad emisora conservará el original del certificado

[48] Véase la Disposición Final vigésima sexta de la LEC en la redacción dada por la Disposición Final segunda de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, que contiene la normas para facilitar en España la aplicación del Reglamento UE 650/2012.

y entregará una o varias copias auténticas al solicitante y a cualquier persona que demuestre un interés legítimo. Siendo así, esta conservará una lista de las personas a quienes se entregaron copias auténticas, que tendrán, por otro lado, un plazo de validez de seis meses – ampliable en casos excepcionales debidamente justificados – (art. 70). El CSE podrá ser rectificado en caso de error material, modificado o anulado cuando se haya acreditado que el certificado o extremos concretos del mismo no responden a la realidad; tales vicisitudes deberán ser comunicadas sin demora a todas las personas a las que se entregaron copias auténticas (art. 71).

Según el art. 72 del Reglamento, las personas que tengan derecho a solicitar un certificado o que demuestren tener un interés legítimo podrán recurrir las decisiones tomadas por la autoridad emisora. El recurso se interpondrá ante un órgano judicial del Estado miembro de la autoridad emisora, de conformidad con la ley de dicho Estado. Si resulta acreditado en el recurso que el certificado expedido no responde a la realidad, se rectificará, modificará o anulará. Si se denegó la expedición sin justificación, deberá emitirse.

Por último, indica el art. 73 que los efectos del certificado podrán ser suspendidos bien por la autoridad emisora, a instancia de cualquier persona que demuestre tener un interés legítimo, en tanto se procede a modificar o anular el certificado, bien por el órgano judicial, a instancia de cualquier persona que tenga derecho a recurrir la decisión adoptada por la autoridad emisora, en tanto se sustancia dicho recurso. La suspensión de efectos deberá ser comunicada sin demora a todas las personas a las que se entregaron copias auténticas. Mientras dure la suspensión no podrán expedirse otras copias auténticas del certificado.

El Reglamento de Sucesiones y el notario europeo

María de los Reyes Sánchez Moreno
Notario de Alicante

El Reglamento de Sucesiones UE 650/2012 ha cambiado significativamente el papel que desempeñan los notarios europeos. Estos son una parte esencial del mismo, dado que son considerados autoridades a cargo de la sucesión en el marco del Reglamento. Por primera vez, los notarios de los países miembros que lo han aprobado utilizan los mismos puntos de conexión, pero, más que eso, el Reglamento subraya la idea de que los notarios europeos forman parte de un espacio supranacional de cooperación y que deben trabajar siempre tomando en consideración que sus clientes pueden tener intereses que van más allá de nuestros respectivos países. El criterio de la residencia es el principal punto de conexión para el Reglamento, y la tarea de probarla para aplicar la ley correcta se presenta como una tarea especialmente complicada. Los notarios tienen aún una mayor intervención en relación con el criterio de la *profesio iuris* y no debemos olvidar la relevante función del notario de algunos países europeos como autorizantes del primer documento notarial que podemos considerar documento público europeo: el certificado europeo de sucesiones, que facilita el tratamiento de las sucesiones europeas transfronterizas en tanto que prueba quiénes son los interesados en la sucesión.

*The Regulation EU 650/2012 has significantly changed the role of European notaries. They form an essential part of it, as they are considered "authorities" which are in charge of the succession in the Regulation framework. For the first time, the notaries of the Member States that have approved the Regulation, use the same connecting factors, and on top of that, the Regulation has reinforced the idea that European notaries are included in a supranational space of cooperation and must always work taking into consideration that clients may have interests which go beyond the scope of our respective countries. The main connecting factor for Regulation is the residence of the client, which the notaries find especially difficult to prove in order to apply the correct legislation. The notaries have an even more important intervention concerning the "*profesio iuris*" criteria, and we must not forget the relevance of European notaries in the authorisation of the first notarial document that we may consider a European*

public document: the European Certificate of Succession, which facilitates European cross border successions as it proves whether one is interested in the succession.

*Il Regolamento UE 650/2012 ha modificato in maniera significative il ruolo svolto dai notai europei. Questi diventano, infatti, parte integrante del nuovo assetto, in quanto considerati "autorità" responsabili della successione nell'ambito del suddetto Regolamento. Per la prima volta, i notai degli Stati Membri soggetti al Regolamento utilizzano gli stessi criteri di collegamento. Inoltre, il Regolamento ha rafforzato l'idea che i notai dell'UE operino in uno spazio di cooperazione sovranazionale e debbano agire sempre tenendo conto che i loro clienti potrebbero avere interessi che vanno al di là della sfera dei rispettivi Paesi. Ai sensi del Regolamento, il principale criterio di collegamento è costituito dalla residenza del cliente, che il notaio ha particolare difficoltà a provare ai fini dell'individuazione della legge applicabile. Il notaio compie un intervento ancor più importante in relazione al criterio della "*professio iuris*" e non va dimenticata l'importanza del notaio europeo ai fini dell'autorizzazione di quel documento notarile che può essere considerato il primo atto pubblico europeo: Il Certificato successorio europeo, che facilita le successioni transfrontaliere provando il coinvolgimento nella successione del soggetto considerato.*

Sumario: 1 Introducción. – 2. El criterio de la residencia y su prueba. – 3. El criterio excepcional del vínculo más estrecho. – 4. La posibilidad de elegir ley aplicable. Tipos de opción y validez. – 5. El reenvío. – 6. El orden público y el fraude de ley. – 7. Amplitud del concepto "ley aplicable a la sucesión". – 8. La importante exclusión de la naturaleza de los derechos reales y su inscripción. – 9. Los requisitos de forma. A. Forma de la disposición *mortis causa*. B. Forma de la aceptación pura y simple o a beneficio de inventario y de la renuncia. – 10. Conflictos internos de leyes. – 11. Derecho transitorio. – 12. El Certificado Sucesorio Europeo.

1. Introducción

El Reglamento de Sucesiones Europeo 650/2012 es la culminación de un esfuerzo legislativo importante que trata de dar respuesta a una realidad evidente para todos los profesionales del Derecho y muy en particular para los notarios europeos: la gran cantidad de sucesiones que incluyen un elemento extranjero y la dificultad de jugar con distintas legislaciones.

El Reglamento europeo es uno solo pero bien podrían haber sido dos, pues se ocupa de dos problemas distintos, aunque ambos ligados con el objetivo

de dar una respuesta "europea" a la sucesión internacional: Por un lado, establece nuevos puntos de conexión para determinar la ley aplicable y regula la competencia judicial en materia sucesoria; y, por otro, regula un documento nuevo, el certificado sucesorio, de no muy fácil comprensión, que trata de facilitar la aplicación del Derecho extranjero en otro país cuando ello sea necesario.

En lo referente al certificado sucesorio, el Reglamento resulta ser muy novedoso. En cuanto a la ley aplicable, los criterios básicos que recoge son los del Convenio de la Haya de 1 de agosto de 1989, que no llegó a ser aplicable y que sólo un país, Holanda, convirtió en su Derecho Internacional Privado en 1994. Recoge igualmente los criterios en materia de formas testamentarias del Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961, convenio éste que había tenido más aceptación, que sigue vigente y que, por la incorporación de sus reglas al Reglamento, ahora pasa a constituir el Derecho Internacional Privado en materia de forma del testamento en todos los Estados europeos miembros que han ratificado éste.

He empezado diciendo que el Reglamento trata de facilitar el tratamiento que deba dársele a una sucesión internacional. Pero, por supuesto, conviene empezar diciendo que el Reglamento no es la panacea universal. Con o sin Reglamento, seguirán aplicándose leyes materiales de otros países a las sucesiones, seguirá habiendo reenvíos, seguirán existiendo problemas a la hora de calificar un negocio jurídico... Pero, al menos, el Reglamento consigue algo que sí facilita las cosas: por primera vez, todos los países que lo han aprobado han establecido unas únicas normas de conflicto que serán el Derecho Internacional Privado aplicable en todos ellos (y el Reglamento ha sido aprobado por todos los países de la UE con las únicas excepciones que suponen el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca). Y, en cualquier caso, debe tenerse presente que el Reglamento no va a ser aplicable sólo cuando la sucesión implique elementos extranjeros localizados en los países que lo han aprobado, sino que el Reglamento supone para nosotros la inaplicación de las normas nacionales de DIP sustituidas ahora por las que resultan del RSE. Así, por ejemplo, cuando fallece un alemán con bienes en España y tramitamos su sucesión ya no acudiremos a la ley nacional alemana, a la que remite el artículo 9.8 CC español, sino que aplicaremos las nuevas normas de conexión que dispone el Reglamento de Sucesiones. Y esto es así también si el causante es irlandés o australiano.

2. El criterio de la residencia y su prueba

En Derecho existen dos sistemas a la hora de enfrentarse a la determinación de normas de conflicto:

– Hay sistemas dualistas, como el de Reino Unido o los Estados Unidos, que implican la aplicación de leyes distintas a una misma sucesión (ley del domicilio a los bienes muebles; *lex rei sitae*, a los inmuebles).

– Y hay sistemas monistas, que entienden que una sola ley debe ser aplicable a toda la sucesión. Y dentro de estos sistemas monistas existen dos modelos básicos: o la ley aplicable será la de la nacionalidad o la ley aplicable será la de la residencia.

Pues bien, el Reglamento de Sucesiones establece un sistema monista (art.23), adoptando como punto de conexión básico el de la residencia referida al tiempo del fallecimiento (art.21.1 RSE).

El criterio de la residencia parece ser un criterio más adaptable a las circunstancias cambiantes del ciudadano a lo largo de su vida. Si un ciudadano alemán se traslada a Francia y allí va a trabajar, a relacionarse, a comprar bienes, a tener cuentas bancarias, puede pensarse que es más fácil aplicar a la eventual sucesión de este ciudadano la ley francesa antes que la ley en Alemania, país con el que el causante podría ya no haber tenido relación alguna o una relación limitada.

Ahora bien, aun aceptando que esto sea así, el criterio de la residencia plantea un problema que el criterio de la nacionalidad no planteaba y es el de la prueba.

Antes que nada, ¿qué es residencia? El Reglamento no define la residencia exactamente. Casi es preferible empezar diciendo lo que la residencia no es: no es residencia fiscal ni tampoco se corresponde con el concepto "sentimental" que tiene el domicilio para los ingleses de pertenencia a un lugar.

La residencia debe ser entendida como el centro estrecho y estable de la vida y relaciones de la persona. El considerando 23 del RSE nos dice que la residencia habitual debería revelar un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate y el 24 se refiere al centro de interés de su familia y su vida social.

Pero, ¿y la prueba? El considerando 23 del RSE dice que para determinar la residencia habitual se debe proceder a una evaluación general de las circunstancias de la vida del causante durante los años precedentes a su fallecimiento y en el momento del mismo, tomando en consideración todos los hechos pertinentes, en particular la duración y la regularidad de la presencia del causante en el Estado de que se trate, así como las condiciones y los motivos de dicha presencia. De todo esto se desprende al menos: que no existe una única prueba de la residencia, que todas ellas se valoran conjuntamente, que el elemento intencional forma parte de la evaluación y que, aun no exigiéndose

una duración mínima a la residencia, la duración y regularidad de ésta si ha de tomarse en cuenta a los efectos de valorar dicha intencionalidad. Pruebas concretas lo serán, claro, el certificado de empadronamiento histórico, el de residencia fiscal, los testigos, los documentos de identidad del causante, así como las circunstancias concurrentes en el caso, como el que tenga el causante una sola vivienda en un lugar, o que sus bienes y cuentas estén o estén en su mayoría en un país.

Siendo problemática la prueba, lo cierto es que los Notarios no vamos a tener más remedio que valorarla. Y es que la determinación de la residencia será el presupuesto necesario para determinar la ley aplicable a la sucesión como paso previo al otorgamiento de la escritura de partición o al otorgamiento de una declaración de herederos. El Reglamento, en el mismo considerando 23, ya dice que la evaluación de las circunstancias del causante a que antes nos referíamos la hará la autoridad que sustancie la sucesión. Y el Reglamento (considerando 21) no afecta a las competencias que los Estado miembros atribuyan a los Notarios en materia de sucesiones.

Una cosa sí ha de quedar clara en todo caso y es que la valoración de la residencia que hace el Notario nada tiene que ver con lo que pueda ocurrir en el plano fiscal, por supuesto, que queda fuera del Reglamento (considerando 10). Así, yo puedo haber evaluado a un causante extranjero con bienes en su país y determinado que reside en Alicante; pero otra cosa son los criterios de sujeción fiscal a la ley extranjera que podrían derivar, por ejemplo, de la situación del inmueble, si éste fuese el caso.

3. El criterio excepcional del vínculo más estrecho

Decíamos que el criterio de la residencia es el punto de conexión que el Reglamento elige, pero con una excepción (21.2): que el causante, al tiempo de su fallecimiento, tuviera un vínculo más estrecho con un Estado distinto del Estado cuya ley le sería aplicable con arreglo al 21.1, es decir, que tuviera una relación más estrecha con un país distinto al de su residencia.

El propio considerando 24 del Reglamento ya nos pone un ejemplo: el del causante que por razones profesionales o económicas se va temporalmente, a veces por un periodo prolongado, a trabajar en otro país, pero que sigue muy ligado a su país de origen. Piénsese, por ejemplo, en los profesionales que van a trabajar un tiempo a otro país para promocionarse en su empresa; o en el de aquel que se ve obligado a inmigrar a otro país por un tiempo sin determinar por razón de la crisis, que es ahora un caso bastante habitual, por desgracia. El

análisis de las circunstancias concurrentes es aquí más importante. Una de las que pudieran tomarse en cuenta, y a que apunta este considerando del RSE, es al hecho de que el esposo e hijos del causante hubieran quedado residiendo en el país de origen. En tal caso, y con arreglo al 21.2, no se aplicaría a la sucesión del causante la ley de la última residencia sino la de su país de origen.

Otro caso a que se refiere dicho considerando es al del causante que viaja mucho o ha residido en muchos sitios alternativamente y no llega a poder determinarse su residencia permanente en ninguno de ellos. En este caso también podría aplicarse el criterio del vínculo más estrecho del 21.2, siendo aquí importante, ya que el centro de vida familiar y relaciones sociales puede ser difícil de apreciar, o acudir al criterio de la nacionalidad (entendiendo que este causante, a pesar de todo, de encontrarse más ligado a un país lo sería al de su nacionalidad) o bien utilizar como criterio el de situación de sus bienes o de la mayor parte de sus bienes, por implicar esta localización de los bienes el vínculo más estrecho.

En países como España, Portugal o Italia tenemos un caso que se repite mucho: una persona ya mayor que, tras jubilarse, se viene a vivir al sol, se integra en una comunidad en la que sólo viven otros nacionales de su país y no llega a aprender una palabra en el idioma del país en que vive. A estos, ¿cabría la posibilidad de aplicarles el artículo 21.2 y, advirtiendo que tienen un vínculo más estrecho con su propio país, aplicarles la legislación de éste? La respuesta, al menos en términos generales, debe ser negativa; y es que si respondemos de otra forma estaremos poniendo en entredicho el objetivo del Reglamento de dar preferencia a la residencia. Como toda excepción ha de ser tratada como eso, como excepción, no vaya a ser que acabemos indirectamente volviendo a aplicar la socorrida nacionalidad a la que ya estamos acostumbrados. La persona mayor en cuestión, se integre o no, no deja, al menos en la mayoría de casos, de haber trasladado el centro de su vida familiar y social a nuestro país, incluso aunque aquí se relacione sólo con los de su propia nacionalidad. El considerando 25 del RSE abunda en esta idea cuando dice que la vinculación manifiestamente más estrecha no debe emplearse como nexo subsidiario cuando la determinación de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento resulte compleja, o, dicho en otros términos, no nos hagamos la vida fácil.

Por otro lado, los ciudadanos que desean estar sometidos a su ley nacional no obstante haber cambiado de residencia, cuentan con una posibilidad que también es una novedad en nuestro Derecho y que ahora desarrollamos.

4. La posibilidad de elegir ley aplicable. Tipos de opción y validez

Efectivamente, el RSE admite por vez primera la *professio iuris* en materia sucesoria (art. 22). Esto es, a la sucesión del causante no se aplicará la ley de la residencia al tiempo del fallecimiento si el causante ha optado en su testamento por que se le aplique una ley distinta; pero no cualquier ley puede ser elegida por el causante. Éste, el causante, sólo podrá elegir la de su nacionalidad. La condición de nacional debe ser determinada aplicando la legislación nacional, pues esta cuestión queda fuera del RSE, como dice expresamente su considerando 41. Todos sabemos que en materia de nacionalidad existen muchos criterios distintos y que se solapan en los distintos países e incluso en el ámbito de la UE, lo que determina que una persona pueda tener varias nacionalidades o una nacionalidad para cada país. El RSE que, como decimos, no entra en esta materia, ofrece una solución fácil por lo que a la *professio iuris* se refiere: si una persona tiene varias nacionalidades podrá elegir la de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad posea.

Pero el causante, a la hora de elegir, sí debe someterse a los límites que para la elección determina el RSE. Efectivamente, sólo va a poder elegir la nacionalidad que tuviese en el momento de hacer la elección o en el momento del fallecimiento (22.1).

La primera posibilidad es bastante clara: un ciudadano alemán u holandés viene a mi notaría en España, quiere hacer testamento, y quiere hacerlo con arreglo al Derecho alemán u holandés de su respectiva nacionalidad (mucho más beneficioso para su esposa). Nada hay que objetar. Lo que sí pide el Reglamento es que se haga la elección expresamente en forma de disposición *mortis causa* o que resulte de los términos de una disposición de ese tipo. Esto es, o en el propio testamento se dice "el causante opta expresamente por el Derecho alemán" o el testamento, tal como está redactado, debe dejar clara que esa es su voluntad. Así, por ejemplo, si se recogen en el testamento cláusulas como: "el causante nombra heredera universal a su esposa, lo que admite el Derecho alemán", "se aplicará a la herencia del causante el reparto legal que establece el art 4.3.1 del Código Civil holandés".

El considerando 39, precisamente, menciona como ejemplos de opción tácita el hacer referencia a disposiciones específicas de la ley del Estado de su nacionalidad o haya mencionado explícitamente de otro modo esa ley.

Pero la redacción definitiva del RSE introdujo algo más en la formulación de la "*professio iuris*". Efectivamente, el causante podrá elegir la de su nacionalidad al tiempo de realizar la elección o, dice también, podrá elegir la de su nacionalidad al tiempo de su fallecimiento. Y eso ya introduce un elemento nuevo que, en

el momento de la elección, desconocemos y será si el alemán u holandés de nuestro ejemplo podrían optar por la ley francesa cuando no son nacionales franceses pero podrían serlo al momento de su fallecimiento. Para evitar hacer un testamento que recoja una opción que va a poder ser o no aplicada, cosa que sí admite el RSE, parece, esto como criterio práctico, que debemos desaconsejar al cliente que haga una opción más allá de la opción por su Derecho nacional al otorgar, recomendándole que, de cambiar su nacionalidad, vuelva a hacer testamento.

Por supuesto, una pregunta que también nos podemos plantear es qué pasa si el ciudadano alemán u holandés efectivamente hizo testamento, optó por el Derecho de su nacionalidad y luego se nacionalizó francés sin volver a optar. Tal como está formulado el Reglamento no hay nada que nos lleve a pensar que la conservación de la nacionalidad por la que se opta sea un requisito para la validez de la opción, de forma que la opción por el Derecho alemán u holandés no habrá quedado sin efecto por el cambio de nacionalidad a menos que se haya condicionado la opción a que la nacionalidad del país cuya ley se ha elegido se conserve al fallecimiento; pues, si puedo optar, podré también condicionar la opción. Y si así fuera, el alemán u holandés ahora nacionalizado francés, fallecerá sin que haya opción válida y se le aplicará la ley de su residencia.

He dicho que el RSE exige que la opción se haga en forma de disposición *mortis causa* o resulte de la forma en que esa disposición esté redactada. Pero el art. 22 dice también que la validez material del acto por el que se haya hecho la elección de la ley se regirá por la ley elegida ¿Qué supone esto? ¿quiere decir el RSE que la posibilidad de optar sólo sería posible si la admitiera la ley elegida? En tal caso, para el alemán u holandés de la historia no hay problema ninguno: sus países han aprobado el RSE y las leyes de ambos países, alemana y holandesa, admiten la opción, en cuanto que el Reglamento se aplica en ambos. Pero si el ciudadano de nuestra historia es inglés, y teniendo en cuenta que Gran Bretaña no ha aprobado el RSE, ¿podrá optar, dado que su Derecho Internacional Privado no contempla la posibilidad de optar? En realidad, no es así como debe entenderse el RSE. Que el Derecho inglés se aplique a la validez material del acto de la elección no significa que se aplique a la posibilidad de optar. El considerando 40 del RSE, efectivamente, dice:

La elección de la ley realizada en virtud del presente Reglamento debe ser válida aun cuando la ley elegida no prevea la elección de la ley en materia de sucesiones. Debe corresponder, no obstante, a la ley elegida determinar la validez material del acto de la elección, es decir, si cabe considerar que la persona que llevó a cabo la elección comprendió lo que estaba haciendo y consintió en ello. Por tanto, a este ciudadano inglés sí se le permitirá optar por

el Derecho inglés cuando haga su testamento en España. El Derecho inglés sólo se aplicará a su capacidad de optar válidamente, por su comprensión del acto de aceptar en sí mismo y de sus consecuencias.

Dos cuestiones se me ocurren a propósito de la facultad de optar:

La primera, si la opción puede ser condicional. La respuesta ha de ser positiva, pues el que puede lo más puede lo menos y, además, la propia opción por el Derecho de la nacionalidad que el causante pueda tener al tiempo del fallecimiento ya es, en sí misma, una opción condicionada al hecho de que llegue a adquirirla. Al margen de ello, la opción puede ser condicionada al hecho de estar casado o tener hijos, etc.)

La segunda es si, revocado un testamento en que había opción de Derecho por otro en que no hay opción, la revocación abarca a la opción o no. La respuesta es dudosa y parece que, dado que se admite en el RSE la opción tácita, si fue realmente la voluntad tácita del causante por los términos en que está redactado el segundo testamento el mantenimiento de la opción, no se entendería ésta revocada.

Ni que decir tiene que, al asesorar a los ciudadanos sobre la posibilidad de optar, debemos procurarnos en la medida de lo posible información referida a la ley nacional elegida, pues el causante no tiene por qué saber cuál es la que más le conviene. Por ejemplo: a un holandés le convendrá en la mayoría de casos optar por su Derecho nacional si quiere favorecer a su esposo o esposa sobreviviente. Pero ciertas normas reguladoras de causas de indignidad para suceder en Holanda son más rigurosas allí que aquí (estoy pensando en las que afectan a los que cuidan a las personas mayores), por lo que, siendo éste el caso, les interesará más el Derecho español que le corresponda con arreglo a su residencia.

5. El reenvío

Hemos visto, por tanto, que el RSE establece como punto de conexión básico el de la residencia al tiempo del fallecimiento, si bien la opción del causante (que también puede ser tácita) puede dar lugar a la aplicación de una ley distinta a la de la residencia.

Pero hay otro elemento a tener en cuenta que igualmente podría determinar la inaplicación de la ley de la residencia. Nos referimos al reenvío, que regula el RSE en su artículo 34. El RSE es, además, generoso en su aplicación, apartándose así de los estrechos límites que para el reenvío dispone el artículo 12.2 de nuestro Código Civil, que queda sin efecto.

El artículo 34 dispone, efectivamente, un reenvío de primer grado a la ley de un Estado miembro y también de segundo grado a la ley de un tercer Estado. El reenvío de segundo grado, eso sí, sólo se admite cuando la ley de ese tercer estado ya no dispone ningún otro reenvío y aplica su propia ley.

Encontramos, pues, varias situaciones:

1. Un ciudadano italiano fallece teniendo Suiza como última residencia. Las normas de conflicto suizas disponen la aplicación del Derecho de la residencia, Suiza, por lo que se aplica la ley material suiza y no hay reenvío.

2. Un ciudadano italiano fallece teniendo su última residencia en Inglaterra y todos sus inmuebles en Italia. Aplicándole la ley de su residencia, acudiremos a las normas de Derecho Internacional Privado inglés, que remiten, en cuanto a los inmuebles, a la ley del país de su situación, Italia. Se trata de un reenvío de primer grado a Estado miembro, que admite el RSE (34.1.a).

3. Un ciudadano italiano fallece teniendo su última residencia en Inglaterra y todos sus inmuebles en Nueva York. Aplicándole la ley de su residencia, acudiremos a las normas de Derecho Internacional Privado inglés, que remiten, en cuanto a los inmuebles, a la ley del país de su situación, Nueva York. Las normas de Derecho Internacional Privado en Nueva York también aceptan el criterio de situación para los inmuebles. Se trata de un reenvío de segundo grado a un tercer Estado que aplica su legislación, que admite el RSE (34.2.a).

4. Un ciudadano italiano fallece teniendo su última residencia en Inglaterra y todos sus inmuebles en Suiza. Aplicándole la ley de su residencia, acudiremos a las normas de Derecho Internacional Privado inglés, que remiten, en cuanto a los inmuebles, a la ley del país de su situación, Suiza. Las normas de Derecho Internacional Privado en Suiza recogen el criterio de la residencia, que es Inglaterra. En la medida en que con arreglo a la legislación suiza no se aplicaría su propia ley, la suiza, a la sucesión, este reenvío no se acepta y se aplicaría el Derecho inglés.

En todos los casos, estamos hablando de un ciudadano que no ha optado expresa o tácitamente por que se le aplique la ley de su nacionalidad (en los términos que vimos antes) y de un ciudadano que no mantiene un vínculo más estrecho con un Estado distinto a aquel cuya legislación le sea aplicable (esto, siempre con el carácter excepcional que exige la aplicación de este criterio). En tales casos, se le aplicaría directamente la ley material por la que optó o la ley material del país con el que mantiene un vínculo más estrecho. Así resulta de lo dispuesto en el art. 34.2 del RSE, que excepciona la aplicación del reenvío en tales casos.

6. El orden público y el fraude de ley

Hemos visto que existen tres criterios correctores del criterio básico de la residencia: la opción expresa o tácita, el vínculo más estrecho y el reenvío. Pero existen otros dos: el orden público y el fraude de ley. Hemos visto que existen tres criterios correctores del criterio básico de la residencia: la opción expresa o tácita, el vínculo más estrecho y el reenvío. Pero existen otros dos criterios correctores como lo son el orden público (piénsese en la posible aplicación de un Derecho musulmán que implicara atribuir doble porción al hijo que a la hija en la sucesión o los problemas que podría plantear el doble matrimonio en la determinación de los derechos sucesorios) y también el fraude de ley (la creación de un punto de conexión artificioso con el único objeto de lograr la aplicación de una ley que permita eludir la aplicación de la que hubiera sido procedente). Ambas figuras, y también la del reenvío, plantean el problema de si sólo serán apreciadas judicialmente o también por el Notario. En contra del criterio de algunas sentencias del TS español referidas al reenvío y que parecen reacias a admitir que el Notario aprecie su aplicación, entiendo que el RSE no permite otra cosa que entender que el Notario debe tomarlas en cuenta con carácter previo para evaluar la ley aplicable y que debe hacerlo inexcusablemente. En cualquier caso, salvo el reenvío, el juego de estas figuras no va a ser frecuente.

7. Amplitud del concepto "ley aplicable a la sucesión"

Una vez que ha quedado perfilada la ley que se aplica a la sucesión conforme al RSE, me voy a ocupar ahora de otra cuestión importante: ¿Cuándo hablo de "ley aplicable a la sucesión" a qué me estoy refiriendo exactamente? El RSE también desarrolla esta cuestión, básicamente en su art. 23.

Este artículo, una vez ha plasmado en su primer párrafo la elección de un sistema monista para la resolución de conflictos sucesorios ("una sola ley regirá la totalidad de la sucesión"), desarrolla en su párrafo dos qué debe entenderse por ley de la sucesión.

Dice el art. 23.2: «Dicha ley regirá, en particular:

a) las causas, el momento y el lugar de la apertura de la sucesión;

b) la determinación de los beneficiarios, de sus partes alícuotas y de las obligaciones que pueda haberles impuesto el causante, así como la determinación de otros derechos sucesorios, incluidos los derechos sucesorios del cónyuge o la pareja supérstite.

Aquí estarían incluidas las normas de las que resulta la calificación de un

beneficiario como heredero o legatario; la admisión del legatario de parte alícuota; el acrecimiento, la representación y las sustituciones de todo tipo; a las reservas o a las normas que regulan la sucesión intestada (todo lo cual está relacionado con la identificación de los beneficiarios). Esta letra b) también se aplicaría a los modos de las disposiciones testamentarias; o a la fiducia y la confianza.

Se incluirían aquí, también, todos aquellos derechos que no son legitimarios pero sí corresponden al viudo o a la pareja en la sucesión. Es el caso de los derechos del viudo en Cataluña, por ejemplo.

c) La capacidad para suceder.

d) La desheredación y la incapacidad de suceder por causa de indignidad.

e) La transmisión a los herederos y, en su caso, a los legatarios, de los bienes, derechos y obligaciones que integren la herencia, incluidas las condiciones y los efectos de la aceptación o renuncia de la herencia o del legado.

Este apartado es especialmente importante, pues en este punto existen importantes diferencias entre los países: los efectos de la aceptación, la necesidad o no de aceptación de legados, sí han de ser entregados los legados o se reciben sin necesidad de entrega y el momento en que se entiende recibida la herencia o el legado, con las consecuencias que eso conlleva.

f) Las facultades de los herederos, de los ejecutores testamentarios y otros administradores de la herencia, en particular en orden a la venta de los bienes y al pago de los acreedores.

g) La responsabilidad por las deudas y cargas de la herencia.

h) La parte de libre disposición, las legítimas y las demás restricciones a la facultad de libre disposición *mortis causa*, así como las reclamaciones que personas próximas al causante puedan tener contra la herencia o contra los herederos.

i) La obligación de reintegrar o computar las donaciones o liberalidades, adelantos o legados a fin de determinar las cuotas sucesorias de los distintos beneficiarios.

j) La partición de la herencia».

Como vemos, el abanico de aplicación del Reglamento es muy amplio.

Hay, eso sí, que combinar este artículo 23 del Reglamento con el artículo 1 del mismo, que precisa a qué no se extiende el Reglamento. Por su importancia, y aparte de las cuestiones fiscales, que ya mencionamos, las aduaneras y administrativas, destacaremos la inaplicación del Reglamento a las siguientes cuestiones:

– La capacidad de las personas físicas (aunque el artículo 23 sí sujeta al RSE la capacidad para suceder, como hemos visto, y el 26, al referirse a la validez

material de la disposición *mortis causa*, dice que en el concepto validez material se incluye la capacidad del disponente para realizar la disposición y que esta validez material (artículo 24) se regirá por la ley que sería aplicable a la sucesión con arreglo al RSE si el causante hubiera fallecido en el momento del otorgamiento o a la que el disponente haya elegido, en los términos que prevé el 22 RSE, para que a ella se someta la validez material de la disposición y, por tanto, la capacidad para otorgarla. Y hay que completarlo con la regla que después veremos y que considera como cuestión formal y no material la edad, la nacionalidad o las condiciones personales del testador que limiten la forma de disposición. Así es que, la capacidad a que hace referencia aquí el RSE, y que se someterá en España a lo dispuesto en el artículo 9.1 del CC, debe entenderse como la aptitud natural de entender y querer la disposición. Debe advertirse que, equivocadamente, el RSE habla de capacidad jurídica cuando debía haberse referido a la capacidad de obrar.

– Las cuestiones que se rijan por la normativa aplicable a las personas jurídicas, como las contenidas en la escritura o los estatutos que determinen la suerte de las acciones o participaciones a la muerte de un socio, y la disolución, extinción y fusión de personas jurídicas.

– Los regímenes económicos matrimoniales o de pareja (que hoy se sujetan a los dispuesto en el Reglamentos 1103/2016 y 1104/2016, sin perjuicio del Derecho transitorio)

– Las obligaciones de alimentos que no tengan causa en la muerte (por lo que, sensu contrario, el Reglamento sí se extiende a las obligaciones de alimentos a favor del viudo que tengan causa en la muerte, como las que corresponden al viudo catalán u holandés).

– La propiedad conjunta de varias personas con reversión al supérstite (compras con pacto de supervivencia, joint tennacy).

8. La importante exclusión de la naturaleza de los derechos reales y su inscripción

Por encima de todas las exclusiones destacan las referidas a la naturaleza de los derechos reales y a cualquier inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro, incluidos los requisitos legales para la práctica de los asientos y los efectos de la inscripción o de la omisión de la inscripción de tales derechos en el mismo. El considerando 18 dice que es el Derecho del Estado miembro en que está situado el registro el que determina las condiciones legales y la manera de practicar la inscripción y a los derechos reales y su

naturaleza será de aplicación el artículo 10 CC. Ello obliga a encontrar el límite entre las cuestiones sucesorias (sujetas al Reglamento) y las que tienen que ver con la naturaleza del derecho real y su inscripción (sujetas a la *lex rei sitae*, si hablamos de inmuebles). Que esta cuestión no es fácil resultará más claro si ponemos ejemplos:

Un causante francés muere siendo residente en Francia. Ha legado en testamento a un amigo un inmueble en Alemania y nombrado heredero a su hijo. Con arreglo a la ley francesa aplicable, el legatario adquiere automáticamente la propiedad del legado desde que fallece el causante. Ahora bien, al tratar de inscribirlo en Alemania, y teniendo en cuenta que en Alemania el legado sólo da derecho a exigir la entrega al heredero, ¿se inscribirá el inmueble directamente por aplicación de la ley francesa o se exigirá la entrega del legado por el heredero? Es esta una cuestión dudosa, como es dudosa la frontera entre lo que son requisitos de inscripción y lo que constituye ley material. Yo me inclinaría por entender que el tipo de documento inscribible, los efectos de la inscripción y la forma de practicarla, se someterían efectivamente a la ley alemana, pero que no debe ser exigida la entrega por el heredero al legatario por entrar dentro de los requisitos materiales que se exigen para la transmisión de su derecho al legatario y que no exige la ley francesa aplicable.

Este es el criterio que resulta de la sentencia Mankhof del TJUE de fecha 21 de junio de 2018, a propósito de un legado sujeto a la legislación sucesoria de Polonia sobre un bien en Alemania.

Otra de las cuestiones a mi juicio también dudosa está relacionada con la partición de la herencia y la obligatoria intervención en ella del albacea. La partición se sujeta al Reglamento, no cabe duda. Cierto es que la partición es la que atribuye al heredero la propiedad de los bienes que en la partición se le adjudican. Y cierto es también que los requisitos de inscripción de la partición quedan fuera del Reglamento, lo que me lleva a la siguiente duda: Imaginemos que un ciudadano inglés es residente en Inglaterra y ha de aplicarse a la sucesión la legislación inglesa. La legislación inglesa exige siempre, como sabemos, la intervención de un executor investido por el tribunal. El causante ha hecho testamento en España y ha nombrado heredera universal a su viuda. La viuda viene a nuestra notaría a formalizar la adjudicación, que se presenta a inscribir ¿Debe exigirse que intervenga el executor o será inscribible la adjudicación otorgada por la viuda acompañada del título sucesorio (el testamento) junto con el certificado de defunción y últimas voluntades? Es una cuestión que el Reglamento no resuelve directamente. El considerando 43 y el artículo 29 sólo cuidan de que el tribunal competente de un Estado miembro, que debe aplicar Derecho extranjero pero cuya ley propia exige el nombramiento de administrador,

pueda hacerlo sujetándose a una serie de reglas establecidas, administrador que, según el caso, debería respetar las facultades del albacea o ejecutor nombrado. Pero, en el caso que apuntábamos, ¿debe intervenir el albacea? ¿estamos ante un requisito material de la partición o ante un requisito que entra dentro de la adquisición del derecho real y la inscripción? Tengo que admitir que no estoy segura de la respuesta, pero igual sea más acertado entender que las facultades del albacea, y el hecho de que sea o no obligatoria su intervención, entrarían más bien en el ámbito del Derecho material aplicable a la sucesión, por lo que me inclino por la necesidad de su intervención. Y es que la intervención del albacea está íntimamente ligada a la propia dinámica del Derecho sucesorio; y en el caso del albacea inglés en particular, la intervención del albacea está íntimamente unida a la configuración de su herencia en el ámbito material como un patrimonio que ha de ser liquidado.

El respeto a las normas que regulan la naturaleza del derecho real en cada Estado no implica, sin embargo, desconocer totalmente su regulación en los dos países que puedan estar implicados: ¿Qué ocurre cuando la ley sucesoria atribuye a una persona un derecho con un contenido determinado y ese derecho real tiene que hacerse valer en otro país? Porque ese contenido sí dependerá de la ley sucesoria, pero, en ese segundo Estado, el juez o el notario no sabrán en muchos casos qué contenido será ese y, una vez que lo conozcan, ¿cómo harán para qué los terceros conozcan a su vez cuál es ese contenido?

Pues bien, para resolver esta cuestión, dice el RSE en su artículo 31 que cuando una persona invoque un derecho real que le corresponda en virtud de la ley aplicable a la sucesión y el Derecho del Estado miembro en el que lo invoque no conozca ese derecho real, éste deberá ser adaptado al derecho real equivalente más cercano del Derecho de ese Estado teniendo en cuenta los objetivos y los intereses que aquel derecho real persiga y los efectos inherentes al mismo.

9. Los requisitos de forma

A. Forma de la disposición *mortis causa*

El Reglamento, en su artículo 27, establece que la disposición *mortis causa* será formalmente válida si se realiza conforme a la ley del otorgamiento; de la nacionalidad, residencia habitual o domicilio del testador en el momento de realizar la disposición o en el momento del fallecimiento; o con arreglo a la *lex rei sitae*, si se trata de inmuebles. La modificación o revocación de disposiciones *mortis causa* también sería válida formalmente si responde a cualquiera de

las leyes antes enunciadas e, incluso, el Reglamento considera cuestiones de forma la limitación de formas admitidas de disposición *mortis causa* que estén basadas en la nacionalidad, la edad u otras condiciones personales del testador (así, por ejemplo, se consideraría que son cuestiones formales, a los efectos del Reglamento, las limitaciones de edad para otorgar testamento o a la cualificación de los testigos). Y el considerando 52 citado dice, además, que si una disposición *mortis causa* es válida con arreglo a lo que dispone el RSE, la autoridad competente no debe tomar en consideración la creación fraudulenta de un elemento internacional con miras a eludir las normas sobre validez formal, otra vez en la línea de la generosidad en cuestiones formales.

B. Forma de la aceptación pura y simple o a beneficio de inventario y de la renuncia

No sólo pretende el Reglamento facilitar el otorgamiento de disposiciones *mortis causa* siendo generoso con las formas, sino que también lo es para que el llamado a la sucesión acepte pura o simplemente o a beneficio de inventario o renuncie, pues tales declaraciones serán válidas en cuanto a la forma si se sujetan a la ley aplicable a la sucesión con arreglo a lo que dispone el Reglamento o a la ley del Estado en que el declarante tenga su residencia habitual. Soluciona así el Reglamento una cuestión sobre la que ya me había preguntado a la hora de enjuiciar la validez formal de aceptaciones a beneficio de inventario o de renuncias hechas en otros países. Un problema que todavía se nos puede plantear es la prueba. Sería el caso de que fuere ley de la sucesión la inglesa. Aquí la renuncia es una mera manifestación de intenciones hecha al albacea sin formalidad ninguna. Si bien formalmente nada habrá que objetar (artículo 28 del Reglamento), ¿qué les pediremos en nuestras Notarías para que nos quede probada la existencia de la renuncia? Yo entiendo que debe ratificarse la renuncia en España en nuestra escritura, no porque se llene así un requisito de forma, sino porque es la única forma de que resulte probada.

10. Conflictos internos de leyes

España está en el caso previsto en el artículo 36.1 según el cual, en el caso de que la ley aplicable conforme al RSE fuera la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales, con sus propias formas de conflicto en materia de sucesiones, las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado

determinarán la unidad territorial correspondiente cuyas normas jurídicas regularán la sucesión. Pongamos un ejemplo:
Un matrimonio entre español de vecindad común y rusa tiene su residencia habitual en Moscú. A la sucesión de ambos se aplica el Derecho ruso de su residencia.
Ese mismo matrimonio se traslada a vivir a Navarra:
A la sucesión del ciudadano español no se le aplicará el Derecho navarro de su residencia, pues la determinación de la ley sucesoria que le sea aplicable se somete a las normas españolas de conflicto. Por ello, y aplicando el artículo 9.8 del CC al que remite el 16, se le aplicará la de su vecindad civil, que es la común. Sólo el cambio de vecindad de la común a la navarra en los términos del artículo 14 CC y por la duración de la residencia, podría determinar el cambio de ley sucesoria. La sucesión de la ciudadana rusa no puede resolverse con el criterio de la vecindad civil, de la que carece el extranjero. Se le aplicará entonces la de la residencia, entendida como tal la ley de la unidad territorial concreta en que hubiera residido, lo que se desprende del artículo 36.2.a del RSE; en este caso, la de Navarra. A la misma conclusión se llegaría si entendiésemos norma de conflicto interna el artículo 9.10 CC: al no haber nacionalidad (vecindad civil) común, se aplicaría la ley de la residencia habitual, en este caso, la navarra.

11. Derecho transitorio

¿Y qué ocurre hasta la entrada en vigor del RSE?
Teniendo en cuenta el artículo 83 del RSE, los testamentos que se hayan hecho antes serán válidos en cuanto al fondo y la forma:
1. si se sujetan ya a lo dispuesto en el RSE.
2. si se sujetan a las normas de DIP vigentes cuando se hizo la elección (aquí parece que debiera hablado de otorgamiento y no de elección, que es lo dice, por otra parte, la versión inglesa del RSE):
A. en el Estado en que el causante tenía su residencia habitual.
B. o en cualquiera de los Estados cuya nacionalidad poseía o en el Estado miembro de la autoridad que sustancie la sucesión.
Si un testamento se hubiera hecho antes de la entrada en vigor del RSE con arreglo a la ley que el causante hubiera podido elegir, se considerará que dicha ley ha sido elegida como ley aplicable a la sucesión. Piénsese en todos los testamentos que muchos extranjeros han otorgado en España con arreglo a su ley nacional aunque no haya sido expresamente elegida.

12. El Certificado Sucesorio Europeo

El RSE regula un documento con unas características muy especiales que permiten afirmar que se trata de un documento que no encaja en las categorías que actualmente conocemos. De él podemos afirmar:

1. Que es un documento público europeo, con una matriz que conserva la autoridad que lo expide

y cuyas copias son las llamadas a circular como copias autorizadas, con la peculiaridad de las copias tendrá un plazo de vigencia de seis meses prorrogables.

2. Que como tal documento público, procederá de autoridad pública competente, que será determinada por cada Estado miembro (España, por ejemplo, ha comunicado su decisión de que sean considerados autoridad competente, los Jueces y los Notarios; en Alemania lo son los jueces; en Portugal, los registradores; en Holanda, los notarios), cuya decisión será recurrible judicialmente.

3. Que responderá a unos modelos tipo que, supuestamente, favorecerán su circulación (recogidos en el Reglamento de Ejecución 1324/2014 de la Comisión Europea), con la crítica que pueden suscitar todos los modelos estandarizados.

4. Que su contenido se sujetará a la ley aplicable de acuerdo con el RSE.

5. Que no tiene fuerza ejecutiva por sí mismo (no resulta claro que quiere decir el RSE en este punto. Probablemente, que su fuerza ejecutiva derive de que acompañe a la propia partición de la herencia, verdadero título ejecutivo).

6. Tiene valor probatorio de la cualidad de heredero, legatario, ejecutor testamentario o administrador de la herencia, de manera que quien confíe en su contenido como deudor o como adquirente de bienes de la herencia quedará protegido salvo negligencia grave en su actuación. Precisamente este valor probatorio es el que explica la propia regulación del certificado.

7. Que sólo puede ser solicitado por el heredero. legatario, ejecutor testamentario o administrador de la herencia para producir sus efectos en otro Estado, aunque una vez solicitado, también podrá ser empleado en el país de origen (esto se explica por la necesidad de evitar duplicar documentación, interna y europea).

8. Que es compatible con los documentos que regula el Derecho interno. En muchos países, por tanto, convivirá con las declaraciones de herederos.

9. Que su utilización es discrecional.

10. Que su contenido puede ser más o menos amplio, dependiendo de la finalidad para la que se solicita y parece posible que convivan distintos certificados.

11. Que no está sujeto a ninguna formalidad posterior(legalización/ apostilla).

12. Que es directamente inscribible en otro Estado miembro, si bien teniendo en cuenta que los derechos reales y los requisitos de inscripción se sujetan a la *lex rei sitae*.

El hecho de que sea directamente inscribible, pero con las restricciones derivadas de la *lex rei sitae*, va a plantear importantes dudas en la práctica. El considerando 68 exige, en cualquier caso, a la autoridad que expide el certificado, que tenga en cuenta las formalidades que se exigen para la inscripción de los bienes inmuebles en el Estado miembro en que esté situado el Registro. El respeto a la *lex rei sitae*, por tanto, va a modalizar claramente el principio de la directa inscribibilidad del certificado. El propio contenido del certificado también plantea ciertos problemas a la hora de considerarlo título inscribible: no tiene cabida en él la aceptación ni la liquidación previa, bastante frecuente, de un régimen matrimonial y queda en el aire la cuestión de las aceptaciones o repudiaciones que pudieran haberse producido o no y de las que puede depender que un bien inmueble sea efectivamente propiedad del heredero o legatario.

También plantea dudas la competencia territorial en su expedición. Efectivamente, con arreglo al artículo 64 del RSE, el certificado será expedido por el Estado miembro cuyos tribunales sean competentes en virtud de las reglas de competencia que el RSE desarrolla en los artículos 4,7,10 y 11. Estos artículos establecen en este orden la competencia del Estado de residencia habitual del causante, del Estado que corresponda con la ley por la que optó el causante si es elegida por las partes interesadas, del Estado de situación de los bienes cuando se den las circunstancias que el RSE establece y del Estado con el que el asunto tenga vinculación suficiente. Estas normas son de aplicación al Notario cuando sea comptente para su expedición.

La posibilidad de que el certificado lo expida el Notario (o el Tribunal) del lugar cuya ley haya sido elegida por el causante en su testamento, que no es la de la residencia, plantea dudas. El artículo 7 es aplicable en esta cuestión de competencia en la expedición del certificado, pero no los 5 y 6, aunque a ellos remite el 7. Entiendo que la interpretación de este precepto nos llevaría a concluir que el Notario (o Tribunal) de un país sería competente para emitir el certificado, aunque no sea el de residencia, cuando todas las partes lo hayan elegido. Aunque la pregunta subyacente sería el cómo. Y, además, para que todos los interesados reconozcan la competencia del Notario del país que no es el de la residencia, hay que presuponer que ya se conoce quiénes sean éstos, lo que habrá requerido una labor previa del Notario que se habrá plasmado ¿dónde? ¿y deberán estos interesados haber aceptado previamente si se les exige la aceptación en el Derecho material que le es aplicable a la sucesión? Y, ¿no parece pretenderse por el RSE que el CSE sea un título previo y no un título que se emita a posteriori? Por otro lado, se mantiene la duda de si, operando esta regla, deja ya de ser competente el de la residencia o no para todos los aspectos de la sucesión.

Acerca de la tercera posibilidad, que lo expida el notario correspondiente al lugar de situación del bien , dice el RSE, que, aun cuando el causante no tenga su residencia habitual en un Estado miembro, el Notario sería también competente para expedir el certificado en relación con la totalidad de la sucesión si el causante tuviera la nacionalidad de ese Estado a su fallecimiento o si hubiera tenido en él su residencia habitual siempre que no hayan transcurrido más de cinco años desde el cambio de residencia habitual (artículo 10.1 del RSE). Por ejemplo, un español reside en Rusia desde hace cuatro años y tiene bienes en España. El Notario español resultaría competente.

Pero, ¿y si el causante tiene su residencia habitual en Francia? ¿Sería competente sólo el Notario francés estimando que la regla de residencia se dispone antes en el RSE que la ley de situación del bien? ¿O también sería competente el Notario español de situación del bien? Adviértase que el artículo 10.1 dice: «aun en el supuesto de que el causante no tuviera su residencia habitual en un Estado miembro», por lo que aunque sí la tuviera también se podría aplicar este criterio y tener por competente al Notario que corresponde al lugar de situación del bien.

Así las cosas, o sólo el Notario de un país sería competente o podrían resultar competentes Notarios de distintos países. A mí me convence más lo segundo, que favorece la obtención más ágil del certificado y habida cuenta, además, de que pueden convivir varios certificados que sirvan a distintos fines y por qué no podrían emitirlos Notarios de distintos países. El problema que subsiste será el de la discordancia entre los varios certificados, a cuyos efectos se debe potenciar su Registro a nivel europeo, algo en lo que ya se está trabajando, como también se está trabajando en la coordinación de los Notarios de distintos países en la difusión de conocimientos y de información para la mejor expedición del certificado, cual es el caso de la Red Notarial Europea (RNE) y la plataforma informática notarial EUFIDES.

Quedaría luego por resolver qué Notario en concreto sería competente para dictar el certificado sucesorio. Esta cuestión no queda resuelta en el RSE, que sólo resuelve sobre la competencia de las autoridades de un determinado país. Para la determinación de qué Notario (o Tribunal) sería competente en concreto, habrá que estar a las normas nacionales de competencia si existiesen o aplicar quizá la analogía o aplicar el criterio generalmente establecido en el Notariado europeo de libre elección del Notario.

Derechos sucesorios de los cónyuges del mismo sexo en España. Reconocimiento en la UE

Josefina Alventosa del Río
Profesora Titular de Derecho civil, Universitat de València

El presente trabajo trata de determinar los derechos sucesorios de los cónyuges en matrimonios de personas del mismo sexo. Dicho matrimonio está reconocido legalmente en España desde 2005, atribuyéndoles los mismos efectos y derechos que a los matrimonios de personas de distinto sexo. Se ha admitido la celebración con extranjero en cuyo país no se permita el matrimonio igualitario por considerar que la aplicación de la ley extranjera a la capacidad matrimonial es contraria al orden público interno. Entre otras, se plantea la cuestión de la determinación de la ley aplicable a la sucesión de los cónyuges españoles cuando éstos tienen distinta vecindad civil y cuando uno de los cónyuges es extranjero, particularmente, de país donde no se admita dicho matrimonio. Esta cuestión reviste cierta complejidad por las diferentes interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre las normas españolas de aplicación en relación con el Reglamento UE 650/2012 de Sucesiones.

The present work tries to determine the inheritance rights of the spouses in marriages of people of the same sex. This marriage has been legally recognized in Spain since 2005, attributing to them the same effects and rights as marriages of people of different sex. The celebration with a foreigner in whose country equal marriages are allowed is not allowed because it considers that the application of the foreign law to the matrimonial capacity is contrary to the internal public order. Among others, the question arises of the determination of the law applicable to the succession of Spanish spouses when they have a different civil neighborhood and when one of the spouses is a foreigner, particularly from a country where said marriage is not admitted. This question has a certain complexity due to the different doctrinal and jurisprudential interpretations of the Spanish norms of application in relation to EU Regulation 650/2012 of Inheritance.

Il presente articolo intende definire i diritti successori dei coniugi che abbiano contratto matrimonio con un partner dello stesso sesso. Tale matrimonio è riconosciuto in Spagna dal 2005. Esso ha gli stessi effetti ed attribuisce ai coniugi gli stessi diritti dei matrimoni tra persone di genere diverso. Non è però permessa la celebrazione di tale matrimonio con un cittadino straniero proveniente da un Paese in cui tali matrimoni siano consentiti, perché si ritiene che l'applicazione del diritto straniero alla capacità matrimoniale sia contraria all'ordine pubblico nazionale. Una delle questioni che si pongono è quella della determinazione della legge applicabile alla successione di coniugi spagnoli che abbiano residenze diverse e quando uno dei coniugi sia cittadino straniero, soprattutto se proveniente da un Paese che non abbia riconosciuto tali matrimoni. Si tratta di una questione complessa a causa delle diverse interpretazioni della dottrina e della giurisprudenza delle norme applicative spagnole in relazione al Regolamento UE 650/2012 sulle successioni.

Sumario: 1. El reconocimiento del matrimonio de personas del mismo sexo en España. – 1.1. Reconocimiento del matrimonio de personas del mismo sexo en España. Estatuto básico matrimonial. – 1.2. El matrimonio de personas del mismo sexo entre español y extranjero. Reconocimiento de los efectos derivados del mismo. – 2. Derechos sucesorios de los cónyuges del mismo sexo en España. – 2.1. Breve referencia al sistema sucesorio español de los cónyuges. – 2.2. Derechos sucesorios del cónyuge supérstite extranjero en España. – 3. Problemática del reconocimiento de los derechos sucesorios derivados de matrimonios del mismo sexo en países donde no se admite dicho matrimonio. – 3.1. Diversidad de posturas ante el reconocimiento de efectos derivados del matrimonio igualitario. – 3.2. La pretendida conversión del matrimonio de personas del mismo sexo en unión civil y su repercusión en los derechos sucesorios de los cónyuges. – 3.3. Posibildades que ofrece el Reglamento Sucesorio Europeo.

1. El reconocimiento del matrimonio de personas del mismo sexo en España

En España, la discriminación jurídica de las personas LGTBI se mantuvo prácticamente hasta la publicación de la Constitución de 1978, haciéndose más patente quizá en el ámbito del Derecho civil, y especialmente en el Derecho de familia, ya que la homosexualidad era considerada como una conducta socialmente peligrosa y ciertas manifestaciones de la misma delito de escándalo público, lo que determinaba que las personas LGTBI quedaran excluidas de algunas relaciones familiares básicas, como la relación conyugal o la adopción[1].

La erradicación jurídica, y en su caso social, de la discriminación de las personas LGTBI fue debida fundamentalmente a los nuevos principios instaurados en la Constitución Española de 1978 (CE), en cuanto en su art. 1 proclama como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político; en su art. 10 establece que «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social»; en su art. 14 se establece el principio de no discriminación, y en el art. 32 el derecho a contraer matrimonio del hombre y la mujer con plena igualdad jurídica.

En nuestra sociedad la existencia de parejas del mismo sexo era una realidad constatada. Pero una realidad no reconocida socialmente ni protegida jurídicamente. Por ello, desde la despenalización de la homosexualidad y el progresivo reconocimiento de sus derechos como personas y ciudadanos del Estado español, dichas parejas han reclamado el reconocimiento jurídico de su unión, bien como matrimonio bien como unión estable, presentando sus reivindicaciones tanto ante el poder legislativo como ante el judicial.

Frente a la reivindicación del matrimonio de parejas del mismo sexo, se esgrimió por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, entre otros argumentos, que el matrimonio ha sido siempre entendido como una institución en la que la diferenciación de sexos es esencial. Estas argumentaciones en contra del matrimonio de las parejas del mismo sexo parecieron ser confirmadas por el Auto del Tribunal Constitucional 222/1994, de 11 de julio, que declaró «la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del matrimonio», señalando que la unión entre personas del mismo sexo biológico no era una institución jurídicamente regulada, ni existía un derecho constitucional a su establecimiento, todo lo contrario al matrimonio entre un hombre y una mujer que era un derecho constitucional (art. 32.1), y que generaba *ope legis* una pluralidad de derechos y obligaciones.

Sin embargo, progresivamente nuestros Tribunales fueron reconociendo derechos a las parejas de hecho de distinto y del mismo sexo; ello unido a las reivindicaciones sociales de las mismas dio lugar a un gradual reconocimiento legal de éstas, que tuvo diferentes manifestaciones.

---

[1] Véase J. ALVENTOSA DEL RÍO, *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español*, Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008, 141 ss., y bibliografía allí citada. La exclusión definitiva de la homosexualidad como estado de peligrosidad se realizó por la ley 77/1978, de 26 de diciembre, de modificación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social y de su Reglamento.

Un primer paso fue el reconocimiento jurídico de las parejas de hecho, tanto de distinto como del mismo sexo, a través de la creación de los Registros de uniones civiles o de hecho, con la finalidad de utilizarlos como prueba de la convivencia de estas parejas, con independencia de su orientación sexual, y para constatar la realidad social de las mismas.

Posteriormente, las Comunidades Autónomas a partir de 1998 empezaron a legislar sobre las parejas de hecho, dotándolas de un régimen jurídico específico, regulándose en todas ellas las uniones estables de parejas del mismo o distinto sexo.

Un paso más en el reconocimiento de los derechos de estas parejas en el ámbito familiar fue la reivindicación de las parejas del mismo sexo de tener posibilidad de contraer matrimonio, reivindicación que es antigua, dado que la primera solicitud de una pareja del mismo sexo ante el Registro civil para contraer matrimonio data del año 1988.

Dichas reivindicaciones culminaron con el reconocimiento del matrimonio igualitario en 2005.

1.1. Reconocimiento del matrimonio de personas del mismo sexo en España. Estatuto básico matrimonial

En nuestro país se reconoció legalmente el matrimonio entre personas del mismo sexo en 2005 mediante la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Dicha modificación se llevó a cabo en medio de una gran polémica social, política y académica. Pues esta iniciativa produjo un rechazo absoluto en ciertos sectores por considerar tal norma inconstitucional y contraria al concepto de matrimonio tradicionalmente admitido en nuestro país, existiendo posturas intermedias que admitían el matrimonio de parejas del mismo sexo pero se oponían a que ello conllevara la existencia de relaciones de filiación atribuidas a ambos miembros de dicha pareja o la posibilidad de adoptar conjuntamente la pareja homosexual, y otras que consideraban la posibilidad del reconocimiento jurídico de la unión homosexual a través de una figura específica[2]; aunque otros sectores defendieron

[2] La postura dominante y extensamente defendida por la doctrina científica fue que no era constitucional la admisión del matrimonio entre parejas del mismo sexo, postura que se recogió fundamentalmente en algunos informes de instituciones jurídicas importantes, entre los que cabe mencionar, además del dictamen del Consejo de Estado, el Informe del Consejo General del Poder Judicial y el de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, los cuales coincidían en los argumentos de fondo.

la constitucionalidad de la norma y aplaudieron la iniciativa del Gobierno[3].
No obstante, dicha ley fue aprobada por el Congreso de los Diputados en su sesión del día 30 de junio de 2005[4], publicándose en el Boletín Oficial del Estado el día 2, entrando en vigor al día siguiente (BOE, sábado 2 de julio de 2005, núm. 157).
Poco después de la entrada en vigor de la Ley 13/2005, se produjo su impugnación ante el Tribunal Constitucional por algunos Jueces Encargados del Registro civil y por el Grupo Parlamentario Popular que interpuso recurso de inconstitucionalidad de la misma el 30 de septiembre de ese año. El citado recurso de inconstitucionalidad fue resuelto por el Tribunal Constitucional en la sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, que declaró la constitucionalidad de la misma[5].
El reconocimiento del matrimonio de personas del mismo sexo lo fundamentó la Ley en el respeto a la dignidad de la persona, en el reconocimiento de sus derechos esenciales y en el libre desarrollo de la personalidad, contemplados en el fundamental art. 10 de la CE, en el principio de no discriminación por ninguna causa (art. 14 CE), y en el reconocimiento del derecho al matrimonio que tienen todas las personas (art. 32 CE), entre otros fundamentos recogidos en la propia Ley 13/2005 (fundamentos que también se mencionan en la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005 de la Dirección General de Registros y Notariado – DRGN –).
La citada Ley 13/2005 introdujo dicho reconocimiento en el Código civil español (c.c.), añadiendo un segundo párrafo en el art. 44 que establece que «El

[3] Véase la elaboración y fundamentación de la norma, así como las distintas posturas doctrinales, y el contenido de la Ley 13/2005 en J. ALVENTOSA DEL RÍO, *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español*, cit., 205 ss., y bibliografía allí citada.
[4] El resultado de la votación fue el siguiente: votos emitidos, 338; a favor, 187; en contra, 147; abstenciones, 4.
[5] En relación con esta sentencia véase, entre otros, P. BENAVENTE MOREDA, *Constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo: la garantía institucional del matrimonio y el derecho fundamental a contraerlo (A propósito de la STC de 6 de noviembre de 2012)*, in *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 27, 2013, 327-353; S. CARRIÓN OLMOS, *En torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre*, in DÍEZ-PICAZO (a cura di), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, Vol. 1, 2014, 851-874; A.M. LÓPEZ LÓPEZ, *En torno a la llamada interpretación evolutiva (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permitiendo el de personas del mismo sexo)*, in *Derecho privado y Constitución*, núm. 27, 2013, 173-208; F. MASTROMARTINO, *Sobre la interpretación evolutiva de la Constitución: notas al margen de una reciente sentencia del Tribunal Constitucional español sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo*, in *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 36, 2013, 153-176.

matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo»[6]. De manera que al matrimonio formado por personas del mismo sexo se le atribuyen los mismos efectos y, consiguientemente, los mismos derechos que a los matrimonios de personas de distinto sexo[7].

En este sentido, hay que señalar que a los matrimonios formados por personas del mismo sexo se les aplica igualmente los requisitos de capacidad y celebración del matrimonio, recogidos en los arts. 44 y ss del c.c., y las causas de separación, divorcio y nulidad, reguladas en los arts. 81 y siguientes del mismo. En cuanto a los requisitos esenciales para la validez del matrimonio son tres fundamentalmente: a) la capacidad de los contrayentes, no pudiendo contraer matrimonio los menores no emancipados, los ligados por vínculo matrimonial, los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción, los parientes colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado (siendo dispensable el tercer grado) y los condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal (dispensable también) (arts. 46, 47 y 48 c.c.); b) el consentimiento, que debe ser libre y consciente, y exento de vicios (arts. 45, 56 y 73 c.c.); y c) la forma, siendo que el art. 49 permite contraer matrimonio a cualquier español dentro o fuera de España en la forma regulada en el c.c. (forma civil), o en la forma religiosa legalmente prevista[8] (art. 49, en relación con los arts. 59 y 60 c.c. respecto a la forma religiosa);

[6] Esta es una reforma sustancial pues rompe el requisito esencial de la heterosexualidad del matrimonio, permitiendo éste a parejas del mismo sexo que tradicionalmente no tenían acceso al mismo. Aunque es de señalar que el régimen jurídico del matrimonio permanece inalterado en su contenido. En este sentido, todos los demás preceptos que se modificaron y que se refieren tanto a los efectos personales (arts. 66 y 67), como a los efectos patrimoniales (arts. 1323, 1344, 1348, 1351, 1361, 1404, 1458) del matrimonio son meras correcciones terminológicas, que no alteran el contenido de su regulación, sustituyéndose las expresiones "marido y mujer" por el término genérico de "cónyuges" o "consortes" para no distinguir el sexo de las personas componentes del matrimonio, como consecuencia de lo dispuesto en el art. 44.2º c.c.

[7] Así se afirma expresamente en la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005 señalando que esta disposición «permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición. En consecuencia, los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes; entre otros, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción».

[8] Hay que señalar que esta forma queda restringida para las personas del mismo sexo puesto que las religiones de mayor relieve, católica, evangélica, hebrea e islámica, se muestran contrarias a la celebración del matrimonio igualitario.

en estos casos se requiere que el consentimiento se dé por los contrayentes ante la autoridad competente (en la forma civil, sujetos señalados en los arts. 51.2 y 57 c.c.: Juez de Paz, Alcalde, Secretario judicial, Notario, o funcionario diplomático o Consular Encargado del Registro Civil en el extranjero; en la forma religiosa, ante el ministro de culto debidamente acreditado, art. 60.2 c.c.), y dos testigos mayores de edad; también pueden los españoles contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración (art. 49.2º c.c.); por otra parte, se establece que si ambos contrayentes son extranjeros, podrá celebrarse el matrimonio en España con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo la establecida por la ley personal de cualquiera de ellos (art. 50 c.c.).

En el ordenamiento jurídico español se establece que del matrimonio se deriva una relación jurídica específica que es la relación jurídica conyugal, integrada por un concreto régimen jurídico de efectos personales y patrimoniales.

De esa relación conyugal, a su vez, se derivan la relación de parentesco por afinidad entre un cónyuge y los parientes del otro cónyuge, y determinadas relaciones sucesorias (la legítima del cónyuge viudo, arts. 807 y 934 c.c., y la sucesión intestada del mismo, arts. 913 y 943 y ss c.c.). También pueden derivarse relaciones de filiación, aunque el matrimonio no es determinante de las mismas.

Como se ha señalado, el matrimonio para los cónyuges, tanto sean del mismo o distinto sexo, implica una serie de efectos personales y patrimoniales.

Los efectos personales se encuentran recogidos en los arts. 66 y ss del c.c., y fundamentalmente son vivir juntos, guardarse fidelidad, respeto, ayuda y socorro mutuo, y actuación en interés de la familia, debiendo compartir responsabilidades domésticas y el cuidado de ascendientes, descendientes y otras personas dependientes a su cargo.

En su aspecto patrimonial, rige el principio de autonomía de la voluntad en relación al régimen económico del matrimonio (art. 1315 c.c.). De manera que las parejas del mismo sexo se encuentran sometidas al régimen económico matrimonial que pueden establecer en Capitulaciones matrimoniales (art. 1315 c.c.), o, a falta de pacto de los cónyuges, será de aplicación, según su vecindad civil, el régimen económico supletorio regulado en el Código civil o en las Compilaciones de Derecho civil especial o foral. En los territorios de Derecho civil común, el Código establece en los arts. 1315 y siguientes que podrán regular sus relaciones patrimoniales en Capitulaciones matrimoniales, y en defecto de las mismas, se aplicará como supletorio el régimen de sociedad de gananciales (arts. 1316 y 1344 y ss. c.c.), pudiendo elegir en dichas capitulaciones cualquiera de los otros regimenes económicos regulados en el Código (el de separación de

bienes o el de participación), o realizar en los mismos las modificaciones que tengan por conveniente (art. 1325 c.c.).

Además de los señalados, el matrimonio produce otros efectos en otros ámbitos distintos al netamente matrimonial; así, entre otros, los cónyuges ejercen la patria potestad conjuntamente (art. 154 c.c.); rige la obligación de alimentos entre parientes, en este caso, entre los propios cónyuges (art. 143 c.c.); pueden ser nombrados tutores o curadores en las situaciones de incapacitación de uno de ellos (art. 234 c.c.), o representantes legales en las situaciones de ausencia (art. 184 c.c.); y pueden adoptar conjuntamente (art. 175 c.c.).

Por último, cabe destacar que, por virtud de la relación matrimonial, se conceden derechos sucesorios a los cónyuges tanto en la sucesión forzosa como en la sucesión intestada, a los que después se aludirá más detenidamente.

En España, en el ámbito interno, los antedichos efectos del matrimonio se aplican, como ya se ha indicado, tanto a los cónyuges de distinto como del mismo sexo, como señala expresamente el citado párrafo segundo del art. 44 c.c.

1.2. El matrimonio de personas del mismo sexo entre español y extranjero. Reconocimiento de los efectos derivados del mismo

Como es sabido, a diferencia de lo que sucede en España, el reconocimiento del matrimonio de personas del mismo sexo no se ha producido en todos los países, ni siquiera en todos los Estados pertenecientes a la Unión Europea.

Esta situación ha dado lugar a diversos problemas en cuanto al reconocimiento de los efectos derivados del matrimonio igualitario cuando uno de los cónyuges es extranjero, entre ellos, los relativos a los derechos sucesorios de los cónyuges. Al respecto, la Ley 13/2005 no previó en el ámbito del derecho internacional privado una norma de conflicto específica aplicable a la capacidad para contraer matrimonio. Sin embargo el art. 9.1 c.c. dispone que «La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte». Por lo que parece que hay que acudir a la regla general sobre capacidad contemplada en este precepto.

Por tanto, el matrimonio de personas del mismo sexo cuando ambos son españoles se rige por la legislación española, y, en consecuencia, el régimen jurídico, en relación a efectos y derechos de ambos cónyuges, que se les aplica es el español.

Sin embargo, cuando se trata de un matrimonio de personas del mismo sexo celebrado en España en el que uno de los contrayentes es nacional de otro país, o cuando ambos contrayentes son extranjeros, de país o países que no admiten dicho matrimonio, la cuestión es menos clara, puesto que, como consecuencia de la aplicación del citado art. 9.1 c.c., el contrayente extranjero tiene que acreditar su capacidad matrimonial conforme a su ley nacional. Ello impediría el matrimonio de personas del mismo sexo cuando la ley nacional del contrayente extranjero no permitiera o prohibiese dicho matrimonio en base al impedimento de la identidad de sexo.

Ante esta situación de conflicto, y ante la ausencia de una norma que determine la resolución del mismo, la doctrina mantuvo dos posturas distintas: por un lado, considerar el sexo de los cónyuges como una cuestión de capacidad matrimonial; y, por otro lado, estimar que se trata de un requisito objetivo del matrimonio[9], en cuya virtud se considera que los contrayentes quedan sujetos al orden público internacional español, y como en España en el ámbito interno los efectos del matrimonio se aplican también a los matrimonios de personas del mismo sexo, los matrimonios de dichas personas celebrados en España entre español y extranjero o entre extranjeros residentes en España quedan sujetos a la legislación española; y ello por aplicación del art. 12 c.c. (en el que se establece la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable) que señala en su número 3 que «En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público»[10].

En este sentido se pronuncia también la Dirección General de Registros y Notariados que ha ido resolviendo los distintos casos que ha contemplado.

En concreto, ante un supuesto que se planteó en nuestro país, reconocimiento de matrimonio entre dos contrayentes del mismo sexo, uno español y el otro

---

[9] Véase J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Matrimonio y parejas de hecho*, in A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (a cura di), *Derecho Internacional Privado*, II, Granada, Comares, 15ª ed., 2014, 111.

[10] Esta norma ha sido aplicada en supuestos distintos al contemplado aquí sobre matrimonios de personas del mismo sexo. Así, por ejemplo, en la reciente Resolución DGRN de 20 de julio de 2016 (BOE 19 de septiembre de 2016) en un caso sobre sucesión de un nacional iraní, cuya legislación establecía una diferencia entre la herencia de los hijos y las hijas en base al sexo de los mismos, que considera, en consonancia con la jurisprudencia española, que las legítimas en nuestro ordenamiento no integra el concepto de orden público internacional desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1978, salvo que afectaran al principio constitucional de no discriminación por razón de nacimiento, sexo, raza o religión, cosa que así sucede en el supuesto planteado, por lo que, conforme a la aplicación del orden público internacional del foro, carece de causa la adjudicación a un heredero en España de una cuota legitimaria distinta por razón de sexo del legitimario a la que resultaría de la aplicación directa del principio de no discriminación.

extranjero (hindú), cuya legislación no reconocía el matrimonio entre personas del mismo sexo, la DGRN emitió la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo[11], resolución en la cual resolvió que en los casos en que interviniese un sujeto nacional de un tercer Estado cuya ley nacional no permitiera el matrimonio homosexual, sin perjuicio de los otros requisitos que el interesado debía reunir, se aplicaría, sin más, la ley española. Esta Resolución es muy extensa, y se abordan cuestiones relativas a la ley aplicable en materia de capacidad matrimonial; los supuestos de validez del matrimonio entre español/a y extranjero/a del mismo sexo con arreglo al criterio del estatuto personal; el supuesto de matrimonios entre españoles y extranjeros del mismo sexo en los que las normas de conflicto conduzcan a una ley material aplicable que no admita tales clases de matrimonio; el orden público internacional español en materia de capacidad matrimonial; el principio constitucional de igualdad y su alcance respecto de los extranjeros residentes en España; la calificación de la diversidad/identidad de sexo respecto de la institución matrimonial, y la existencia de una laguna legal en nuestro derecho internacional privado y criterios para su integración; la competencia de la autoridad española para celebrar el matrimonio; los requisitos especiales de los matrimonios mixtos entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero ante autoridad española, y la especialidad del matrimonio consular; y el reconocimiento en España de los matrimonios celebrados en el extranjero entre españoles o entre españoles/as y extranjeros/as del mismo sexo antes de la entrada en vigor de la ley 13/2005, de 1 de julio.

A la vista de la laguna existente en nuestro ordenamiento jurídico y después del análisis detenido de las diversas cuestiones ya citadas, esta Resolución defiende que la diversidad o identidad de sexo sea considerado como un requisito objetivo del matrimonio, pues «es un elemento vinculado directamente con la propia naturaleza del derecho a contraer matrimonio, y, por extensión, de la institución matrimonial, y no necesariamente con la capacidad nupcial subjetivamente considerada»; de manera que esto salvaría el obstáculo que representa la aplicación del art. 9.1 c.c. De modo que, señala la Resolución, la solución ante el conflicto planteado no puede ser otra que la de acudir a la aplicación de la *ley material española*, esgrimiendo una sólida argumentación, fundamentada en lo siguiente: «a) la analogía con la figura de las 'parejas de hecho homosexuales' reconocidas y reguladas por un amplio número de leyes autonómicas españolas que, bien como criterio de conexión bien como elemento delimitador de su ámbito de aplicación, acuden preferentemente

[11] BOE, núm. 188, 8 de agosto de 2005.

a la vecindad administrativa, concepto vinculado a la residencia habitual de sus miembros; b) la proximidad '*forum-ius*'; c) el principio general de nuestro Derecho civil del '*favor matrimonii*'; d) la consideración del '*ius nubendii*' como derecho fundamental en nuestro Ordenamiento constitucional (art. 32), puesto en conexión con la extensión de la prohibición de toda discriminación a las ejercidas por razón de 'orientación sexual', acogida novedosamente por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000 en su artículo 21 como categoría autónoma y distinta de la prohibición de discriminación por razón de sexo, que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos había asociado tradicionalmente a las discriminaciones de género …; e) la vinculación del ejercicio efectivo del derecho al matrimonio con el principio del libre desarrollo de la personalidad reconocido en el artículo 10.1 de la Constitución; f) la necesidad de interpretar las leyes con arreglo a la 'realidad social del tiempo en que han de aplicarse' (art. 3 C.c.), siendo así que en la actualidad en España se viven de forma coetánea los fenómenos del reconocimiento social de muy diversas formas de convivencia familiar y el de una intensa inmigración, cuya integración reclama la ampliación de los espacios jurídicos de reconocimiento del estatuto personal basado en la residencia habitual, como pone de manifiesto la reciente reforma del artículo 107 del Código civil operada por Ley 11/2003, de 29 de septiembre, en materia de ley aplicable a la separación y el divorcio; g) finalmente, ésta fue también la solución que alumbró la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo durante los años de vigencia de la Ley del divorcio de 2 de marzo de 1932 para permitir el divorcio de españoles casados con extranjeros nacionales de países que no reconocían en la época esta institución (vid. Sentencias de 27 de enero de 1933, 10 de julio de 1934 y 4 de diciembre de 1935)» (apartado VII).

Por todo ello, se concluye que «el matrimonio celebrado entre español y extranjero o entre extranjeros residentes en España del mismo sexo será válido, por aplicación de la ley material española, aunque la legislación nacional del extranjero no permita o no reconozca la validez de tales matrimonios, y ello tanto si la celebración ha tenido lugar en España como en el extranjero, sin perjuicio en este último caso del obligado cumplimiento de los requisitos de forma y competencia», que exige la legislación española (apartado VII)[12].

[12] En aplicación de estas instrucciones, se dictó la Resolución de la DGRN de 26 de octubre de 2005, autorizando el matrimonio entre el nacional español y el nacional hindú utilizando los argumentos desarrollados en la citada Resolución. Ha señalado la doctrina ciertas incongruencias y dudas que suscita la Resolución de 29 de julio de 2005, por cuanto parece que en algún momento ha forzado los argumentos para dar lugar al reconocimiento de dichos matrimonios, por

Esta postura ha sido subrayada por otras Resoluciones de la DGRN[13]; entre ellas, por ejemplo, por la de 10 de noviembre de 2006, que estimó el recurso planteado por el Ministerio Fiscal y revocó el Auto de la encargada del Registro Civil que denegó a dos ciudadanos británicos del mismo sexo la autorización para contraer matrimonio civil en España, y señalaba que «por la misma razón puede afirmarse que las leyes de un país comunitario que no admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, vulneran el orden público internacional español y que, por tanto, no pueden ser aplicadas en España» (FJ 4.2º)[14].

El problema se plantea, no obstante, cuando un matrimonio de personas del mismo sexo reconocido legalmente en España, desea que sus efectos se reconozcan en países donde se prohíbe o no se reconoce dicho matrimonio.

lo que tal Resolución ha sufrido diversas críticas por parte de la doctrina; véase, por todos, los comentarios que se realizan de esta Resolución en A.P. ABARCA JUNCO, M. GÓMEZ JENÉ, *Breves notas sobre la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo*, in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 12, 2006, in www.reei.org; C. AZCARRAGA MONZONÍS, *La problemática suscitada por los matrimonios homosexuales en el Derecho internacional privado comparado*, in *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 5, 2008, 135-142; A.L. CALVO-CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho internacional privado español*, in *La Ley*, núm. 6391, 2006; A.L. CALVO-CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: notas a la Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005*, in *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2006, 671-717; Mª.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Los matrimonios entre personas del mismo sexo en el Derecho internacional privado español*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XLI, núm. 122, 2008, 921-940.

[13] Así, Resolución de 7 de abril de 2006 (BOE, núm. 135, 7 de junio de 2006), dictada a raíz de la solicitud de matrimonio entre un nacional español y uno portugués.

[14] Señala en este caso concreto J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, *Nota sobre el matrimonio homosexual y su impacto en el orden público internacional español*, in *La Ley*, núm. 4554, 2005, 3, que se está aquí «en cuanto a la ley india prohibitiva del matrimonio homosexual, no ante una cuestión de un requisito de capacidad que no afecta al orden público internacional español como pueda ser la edad, salud mental, etc., sino ante una cuestión totalmente inmersa en el citado orden público por afectar al *sexo*, puesto que conforme a los Convenios internacionales vigentes para España, en materia de Derechos humanos, no cabe la discriminación alguna por esta circunstancia. … Y en el presente caso, … operan además, sucesivamente, dos de los conocidos efectos del orden público, pues se produce primero el *efecto negativo* (la ley india no puede ser aplicada en España), y seguidamente el *efecto positivo*, es decir, la ley extranjera no aplicada tiene que ser sustituida necesariamente por la aplicación de la ley española». Por su parte, la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014, señala que el orden público internacional se entiende en España como constituido «básicamente como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan».

Señala la doctrina que son muchos los interrogantes que se suscitan en relación al reconocimiento de estos matrimonios en países donde se carece de legislación al respecto o existe una prohibición de celebrar los mismos, debiendo distinguir aquellos sistemas de Derecho internacional privado que presentan una actitud hostil frente a dicho reconocimiento, y, por tanto, no se reconoce efecto alguno a estos matrimonios, y aquellos que adoptan posturas más favorables[15].

Supuesto que se ha planteado en la reciente STJUE (Gran Sala) de 5 de junio de 2018 (Asunto C-673/16, entre Relu Adrian Coman, Robert Clabourm Hamilton, AsociaţiaAccept y Inspectoratul General pentru Imigrări, Ministerul Afacerilor Interne), en la que se cuestionó un derecho, el de residencia por más de tres meses, derivado del matrimonio entre personas del mismo sexo. El supuesto que contempla dicha sentencia trata el caso de un nacional rumano, en cuya legislación se prohíbe expresamente el matrimonio entre personas del mismo sexo, que contrajo matrimonio con un nacional estadounidense en Bélgica; dicha pareja deseaba volver a Rumania, por lo que plantearon ante la Inspección General de Inmigración de este país si el cónyuge estadounidense podía, en calidad de miembro de la familia del cónyuge rumano, obtener el derecho a residir legalmente en Rumania por un período superior a tres meses, a lo que la Inspección contestó que el cónyuge estadounidense disfrutaba únicamente de un derecho de residencia de tres meses porque en Rumania no se reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo, de conformidad con el Código Civil, y de que, además, la prórroga del derecho de residencia temporal no podía concederse en concepto de reagrupación familiar. El matrimonio interpuso

[15] Así lo señala C. AZCARRAGA MONZONÍS, *La problemática suscitada por los matrimonios homosexuales en el Derecho internacional privado comparado*, cit., 131. La autora distingue diversas situaciones: a) caso de matrimonios que se constituyen en el extranjero y que se trasladan a país donde no existe regulación acerca de la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo, encontrándose temporalmente en este país de acogida, en cuyo supuesto el argumento del orden público internacional pierde fuerza; b) supuesto en el que el matrimonio se celebra en país donde se permite y luego fijan su residencia de manera definitiva en país donde no se permite, la autora considera que la eficacia del matrimonio será más complicada; y c) supuesto de matrimonio celebrado en país donde se permite porque en el país de origen no hay posibilidad de contraerlo, en cuyo caso habría que determinar si el país de residencia le otorga efectos en virtud de la *lex loci celebrationis* o no se le otorgan tales efectos por residir en país donde no hay reconocimiento de dicho matrimonio. Asimismo señala dicha autora en *Relaciones familiares internacionales. Nuevos retos en un mundo globalizado*, in *Revista El Foro. Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica*, núm. 15, 2014, 104, que se puede vaticinar que los matrimonios celebrados en España entre personas del mismo sexo, aunque tienen acceso al Registro civil español, no podrán registrarse como tales en países que no permitan este tipo de uniones, ostentando en consecuencia un estado civil diferente en sus relaciones transfronterizas, pudiéndose inscribir, sin embargo, en España los matrimonios homosexuales celebrados en otros países.

un recurso contra la Inspección al objeto de que se declarase la existencia de una discriminación por razón de la orientación sexual por lo que respecta al ejercicio del derecho a la libre circulación dentro de la Unión y formularon una excepción de inconstitucionalidad contra el discutido precepto del Código civil rumano, aduciendo que infringe las disposiciones de la Constitución rumana que protegen los derechos a la vida privada y familiar y a la intimidad, así como las disposiciones relativas al principio de igualdad. El TC de Rumania tuvo dudas acerca de la interpretación de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, aplicable a este caso, y las elevó al TJUE, preguntando fundamentalmente si el concepto de "cónyuge" en el sentido del artículo 2, punto 2, letra a), de la Directiva 2004/38, leído en conexión con los artículos 7, 9, 21 y 45 de la Carta, comprende a un nacional de un Estado que no es miembro de la Unión, del mismo sexo que el ciudadano de la Unión con el que ha contraído legalmente matrimonio con arreglo a las leyes de un Estado miembro distinto del Estado de acogida y, por ende, si se puede conceder el derecho de residencia en su territorio por un período superior a tres meses al cónyuge del mismo sexo de un ciudadano de la Unión.

El TJUE ha determinado que en una situación en la que un ciudadano de la Unión «ha hecho uso de su libertad de circulación, desplazándose y residiendo de forma efectiva, de conformidad con los requisitos establecidos en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2004/38/CE en un Estado miembro distinto de aquel del que es nacional, y ha desarrollado o consolidado en esas circunstancias una convivencia familiar con un nacional de un tercer Estado del mismo sexo, al que está unido por un matrimonio legalmente contraído en el Estado miembro de acogida, el artículo 21 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que las autoridades competentes del Estado miembro del que el ciudadano de la Unión es nacional denieguen la concesión de un derecho de residencia en el territorio de dicho Estado miembro al nacional de un tercer Estado debido a que el Derecho de ese Estado miembro no contempla el matrimonio entre personas del mismo sexo» (apartado 51). Y, en su virtud, que «El artículo 21 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que, en circunstancias como las que son objeto del litigio principal, el nacional de un tercer Estado, del mismo sexo que el ciudadano de la Unión, que ha contraído matrimonio con éste en un Estado miembro de conformidad con el Derecho de ese Estado tiene derecho a residir por más de tres meses en el territorio del Estado miembro del que el ciudadano de la Unión es nacional. Este derecho de residencia derivado no podrá estar sujeto a requisitos más estrictos que los

establecidos en el artículo 7 de la Directiva 2004/38» (declaración 2 del fallo). En cuanto al concepto de "cónyuge", estima el TJUE que este concepto en el sentido de la Directiva 2004/38 «es neutro desde el punto de vista del género y puede, por tanto, incluir al cónyuge del mismo sexo del ciudadano de la Unión de que se trate» (apartado 35), entendiendo que el art. 2.2, a) de la referida Directiva remite a la legislación del Estado miembro al que el ciudadano pretende desplazarse o residir para determinar la cualidad de "miembro de la familia", aunque reconoce que las normas relativas al matrimonio es una materia comprendida dentro de la competencia de los Estados miembros que el Derecho de la Unión no restringe (apartados 36 y 37)[16].

Ahora bien, aunque la inclusión del cónyuge de un matrimonio igualitario como miembro de la familia suponga un avance en el reconocimiento del estatus jurídico de la misma, hay que recordar que dicho reconocimiento se realiza en esta sentencia, como se observa, a efectos de reconocer únicamente uno de los posibles derechos de los cónyuges derivados del matrimonio, la libertad de circular y residir en el territorio de los Estados miembros, pero no alude a los derechos sucesorios ni a otros derechos derivados del matrimonio.

2. Derechos sucesorios de los cónyuges del mismo sexo en España

Como se ha indicado, entre los efectos derivados del matrimonio se encuentran también los derechos sucesorios reconocidos a los cónyuges en nuestro país en la extensión que se señala a continuación[17].

[16] El TJUE recuerda que la libre circulación de personas puede estar sometida a restricciones independientes de la nacionalidad de los sujetos afectados, siempre que tales restricciones se basen en consideraciones objetivas de interés general y sean proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional. A este respecto, el orden público, que se invoca en el presente asunto como justificación para restringir el derecho a la libre circulación, debe interpretarse en sentido estricto, de manera que su alcance no pueda ser determinado unilateralmente por cada Estado miembro, sin que medie control por parte de las instituciones de la Unión. La obligación de un Estado miembro de reconocer un matrimonio homosexual contraído en otro Estado miembro de conformidad con el Derecho de este último Estado, con el fin exclusivo de conceder un derecho de residencia derivado a un nacional de un tercer Estado, no afecta negativamente a la institución del matrimonio en el primer Estado miembro. En particular, esa obligación no impone a dicho Estado miembro el deber de contemplar la institución del matrimonio homosexual en su Derecho nacional. Además, la citada obligación de reconocimiento con el fin exclusivo de conceder un derecho de residencia derivado a un nacional de un tercer Estado no atenta contra la identidad nacional, ni amenaza el orden público del Estado miembro concernido (apartados 44 y 45).

[17] Para un panorama general de la sucesión en España, véase por todos, como obras más recientes,

2.1. Breve referencia al sistema sucesorio español de los cónyuges en España

En España, la sucesión por causa de muerte se rige por la ley personal del sujeto, que es la determinada por su nacionalidad, según el art. 9.1 c.c., añadiendo el art. 9.8 que «La sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren» (situado sistemáticamente en el Capítulo IV del Título Preliminar, intitulado "Normas de Derecho internacional privado"), introduciendo a continuación ciertas matizaciones, a las que se aludirá posteriormente, precepto que hay que poner en conexión, cuando haya un elemento internacional en la sucesión, con el Reglamento UE 650/2012, del Parlamento europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (en adelante RSE)[18], que entró en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (27/07/2012), pero que se aplicó a partir del 17 de agosto de 2015, a las personas fallecidas en esa fecha o

J. ALVENTOSA DEL RÍO, Mª.E. COBAS COBIELLA (a cura di), *Derecho de Sucesiones*, Valencia, 2017; Mª.C. GETE-ALONSO Y CALERA, *Tratado de Derecho de sucesiones (Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco)*, Pamplona, 2016.

[18] El Reglamento, que fue publicado en el DOUE núm. L 201/107, de 27 de julio de 2012, se compone de 84 artículos, precedidos de 83 considerandos (Cdo) y organizados en torno a siete capítulos referidos respectivamente al ámbito de aplicación y definiciones; competencia; ley aplicable; reconocimiento, fuerza ejecutiva y ejecución de resoluciones; documentos públicos y transacciones judiciales; certificado sucesorio europeo; y disposiciones generales y finales. La finalidad de dicho Reglamento es crear un espacio común en materia de sucesiones dentro de la Unión Europea, dada en la actualidad la constante movilidad de personas en el Espacio Europeo, así como «facilitar el buen funcionamiento del mercado interior suprimiendo los obstáculos a la libre circulación de aquellas personas que actualmente encuentran dificultades a la hora de ejercer sus derechos en situaciones de sucesión *mortis causa* con repercusiones transfronterizas» (Cdo 7 RSE), sobre todo por los diferentes regímenes jurídicos sobre sucesiones que existen en los Estados miembros de la UE, que generan problemas y cierta inseguridad jurídica. El Reglamento establece una uniformidad en materia de sucesiones para todos los Estados miembros, pero no se refiere a las normas materiales sino a normas de Derecho internacional privado. Dicho Reglamento es de aplicación en todo el territorio de la UE, excepto en Reino Unido, Irlanda y Dinamarca en consonancia con los Protocolos 21 y 22 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Cdos 82 y 83 del RSE), que les faculta para mantenerse al margen de actos nominativos en esta materia, aunque si lo desean pueden aplicarlo en sus territorios. El RSE alcanza a la sucesión por causa de muerte (art. 1.1), abarcando derechos y obligaciones, ya derive de un acto voluntario en virtud de una disposición *mortis causa*, sucesión testada, o de una sucesión *ab*

después, salvo por lo que respecta a los artículos 77 y 78, que fueron aplicables a partir del 16 de enero de 2014, y a los artículos 79, 80 y 81,17 que fueron aplicables a partir del 5 de julio de 2012 (arts. 83 y 84)[19].

Por tanto, cabe distinguir dos situaciones para determinar la legislación aplicable a la sucesión *mortis causa* de un nacional español: a) si se trata de la sucesión de un nacional español, dicha sucesión se rige en principio por la legislación española; b) si se trata de la sucesión de un nacional español cuando hay aspectos de la sucesión con repercusión transfronteriza, hay que poner en relación la normativa española con el Derecho internacional privado, fundamentalmente con el Reglamento UE 650/2012.

Para abordar el sistema de sucesión en el orden interno del ordenamiento jurídico español hay que tener en cuenta, además, que en nuestro país coexisten diversidad de legislaciones civiles: por un lado, la legislación civil común, que se aplica en la mayor parte del territorio español, y en la que el régimen sucesorio se regula en el Código civil, y, por otro lado, las legislaciones civiles especiales o forales, que se aplican en determinados territorios (concretamente, en las Comunidades Autónomas de País Vasco, Navarra, Aragón, Cataluña, Galicia e Islas Baleares), en cuya legislación se establecen normas concretas acerca de la sucesión que se aplica en dichos territorios[20].

En los territorios de Derecho civil común, donde se aplica el Código civil, la sucesión *mortis causa* se defiere por la voluntad del causante de la herencia

intestato (art. 3.1.a y Cdo 9). El Reglamento se aplicará a sucesiones de carácter internacional, independientemente de la nacionalidad del causante, aún cuando no sea de un Estado miembro (art. 20), teniendo un carácter universal. Por otra parte, el art. 1.1 y 2 excluye de la aplicación del Reglamento determinadas materias (cuestiones fiscales, aduaneras y administrativas, el estado civil de las personas físicas, así como las relaciones familiares, la capacidad jurídica de las personas físicas, cuestiones relativas a la desaparición, la ausencia o la presunción de muerte de una persona física, cuestiones relativas a los regímenes económicos matrimoniales, y otras). Para un panorama general sobre la materia, véase, por todos, el estudio sobre dicho Reglamento de J.L. IGLESIAS BUIGUES, G. PALAO MORENO (a cura di), C. AZCARRAGA MONZONIS, *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento UE 650/2012*, Valencia, 2015.

[19] Sin embargo, las Disposiciones transitorias 2, 3 y 4 establecen ciertos criterios para determinar la admisión y validez de una elección de ley, o del otorgamiento de una disposición *mortis causa*, cuando aquélla o éste se hubieran realizado antes del 17 de agosto de 2015, validando tal elección si se cumplen las condiciones exigidas en estas disposiciones.

[20] La aplicación de estas legislaciones se determina por la vecindad civil, cuyos criterios de atribución se establecen en el art. 14 c.c. Dicha legislación también afecta a los derechos sucesorios del cónyuge supérstite, pues cada una de ellas contiene una regulación específica acerca de dicha sucesión, que difieren fundamentalmente del Derecho civil común en la atribución de los derechos legitimarios y en la existencia de diferentes figuras jurídicas, algunas de las cuales no estén recogidas en la legislación común (por ejemplo, el testamento mancomunado).

(sucesión testada o testamentaria) o, a falta de ella, por ley (sucesión legítima, intestada o *ab intestato*) (art. 658 c.c.). Hay que señalar que, además, nuestra legislación reconoce a ciertos sujetos el derecho a una parte de la herencia, con independencia de la voluntad del testador, denominada legítima (sucesión forzosa o legitimaria, regulada en los arts. 806 y ss c.c.), siendo sujetos legitimarios o herederos forzosos, los hijos y descendientes, a falta de ellos, los padres y ascendientes, y en concurrencia con ambos sujetos, si existe, el cónyuge del causante (art. 807 c.c.).

En cuanto a los derechos sucesorios de los cónyuges en el Derecho civil común hay que distinguir según se trate de los distintos tipos de sucesión.

En el ámbito de la sucesión testada, el cónyuge del causante puede ser nombrado heredero universal por éste, con la única limitación de las legítimas (art. 763 c.c.).

En el ámbito de la sucesión intestada, la ley establece que el cónyuge es heredero universal (en todos los bienes del difunto) a falta de hijos y descendientes o de padres y ascendientes del causante, pero para ello es necesario que no estuviere separado legalmente o de hecho (arts. 944 y 945 c.c.)[21]. Por tanto, en la sucesión intestada, el cónyuge es heredero universal en tercer lugar, por detrás de los parientes en línea recta del causante.

Además, el cónyuge del causante de la sucesión tiene la condición de legitimario en concurrencia con los hijos y descendientes, o con los padres y ascendientes, o con cualquier otro heredero universal nombrado por el causante en la sucesión testada. Igualmente mantiene su condición de legitimario en la sucesión intestada cuando no puede ser heredero universal por tener derecho a serlo con preferencia al mismo los hijos y descendientes o los padres y ascendientes (arts. 834 y ss c.c.)[22]. En ambas sucesiones se requiere, para que el cónyuge tenga derechos legitimarios, que no se halle separado legalmente o de hecho del causante (arts. 834 y 945 c.c.)

---

[21] El c.c. establece en el art. 913 que «A falta de herederos testamentarios, la ley defiere a los parientes del difunto, al viudo o viuda y al Estado». El orden de sucesión intestada que establece nuestro c.c. es el siguiente: en primer lugar heredan los hijos y descendientes (art. 930); a falta de hijos y descendientes del difunto heredan los padres y ascendientes (art. 935); a falta de los anteriores, hereda el cónyuge antes que los parientes colaterales (arts. 943 y 944); a falta de los anteriores, heredan los hermanos e hijos de hermanos con preferencia a los demás colaterales (art. 946); a falta de todos los anteriores, heredan los demás parientes colaterales hasta el cuarto grado, más allá del cual no se extiende el derecho de heredar abintestato (art. 954); por último, a falta de todas estas personas, hereda el Estado (art. 956).

[22] Las cuotas legitimarias que corresponden al cónyuge son siempre en usufructo, salvo pacto con los herederos, y las cuantías son las siguientes: si concurre con hijos y descendientes, le corresponde el usufructo de un tercio destinado a la mejora (art. 834 c.c.); si concurre con padres

En España, en el ámbito interno, estas disposiciones se aplican tanto a los cónyuges de distinto como del mismo sexo, como un efecto del reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, según el citado art. 44.2º c.c. y Disposición Adicional primera de la Ley 13/2005 que establece que «Las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes».

Hay que señalar, no obstante, que este régimen básico es mucho más complicado de lo que a primera vista pudiera parecer por la complejidad del propio régimen sucesorio y de las figuras sucesorias concatenadas que existen en el mismo.

En el caso de que los cónyuges tengan una vecindad civil distinta a la común, hay que distinguir los siguientes supuestos. Cuando ambos sujetos están sometidos a la misma legislación civil especial, se aplica dicha legislación, regulándose los derechos del cónyuge viudo por la misma. Sin embargo si ambos sujetos están sometidos a diferentes legislaciones civiles (bien a la legislación civil común y a una especial, o bien a dos legislaciones civiles especiales diferentes) se crea un conflicto en el orden interno acerca de la legislación que debe primar en la sucesión de los cónyuges, que se resuelve con la aplicación de los criterios establecidos en el art. 16 c.c., que remite a las normas contenidas en el Capítulo IV, es decir, a los arts. 9 y ss[23]. Cuestión que adquiere en el orden interno cierta dificultad de interpretación por la publicación del RSE, como se indicará más adelante.

2.2. Derechos sucesorios del cónyuge supérstite extranjero en España

Si bien, como se acaba de indicar, en el derecho interno se reconocen derechos sucesorios a los cónyuges del mismo sexo de nacionalidad española, cuando se trata de matrimonios de personas del mismo sexo, siendo uno de los contrayentes

---

y ascendientes, le corresponde el usufructo de la mitad de la herencia (art. 837 c.c.); no existiendo descendientes ni ascendientes, pero sí un heredero universal, le corresponde el usufructo de los dos tercios de la herencia (art. 838 c.c.).

[23] Sin embargo, cuando la sucesión o un aspecto concreto de la misma, es originariamente de *naturaleza internacional*, la cuestión para resolver el conflicto se complica por las disposiciones contenidas en los arts. 36 a 38 del Reglamento UE 650/2012, de Sucesiones, que son aplicables a un Estado plurilegislativo, como el nuestro, en relación con el art. 9.8 c.c. Véase al respecto S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *El Reglamento UE 650/2012, sobre sucesiones, y la remisión a un sistema plurilegislativo: algunos casos difíciles o, simplemente, llamativos*, in *Revista de Derecho civil*, II, 4, 2015, 7-28.

extranjero o siendo ambos extranjeros, la Ley 13/2005 no estableció ninguna norma de Derecho internacional privado específica, que tuviera en cuenta las consecuencias que podrían derivarse de la celebración en España de dichos matrimonios. Por tanto, tampoco se hizo ninguna referencia en punto a los derechos sucesorios de estos cónyuges en estas circunstancias.

Como se ha señalado, en nuestro país, la sucesión por causa de muerte se rige por la ley personal del sujeto, que es la determinada por su nacionalidad (art. 9.1 c.c.).

La norma de conflicto en materia de sucesiones se contiene en el art. 9.8 (cuya redacción procede de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo) que dispone: «La sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren.

Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes». Estima la doctrina que esta norma consagra el principio de unidad de la ley aplicable a la sucesión en base a la nacionalidad del sujeto fallecido como criterio de conexión[24].

El último inciso del precepto relativo a los derechos sucesorios del cónyuge viudo es quizá el que más interesa por el tema tratado y el que ha generado polémica en el ámbito doctrinal español y jurisprudencia contradictoria. Su disposición supone una excepción a la regla general de la "*lex successionis*" contenida en el art. 9.1, reiterada en el inciso primero del propio art. 9.8.

Se observa que la norma establece que los derechos que correspondan al cónyuge supérstite por ministerio de la ley se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio. A dicha ley se refiere el art. 9.2 c.c. que dispone: «Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la

[24] Así, C. AZCARRAGA MONZONÍS, *Comentario al artículo 23. Ámbito de la ley aplicable*, in J.L. IGLESIAS BUIGUES, G. PALAO MORENO (a cura di), C. AZCARRAGA MONZONIS, *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento UE 650/2012*, Valencia, 2015, 143.

ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio»[25]. Se ha de señalar que tal precepto se aplica tanto a los matrimonios de personas de distinto sexo como del mismo sexo[26], en virtud del citado art. 44.2º c.c. y de la Disposición Adicional primera de la Ley 13/2005.

La norma citada establece distintos criterios para determinar la ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo, basándose fundamentalmente en la ley nacional de los cónyuges o en la del lugar de residencia.

Sin embargo, la aplicación de una determinada ley a la sucesión del cónyuge viudo no ha sido una cuestión pacífica en nuestro país.

Efectivamente, la interconexión entre el art. 9.8 y 9.2 c.c., entre la ley aplicable a las sucesiones y la ley aplicable a los efectos del matrimonio, ha suscitado una controversia en la doctrina y en la jurisprudencia, que ha dado lugar a dos interpretaciones contrapuestas.

Una primera interpretación estima que en nuestro ordenamiento jurídico prima el principio de unidad de la sucesión, por lo que se considera que la ley que rige los derechos sucesorios del cónyuge viudo debe ser la ley personal del causante, señalándose, por contra, que la ley que rige los efectos del matrimonio se reserva únicamente para ser aplicada a las atribuciones legales de carácter familiar que surgen a favor del viudo al fallecer su consorte, lo que ha sido subrayado por algunas sentencias de las Audiencias Provinciales y resoluciones de la DGRN[27].

Una segunda interpretación estima que el art. 9.8 *in fine*, que remite a la aplicación de la ley que regula los efectos del matrimonio, se aplica también a los derechos sucesorios del cónyuge viudo, de manera que será la ley que rija los efectos del matrimonio la que se aplique a dichos derechos. Esta interpretación

---

[25] El precepto añade en el párrafo segundo de este número que «La nulidad, la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107». Y el núm. 3 de dicho precepto estipula que «Los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio serán válidos cuando sean conformes bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento».

[26] Así, F. de B. IRIARTE ÁNGEL, *Competencia de los Tribunales españoles y ley aplicable a los efectos del matrimonio*, in *Revista de Derecho UNED*, núm. 16, 2015, 878.

[27] Véase I. LORENTE MARTÍNEZ, *Los derechos sucesorios del cónyuge viudo en Derecho internacional privado: la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2014*, in *Cuadernos de Derecho transnacional*, Vol. 7, núm. 1, 2015, 256-262, quien señala que siguen esta interpretación, entre otras, las SSAAPP de Soria de 3 de diciembre de 2014 y de Baleares de 11 de junio de 2014, y las Resoluciones de la DGRN de 18 de junio de 2003, 11 de marzo de 2003 y 5 de febrero de 2005.

ha sido acogida por la STS de 28 de abril de 2014[28], en la que dicho Tribunal argumenta que los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite comprenden no solo los ligados a los efectos personales o al estatuto primario patrimonial sino que se refiere a todos los derechos del cónyuge viudo, incluidos los derechos sucesorios, pues el art. 9.8 se refiere a la ley aplicable a la sucesión; señala también que esta excepción no quiebra el principio de unidad de la sucesión, pues se trata de un criterio que intenta facilitar el ajuste entre la ley aplicable a la sucesión del cónyuge supérstite y la ley aplicable a la disolución del régimen económico matrimonial; además, añade que se trata de una excepción querida por el legislador y que, por tanto, hay que aplicar[29].

Sin embargo, actualmente hay que tener en cuenta en relación a la ley aplicable a la sucesión del cónyuge viudo y al régimen económico matrimonial lo dispuesto en el citado Reglamento UE 650/2012, de Sucesiones y en el *Reglamento 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos*, que será la norma que determine la Ley aplicable a los efectos del matrimonio a partir del 29 de enero de 2019 (art. 69.1). En ambas normas se específica él ámbito de aplicación de las mismas. Así el Reglamento UE

[28] El supuesto de hecho de la sentencia fue el siguiente: El causante de nacionalidad italiana residía habitualmente en España, donde desarrolló su actividad personal y empresarial y donde se encontraba toda su masa patrimonial. Otorgó testamento nombrando herederos a sus hermanos. Posteriormente contrajo matrimonio con española, otorgando capitulaciones matrimoniales en la que ambos someten su matrimonio a la legislación española, haciendo constar que su residencia habitual común inmediatamente posterior al matrimonio se encontraba en España y establecen el Derecho civil común español como norma aplicable para regular los efectos del matrimonio. Fallecido el marido, en escritura de aceptación, partición y adjudicación de la herencia, se hace constar en la misma que a los derechos de la esposa se aplica la legislación italiana, que le era más beneficiosa porque le otorgaba la mitad de la herencia en plena propiedad. Por lo que los interesados interesan la nulidad de la escritura por indebida aplicación de la ley italiana a los derechos del cónyuge.

[29] Véase los comentarios a esta sentencia en I. LORENTE MARTÍNEZ, *Los derechos sucesorios del cónyuge viudo en Derecho internacional privado*, cit., 263-266, quien indica que «la intención del legislador fue acabar con la injusticia que suponía una desprotección sucesoria del cónyuge supérstite y acabar también con una sobreprotección sucesoria del mismo. Y ello sólo puede alcanzarse si los derechos sucesorios del cónyuge viudo (= y no sólo los derechos ligados a los "efectos personales del matrimonio"), se sujetan a la misma Ley que rige el régimen económico matrimonial». Comparte la interpretación también del TS, F. de B. IRIARTE ÁNGEL, *Competencia de los Tribunales españoles y ley aplicable a los efectos del matrimonio*, cit., 877-878, quien realiza un comentario de cada uno de los criterios establecidos en el art. 9.2 c.c., 879-883.

650/2012 se aplica a las sucesiones por causa de muerte (art. 1.1), excluyendo de su aplicación las cuestiones relativas al régimen económico matrimonial (art. 1.2, d); por su parte, en coherencia con dicha disposición, el Reglamento 2016/1103 dispone que es aplicable a los regimenes económicos matrimoniales (art. 1.1.), excluyendo de dicho ámbito la sucesión por causa de muerte de uno de los cónyuges (art. 1.2, d).

Parece, pues, que en ambos Reglamentos se desea dar seguridad jurídica a la ley aplicable en cada ámbito, intentando no solapar sus campos de aplicación. Resultando que la ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo se rige por la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa*, no por la ley aplicable a los efectos del matrimonio[30]. Aunque la doctrina ha señalado que esta regulación puede dar lugar a problemas de adaptación[31].

Estima la doctrina que las reglas sobre conflicto de leyes de España, como Estado miembro de la Unión Europea, en el que se aplica directamente dicho Reglamento, van a introducir cambios en el ámbito de la ley aplicable a las sucesiones transfronterizas por la aplicación de este Reglamento para las sucesiones de las personas que fallezcan desde el 17 de agosto de 2015 (arts. 83.1 y 84 del RSE)[32].

La regulación en materia de ley aplicable a la sucesión en el RSE se asienta en dos principios: el de aplicación universal, conforme al cual ley designada se aplicará aún cuando no se trate de un Estado miembro (art. 20), y el de unidad de sucesión, según el cual sólo habrá una ley aplicable a la sucesión, con independencia de la naturaleza de los bienes de la herencia y del lugar

[30] Sin embargo, entiende la doctrina que dicho régimen económico tendrá que tenerlo en cuenta la autoridad, así como la liquidación del mismo para determinar la herencia del causante y las cuotas de los beneficiarios. Así, I. ESPIÑEIRA SOTO, *Comentario al artículo 62. Creación de un certificado sucesorio europeo*, in J.L. IGLESIAS BUIGUES, G. PALAO MORENO (a cura di), C. AZCARRAGA MONZONIS, *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento UE 650/2012*, Valencia, 2015, 453.

[31] En este sentido, C. AZCARRAGA MONZONÍS, *Comentario al artículo 23. Ámbito de la ley aplicable*, cit., 147, quien estima que esta disposición abre la posibilidad de que estas cuestiones puedan regularse por leyes distintas; y también I. ANTÓN JUÁREZ, *Régimen económico matrimonial, Derechos sucesorios del cónyuge supérstite y certificado sucesorio europeo: ¿una combinación explosiva?*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, núm. 2, 2018, 774.

[32] Así lo señalan I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, *La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento UE 650/2012*, in *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2013, 8, in WWW. INDRET.COM; J.A. TORMÁS ORTÍZ DE LA TORRE, *El Reglamento Europeo sobre sucesiones y testamentos: breves reflexiones (y algunas disgresiones) desde una perspectiva española*, in *Revista Jurídica de Asturias*, núm. 37, 2014, 103, y C. AZCARRAGA MONZONÍS, *Comentario al artículo 23. Ámbito de la ley aplicable*, cit., 143.

donde se hallen (art. 23,1)[33], aunque existen algunas excepciones (celebración de pactos sucesorios, disposiciones *mortis causa*, sucesión en determinados bienes, inmuebles o empresas) para las que se establecen normas específicas.
Como regla general, el RSE establece en el art. 21.1 que «La ley aplicable a la totalidad de la sucesión será la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento»[34]. Añadiendo su número 2 que «Si, de forma excepcional, resultase claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto del Estado cuya ley fuese aplicable de conformidad con el apartado 1, la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro Estado» (la denominada cláusula de excepción o de escape[35]). Es decir, la ley que rige la sucesión de un sujeto es la ley del Estado donde dicho

[33] Así, I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, *La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento UE 650/2012*, cit., 9; R. SÁNCHEZ ARISTI, *El Reglamento UE 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo*, in *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, 42-2016, 5. Destaca también este principio G. PALAO MORENO, *Comentario al artículo 21. Regla General*, in J.L. IGLESIAS BUIGUES, G. PALAO MORENO (a cura di), C. AZCARRAGA MONZONIS, *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento UE 650/2012*, Valencia, 2015, 121-122, estima que esta disposición «se alinea con tradiciones jurídicas de algunos Estados miembros de naturaleza 'unionista' – como la española en su art. 9.8 CC – …», aunque señala que el juego de este precepto se puede ver condicionado por el juego de otros preceptos, como el relativo a la autonomía de la voluntad (art. 22) y la aplicación de la excepción de orden público (art. 35).

[34] Estima R. SÁNCHEZ ARISTI, *El Reglamento UE 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012*, cit, 5, que esta solución se aleja de la que ha venido dando nuestra norma de conflicto interna, que se basa en el criterio de la última nacionalidad del causante, estimando que el Reglamento se decanta por este criterio porque entiende que el lugar de residencia habitual es donde el causante tiene su centro de relaciones personales y económicas; aunque considera el autor que ese punto de conexión puede presentar problemas de determinación en situaciones complejas, al tiempo que resulta más inestable y susceptible de cambio que la nacionalidad. En el mismo sentido, I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, *La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento UE 650/2012*, cit., 14-15, y G. PALAO MORENO, *Comentario al artículo 21. Regla General*, cit., 124.

[35] Considera J.A. TORMÁS ORTÍZ DE LA TORRE, *El Reglamento Europeo sobre sucesiones y testamentos*, cit., 118-119, que está cláusula introduce a los operadores jurídicos inseguridad jurídica. Y G. PALAO MORENO, *Comentario al artículo 21. Regla General*, cit., 129, señala que este principio no tiene presencia en el sistema español de Derecho internacional privado y que su puesta en práctica puede llegar a generar dudas. Asimismo, I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, *La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento UE 650/2012*, cit., 17, considera que cabe augurar que la ley más estrechamente vinculada al causante que no sea la de su residencia habitual será la ley correspondiente a su nacionalidad.

sujeto tuviera su residencia habitual[36] o la ley del Estado con el que el sujeto tuviera una vinculación especial.

Sin embargo, el art. 22.1, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, permite la elección de la ley aplicable a la sucesión por el propio interesado, estableciendo que «Cualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento» (*professio iuris*)[37] , añadiendo que «Una persona que posea varias nacionalidades podrá elegir la ley de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento»[38].

La regla general de la ley de la residencia habitual, pues, tiene dos excepciones: la cláusula de excepción y la *professio iuris*.

De modo que la sucesión de una persona se puede someter a la ley del Estado donde tiene su residencia habitual en el momento de su fallecimiento o la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento, o a la ley del Estado con el cual el causante tenga vínculos más estrechos[39]. Y esta posibilidad de elección se ha valorado

[36] Sobre el alcance que pueda tener el concepto de residencia habitual, véase J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante, in Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 8, núm. 1, 2016, 47-75, en el que señala que es un criterio que facilita la libre circulación de las personas en el escenario internacional, siendo al mismo tiempo un criterio móvil, inestable, cambiante y líquido que exige una interpretación para determinar el país donde se concreta.

[37] Señala A.S. de SOUSA GONÇALVES, *El principio de autonomía de la voluntad en los reglamentos europeos sobre derecho de familia y sucesiones*, in *La Ley Unión Europea*, Año IV, núm. 40, 2016, que «La *electio iuris* en materia de sucesiones no es una innovación del Reglamento, puesto que ésta posibilidad ya se encuentra prevista en algunas leyes nacionales y también en el art. 5 del Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989, relativo la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte. Sin embargo, en el Reglamento la elección se limita a la ley de nacionalidad del *de cujus* en el momento de la elección o en el momento de la muerte. En ausencia de elección, se aplicará la ley del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento, de acuerdo con la regla general del art. 21.1.º». Por su parte, G. PALAO MORENO, *Comentario al artículo 22. Elección de la ley aplicable*, in J.L. IGLESIAS BUIGUES, G. PALAO MORENO (a cura di), C. AZCARRAGA MONZONIS, *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento UE 650/2012*, Valencia, 2015, 131, señala que por primera vez el legislador europeo incorpora el principio de autonomía de la voluntad conflictual en un instrumento uniforme de origen europeo en materia sucesoria.

[38] G. PALAO MORENO, *Comentario al artículo 22. Elección de la ley aplicable*, cit., 138, estima que este párrafo no da una respuesta satisfactoria para la determinación de la ley aplicable a las sucesión en situaciones de doble nacionalidad cuando la persona no haya llevado a cabo dicha elección.

[39] En España se ha reconocido esta libertad de elección en diversos pronunciamientos, aunque

positivamente en cuanto se permite a los interesados una planificación anticipada de la sucesión, aunque se han suscitado dudas en cuanto a su verdadero alcance en la aplicación práctica de la misma[40].

Ahora bien, para que exista "*professio iuris*", la elección de ley debe ser expresa o resultar de los términos de la disposición *mortis causa* (art. 22 RSE).

De otro lado, hay que tener en cuenta las previsiones del art. 24, en relación a disposiciones *mortis causa* distintas de los pactos sucesorios (disposiciones testamentarias) y del art. 25 en relación a los pactos sucesorios y a los que afectan a más de una sucesión, que establecen normas específicas para la elección de la ley aplicable a la sucesión en estos casos.

Le ley aplicable determinada conforme a los criterios expuestos en los arts. 21

---

con referencia a matrimonios heterosexuales, pero que interesan por cuanto en nuestro país a los matrimonios de personas del mismo sexo se aplica la misma normativa que a los matrimonios de distinto sexo. Así sucede en la STS núm. 685/2018, de 5 de diciembre (RJ 2018/5442), en la que se reconocía la voluntad de testar de un ciudadano británico que se acogía al Derecho inglés al ordenar su sucesión, por haber establecido su residencia en Reino Unido, nombrando heredera universal a su esposa, teniendo hijos, en cuyo caso el TS aplicó el reenvío de retorno previsto en el art. 12.2. c.c., e inaplicando el art. 40 c.c., añadiendo dicho Tribunal en sus razonamientos que ello se fundamentaba, a mayor abundamiento, y aunque no resultase aplicable al caso por razones temporales, en el Reglamento UE de Sucesiones, que se inclina por aceptar la elección de la ley aplicable por el causante entre las que permite el sistema del Reglamento. Asimismo, en las Resoluciones DGRN de 15 de junio de 2016 (BOE 21 julio 2016) y 4 de julio de 2016 (BOE 12 de agosto de 2016) también se reconocía en ambos casos la libertad de testar de un ciudadano británico que residía en España y en cuyo testamento ordenó su sucesión conforme al Derecho inglés nombrando heredera a su cónyuge, teniendo hijos, aplicándose en dichas Resoluciones el Reglamento UE 650/2012, en concreto el art. 22.1, entre otros, añadiéndose en la segunda de las Resoluciones, además, que en este caso «se está ante una elección anticipada de la ley aplicable conforme al artículo 83.4 del Reglamento UE 650/2012, supuesto excluido conforme al artículo 34.2 de la posible operatividad del reenvío previsto en el artículo 34.1 del mismo Reglamento», que excluye la aplicación del art. 12.2 c.c. español; más recientemente en la misma línea, Resoluciones de la DGRN de 2 de marzo de 2018 (BOE 20 de marzo de 2018) y 14 de febrero de 2019 (BOE 12 de marzo de 2019). Por el contrario, en la Resolución de 10 de abril de 2017 (BOE 26 de abril de 2017) se contempló el caso de un ciudadano alemán, domiciliado en España, que otorgó testamento en España, publicado ya el Reglamento de Sucesiones europeo 650/2012, pero antes de su entrada en vigor, y que fallece después de la entrada en vigor del mismo, en el que nombra heredera universal a su esposa, teniendo una hija; en el presente caso, al haber fallecido el causante con posterioridad al 17 de agosto de 2015, le es de aplicación el Reglamento de Sucesiones europeo; sin embargo, no quedó establecido que el testador hubiera elegido en el momento del otorgamiento del testamento ordenar su sucesión por su ley nacional, de modo que la DGRN aplicó la regla general establecida en el Reglamento: la aplicación de la ley de la residencia habitual del testador, que en el caso resultó ser la legislación española.

[40] Así lo pone de relieve I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, *La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento UE 650/2012*, cit., 11.

y 22 regirá la totalidad de la sucesión y en particular los aspectos enumerados en el art. 23.2[41].

Dentro de los mismos, especifica el art. 23, 2, b), que la ley aplicable, según los artt. 21 y 22, regirá en concreto los derechos sucesorios del cónyuge o pareja supérstite. Esta regla es de aplicación tanto a matrimonios de personas de distinto sexo como del mismo sexo, señalando la doctrina que ello va a conllevar problemas de reconocimiento transfroterizo y de determinación del «cónyuge viudo»[42], sobre todo en aquellos países en los que no se reconozcan dichos matrimonios.

A la vista de estas normas, cuya aplicación al caso concreto puede entrañar ciertas dificultades, hay que señalar que las posibilidades de elección que se ofrecen a los sujetos facilitan el reconocimiento de los derechos del cónyuge viudo[43] extranjero que nuestro país también atribuye a los cónyuges del mismo sexo, puesto que, como se ha indicado, en el orden interno se encuentran plenamente reconocidos los derechos del cónyuge viudo de matrimonios igualitarios[44].

Sin embargo, esta atribución de derechos al cónyuge viudo presenta más dificultades en un Estado como España, que es un país con distintas legislaciones civiles, como se ha indicado anteriormente.

Hay que señalar que, en un Estado plurilegislativo, como el nuestro, para

[41] Dichos aspectos se refieren a todos los que comprende el fenómeno sucesorio, señalando en concreto la apertura de la sucesión, la determinación de los beneficiarios y de sus derechos/obligaciones, la capacidad para suceder, las causas de desheredación e indignidad, la transmisión de los bienes de la herencia, las facultades de administración sobre la herencia, la responsabilidad por deudas y cargas de la herencia, la parte de libre disposición, las legítimas, la obligación de reintegrar o computar las donaciones o liberalidades hechas en vida, y la partición de la herencia.

[42] Así, C. AZCARRAGA MONZONÍS, *Comentario al artículo 23. Ámbito de la ley aplicable*, cit., 148.

[43] En este sentido, G. PALAO MORENO, *Comentario al artículo 22. Elección de la ley aplicable*, cit., 136, señala que con esta posibilidad de acudir a la ley nacional del sujeto se persigue proteger a los herederos forzosos de su propio ordenamiento.

[44] Así, I. LORENTE MARTÍNEZ, *Los derechos sucesorios del cónyuge viudo en Derecho internacional privado*, cit., 267-268 señala que «esta solución invita a los particulares a diseñar soluciones específicas mediante acuerdo para evitar una desprotección fáctica del cónyuge viudo en el contexto del Derecho material aplicable (= solución de segundo escalón), en el caso de que la Ley reguladora de la sucesión *mortis causa* no resulte adecuada para dicho cónyuge viudo». En el mismo sentido, G. PALAO MORENO, *Comentario al artículo 22. Elección de la ley aplicable*, cit., 133 y 136, quien, sin embargo, considera que esta solución ha de ser criticada por su carácter limitado y restrictivo en su plasmación, pues no prevé el juego de otros ordenamientos igualmente conectados con la sucesión, como serían la ley de la residencia habitual, la l*ex rei sitae* o la ley aplicable al régimen económico matrimonial. Estima también los acuerdos de las partes como posible solución a desajustes de las legislaciones I. ANTÓN JUÁREZ, *Régimen económico*

determinar la ley aplicable a la sucesión, el RSE remite a las normas internas de conflicto, señalando el art. 36.1 que «Las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado determinarán la unidad territorial correspondiente cuyas normas jurídicas regularán la sucesión», precisando el art. 38 que «Los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre dichas unidades territoriales»[45]. Ante estas normas, la doctrina distingue dos situaciones: la primera que los conflictos de leyes se planteen exclusivamente entre las unidades territoriales del Estado, a los que se refiere el art. 38, y, en segundo lugar, los casos internacionales, en los que están conectados varios Estados miembros, siendo uno de ellos un Estado plurilegislativo[46]. Como se ha indicado, en el orden interno, cuando existe un conflicto de leyes interterritorial, el art. 16.1 establece como ley personal la vecindad civil, y reenvía a las normas de conflicto recogidas en los arts. 9 y ss del c.c. Estas disposiciones estipulan que la ley sucesoria aplicable en España se determinará con arreglo a la vecindad civil del causante. Sin embargo, se ha puesto de relieve el problema que se plantea en el orden interno en relación a la vigencia, y consecuente aplicación, de los arts. 16.1 y 9.8 en conexión con la aplicación del RSE en el orden interno, que ha dado lugar a diversas interpretaciones, considerando parte de la doctrina que estos preceptos han sido sustituidos por la normas del Reglamento[47]. De manera que en este ámbito se plantean diversas situaciones, que no son de fácil resolución. En primer lugar, la determinación de la ley aplicable en el orden

matrimonial, Derechos sucesorios del cónyuge supérstite y certificado sucesorio europeo: ¿una combinación explosiva?, cit., 775.

[45] Señala I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, *La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento UE 650/2012*, cit., 45-46, que esta remisión implica en España la aplicación del art. 9.8 c.c. y la utilización del criterio de la vecindad civil para concretar cual de los Derechos sucesorios es el aplicable al caso. No obstante, el Reglamento establece además que los Estados miembros que comprendan unidades territoriales con diferentes sistemas legislativos en materia de sucesiones pueden aplicar las normas del Reglamento a la solución de los conflictos de leyes internos (art. 38), pues el Reglamento contiene pautas supletorias, por si el Estado plurilegislativo no contuviera normas que permitan solventar el conflicto interno. Señala la autora que España se encontraría en alguno de estos supuestos pues sólo prevé el criterio de la vecindad civil, que no podría entrar en juego cuando se tratase de sucesiones de nacionales extranjeros que residen en nuestro país.

[46] Así, P. QUINZÁ REDONDO, *Comentario al artículo 36. Estados con más de un sistema jurídico-conflictos territoriales de leyes*, in J.L. IGLESIAS BUIGUES, G. PALAO MORENO (a cura di), C. AZCARRAGA MONZONIS, *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento UE 650/2012*, Valencia, 2015, 287.

[47] En este sentido, P. QUINZÁ REDONDO, *Comentario al artículo36. Estados con más de un*

interno cuando un sujeto es español con un vecindad de origen distinta a la correspondiente a su residencia habitual. En segundo lugar, la elección de la ley aplicable si éste ha fallecido en el extranjero teniendo vecindad civil en uno de los territorios forales, lo que se complica si éste ha hecho uso de la *professio iuris*, y ha elegido como ley aplicable a la sucesión la ley nacional, y dentro de ésta, la legislación civil común o especial, según su vecindad civil[48]. En tercer lugar, la determinación de la ley aplicable a un extranjero que reside en un territorio foral de España, al que no se atribuye vecindad civil, y fallece sin haber elegido la ley de su nacionalidad, careciendo de dicha vecindad. Dada la ausencia de norma al respecto, se han propuesto distintas soluciones, integrando la normativa española y la derivada del Reglamento[49].

3. Problemática del reconocimiento de los derechos sucesorios derivados de matrimonios del mismo sexo en países donde no se admite dicho matrimonio

3.1. Diversidad de posturas ante el reconocimiento de efectos derivados del matrimonio igualitario

La postura de los países del mundo ante el reconocimiento del matrimonio de personas del mismo sexo ha sido muy diversa. Como es sabido, el matrimonio de personas del mismo sexo no se ha reconocido ni legalizado en gran parte de los países del mundo, incluyendo entre estos algunos Estados miembros

sistema jurídico-conflictos territoriales de leyes, cit., 276-278 y 288, estima que se puede defender que la remisión que hace el art. 16.1 a «normas internas sobre conflictos de leyes en España» se entiende hecha dinámicamente, de manera que hay que considerar que se hace referencia a las normas de Derecho internacional privado vigente en cada momento, que en el caso actual se hace al Reglamento, que ha venido a sustituir a las establecidas en el Código civil español (singularmente, el art. 9.8), de modo que cabe entender, por tanto, que dicho Reglamento es aplicable tanto a los supuestos internos como externos, quedando asegurada «una interpretación unitaria y preferente por la remisión dinámica del art. 16.1 a las normas de Derecho internacional privado».

[48] Así, G. GORKA GALICIA AIZPURUA, *El Reglamento Europeo de Sucesiones y el carácter plurilegislativo del ordenamiento civil español*, in IDIBE, julio 28, 2015, 14, https://idibe.org/cuestiones-de-interes-juridico/el-reglamento-europeo-de-sucesiones-y-el-caracter-plurilegislativo-del-ordenamiento-civil-espanol/.

[49] Respecto a las propuestas de solución, véase P. QUINZÁ REDONDO, G. CHRISTANDL, *Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento UE de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español*, in *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2013, in www. indret.com; G. GORKA GALICIA AIZPURUA, *El Reglamento Europeo* de Sucesiones *y el carácter plurilegislativo del ordenamiento civil español*, cit., 12-16. Dichas soluciones serían:

de la Unión Europea. Sin embargo, en otros, se ha reconocido jurídicamente de modo pleno dicho matrimonio. Mientras en otros Estados, aunque no se haya reconocido jurídicamente, se ha tolerado, reconociendo algunos efectos derivados de los mismos[50].

Esta diversidad de posturas puede dar lugar a conflictos de reconocimiento de efectos del matrimonio igualitario, entre ellos, los relativos a los derechos sucesorios del cónyuge viudo. Los conflictos, fuera de España, se pueden suscitar en el caso de matrimonio de cónyuges españoles que trasladan su residencia habitual a país donde se prohíbe el matrimonio igualitario, o no se regula; o en el caso de matrimonio entre español y extranjero, cuya legislación prohíbe o no regula dicho matrimonio, con residencia habitual en país donde tampoco se regula dicho matrimonio.

Ante esta diversidad de posturas, el reconocimiento de los efectos derivados del matrimonio también va a ser distinto según el país de que se trate[51].

Hay Estados en los que se han admitido los matrimonios entre personas del mismo sexo, reconociendo los mismos efectos que al matrimonio de personas con disparidad de sexo (caso de España, por ejemplo). En los cuales, por tanto, no existe problema en cuanto al reconocimiento de los efectos del mismo,

aplicar a los extranjeros que carezcan de vecindad civil, el Código civil, atendida su condición de derecho supletorio; acudir al Derecho interregional español, aplicando la ley del territorio español en que tengan dicha residencia habitual; aplicar las conexiones subsidiarias el art. 36.2, a), que se aplica en el caso de que en los ordenamientos plurilegislativos no existan normas que señalen el concreto derecho aplicable o dichas normas sean inadecuadas.

[50] Mª de los R. ACEBAL PÉREZ, Mª.A. SERRANO, *El matrimonio entre personas del mismo sexo en la legislación española y en el derecho internacional privado*, in *Noticias Jurídicas*, 2014 http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4934-el-matrimonio-entre-personas-del-mismo-sexo-en-la-legislacion-espanola-y-en-el-derecho-internacional-privado/, señalan las posturas que adoptan, a escala mundial, los Estados ante el matrimonio de personas del mismo sexo, que son las siguientes: En primer lugar, existen aquellos países en los que el matrimonio entre personas del mismo sexo no ha sido regulado debido, principalmente, a que la propia homosexualidad está castigada por ley con penas, incluso de muerte, y, por tanto, existe rechazo absoluto del mismo; en segundo lugar, existen otros en los que, si bien no existe tampoco una regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo, se han reconocido determinados efectos jurídicos, aunque limitados, asimilándolos a los efectos derivados de ciertas uniones homosexuales; en tercer lugar, hay países en los que para dichas uniones homosexuales se han previsto una serie de efectos más amplios y similares al del matrimonio propiamente dicho, aunque no se denominen como tal; y, por último, hay países en los que está plenamente reconocido el matrimonio de personas del mismo sexo.

[51] Véase R. ACEBAL PÉREZ, Mª.A. SERRANO, *El matrimonio entre personas del mismo sexo en la legislación española y en el derecho internacional privado*, cit.; Mª.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Los matrimonios entre personas del mismo sexo en el Derecho internacional privado español*, cit., 939.

incluidos los derechos sucesorios de los cónyuges, aunque pueden ser distintos los derechos reconocidos al cónyuge según el régimen jurídico que rija en cada Estado.

Por el contrario, existe una gran número de países en los que este matrimonio es rechazado bien porque no está reconocido legalmente o bien porque se encuentra prohibido, y, consiguientemente, no se reconocen los efectos derivados del mismo, invocando, para impedir en su país dichos efectos, el orden público internacional. En el ámbito de la sucesión, el art. 35 RSE permite dicha exclusión al disponer que «Sólo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier Estado designada por el presente Reglamento si esa aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro del foro».

Ahora bien, para paliar los problemas que suscita el no reconocimiento de este matrimonio en cuanto a los efectos derivados del mismo, los Estados donde no existe reconocimiento legal del matrimonio igualitario han utilizado otras vías. Así, algunos países han recurrido al orden público internacional atenuado, de manera que las relaciones jurídicas reconocidas en nuestro país produzcan determinados efectos, los denominados efectos periféricos pero no los efectos nucleares del matrimonio, atribuyendo los efectos de la institución más análoga al matrimonio[52]. Se ha señalado por la doctrina que esta alternativa presenta varias ventajas, entre ellas, que se refuerza la seguridad jurídica de los sujetos afectados, pues la situación jurídica de los mismos no se evapora totalmente cuando se produce un traslado a otro país[53]. Otros países han utilizado el mecanismo de la nacionalización de instituciones jurídicas, equiparando automáticamente dicho matrimonio a la institución o figura admitida en el Estado de reconocimiento (por ejemplo, a las uniones de hecho registradas).

Sin embargo, y a pesar de la buena disposición que implican dichas soluciones, esta diversidad de posturas puede provocar una gran incertidumbre con respecto al trato que pueda recibir el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en España cuando las personas afectadas se desplacen a un país que no admita dicho matrimonio.

---

[52] Estos efectos periféricos pueden ser los referidos a la pensión de viudedad, alimentos, beneficios fiscales, entre otros, incluyendo entre ellos los derechos sucesorios de los cónyuges.

[53] R. ACEBAL PÉREZ, Mª.A. SERRANO, *El matrimonio entre personas del mismo sexo en la legislación española y en el derecho internacional privado*, cit.

3.2. La pretendida conversión del matrimonio de personas del mismo sexo en unión civil y su repercusión en los derechos sucesorios de los cónyuges

Una de las soluciones que se ha considerado como una de las más coherentes y factibles para reconocer efectos al matrimonio igualitario en aquellos países que no lo regulan o no lo reconocen es la posibilidad que se ha sugerido de que los cónyuges de un matrimonio de personas del mismo sexo puedan solicitar su conversión a unión civil o a cualquier otra figura similar reconocida en un país en el que no se admita dicho matrimonio, pero en los que se da cobertura jurídica a las relaciones entre personas del mismo sexo, reconociendo los derechos que en estas legislaciones se atribuyen a dichas parejas.

Sin embargo, cabe señalar que ello conlleva ciertas desventajas.

En España, tal reconversión no sería necesaria, pues, como ya se ha dicho, está permitido el matrimonio entre personas del mismo sexo (art. 44.2º c.c.). Por tanto, si se celebra en otro país un matrimonio entre español y extranjero del mismo sexo, o entre extranjeros, no sería necesaria en nuestro país la conversión del matrimonio a una unión de hecho siempre que los requisitos para la validez del mismo establecidos en la regulación de dicho país no contradiga el orden público español[54]. Y, como consecuencia, al cónyuge extranjero, por aplicación de la normativa citada anteriormente (art. 9.8 c.c. y RSE), se le podrían atribuir los derechos sucesorios que nuestra ley permite en relación a la sucesión del cónyuge español. Sin embargo, el problema en este caso surge cuando el fallecido es el cónyuge extranjero, cuya legislación no reconociera derechos sucesorios al cónyuge del mismo.

En relación a los derechos sucesorios de los cónyuges para los matrimonios contraídos en nuestro país entre personas del mismo sexo que se trasladan a residir en un país donde dicho matrimonio no se admite o se prohibe, y la fórmula en dichos paises para reconocer efectos al matrimonio es reconvertir

[54] En este sentido la citada Resolución de la DGRN de 29 de julio de 2005 así lo recoge en el apartado III; aunque se planteó la cuestión de la aplicación de la Ley 13/2005 a los matrimonios contraídos por personas del mismo sexo en países donde se admitía dicho matrimonio (concretamente, Holanda, Bélgica y Canadá), antes de la entrada en vigor en España de dicha Ley, en el caso de que ninguno de los contrayentes sea español, concluyendo que «se ha de reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado ante autoridad extranjera antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005», señalando, sin embargo, que «Por el contrario, no puede extenderse dicho reconocimiento como tales matrimonios a figuras jurídicas que en sus propios países de origen, con arreglo a cuya legislación se han constituido, no tienen la consideración de matrimonios, sino que, desde el punto de vista de su calificación a los efectos del Derecho Internacional Privado español (art. 12 n. 1 c.c.), deben reconducirse a la figura de las parejas de hecho o uniones estables de pareja reguladas por numerosas leyes autonómicas españolas …» (apartado X).

dicho matrimonio en una unión de hecho, cabe señalar los inconvenientes que puede entrañar tal reconversión.

Hay que recordar que de suyo la regulación sobre parejas de hecho ya es materia problemática. En España no existe una regulación estatal de esta figura, sino que la legislación existente deriva de las Comunidades Autónomas, siendo muy dispar. En materia de sucesiones, no existe equiparación con los derechos sucesorios atribuidos a los cónyuges, y apenas se reconocen derechos sucesorios a los convivientes.

En el caso de que dicho matrimonio se deba reconvertir en una unión civil, hay que recordar que el reconocimiento transfronterizo de las parejas de hecho queda condicionado y limitado por la disparidad legislativa existente también sobre esta materia en la propia Unión Europea. Como punto de partida, es necesario señalar que la continuidad de una unión de hecho estaría sujeta, en primer lugar, a la existencia de la misma figura en el Estado de destino, y, en segundo lugar, a los requisitos exigidos por su legislación para su posible registro.

Por tanto, de cualquier manera, los miembros de una pareja matrimonial del mismo sexo que tuvieran que residir en otro país en el que no se reconozcan dichos matrimonios, y que tuviera que reconvertir su matrimonio en una unión civil, comportaría graves inconvenientes en diversos aspectos, e, indudablemente también en el ámbito sucesorio, pues seguramete verían mermados dichos derechos.

3.3. Posibildades que ofrece el Reglamento Sucesorio Europeo

Los conflictos que se pueden derivar del reconocimiento de efectos sucesorios al cónyuge viudo en países que no reconocen el matrimonio igualitario pueden encontrar una vía de solución en el Reglamento UE 650/2012, de Sucesiones.

En dicho Reglamento, como se ha indicado antes, se permite por el interesado la elección de la ley para regular su sucesión (art. 22.1 en relación con el art. 21.1), aplicándose la misma a los derechos del cónyuge (art. 23.2.b)

Esto facilita la sucesión de los cónyuges del mismo sexo en las situaciones de conflicto señaladas anteriormente.

Si se trata de un matrimonio de españoles que residan en un país que no admita o regule dicho matrimonio, los cónyuges, en virtud del art. 22.1 RSE pueden elegir para regir su sucesión la ley del Estado cuya nacionalidad posean en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento, esto es, la ley correspondiente a su nacionalidad, que, en el caso expuesto de que se trate de dos españoles, es la española.

En el caso de que uno de los cónyuges sea extranjero y el matrimonio haya fijado su residencia en país donde no se admite o regula dicho matrimonio, el cónyuge español podría elegir la ley de su nacionalidad para que se reconocieran derechos sucesorios a su cónyuge.

Sin embargo, esta regulación no resuelve todos los conflictos que puede suscitar el no reconocimiento por un Estado del matrimonio de personas del mismo sexo. Así, el caso de matrimonio de español y extranjero, cuya legislación no admita o regule el matrimonio igualitario, y que residan en este país o en otro que no reconozca dicho matrimonio. En este caso, el cónyuge extranjero puede elegir entre la ley de residencia habitual, que no reconoce el matrimonio, ni, por tanto, sus efectos, o entre la ley de su nacionalidad, que tampoco reconoce dicho matrimonio. El resultado en ambos casos es que no se reconocerían derechos sucesorios al otro cónyuge, en este caso, al cónyuge español.

Por tanto, el reconocimiento de los derechos sucesorios de los cónyuges del mismo sexo tiene aún notables limitaciones que suponen una quiebra en la situación de igualdad jurídica que debe presidir la relación conyugal a todos los efectos.

Règlement "successions" et pratique notariale

Eric Fongaro
Professeur des Universités, Université de Bordeaux
Membre de l'IRDAP, Institut de recherche en droit des affaires et du patrimoine

Le Règlement UE 650/2012 du Parlement Européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, dit règlement "successions", est entré en vigueur le 16 août 2012. Cependant, le texte s'applique aux successions de personnes décédées à compter du 17 août 2015.

Pour de nombreux spécialistes de droit international privé, cet instrument constitue une véritable révolution.

L'une des dispositions les plus révolutionnaires du Règlement concerne le choix de la loi applicable.

Si le défunt n'a pas choisi de loi pour régir sa succession, et sauf disposition contraire du Règlement, la loi applicable à l'ensemble de la succession est la loi de l'État dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment du décès. Toutefois, lorsque, à titre exceptionnel, il ressort de l'ensemble des circonstances de l'espèce qu'au moment du décès, le défunt avait des liens manifestement plus étroits avec un Etat autre que l'Etat dans lequel il avait sa résidence habituelle, la loi applicable à la succession sera celle de cet autre Etat.

Le Règlement contient également des prescriptions qui sont les bienvenues puisqu'elles permettent de déterminer la loi applicable aux actes de disposition à cause de mort.

Les actes authentiques constituent une autre spécificité du règlement "successions".

Enfin, le Règlement crée un certificat successoral européen.

The Regulation EU 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, known as the "Successions" regulation, entered into force on 16 August 2012.

However, it applies to the successions of persons who have died on or after 17 August 2015.
For many specialists of private international law, this instrument is a genuine revolution.
One of the most revolutionary provisions of the Regulation is found in relation to choice of law.
If the deceased did not choose a law to govern his succession, and unless otherwise provided for by the Regulation, the law applicable to the succession as a whole will be the law of the State in which the deceased had his or her habitual residence at the time of death. But, where by way of exception, it is clear from all the circumstances of the case that, at the time of death, the deceased was manifestly more closely connected with a State other than the State in which he had his or her habitual residence, the law applicable to the succession will be the law of that other State.
The Regulation also contains provisions which are most welcome as they allow for the determination of the law applicable to the dispositions of property upon death.
Authentic instruments constitute another specificity of the "Successions" regulation.
184 *Finally, the Regulation creates a European Certificate of Succession.*

Il Regolamento UE 650/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 4 luglio 2012 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, detto anche Regolamento sulle successioni transfrontaliere, è entrato in vigore il 16 agosto del 2012.
Tuttavia, esso si applica alla successione di persone decedute a partire dal 15 agosto 2015.
Per molti esperti di diritto internazionale privato, tale strumento costituisce una vera e propria rivoluzione.
Una delle disposizioni più rivoluzionarie del Regolamento riguarda la scelta di legge.
Ove il de cuius *non abbia scelto la legge che regolerà la propria successione e salvo diverse disposizioni del Regolamento, la legge applicabile all'intera successione sarà la legge dello Stato in cui il* de cuius *aveva la propria residenza abituale al momento della morte. Ma ove, in casi eccezionali, le circostanze del caso indichino che il* de cuius *aveva collegamenti manifestamente più stretti*

con uno Stato diverso da quello di residenza abituale, la legge applicabile alla successione sarà la legge di detto altro Stato.
Vi solo inoltre disposizioni del Regolamento accolte con grande favore, poiché consentono di determinare la legge applicabile alle disposizioni mortis causa.
Gli atti pubblici costituiscono un'ulteriore specificità del Regolamento sulle successioni transfrontaliere.
Infine, il Regolamento istituisce il Certificato successorio europeo.

Résumé: 1. Le champ d'application. – 2. La loi applicable aux successions à cause de mort. – 3. La loi applicable aux dispositions à cause de mort. – 4. La circulation des actes authentiques. – 5. Le certificat successoral européen.

Le Règlement UE 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, dit règlement "successions", a déjà fait l'objet de nombreux commentaires[1].

[1] V. par ex. P. LAGARDE, *Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions* , en *Rev. crit. DIP*, 2012, 691 – E. FONGARO, *L'anticipation successorale à l'épreuve du «règlement successions»*, en *JDI*, 2014, n. 2, 477 – F. BOULANGER, *Révolution juridique ou compromis en trompe-l'œil ? A propos du nouveau règlement européen sur les successions internationales*, en *JCP*, 2012, éd. G, 1120 – M. GORE, *Les silences du règlement européen sur les successions internationales*, en *Droit et patrimoine*, avril 2013, 34 – S. GODECHOT-PATRIS, *Le nouveau droit international privé des successions: entre satisfactions et craintes*, en *D*, 2012, 2462; du même auteur, *Les successions internationales: l'unité civile*, en *JCP*, 2013, éd. N, 1272 – C. BIDAUD-GARON, *La loi applicable aux successions internationales selon le règlement du 4 juillet 2012*, en *JCP*, 2013, éd. N, 1109 – C. LISANTI, *La* professio juris *dans le règlement successions du 4 juillet 2012*, en *Gaz. Pal.*, 14 et 15 juin 2013, 23 – *Successions internationales: maîtriser le règlement du 4 juillet 2012*, en *JCP*, 2013, éd. N, 1078-1086, dossier spécial – *Successions internationales*, en *Droit de la famille*, octobre 2013, dossier – *Règlement européen du 4 juillet 2012 et optimisation d'une succession internationale*, en *Droit et patrimoine*, juin 2013, 41 ss., dossier – *Le règlement européen du 4 juillet 1992 sur les successions*, Defrénois, 2012, 743 ss., dossier spécial – R. CRONE, *Successions internationales: la révolution en marche*, en *Solution Notaires*, août-septembre 2012, 29; du même auteur, *Le certificat successoral européen, «super acte de notoriété» des successions transfrontalières*, en *Solution Notaires*, octobre 2012, 23 – E. JACOBY, *Acte de notoriété ou certificat successoral européen?*, en *JCP*, 2012, éd. N, 1272; du même auteur, *Le certificat successoral européen et les registres fonciers*, en *JCP*, 2013, éd. N, 343 – L. GALLIEZ, *Successions internationales: entre unité civile et morcellement fiscal*, en *JCP*, 2013, éd. N, 1271 ; du même auteur, *Applications immédiates du règlement européen sur les successions*, en *JCP*, 2013, éd. N, 1110.

Plusieurs ouvrages lui ont aussi été consacrés[2]. Il peut donc sembler étonnant, près de quatre ans après son entrée en application, de revenir sur ce texte pour en proposer une nouvelle présentation et un nouveau commentaire. A la vérité, plusieurs arguments peuvent justifier une telle étude. En premier lieu, si l'on peut imaginer que beaucoup de praticiens ont déjà eu à mettre en œuvre le texte européen, il reste permis de penser que tous n'ont pas encore été amenés à l'appliquer dans toutes ses dimensions, de sorte que quelques rappels sur les subtilités de l'instrument ne sont peut-être pas inutiles. En deuxième lieu, depuis son entrée en application, le règlement a déjà fait l'objet de plusieurs décisions de la Cour de Justice de l'Union européenne, qui doivent aujourd'hui être prises en considération quant à l'interprétation du texte. Enfin, en troisième lieu, sans doute ne faut-il pas négliger aussi les décisions qui ont pu être rendues par les juridictions des Etats membres, qui peuvent éclairer d'une lumière nouvelle certaines dispositions du règlement.

Comme l'indique son intitulé particulièrement long, le Règlement "successions" est un texte complet, qui embrasse à la fois les conflits de juridictions et les conflits de lois. Plus précisément, s'agissant des conflits de juridictions, le texte pose des règles de compétence et contient des dispositions relatives à la circulation des décisions au sein de l'Union européenne. Dans le domaine des conflits de lois, le règlement pose des règles relatives non seulement à la loi applicable aux successions mais également aptes à gouverner la validité des dispositions à cause de mort ou encore l'acceptation des actes authentiques. Enfin, le règlement crée un nouvel instrument, le Certificat Successoral Européen (CSE), appelé à circuler dans l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne dans lesquels le texte est entré en application.

Parmi l'ensemble de ces dispositions, toutes n'intéressent pas le notariat avec la même importance. S'il est vrai qu'en France les notaires se sont vu reconnaître compétence pour établir les CSE, et se trouvent, à cette fin, liés par les règles de compétence figurant au chapitre II du texte[3], il ne semble pas que ces professionnels puissent être considérés comme des juridictions soumises auxdites règles pour mettre en œuvre les autres dispositions du règlement. Il est vrai que la Cour de Justice de l'Union Européenne ne s'est pas encore

---

[2] A. BONOMI – P. WAUTELET, *Le droit européen des successions Commentaire du Règlement UE 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2e édition, Bruylant – *Droit européen des successions internationales Le règlement du 4 juillet 2012*, Defrénois, sous la direction de G. Khairallah et M. Revillard – U. BERGQUIST, R. FRIMSTON, F. ODERSKY, D. DAMASCELLI, P. LAGARDE, B. REINHARTZ, *Commentaire du règlement européen sur les successions*, Dalloz.

[3] Décret n. 2015-1395 du 2 novembre 2015, art. 5 – CPC, art. 1381-1 – E. FONGARO, *Successions transfrontalières : ce qu'apporte le décret du 2 novembre 2015*, en *JCP*, 2015, éd. N, 1099.

prononcée sur cette question et devrait le faire prochainement[4]; mais il est permis d'espérer que la juridiction suive sur ce point les conclusions rendues le 28 février 2019 par l'avocat général M. Yves Bot, selon lesquelles il résulte clairement des dispositions [du droit polonais] que les tâches confiées au notaire en matière successorale sont exercées sur une base consensuelle reposant sur l'existence préalable d'un consentement des parties intéressées ou d'un accord de volonté entre celles-ci, et laissent intactes les prérogatives du juge en l'absence d'accord. Pour l'avocat général, ces dispositions ne sauraient, en conséquence, être considérées comme participant, en tant que telles, directement et spécifiquement à l'exercice de fonctions juridictionnelles. Si les conclusions de l'avocat général ont été rendues au sujet du droit polonais, leur portée est en réalité beaucoup plus vaste, et pourrait tout aussi bien s'appliquer aux notaires français.

Dès lors que les règles de compétence issues du règlement, ainsi que les dispositions relatives à la circulation des décisions, n'intéressent pas au premier chef les notaires, ce sont principalement les règles de conflits lois, ainsi que les normes concernant la circulation des actes authentiques et le CSE qui doivent retenir l'attention dans la présente étude. Toutefois, en considération des récentes décisions de la CJUE, qui apportent d'intéressantes précisions quant au champ d'application du règlement, il conviendra de s'intéresser successivement, dans les développements qui suivent, au champ d'application du règlement (1), à la loi applicable aux successions à cause de mort (2), à la loi applicable aux dispositions à cause de mort (3), à la circulation des actes authentiques (4) et, enfin, au certificat successoral européen (5).

1. Le champ d'application

Il convient d'envisager, en premier lieu, le champ d'application matériel (A), en deuxième lieu, le champ d'application spatial (B), et, en troisième lieu, le champ d'application temporel (C).

A. Le champ d'application matériel

Matériellement, le champ d'application du règlement se trouve circonscrit positivement et négativement[5].

[4] Affaire C-658/17.

[5] V. sur le sujet, C. NOURISSAT, *Le champ d'application du règlement, en Droit européen des successions internationales*, cit., 17 ss.

Positivement, il ressort de l'article premier, paragraphe 1, que le règlement s'applique aux successions à cause de mort. Celles-ci font l'objet d'une définition à l'article 3 du texte. La succession à cause de mort recouvre toute forme de transfert de biens, de droits et d'obligations à cause de mort, qu'il s'agisse d'un acte volontaire de transfert en vertu d'une disposition à cause de mort ou d'un transfert dans le cadre d'une succession *ab intestat*. Il résulte notamment de cette définition que le règlement a vocation à s'appliquer non seulement aux successions *ab intestat*, mais également aux successions testamentaires présentant des éléments d'extranéité.

Négativement, le règlement ne s'applique pas aux matières fiscales, douanières et administratives. Il s'ensuit notamment que les règles d'imposition des successions présentant des éléments d'extranéité ne sauraient être recherchées dans le texte du règlement, mais dans les règles de territorialité propres à chaque Etat membre de l'Union européenne, et, le cas échéant, dans les stipulations prévues dans les différentes conventions fiscales destinées à éviter les doubles impositions en matière de droits de mutation à titre gratuit. Plus avant, le règlement, à l'article premier paragraphe 2, prend partie sur toute une liste de questions, situées à la frontière du droit des successions et d'autres matières, qui se trouvent au final exclues du champ d'application du texte européen.

188 Cependant, en dépit du degré de précision du texte, celui-ci n'en soulève pas moins quelques difficultés d'interprétation quant à son champ d'application matériel. C'est d'ailleurs sur ce terrain qu'ont été rendues les premières décisions de la CJUE relatives au règlement. Ainsi, dans son arrêt *Kubicka*, du 12 octobre 2017, la cour affirme que «l'article 1er, paragraphe 2, sous k) et l), ainsi que l'article 31 du Règlement UE 650/2012 …, doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent au refus de la reconnaissance, par une autorité d'un État membre, des effets réels du legs "par revendication", connu par le droit applicable à la succession, pour lequel un testateur a opté conformément à l'article 22, paragraphe 1, de ce règlement, dès lors que ce refus repose sur le motif que ce legs porte sur le droit de propriété d'un immeuble situé dans cet État membre, dont la législation ne connaît pas l'institution du legs avec effet réel direct à la date d'ouverture de la succession»[6]. Plus récemment, la même juridiction, dans l'arrêt *Mahnkopf* du 1er mars 2018, a précisé, au sujet de l'article 1371 du BGB allemand, que «l'article 1er, paragraphe 1, du Règlement UE 650/2012 … doit être interprété en ce sens que relève du champ d'application dudit règlement une disposition nationale, telle que celle en cause

[6] CJUE, 2e ch., 12 oct. 2017, aff. C-218/16, *Kubicka*, en *JurisData* n. 2017-023990 *Europe*, 2017, comm. note L. Idot.

au principal, qui prévoit, lors du décès de l'un des époux, une répartition des acquêts forfaitaire par majoration de la part successorale du conjoint survivant»[7]. Enfin, dans son arrêt *Oberle*, du 21 juin 2018, la Cour de Luxembourg soutient que «l'article 4 du Règlement UE 650/2012 … doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation d'un État membre, telle que celle en cause au principal, qui prévoit que, bien que le défunt n'avait pas, au moment de son décès, sa résidence habituelle dans cet État membre, les juridictions de ce dernier demeurent compétentes pour la délivrance des certificats successoraux nationaux, dans le cadre d'une succession ayant une incidence transfrontalière, lorsque des biens successoraux sont situés sur le territoire dudit État membre ou si le défunt avait la nationalité du même État membre»[8].

B. Le champ d'application spatial

S'agissant du champ d'application spatial du règlement, il convient de distinguer la question de la force obligatoire du texte de celle de son caractère universel.
Sur le premier point, le règlement est aujourd'hui applicable dans l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne, à l'exception du Danemark, du Royaume-Uni et de l'Irlande.
Sur le second point, il est évident que les règles de compétence que pose le texte ne sauraient désigner comme compétentes que les juridictions d'un Etat membre dans lequel le règlement est applicable. Dans le même esprit les règles de circulation des décisions et du CSE ne concernent que les relations entre Etats membres. En revanche, et ce point intéresse au premier chef le notariat, dans le domaine de la loi applicable, le règlement revêt un caractère universel. Il ressort en effet de son article 20 que «toute loi désignée par le présent règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un État membre». Concrètement, cela signifie qu'un notaire ayant à régler une succession présentant des éléments d'extranéité pourra être appelé à appliquer une loi étrangère, y compris celle d'un Etat dans lequel le règlement n'est pas applicable, c'est-à-dire la loi d'un Etat tiers. Un notaire italien, par exemple, devra soumettre la succession d'un italien domicilié aux Etats-Unis à la loi des Etats-Unis, sous réserve du jeu du renvoi ou de l'exception d'ordre public international. Aussi bien, sur le terrain de la loi applicable, le règlement est-il applicable alors même que les éléments d'extranéité ne sont caractérisés par aucun point de contact avec des Etats membres de l'Union européenne, mais seulement avec des Etats tiers.

[7] CJUE, 2e ch., 1er mars 2018, aff. C-558/16, *Mahnkopf*, en *Europe*, 2018, comm. 215, note L. Idot; *Dr. famille*, 2018, comm. 144, note M. Farge; *JCP* N 2018, n. 13, act. 340, obs. C. Nourissat.
[8] CJUE, 2e ch., 21 juin 2018, aff. C-20/17, *Oberle*.

C. Le champ d'application temporel

Quant à son champ d'application temporel, l'on sait désormais que le règlement ne s'applique qu'aux successions ouvertes à compter du 17 août 2015.
On soulignera toutefois que lorsque le défunt avait, avant le 17 août 2015, choisi la loi applicable à sa succession, ce choix est valable s'il remplit les conditions fixées au chapitre III ou s'il est valable en application des règles de droit international privé qui étaient en vigueur, au moment où le choix a été fait, dans l'État dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle ou dans tout État dont il possédait la nationalité[9].
Enfin, l'article 83, paragraphe 4, doit absolument retenir l'attention des praticiens. Le texte prévoit que si une disposition à cause de mort, prise avant le 17 août 2015, est rédigée conformément à la loi que le défunt aurait pu choisir en vertu du présent règlement, cette loi est réputée avoir été choisie comme loi applicable à la succession. Il s'ensuit par exemple qu'une donation entre époux ou une donation-partage, rédigée par un Français conformément aux dispositions du droit français, avant même l'entrée en application du règlement, emporte choix de la loi française pour gouverner la succession.

190

2. La loi applicable aux successions à cause de mort

Les dispositions du règlement relatives à la loi applicable aux successions à cause de mort sont celles qui sont les plus révolutionnaires du texte[10]. «Par les innovations dont il est porteur, qui reposent principalement sur les principes d'unité successorale et d'autonomie de la volonté, le texte européen marque une

---

[9] Règlement 650/2012, art. 83 § 2.

[10] Sur la question, v. G. KHAIRALLAH, *La détermination de la loi applicable à la succession*, en *Droit européen des successions internationales*, Defrénois, sous la direction de G. Khairallah et M. Revillard, 47 ss. – S. SANA-CHAILLE DE NERE, *La loi applicable à la succession*, en *Droit patrimonial européen de la famille*, LexisNexis, actualité, sous la coordination d' Eric Fongaro, 26 ss. – S. GODECHOT-PATRIS, *Les successions internationales: l'unité civile*, en *JCP*, 2013, éd. N, 1272 ; du même auteur, *Le nouveau droit international privé des successions: entre satisfactions et craintes*, en D, 2012, 2462 – F. BOULANGER, *Révolution juridique ou compromis en trompe-l'œil? A propos du nouveau règlement européen sur les successions internationales*, en *JCP*, 2012, éd. G, 1120 – C. BIDAUD-GARON, *La loi applicable aux successions internationales selon le règlement du 4 juillet 2012*, en *JCP*, 2013, éd. N, 1109 – P. LAGARDE, *Les principes de base du nouveau règlement …*, cit., 691 – M. GORE, *La* professio juris, Defrénois, 2012, 762 – S. CABRILLAC – C. LISANTI, *La détermination de la loi applicable à la succession internationale*, en *Droit et patrimoine*, juin 2013, 42 – C. LISANTI,

rupture en considération de l'état du droit international privé des successions dans bon nombre d'Etats membres de l'Union européenne»[11]. Pour les Etats, tels la France, dont les règles de conflits de lois en matière de successions reposaient sur un principe scissionniste, le règlement a incontestablement bouleversé la pratique des notaires. Mais tel est également le cas dans les pays, comme l'Italie, qui soumettaient les successions à la loi nationale du défunt. En effet, le critère de rattachement retenu par le règlement, par principe, n'est pas la nationalité, mais la résidence habituelle.

En ce qui concerne la loi applicable aux successions à cause de mort, les dispositions du règlement, qui s'avèrent particulièrement importantes, sont parfois exposées avec un luxe de détails. On retiendra notamment que la loi successorale, telle que désignée par le règlement, a vocation à gouverner tous les aspects de la succession, depuis son ouverture jusqu'au partage inclusivement, ainsi que cela ressort de la longue liste figurant à l'article 23 du texte. Nous ne commenterons pas cet article, renvoyant pour cela à d'autres études[12]. Nous nous focaliserons en revanche sur la question de la détermination de la loi applicable. Sur ce point, il importe de bien avoir présent à l'esprit l'architecture du règlement. Le texte commence par poser, à son article 21, une règle générale, suivie, à l'article 22, de dispositions autorisant le choix de la loi applicable à la succession. En réalité, cette présentation ne s'avère pas très pédagogique. En effet, d'un point de vue méthodologique, il importe avant tout pour le praticien de se demander si le défunt avait fait un choix de la loi applicable à la succession. Ce n'est qu'en l'absence de *professio juris* que les règles de l'article 21 devront être appliquées. Cependant, l'article 21 se trouve lui-même divisé en deux paragraphes. L'article 21, paragraphe 1, pose une règle de principe, suivie, à l'article 21, paragraphe 2, d'une clause d'exception. A partir de là, le cheminement à suivre, afin de déterminer la loi applicable à la succession est le suivant. Il faut, dans un premier temps, se demander si le défunt avait, oui ou non, choisi la loi applicable à sa succession. A défaut de choix, il convient, dans un second temps, d'appliquer la règle de rattachement de principe, laquelle désigne la loi de la résidence habituelle. Toutefois, une fois déterminée la loi de la résidence, il faut, dans un troisième temps, se demander si la situation ne présente pas des liens plus étroits avec une autre loi -c'est le jeu de la clause

La professio juris *dans le règlement successions du 4 juillet 2012*, en *Gaz. Pal*, 14 et 15 juin 2013, 23 – L. ABADIE, *La loi applicable au sein du règlement*, en *Droit de la famille*, octobre 2013, étude 37 – C. NOURISSAT, *Une révolution copernicienne pour les successions internationales*, en *JCP* 2015, ed G, 1536.

[11] E. FONGARO, *L'anticipation successorale …*, cit., 479.

[12] E. FONGARO, *L'anticipation successorale …*, cit., 516.

d'exception. S'il apparaît que la loi applicable est bien celle de la résidence habituelle du défunt, il faut ensuite envisager le jeu du renvoi, prévu à l'article 34 du règlement. Enfin, en toute hypothèse, le praticien doit vérifier que la loi désignée, qu'il s'agisse de la loi de la nationalité, de la résidence habituelle, de la loi des liens les plus étroits, ou d'une autre loi après renvoi, ne heurte pas les règles d'ordre public international de l'autorité ayant à connaître de la succession. Cela nous conduira à envisager successivement le choix de loi (A), la règle de principe (B), la clause d'exception (C), le renvoi (D), et l'ordre public international (E).

A. Le choix de loi

«Le choix de loi, fondé sur l'autonomie de la volonté, constitue, avec le principe de l'unité successorale auquel il demeure assujetti, la seconde révolution apportée par le Règlement du 4 juillet 2012 aux successions internationales. La *professio juris [constitue incontestablement]* une nouvelle technique d'anticipation successorale, particulièrement performante»[13].

Selon l'article 22, paragraphe 1, «une personne peut choisir comme loi régissant l'ensemble de sa succession la loi de l'Etat dont elle possède la nationalité au moment où elle fait ce choix ou au moment de son décès». La *professio juris* a été parée de nombreuses vertus par la plupart des commentateurs du règlement européen. Avant d'en mentionner quelques unes, il importe de souligner que le recours à un choix de loi ne saurait se pratiquer à la légère. Sans doute convient-il d'utiliser ce nouvel outil en toute connaissance de cause, et donc, parfois, avec une certaine prudence. A cet égard, si la fraude à la loi et le jeu de l'exception d'ordre public international ne semblent pas poser de problèmes spécifiques au choix de loi, il semble que les questions que soulèvent les lois de police, l'administration de la succession et les conflits transitoires de droit étranger, soient plus délicates à résoudre. Il ne faut pas non plus, en cas de *professio juris*, négliger le risque de non reconnaissance à l'étranger du choix de loi[14].

Ceci étant observé, par un choix de loi, le futur *de cujus* va pouvoir fixer à l'avance la loi applicable à sa succession. Par ailleurs, dans la mesure où une personne choisit la loi applicable à sa succession, un tel choix sera de nature à prévenir tout changement ultérieur de résidence habituelle. L'intéressé pourra déménager autant de fois qu'il le souhaitera d'un pays à un autre, en l'absence de manifestation de volonté contraire, la loi applicable à sa succession restera la

[13] E. FONGARO, *L'anticipation successorale* …, cit., 504.

[14] Sur l'ensemble de ces questions, v. E. FONGARO, *L'anticipation successorale* …, cit., 523 ss.

loi de sa nationalité. Plus avant, la plupart du temps, le choix de loi participera de la mise en œuvre de stratégies d'anticipation successorale. Par exemple, une personne ayant la nationalité d'un Etat ne connaissant pas la réserve héréditaire pourra choisir la loi de sa nationalité afin de bénéficier d'une plus large liberté testamentaire et gratifier ainsi, au moyen d'une disposition à cause de mort, la personne de son choix. Il serait également permis d'imaginer qu'aux moyens de différentes *professio juris*, prévues par l'article 22 du Règlement "successions", ou encore par l'article 22 du Règlement "régimes matrimoniaux", une personne mariée parvienne à soumettre la liquidation de son régime matrimonial à la même loi que celle applicable à sa succession, ce qui serait de nature à simplifier considérablement la tâche du notaire lors de l'ouverture de la succession. Il convient au demeurant de souligner qu'en raison du caractère universel du règlement sur le terrain de la loi applicable, le choix de loi peut bien entendu porter sur la loi d'un Etat membre mais également sur la loi d'un Etat tiers.

En application de l'article 22, seule la loi de la nationalité peut être choisie. Un encadrement aussi strict de la *professio juris* se trouve expliqué au considérant 38 du préambule du règlement. Il s'agit «d'assurer qu'il existe un lien entre le défunt et la loi choisie et d'éviter que le choix d'une loi ne soit effectué avec l'intention de frustrer les attentes légitimes des héritiers réservataires».

Plus avant, la détermination de la nationalité ou des différentes nationalités d'une personne doit être réglée comme une question préalable. En d'autres termes, la question de savoir si une personne doit être considérée comme ressortissante d'un État n'entre pas dans le champ d'application du règlement et relève du droit national, y compris, le cas échéant, de conventions internationales, dans le plein respect des principes généraux de l'Union européenne.

Ceci étant précisé, en cas de *professio juris*, une personne peut choisir soit la loi de sa nationalité au moment où elle fait son choix, soit au moment de son décès. Le règlement envisage ainsi l'hypothèse du conflit mobile.

Si une personne choisit la loi de sa nationalité au moment où elle réalise ledit choix, la loi ainsi désignée s'appliquera à sa succession, quand bien même l'intéressé viendrait à changer de nationalité entre le moment du choix et le moment de son décès. En revanche, si une personne a choisi une loi dont elle ne possédait pas encore la nationalité au moment du choix, mais qu'elle acquiert ladite nationalité par la suite, son choix se trouvera validé, à condition qu'elle ne change pas encore de nationalité ultérieurement.

D'un point de vue pratique, la possibilité de choisir la loi de la nationalité au moment du décès appelle une observation. Dès lors que la *professio juris* constitue un acte d'anticipation successorale, il ne semble pas opportun de

choisir une telle loi sans être quasiment assuré, au préalable, qu'une telle nationalité sera acquise au moment du décès. Un tel choix supposerait donc, avant d'être réalisé, que soient au moins entamées les démarches nécessaires à l'octroi de la nouvelle nationalité, et que celles-ci soient suffisamment avancées pour être quasiment certain qu'elles aboutiront[15].

Par ailleurs, le règlement envisage la situation des personnes ayant plusieurs nationalités. Selon l'article 22, paragraphe 1, alinéa 2, «une personne ayant plusieurs nationalités peut choisir la loi de tout État dont elle possède la nationalité au moment où elle fait ce choix ou au moment de son décès». Il ressort de ce texte qu'en cas de pluri-nationalités, il n'est pas nécessaire, avant de réaliser le choix de loi, de trancher le conflit de nationalités. Toute nationalité possédée par l'auteur de la *professio juris*, qu'il s'agisse de la nationalité d'un Etat membre ou d'un Etat tiers, peut être choisie. Ni la nationalité du for, ni la nationalité la plus effective n'est appelée à prévaloir sur une autre nationalité.

Il convient en outre d'observer que, quelle que soit la loi choisie, la *professio juris* demeure assujettie au principe d'unité de la loi applicable à la succession. Ainsi qu'en dispose l'article 22, la loi choisie s'applique à l' "ensemble" de la succession. Cela signifie que la loi ainsi désignée, non seulement doit s'appliquer à tous les biens laissés par le défunt, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles, situés dans l'Etat de l'autorité saisie ou à l'étranger, mais également à tous les aspects de la succession, depuis son ouverture jusqu'au partage inclusivement, ainsi que le prévoit l'article 23 du texte européen.

Quant à la forme du choix de loi, l'article 22, paragraphe 2, dispose que «le choix est formulé de manière expresse dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort ou résulte des termes d'une telle disposition». Il s'ensuit que le choix de la loi pourra être exprès ou tacite. Le choix sera exprès lorsque son auteur désigne spécifiquement, dans le document supportant sa manifestation de volonté, la loi à laquelle il entend soumettre sa succession, dès lors bien sûr que cette loi est celle de sa nationalité. Le choix sera tacite, par exemple, si le défunt, dans un acte de disposition à cause de mort – on pense à un testament – s'est référé à des dispositions de la loi de sa nationalité. Le choix sera également tacite si le défunt s'est référé à une institution spécifique à la loi de sa nationalité, inconnue de la loi de sa résidence habituelle. Un anglais résidant en Italie, établissant un *trust* testamentaire conformément aux dispositions de la loi anglaise, devrait ainsi voir sa succession soumise à la loi anglaise.

---

[15] E. FONGARO, *L'anticipation successorale …*, cit., 506.

Selon l'article 22, paragraphe 3, du règlement, «la validité au fond de l'acte en vertu duquel le choix de loi est effectué est régie par la loi choisie». Ainsi, l'existence et la validité du consentement de l'auteur de la *professio juris* devront s'apprécier par référence à la loi choisie par cette personne.
Enfin, en cas de modification ou de révocation du choix de loi, celle-ci devra satisfaire aux exigences de forme applicables à la modification ou à la révocation d'une disposition à cause de mort.

B. La règle de principe

A défaut de choix de loi, la loi applicable à la succession doit être déterminée en application de la règle de rattachement de principe figurant à l'article 21, paragraphe 1, du règlement, selon lequel «sauf disposition contraire du présent règlement, la loi applicable à l'ensemble d'une succession est celle de l'État dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès».
Le texte est véritablement révolutionnaire. Il l'est tout d'abord pour les Etats, comme la France, qui ne connaissaient pas le principe d'unité de la loi applicable à la succession mais le principe de la scission, consistant à appliquer une règle de conflit de lois pour les meubles et une autre pour les immeubles. Mais le texte marque aussi une rupture pour les Etats, comme l'Italie, qui connaissaient le principe d'unité de la loi applicable à la succession, mais fondait celui-ci sur un rattachement à la loi de la nationalité du défunt et non à la loi de la résidence habituelle.

Ceci étant observé, l'article 21 débute par l'expression «sauf disposition contraire du présent règlement». Il apparaît ainsi que, dans certaines hypothèses, le principe d'unité de la loi successorale sera malmené, ou que le rattachement à la loi de la résidence habituelle ne sera pas retenu. Quelles sont ces hypothèses?
Tout d'abord, comme déjà indiqué, en cas de choix de loi, celui-ci doit prévaloir sur le rattachement à la résidence habituelle. Par ailleurs, même en cas de rattachement à la loi de la résidence habituelle, si la succession présente des liens plus étroits avec une autre loi, cette dernière, aux conditions posées par la clause d'exception de l'article 21, paragraphe 2, devra s'appliquer. Mais il est d'autres hypothèses où le principe d'unité et le rattachement à la loi de la résidence habituelle pourront être malmenés.
C'est ainsi que l'article 30 du règlement prévoit le respect des dispositions spéciales imposant des restrictions concernant la succession portant sur certains biens ou ayant une incidence sur celle-ci. Dit autrement, ce texte prévoit, pour certains biens, le respect des lois de police du lieu de leur situation. A

cet égard, la Cour de cassation française, avant même l'entrée en application du Règlement "successions", a pu estimer qu'en cas de partage judiciaire, les règles françaises d'attribution préférentielle constituaient des lois de police[16]. Il semble également que l'article 763 du Code civil français, qui prévoit un droit temporaire au logement pour le conjoint survivant, puisse s'analyser en une loi de police. En présence d'une telle disposition de police, la loi applicable à la succession restera la loi de la résidence habituelle du défunt – ou la loi choisie en cas de *professio juris* –, mais, pour le bien en question, bénéficiant de la disposition spéciale, la loi applicable sera la loi de sa situation.

Le mécanisme du renvoi, prévu par l'article 34 du Règlement "successions", pourra également entraîner un morcellement de la succession[17]. Un italien ayant sa résidence habituelle aux Etats-Unis, Etat qui soumet les successions mobilières à la loi du domicile et les successions immobilières à la loi de leur situation, décède. Il laisse dans son patrimoine un immeuble situé en Italie. Il n'avait pas fait de *professio juris* au bénéfice de la loi italienne. La règle de conflit de lois de l'article 21, paragraphe 1, désigne la loi des Etats-Unis, qui est compétente pour les meubles. En revanche, pour l'immeuble situé en Italie, il y a renvoi du droit des Etats-Unis au droit italien. La succession, au cas présent, se trouve donc régie par deux lois.

Le jeu de l'exception d'ordre public international, prévu à l'article 35, peut également entraîner un morcellement de la succession. Selon ce texte, «l'application d'une disposition de la loi d'un État désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for». A bien lire cette règle, il apparaît qu'en cas de désignation d'une loi étrangère, et d'atteinte à l'ordre public du for, ce n'est pas toute la loi étrangère qui doit être écartée, mais seulement la disposition de cette loi attentatoire à l'ordre public. Pour le reste, la loi étrangère continuera de s'appliquer. En d'autres termes, en cas d'atteinte à l'ordre public, la succession demeure soumise à la loi désignée par le règlement, la loi du for n'ayant vocation à se substituer qu'à la disposition étrangère contraire à l'ordre public. Il n'en demeure pas moins qu'une telle situation caractérisera un morcellement de la succession.

La mise en œuvre d'autres dispositions du règlement a vocation à entraîner un morcellement de la succession. Tel est le cas de l'article 28 b), qui permet de soumettre la forme de la déclaration d'option à la loi de la résidence habituelle

---

[16] Cass. 1re civ., 10 octobre 2012, en *JDI*, 2013, n. 1, 119, note E. Fongaro; *JCP*, 2012, éd. G, 1368, note L. Perreau-Saussine.

[17] V. P. LAGARDE, *Les principes de base du nouveau règlement* …, cit., 704, n. 14 ss.

de l'optant, et non du défunt, ou encore de l'article 33, relatif aux successions en déshérence, qui permet à l'Etat sur le territoire duquel sont situés les biens en déshérence, d'appréhender ceux-ci en application de sa propre loi[18].

Cependant, sous réserve des quelques hypothèses qui viennent d'être évoquées, le principe sur lequel se fonde la règle de l'article 21, paragraphe 1, est bien celui de l'unité de la loi applicable à la succession. Dans le texte, ce principe ressort tout particulièrement de l'utilisation de l'adverbe "ensemble" dans l'expression «ensemble d'une succession». A cet égard, il importe de bien souligner que, dans le règlement, le principe d'unité de la loi successorale revêt une double signification. D'une part, le principe signifie que la loi applicable à la succession s'applique à tous les biens, meubles ou immeubles, situés dans l'Etat de l'autorité en charge du règlement de la succession ou à l'étranger. D'autre part, le principe signifie que la loi applicable à la succession s'applique à tous les aspects de la succession, depuis son ouverture jusqu'au partage inclusivement, ce qui ressort de la longue liste de l'article 23 relatif à la portée de la loi applicable.

Par ailleurs, le principe de l'unité de la loi successorale repose également sur le critère de rattachement choisi dans la règle de principe: la résidence habituelle. A la différence d'un critère tel que celui de la situation d'un bien, celui de la résidence habituelle ne saurait entraîner un morcellement de la succession.

Toute la difficulté, relativement à ce critère, est qu'il ne fait l'objet d'aucune définition dans le Règlement "successions". Il ne s'agit nullement d'une omission, ou bien, si tel est le cas, celle-ci est sans doute volontaire. Aussi bien la résidence habituelle ne se trouve-t-elle jamais définie dans les nombreux instruments de droit international privé -règlements européens ou conventions internationales- qui se réfèrent à cette notion. La notion doit faire l'objet d'une interprétation autonome, indépendante notamment de celle retenue dans les droits internes des Etats membres ou encore dans les décisions rendues par la CJUE au sujet d'autres règlements européens[19].

Cette absence de définition se trouve néanmoins amplement compensée, dans le règlement, par les précieuses indications figurant, au sujet de la détermination de la résidence habituelle, dans les considérants 23 et 24 du préambule du texte. A cet égard, il importe certes de rappeler que le préambule, en soi, n'a

---

[18] S. SANA – CHAILLE DE NERE, *La loi applicable à la succession*, cit., n. 95.

[19] En ce sens, au sujet du règlement Bruxelles II *bis*, CJCE, 2 avril 2009, C-523/07, A, points 34-35. La Cour de justice indique que «la jurisprudence de la Cour relative à la notion de résidence habituelle dans d'autres domaines du droit de l'Union européenne … ne saurait être directement transposée dans le cadre de l'appréciation de la résidence habituelle des enfants, au sens de l'article 8, paragraphe 1er, du Règlement Bruxelles II-*bis*».

pas de valeur normative. Nul doute cependant que ces considérants seront de nature, en cas de saisine de la CJUE, à éclairer les juges et à les guider dans la définition qu'ils pourraient proposer de la notion. Surtout, dans l'attente d'une telle décision, lesdits considérants posent d'excellentes lignes directrices afin de faciliter le travail des notaires, qui seront les professionnels les plus couramment exposés à la question de la détermination de la résidence habituelle.

Selon le considérant 23, «afin de déterminer la résidence habituelle, l'autorité chargée de la succession devrait procéder à une évaluation d'ensemble des circonstances de la vie du défunt au cours des années précédant son décès et au moment de son décès, prenant en compte tous les éléments de fait pertinents, notamment la durée et la régularité de la présence du défunt dans l'État concerné ainsi que les conditions et les raisons de cette présence». En toute hypothèse, la résidence habituelle ainsi déterminée doit caractériser un lien étroit et stable avec l'Etat concerné. Plus avant, le considérant 24 envisage les cas complexes de détermination de la résidence habituelle. Un tel cas peut se présenter, en particulier, lorsque, pour des raisons professionnelles ou économiques, le défunt était parti vivre dans un autre État pour y travailler, parfois pendant une longue période, tout en ayant conservé un lien étroit et stable avec son État d'origine. Dans cette hypothèse, le considérant 24 indique que «le défunt pourrait, en fonction des circonstances de l'espèce, être considéré comme ayant toujours sa résidence habituelle dans son État d'origine, dans lequel se trouvait le centre des intérêts de sa vie familiale et sociale». D'autres cas complexes peuvent se présenter lorsque le défunt vivait de façon alternée dans plusieurs États ou voyageait d'un État à un autre sans s'être installé de façon permanente dans un État. Dans ces hypothèses, «si le défunt était ressortissant de l'un de ces États ou y avait l'ensemble de ses principaux biens, sa nationalité ou le lieu de situation de ces biens pourrait constituer un critère particulier pour l'appréciation globale de toutes les circonstances de fait».

On retiendra que les développements consacrés à la résidence habituelle dans les considérants précités illustrent aussi combien le Règlement "successions", outre les principes d'unité et d'autonomie de la volonté, repose également sur un principe de proximité. Ce dernier principe explique notamment que le législateur européen, en plus des règles de conflits de lois qui ont été présentées, ait entendu assortir la règle de principe d'une clause d'exception.

C. La clause d'exception

La clause d'exception évoquée figure à l'article 21, paragraphe 2, du Règlement "successions". Le texte dispose que «lorsque, à titre exceptionnel, il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que, au moment de son décès, le défunt présentait des liens manifestement plus étroits avec un État autre que celui dont la loi serait applicable en vertu du paragraphe 1, la loi applicable à la succession est celle de cet autre État».

Ce texte appelle un certain nombre d'observations. D'un côté, cette disposition se justifie par l'objectif louable, souhaité par le législateur européen, de s'assurer que la succession présente un lien étroit avec la loi qui lui est au final applicable. Mais d'un autre côté, la clause d'exception reste une source d'insécurité en raison de la casuistique qu'elle implique[20].

Quant à son champ d'application, il importe d'indiquer qu'une telle clause n'a vocation à jouer qu'en l'absence de choix de loi, lorsque la règle de principe de l'article 21, paragraphe 1, a été mise en œuvre pour soumettre la succession, dans un premier temps, à la loi de la résidence habituelle. Par ailleurs, s'agissant, comme son nom l'indique, d'une clause d'exception, la mise en œuvre de celle-ci se trouve très précisément encadrée. Elle n'a vocation à jouer qu' «*à titre exceptionnel*», et le lien de proximité avec la loi des liens les plus étroits devra résulter de l' «*ensemble des circonstances de la cause*», c'est-à-dire de toutes les circonstances de la cause, sauf bien sûr la résidence habituelle. Enfin, il faudra que les liens avec l'Etat autre que celui de la résidence habituelle soient «*manifestement plus étroits*».

D'un point de vue méthodologique, il importe de bien souligner que la clause d'exception ne saurait jouer qu'une fois déterminée la loi de la résidence habituelle. Le notaire, à défaut de choix de loi, doit donc suivre un raisonnement en deux temps. Dans un premier temps, il faut déterminer la loi de la résidence habituelle. Dans un second temps, il faut s'assurer que la situation ne présente pas des liens manifestement plus étroits avec une autre loi, dans les conditions posées par l'article 21, paragraphe 2. Si tel est le cas, la loi des liens les plus étroits doit gouverner la succession. Sinon, la succession doit être régie par la loi de la résidence habituelle. Mais en aucune façon la clause d'exception ne saurait être utilisée afin de désigner la loi applicable en cas de difficulté à déterminer la résidence habituelle.

Le considérant 25 du préambule du règlement donne un exemple de situation dans laquelle la clause d'exception pourrait être mise en œuvre. Ainsi, lorsque

[20] E. FONGARO, *L'anticipation successorale …*, cit., 504.

le défunt s'était établi dans l'État de sa résidence habituelle relativement peu de temps avant son décès et que toutes les circonstances de la cause indiquent qu'il entretenait manifestement des liens plus étroits avec un autre État, il faudrait parvenir à la conclusion que la loi applicable à la succession ne devrait pas être la loi de l'État de la résidence habituelle du défunt mais plutôt celle de l'État avec lequel le défunt entretenait manifestement des liens plus étroits.

D. Le renvoi

Le renvoi est régi, dans le Règlement "successions", par l'article 34, qui dispose que «lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un État tiers, il vise l'application des règles de droit en vigueur dans cet État, y compris ses règles de droit international privé».

Il convient d'emblée de bien circonscrire le champ d'application du renvoi, qui se trouve précisé à l'article 34, paragraphe 2. On retiendra à cet égard que le renvoi se trouve exclu en cas de *professio juris*. La solution relève du bon sens. Faire jouer le renvoi alors qu'une personne a choisi la loi applicable à sa succession reviendrait à déjouer sa volonté. En effet, lorsqu'une personne choisit une loi, il apparaît évident qu'elle a en vu les dispositions matérielles de la législation désignée, et non ses règles de conflits de lois. Par ailleurs, toujours en application de l'article 34, paragraphe 2, le renvoi se trouve exclu lorsqu' a joué la clause d'exception de l'article 21, paragraphe 2. Cette solution s'explique également assez facilement. L'on sait qu'en application de la clause d'exception, la loi applicable à la succession est la loi des liens les plus étroits. Admettre le renvoi alors que la loi désignée est celle des liens les plus étroits conduirait inévitablement à soumettre la succession à une loi présentant des liens moins étroits, ce qui irait à l'encontre du principe de proximité qui irrigue le Règlement "successions". Le renvoi ne saurait non plus faire obstacle à l'application d'une loi de police applicable par l'effet de l'article 30 du règlement. Ainsi que cela ressort de ce dernier texte, les dispositions spéciales qu'il vise imposent des restrictions concernant les successions portant sur certains biens en raison de la destination économique, familiale ou sociale de ces biens. Par nature, ces dispositions spéciales, destinées la plupart du temps à préserver des intérêts généraux, s'avèrent impératives. Leur opposer le mécanisme du renvoi reviendrait alors à éluder l'application de dispositions d'ordre public, ce qui n'est évidemment pas de bonne politique juridique. Le renvoi ne saurait non plus jouer en cas d'application de l'article 27 du Règlement "successions", relatif à la validité quant à la forme des dispositions à cause de mort établies par

écrit. Ce texte, directement inspiré de l'article 1er de la Convention de La Haye sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires, pose cinq critères de rattachement alternatifs et non hiérarchisés. Une telle règle, animée par une idée de faveur à la validité formelle des actes de dispositions à cause de mort, constitue une règle de conflit de lois à coloration matérielle. La *favor testamenti* ne saurait être déjouée par un renvoi. Enfin, le renvoi ne saurait s'appliquer à la validité formelle d'une option valable conformément à la loi de la résidence habituelle de l'optant, en application des prescriptions de l'article 28 b) du Règlement. Cette dernière disposition, qui constitue une mesure de faveur pour l'optant, ne doit pas voir son efficacité menacée par le jeu du renvoi.
Plus avant, le renvoi n'est envisagé, dans le règlement, qu'en cas de désignation de la loi d'un Etat tiers. La solution semble, *a priori*, relever de l'évidence. En effet, un renvoi ne peut se concevoir, c'est le propre de ce type de conflit négatif de rattachement, que lorsque le critère de rattachement de la loi de l'Etat dont la législation a été désignée par la règle de conflit de lois du for, en l'occurrence par la règle de conflit de lois issue du Règlement "successions", est différent de celui de ladite règle de conflit de lois. Or, en présence d'un règlement européen de droit international privé, le texte étant par principe applicable dans l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne, tous les Etats membres ont les mêmes règles de conflits de lois, avec par conséquent les mêmes critères de rattachement. Il s'ensuit qu'aucun renvoi n'est concevable, dans le cadre du Règlement "successions", entre Etats membres de l'Union européenne. La question se pose alors de savoir ce qu'il convient d'entendre par "*Etat tiers*", puisque telle est l'expression visée par l'article 34. A l'évidence, doivent déjà être considérés comme des Etats tiers les Etats non membres de l'Union européenne. Mais, plus avant, *quid* des Etats membres – Danemark, Royaume-Uni, Irlande – qui n'ont pas adhéré au règlement? Dans l'attente d'une prise de position de la Cour de Justice de l'Union européenne, certains auteurs considèrent que le renvoi doit être suivi s'il résulte de la loi d'un Etat membre non lié par le règlement[21].
Plus concrètement, le Règlement "successions" envisage deux hypothèses de renvoi, le renvoi à la loi d'un Etat membre, et le renvoi à la loi d'un autre Etat tiers qui appliquerait sa propre loi.
Quelques exemples permettront d'illustrer chacune des deux hypothèses.
Premier exemple: un italien décède sans avoir fait de *professio juris*, en ayant sa dernière résidence habituelle au Maroc. Ses héritiers demandent à un notaire italien de régler la succession.

[21] A. BONOMI – P. WAUTELET, *Le droit européen des successions* …, cit., art. 34, 561, n° 5.

La règle de conflit de lois de l'article 21, paragraphe 1, désigne comme loi applicable la loi marocaine. Le Maroc est un Etat tiers, et la règle de conflit de lois marocaine, en matière de successions, désigne la loi de la nationalité. Il y a donc renvoi du droit marocain au droit italien et la succession, au cas présent, se trouve soumise à la loi italienne.
Mais le renvoi, dans cette première hypothèse ne se fait pas toujours à la loi de l'expéditeur. Il peut très bien s'agir d'un renvoi au second degré.
Deuxième exemple: un allemand décède sans avoir fait de *professio juris*, en ayant sa dernière résidence habituelle au Maroc. Ses héritiers, qui vivent en Italie, demandent à un notaire italien de régler la succession.
La règle de conflit de lois de l'article 21, paragraphe 1, désigne comme loi applicable la loi marocaine. Le Maroc est un Etat tiers, et la règle de conflit de lois marocaine, en matière de successions, désigne la loi de la nationalité. Il y a donc renvoi du droit marocain au droit allemand et la succession, au cas présent, se trouve soumise à la loi allemande.
La deuxième hypothèse de renvoi envisagée par l'article 34, celle du renvoi à la loi d'un autre Etat tiers qui appliquerait sa propre loi, correspondra toujours à un renvoi au second degré.
Troisième exemple: un algérien décède sans avoir fait de *professio juris*, en ayant sa dernière résidence habituelle au Maroc. Ses héritiers, qui vivent en Italie, demandent à un notaire italien de régler la succession.
La règle de conflit de lois de l'article 21, paragraphe 1, désigne comme loi applicable la loi marocaine. Le Maroc est un Etat tiers, et la règle de conflit de lois marocaine, en matière de successions, désigne la loi de la nationalité, soit la loi algérienne. Il y a donc renvoi du droit marocain au droit algérien. L'Algérie est également un Etat tiers et la règle de conflit de lois algérienne, en matière de successions, désigne la loi nationale du défunt. C'est donc que le droit algérien se reconnaît compétent pour connaître de la succession, laquelle se trouvera au final soumise à la loi algérienne.

E. L'ordre public international

L'ordre public international est appréhendé à l'article 35 du Règlement "successions", qui dispose que «l'application d'une disposition de la loi d'un État désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for».
Cette formulation pourrait presque être qualifiée de classique tant elle se retrouve désormais dans la plupart des instruments européens de droit international

privé[22]. Elle correspond aussi à l'esprit des stipulations que l'on peut rencontrer, sur le sujet, dans les conventions de La Haye, et, plus généralement, aux solutions retenues dans le droit international privé d'origine interne des Etats membres.

Rappelons que l'ordre public international constitue un mécanisme d'éviction de la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois lorsque l'application de ladite loi heurte les valeurs fondamentales de la loi du for. Plus exactement, et cela ressort très bien de la rédaction de l'article 35 du Règlement "successions", ce n'est pas tant la loi étrangère qui est prise en considération pour savoir s'il y a atteinte ou non à l'ordre public international, mais le résultat concret de son application; si bien qu'en cas d'atteinte à l'ordre public international, ce n'est pas toute la loi étrangère qui se trouve évincée, mais seulement la disposition étrangère dont l'application heurte le droit du for.

En considération de ce texte, il importe de souligner qu'en dépit de l'expression d'ordre public international, cet ordre public ne s'analyse pas en un ordre public supranational. L'article 35 vise bien l'ordre public du for. Aussi bien existe-t-il un ordre public international italien, un ordre public international français, un ordre public international allemand, … En réalité, si l'on parle d'ordre public international, c'est bien pour distinguer cette notion de l'ordre public interne. Il est ainsi traditionnellement enseigné que l'ordre public international constitue le noyau dur de l'ordre public interne.

Toute la difficulté, en la matière, est alors de bien délimiter le contenu de l'ordre public international.

Il semble à cet égard quasiment établi que l'ordre public peut être invoqué contre une loi étrangère consacrant des discriminations contre les successibles, notamment en raison de leur religion, de leur sexe, ou de leur naissance[23]. On observera à cet égard que tant la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, relayée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, consacrent le principe d'égalité et condamne toute forme de discrimination.

Plus avant la question que soulève aujourd'hui l'article 35 du Règlement "successions" est de savoir si les règles d'ordre public successoral, figurant dans le droit interne des Etats membres, relèvent ou non, dans ces Etats, de l'ordre

---

[22] Art. 21 du règlement Rome I, art. 26 du règlement Rome II, art. 12 du règlement Rome III, et, pour des règlements postérieurs au règlement "successions", art. 31 du règlement "régimes matrimoniaux", et art. 31 du règlement "effets patrimoniaux des partenariats enregistrés".

[23] A. BONOMI – P. WAUTELET, *Le droit européen des successions* …, cit., 584, n° 16.

public international. La question se pose notamment à l'égard des dispositions protectrices des proches du *de cujus*, et l'on songe tout particulièrement au sort de la réserve héréditaire. Ainsi que le relèvent les Professeurs Bonomi et Wautelet[24], dans certains Etats européens, les juridictions suprêmes ont jugé que l'absence de réserve, en elle-même, ne porte pas atteinte à l'ordre public du for; et les auteurs de mentionner le Tribunal fédéral suisse[25], le Tribunal supremo espagnol[26] et la Cour de cassation italienne[27]. Mais les mêmes auteurs soulignent que la valeur de ces précédents ne doit pas être surestimée. Sans doute faut-il ajouter à cette liste les récents arrêts rendus par la Cour de cassation française dans les successions de Maurice Jarre et de Michel Colombier[28]. Dans ces deux décisions, la cour régulatrice affirme «qu'une loi étrangère désignée par la règle de conflit qui ignore la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français et ne peut être écartée que si son application concrète, au cas d'espèce, conduit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels». A l'inverse, dans d'autres Etats membres de l'Union européenne, la question de savoir si la réserve relève ou non du domaine de l'ordre public international n'a pas encore été tranchée. En toute hypothèse, ainsi que l'indiquent les Professeurs Bonomi et Wautelet, «un facteur qui ne doit pas être négligé dans ce débat est l'esprit libéral qui anime le Règlement … Les solutions proposées sont, en effet, largement favorables à la liberté testamentaire et à l'autonomie des parties»[29].

On ajoutera, pour conclure sur cette question, qu'il est permis de penser que ni la prohibition des substitutions fiédéicommissaires, ni la prohibition des pactes sur successions futures, ne devraient plus aujourd'hui être considérées comme des principes fondamentaux des Etats membres, justifiant d'opposer une exception d'ordre public international à une loi étrangère ignorant de tels principes[30].

---

[24] A. BONOMI – P. WAUTELET, *Le droit européen des successions* …, cit., 590, n° 25.
[25] ATF 102 II 136 (1976), *Hirsch c. Cohen*.
[26] Tribunal supremo, 15 novembre 1996, *Lowenthal*.
[27] Cass., 24 juin 1996, n. 5832, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, 784.
[28] Sur le sujet, v. par ex., E. FONGARO, *La réserve héréditaire ne relève pas, en principe, de l'ordre public international, note sous Cass. 1re civ., 27 septembre 2017, n° 16-17198 et n° 16-13151*, en *JCP*, 2017, éd. N, 1305.
[29] A. BONOMI – P. WAUTELET, *Le droit européen des successions* …, cit., 592, n° 97.
[30] A. BONOMI – P. WAUTELET, *Le droit européen des successions* …, cit., 601, n° 41 ss.

3. La loi applicable aux dispositions à cause de mort

Il convient, lorsqu'il s'agit d'aborder la question de la loi applicable aux dispositions à cause de mort, de bien circonscrire le champ d'étude.
Le Règlement "successions" donne une définition des dispositions à cause de mort. Selon l'article 3, paragraphe 1, d), on entend par «"disposition à cause de mort", un testament, un testament conjonctif ou un pacte successoral». Toujours au titre des définitions, il ressort de l'article 3, paragraphe 1, b), que constitue un pacte successoral, «un accord, y compris un accord résultant de testaments mutuels, qui confère, modifie ou retire, avec ou sans contre-prestation, des droits dans la succession future d'une ou de plusieurs personnes parties au pacte». Et le même article 3, paragraphe 1, c), de présenter le testament conjonctif comme «un testament établi par deux ou plusieurs personnes dans le même acte».
La question de la loi applicable aux dispositions à cause de mort peut être envisagée sous deux angles d'attaque: le traitement successoral des dispositions à cause de mort, et la validité des dispositions à cause de mort.
Le traitement successoral des actes de dispositions à cause de mort relève par principe de la loi successorale, dont on a vu précédemment comment elle devait être déterminée. Dans cette perspective, il importe de souligner qu'en application de l'article 23 du Règlement "successions", la loi successorale régit notamment la quotité disponible, les réserves héréditaires, le rapport et la réduction des libéralités.
Cependant, en amont du traitement successoral des actes de dispositions à cause de mort, se pose la question de la validité de tels actes. Le Règlement "successions" pose en la matière plusieurs règles de conflits de lois, figurant aux articles 24 à 27 du texte européen. L'article 27 est relatif à la validité quant à la forme des dispositions à cause de mort établies par écrit (A). Les articles 24 et 25 fixent les règles de conflits de lois applicables, notamment, à la validité substantielle des dispositions à cause de mort (B).

A. La validité formelle des dispositions à cause de mort

La validité formelle des dispositions à cause de mort est régie par l'article 27 du Règlement "successions". Une précision s'impose à ce sujet, en considération des dispositions figurant à l'article 75 du règlement. Ce dernier texte prévoit que les Etats membres qui sont parties à la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires continuent à appliquer les dispositions de cette convention, au lieu de l'article 27, pour ce qui concerne la validité quant à la forme des testaments et des

testaments conjonctifs. La France étant partie à la convention précitée, la validité en la forme des dispositions testamentaires, lorsqu'elle doit être appréciée par une autorité française, relève bien dudit traité international. En revanche, la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires a été signée par l'Italie mais n'y est pas entrée en vigueur à ce jour. Une autorité italienne n'aura donc à apprécier la validité en la forme d'une disposition à cause de mort, en présence d'éléments d'extranéité, qu'en considération de l'une des lois désignées par l'article 27 du Règlement "successions", lequel est en réalité directement inspiré de l'article 1er de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961.

A l'évidence, le législateur européen a été animé d'une idée de faveur à la validité formelle des actes de disposition à cause de mort. Ceci ressort, d'une part, du champ d'application du texte, et, d'autre part, des nombreux critères de rattachement qu'il retient.

Quant à son champ d'application, l'article 27, paragraphe 3, du règlement, à l'instar de l'article 5 de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961, résout un problème classique de conflit de qualifications au bénéfice d'une qualification relevant du domaine de la forme. En vertu de ce texte, qui consacre une conception extensive de la notion de forme, «toute disposition légale qui limite les formes admises pour les dispositions à cause de mort en faisant référence à l'âge, à la nationalité ou à d'autres qualités personnelles du testateur ou des personnes dont la succession est concernée par un pacte successoral, est considérée comme relevant du domaine de la forme. Il en est de même des qualités que doit posséder tout témoin requis pour la validité d'une disposition à cause de mort»[31].

Quant aux critères de rattachement, selon l'article 27, paragraphe 1: «Une disposition à cause de mort établie par écrit est valable quant à la forme si celle-ci est conforme à la loi:

a) de l'État dans lequel la disposition a été prise ou le pacte successoral a été conclu;

b) d'un État dont le testateur ou au moins une des personnes dont la succession est concernée par un pacte successoral possédait la nationalité, soit au moment où la disposition a été prise ou le pacte conclu, soit au moment de son décès;

c) d'un État dans lequel le testateur ou au moins une des personnes dont la succession est concernée par un pacte successoral avait son domicile, soit au moment où la disposition a été prise ou le pacte conclu, soit au moment de son décès;

---

[31] Sur la question, v. E. FONGARO, *L'anticipation successorale …*, cit., 489.

d) de l'État dans lequel le testateur ou au moins une des personnes dont la succession est concernée par un pacte successoral avait sa résidence habituelle, soit au moment de l'établissement de la disposition ou de la conclusion du pacte, soit au moment de son décès; ou
e) pour les biens immobiliers, de l'État dans lequel les biens immobiliers sont situés».
Le texte s'applique en outre aux dispositions à cause de mort modifiant ou révoquant une disposition antérieure, étant précisé que la modification ou la révocation est également valable quant à la forme si elle est conforme à l'une des lois en vertu desquelles, conformément au paragraphe 1, la disposition à cause de mort modifiée ou révoquée était valable.
En considération des nombreux critères de rattachement de l'article 27, paragraphe 1, qui sont alternatifs et non hiérarchisés, il sera très rare, en pratique, qu'un acte de disposition à cause de mort ne soit pas valide en la forme dans l'ordre international[32].
Le premier critère consacre le rattachement à la loi du lieu où la disposition a été prise, ou le pacte successoral conclu. L'importance de ce critère, qui se justifie par l'accessibilité des règles de forme du lieu où se trouve le disposant, n'est plus à démontrer.
Le deuxième critère est celui de "la" nationalité du disposant. Il soulève la question de la validité d'une disposition à cause de mort consentie par un multinational. Selon les Professeurs Bonomi et Wautelet, toute nationalité possédée par le disposant pourrait être prise en considération pour apprécier la validité formelle de son acte[33].
Le troisième critère, celui du domicile, permet au disposant de se référer aux règles de forme des libéralités à cause de mort du lieu où il vit. Toutefois, tous les Etats ne consacrent pas la même définition du domicile. Telle est la raison pour laquelle le Règlement "successions" prévoit que pour déterminer si le testateur ou toute personne dont la succession est concernée par un pacte successoral avait son domicile dans un État particulier, c'est la loi de cet État qui s'applique. Il s'ensuit qu'un disposant, pour la mise en œuvre de l'article 27, pourra être considéré comme domicilié dans plusieurs Etats, sans qu'il y ait lieu de trancher le conflit de domiciles, ce qui est de nature à élargir davantage encore l'éventail des lois applicables à la validité en la forme des dispositions à cause de mort.
Au regard des critères de la nationalité et du domicile, auquel doit être ajouté celui de la résidence habituelle, également visé par le texte, il importe de

[32] Sur le sujet, v. E. FONGARO, *L'anticipation successorale* …, cit., 487.
[33] A. BONOMI – P. WAUTELET, *Le droit européen des successions* …, cit., 472, n° 23.

souligner que les risques de conflits mobiles auraient pu être élevés, dans la mesure où chacun de ces critères peut changer dans le temps. Afin de pallier toute difficulté, les rédacteurs du règlement ont prévu qu'en cas de changement de nationalité, de domicile ou de résidence habituelle, la disposition à cause de mort était valable en la forme si celle-ci répondait à la loi interne de la nationalité, du domicile ou de la résidence habituelle, soit au moment où la disposition a été prise, soit au moment du décès du disposant.

B. La validité substantielle des dispositions à cause de mort

Le législateur européen n'a pas entendu soumettre la validité substantielle des dispositions à cause de mort à un régime unique. Le règlement repose au contraire, en la matière, sur une distinction entre les dispositions à cause de mort autres que les pactes successoraux (1), et les pactes successoraux eux-mêmes(2).

B.1. La validité substantielle des dispositions à cause de mort autres que les pactes successoraux

208 La validité substantielle des dispositions à cause de mort autres que les pactes successoraux se trouve gouvernée, dans le Règlement "successions", par l'article 24. Celui-ci doit, d'emblée, voir son champ d'application précisé. Quelles sont les dispositions à cause de mort autres que les pactes successoraux ? En application de l'article 3, paragraphe 1, d), l'expression de «dispositions à cause de mort» recouvre les testaments, les testaments conjonctifs et les pactes successoraux. Il s'ensuit que l'article 24 s'applique aux seuls testaments et testaments conjonctifs, à condition toutefois, pour ces derniers, qu'ils ne s'analysent pas en un pacte successoral. Par ailleurs, outre la validité des dispositions à cause de mort, l'article 24, paragraphe 1, vise également la "recevabilité" de ces dispositions, sans pour autant que le règlement ne produise de définition de cette notion. Pour certains spécialistes, il s'agirait de la possibilité même d'établir l'acte[34].
Selon l'article 24, paragraphe 1, «la recevabilité et la validité au fond d'une disposition à cause de mort autre qu'un pacte successoral sont régies par la loi qui, en vertu du présent règlement, aurait été applicable à la succession de la personne ayant pris la disposition si elle était décédée le jour de l'établissement de la disposition». A l'évidence, les rédacteurs du règlement ont entendu soumettre

[34] G. KHAIRALLAH, en *Droit européen des successions internationales*, 63, n° 141.

la recevabilité et la validité des dispositions à cause de mort, et, notamment, des testaments, à la loi applicable à la succession. Toutefois, une difficulté aurait pu se présenter en considération du critère de rattachement retenu, à l'article 21, paragraphe 1, à titre de principe, pour déterminer la loi successorale : la résidence habituelle. En effet, la résidence habituelle à prendre en considération lors du règlement de la succession est celle du *de cujus* au moment du décès. Or, entre le moment où une personne rédige son testament et l'instant de son décès, le disposant aura pu changer de résidence habituelle. Mais il n'était pas concevable que la validité substantielle d'un testament soit tributaire des éventuels déplacements du testateur. Telle est la raison pour laquelle la loi applicable à la recevabilité et à la validité des dispositions à cause de mort est certes la loi successorale, mais, plus exactement, la loi successorale anticipée, c'est-à-dire la loi qui «aurait été applicable à la succession de la personne ayant pris la disposition si elle était décédée le jour de l'établissement de la disposition»[35]. Concrètement, en l'absence de *professio juris*, la loi successorale anticipée est celle de la résidence habituelle du testateur au moment où il rédige son testament, sauf à faire jouer la clause d'exception et à considérer que la situation présentait des liens manifestement plus étroits avec une autre loi, compte tenu de l'ensemble des circonstances de la cause, mais toujours au moment de la rédaction du testament. Néanmoins, si le testateur, avant de rédiger son testament, avait choisi la loi applicable a sa succession, et soumis celle-ci à la loi de sa nationalité en application de l'article 22 du règlement, la loi successorale anticipée sera la loi de la nationalité du testateur.

Ce rattachement de la recevabilité et de la validité des testaments à la loi successorale anticipée présente l'avantage d'éviter qu'un testament, valable au moment de sa rédaction, ne le soit plus au moment du décès, ce qui serait de nature à déjouer la volonté du disposant. Dès lors qu'un testament sera valable en considération de la loi successorale anticipée, tout changement ultérieur de résidence habituelle ou de nationalité ne saurait remettre en cause la validité au fond de l'acte de disposition à cause de mort.

Il convient en outre d'ajouter que l'auteur de l'acte de disposition à cause mort a aussi la possibilité de soumettre la validité substantielle de son acte à la loi de sa nationalité, indépendamment de tout choix quant à la loi applicable à la succession elle-même. En effet, selon l'article 24, paragraphe 2, «une personne peut choisir comme loi régissant sa disposition à cause de mort, quant à sa recevabilité et à sa validité au fond, la loi que cette personne aurait pu choisir en vertu de l'article 22, selon les conditions qui y sont fixées», c'est-à-dire la loi

[35] V. sur le sujet E. FONGARO, *L'anticipation successorale* …, cit., 490.

de sa nationalité. Il ressort de cette disposition qu'il existe, dans le Règlement "successions", deux types de *professio juris*. Celle de l'article 22, relative au choix de la loi applicable à la succession, et celle de l'article 24, paragraphe 2[36], relative à la validité au fond de la disposition à cause de mort[37].
Enfin, un testament pouvant être modifié ou révoqué, les rédacteurs du Règlement "successions" ont bien pris soin de préciser, à l'article 24, paragraphe 3, que la modification ou la révocation d'un testament se voyaient également soumises à la loi successorale anticipée. Ce texte appelle des précisions. En réalité, ainsi que l'ont expliqué les Professeurs Bonomi et Wautelet, la possibilité même de modifier ou de révoquer doivent sans doute s'apprécier en considération de la loi applicable à la validité au fond de la disposition à cause de mort, c'est-à-dire de la loi qui aurait été applicable à la libéralité si le disposant était décédé le jour de son établissement. En revanche, la loi applicable à la validité de l'acte qui modifie ou révoque la disposition à cause de mort devrait être celle qui aurait régie la succession au jour de la modification ou de la révocation[38].

B.2. La validité substantielle des pactes successoraux

210 La recevabilité et la validité au fond des pactes successoraux sont régies, dans le Règlement "successions", par l'article 25 du texte.
Selon l'article 3, paragraphe 1, b), on entend par "pacte successoral", «un accord, y compris un accord résultant de testaments mutuels, qui confère, modifie ou retire, avec ou sans contre-prestation, des droits dans la succession future d'une ou de plusieurs personnes parties au pacte».
En considération de ce dernier texte, la question se pose de savoir quels sont les actes entrant dans son champ d'application. Le pacte successoral est un acte classique dans les pays de droit germanique ou en ayant subi l'influence[39]. En droit français, en dépit du principe de prohibition figurant à l'article 722 du Code civil, de plus en plus de pactes successoraux sont autorisés par la loi ou par la jurisprudence[40]. Il est ainsi permis de mentionner les donations-partages,

[36] Et de l'article 25, paragraphe 3, infra.
[37] Sur la question, v. E. FONGARO, *L'anticipation successorale …*, cit., 491.
[38] En ce sens, A. BONOMI – P. WAUTELET, *Le droit européen des successions …*, cit., art. 24, 412, n° 12.
[39] V. L. GALLIEZ, *Applications immédiates du règlement européen sur les successions*, en *JCP*, 2013, éd. N, 1110, n° 17 – V. également E. FONGARO, *Le pacte successoral à l'épreuve de la mobilité internationale*, en *JCP*, 2016, éd. N, 1148.
[40] N. BAILLON-WITZ, *Que reste-t-il de la prohibition des pactes sur succession future? A propos de la loi du 23 juin 2006*, en *Droit de la famille*, 2006, étude 44.

les stipulations dérogeant aux règles légales sur les modalités de rapport, les libéralités graduelles, la renonciation anticipée à l'action en réduction, le consentement à aliénation de l'article 924-4 du Code civil, ainsi que les donations entre époux de biens à venir. En présence d'éléments d'extranéité, la recevabilité et la validité au fond de tels pactes devra s'apprécier en considération de la loi désignée par l'article 25 du Règlement "successions". La question se pose en revanche de la soumission au texte des testaments conjonctifs. Il est vrai que dans la mesure où l'article 3, paragraphe 1, d), du règlement établit une distinction entre le testament conjonctif et le pacte successoral, il serait permis de penser que le premier ne saurait entrer dans le champ d'application de l'article 25. Toutefois, il existe en réalité deux catégories de testaments conjonctifs, les testaments conjonctifs mutuels, et les testaments conjonctifs non mutuels. Pour les premiers, il existe bien un accord entre les testateurs de nature à créer un lien entre leurs dispositions à cause de mort. Cela emporte comme conséquence qu'un tel testament n'est pas librement révocable et constitue incontestablement un pacte successoral au sens du Règlement "successions", dont la recevabilité et la validité doit relever de l'article 25 du texte. En revanche, la recevabilité et la validité au fond d'un testament conjonctif non mutuel, qui ne s'analyse pas en un pacte successoral, relèvera bien de la loi déterminée en application de l'article 24[41].

L'article 25 établit une distinction entre les pactes successoraux concernant la succession d'une seule personne et les pactes successoraux intéressant la succession de plusieurs personnes. Pour la première catégorie, l'article 25, paragraphes 1 et 3, reproduit, en substance, les dispositions de l'article 24. Il s'ensuit que la recevabilité et la validité au fond d'un pacte successoral concernant la succession d'une seule personne se trouvent régies par la loi successorale anticipée du disposant, ou bien par la loi de sa nationalité choisie sur le fondement de l'article 25, paragraphe 3. La situation est plus complexe pour les pactes successoraux concernant la succession de plusieurs personnes. Le texte établit une distinction entre la recevabilité et la validité du pacte. Le pacte n'est recevable que s'il l'est en vertu de chacune des lois successorales anticipées des personnes dont les successions sont concernées par le pacte. Si le pacte est recevable, la validité et les effets contraignants du pacte seront régis par celle de ces lois avec laquelle le pacte présente les liens les plus étroits.

En toute hypothèse, que le pacte concerne la succession d'une seule ou de plusieurs personnes, le domaine de la loi applicable s'étend, selon les dispositions

[41] En ce sens, A. BONOMI – P. WAUTELET, *Le droit européen des successions* …, cit., art. 27, 469, n° 17.

mêmes de l'article 25, aux effets contraignants du pacte entre les parties, ce qui inclut, notamment, les conditions de sa dissolution. C'est donc en application de la loi successorale anticipée, ou de la loi choisie sur le fondement de l'article 25, paragraphe 3, du règlement, que devra s'apprécier, dans l'ordre international, la révocabilité des donations entre époux au dernier vivant.

4. La circulation des actes authentiques

Le Règlement "successions" consacre deux articles à la circulation des actes authentiques, l'un relatif à l'acceptation des actes authentiques, l'autre relatif à la force exécutoire des actes authentiques.

Sur ce second point, le règlement n'innove pas. Ses rédacteurs se sont directement inspirés des dispositions prévues, en la matière, par le règlement Bruxelles I[42].

Quant à l' "acceptation" des actes authentiques, le texte européen se montre novateur par la terminologie employée. Ainsi, à la différence des textes de droit international privé de l'Union européenne qui lui sont antérieurs, le Règlement "successions" abandonne le terme de «reconnaissance» des actes authentiques pour lui préférer celui d' "acceptation". L'objectif de ce changement de vocabulaire est destiné à bien marquer la différence de méthode existant entre la reconnaissance des décisions et l'acceptation des actes authentiques[43]. Ainsi, il ressort de l'article 59, paragraphe 1, du texte européen que «les actes authentiques établis dans un État membre ont la même force probante dans un autre État membre que dans l'État membre d'origine ou y produisent les effets les plus comparables, sous réserve que ceci ne soit pas manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre concerné».

Du point de vue de la méthode en droit international privé, l'article 59, paragraphe 1, pose une véritable règle de conflit de lois, consistant à rattacher la force probante des actes authentiques établis dans un Etat membre à la loi de l'Etat dans lequel ils ont été établis[44]. En considération du champ d'application du règlement européen, cet article pourrait notamment s'appliquer à la force probante d'un acte authentique de partage ou d'un acte authentique de notoriété.

---

[42] L'article 60 du règlement "successions" renvoie aux articles 45 à 58 du même règlement, qui reprennent les dispositions du règlement Bruxelles I.

[43] Sur la question, v. P. CALLE, *L'acceptation et l'exécution des actes authentiques*, en *JCP* N, 2013, 1085.

[44] V. par exemple, H. PEROZ – E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, 2e éd., LexisNexis, Pratique notariale, 321, n° 888.

A la suite de cette première disposition, le règlement pose deux autres règles relatives, l'une, à l'authenticité, l'autre, à la validité des actes.
En application de l'article 59, paragraphe 2, en cas de contestation portant sur l'authenticité d'un acte authentique, sont compétentes les juridictions de l'Etat membre d'origine de l'acte, qui statuent en vertu de la loi de cet Etat. L'acte authentique contesté ne produit aucune force probante dans un autre Etat membre tant que le recours est pendant devant la juridiction compétente.
En revanche, conformément à l'article 59, paragraphe 3, le contenu des actes authentiques pourra être contesté devant les juridictions compétentes selon le règlement, qui appliqueront la loi désignée par le même règlement.

5. Le certificat successoral européen

Le certificat successoral européen (CSE) constitue une importante création du Règlement "successions". Le texte européen en circonscrit très précisément le champ d'application. Selon l'article 62 du texte, le certificat, qui n'est pas obligatoire, est délivré en vue d'être utilisé dans un autre État membre et ne saurait se substituer aux documents internes utilisés à des fins similaires dans les États membres[45].
Le règlement énumère avec beaucoup de précisions les informations que peut contenir la demande de certificat et les informations que peut comporter le certificat lui-même. Il n'est pas intéressant de reprendre ces longues listes, figurant respectivement aux articles 65 et 68 du règlement. On soulignera cependant que la Cour de justice de l'Union européenne, dans un arrêt du 17 janvier 2019, a décidé que l'article 65, paragraphe 2, du Règlement 650/2012, et l'article 1er, paragraphe 4, du Règlement d'exécution (UE) n° 1329/2014 de la Commission, du 9 novembre 2014, établissant les formulaires mentionnés

[45] Sur la question dans son ensemble, V., par ex., B. REYNIS, *Le certificat successoral européen, un acte authentique européen*, Defrénois, 2012, 767. – J.F. SAGAUT, *Le certificat successoral européen: un acte en quête de notoriété*, en *JCP* N, 2013, 1086. – E. JACOBY, *Acte de notoriété ou certificat successoral européen? Du nouveau pour le notaire chargé du règlement d'une succession internationale*, en *JCP* N, 2012, 1272; du même auteur, *Le certificat successoral européen et les registres fonciers*, en *JCP* N, 2013, Libres propos, 343. – F. CHALVIGNAC, *Le certificat successoral européen*, en *Dr. Famille*, oct. 2013, étude 39. – R. CRONE, *Le certificat successoral européen*, en *Droit européen des successions internationales*, cit., 169; du même auteur, *Le certificat successoral européen, «super acte de notoriété» des successions internationales*, en *Solution Notaires*, oct. 2012, n° 10, 23. – P. LAGARDE, *Les principes de base du nouveau règlement …*, cit., 725, n^{os} 35 ss.

dans le Règlement 650/2012, devaient être interprétés en ce sens que, pour la demande de certificat successoral européen, au sens de l'article 65, paragraphe 2, du Règlement 650/2012, l'utilisation du formulaire IV, figurant à l'annexe 4 du Règlement d'exécution n° 1329/2014, était facultative[46].
Le CSE, pour en comprendre l'économie générale, appelle quelques développements relatifs, d'une part, à ses finalités (A), et, d'autre part, à ses effets (B).

A. Les finalité du CSE

Le certificat est destiné à être utilisé par les héritiers, les légataires, les exécuteurs ou les administrateurs de la succession qui, dans un autre État membre, doivent invoquer leur qualité, exercer leurs droits ou leurs devoirs. Ainsi, en réalité, le certificat a été essentiellement conçu comme un mode de preuve.
Le CSE pourra être utilisé, par exemple, pour prouver la qualité et les droits des héritiers et légataires, la quote-part des biens leur revenant dans la succession, l'attribution d'un bien, ou encore pour prouver les pouvoirs d'un exécuteur testamentaire ou de l'administrateur d'une succession[47].

À cet égard, la finalité poursuivie, la preuve que l'on cherche à rapporter, va jouer un rôle important dans l'établissement même du certificat. Le contenu du certificat va être fonction de sa finalité. Plus précisément, les informations listées par l'article 68 du Règlement "successions" n'auront à figurer dans le certificat que dans la mesure où elles sont nécessaires à la finalité pour laquelle il est délivré, finalité qui doit être mentionnée dans la demande de certificat. C'est dire que, même si l'autorité émettrice du certificat[48] doit utiliser, selon le règlement, un formulaire pour délivrer le certificat[49], les informations figurant sur le formulaire ne seront pas nécessairement les mêmes d'un certificat à l'autre.

---

[46] CJUE, 17 janvier 2019, affaire C-102/18.
[47] V. H. PEROZ – E. FONGARO, *Droit international privé* …, cit., n° 894.
[48] En France, l'article 1381-1 du Code de procédure civile confirme que le notaire est bien l'autorité compétente pour délivrer le certificat successoral européen (CSE), à la demande de tout héritier, légataire, exécuteur testamentaire ou administrateur de la succession, conformément à la procédure des articles 65 à 67 du règlement "successions". La compétence internationale du notaire en matière de CSE relève du chapitre II du règlement "successions".
[49] Pour établir le certificat successoral européen, l'autorité compétente doit remplir le formulaire V, annexe 5, du règlement d'exécution n. 1329/2014.

B. Les effets du CSE

Les effets du certificat successoral européen appellent deux séries d'observations. Les unes sont relatives au domaine du CSE, les autres à la portée de ses effets. Quant au domaine, celui-ci est assez étendu dans l'espace, mais réduit dans le temps[50].

Dans l'espace, le certificat produira ses effets dans tous les États membres.

Dans le temps, l'autorité émettrice va conserver l'original du certificat pour ne délivrer que des copies conformes; or, ces copies conformes n'auront qu'une durée de validité limitée à six mois.

Quant à la portée des effets, le certificat servira le plus souvent de mode de preuve, mais, dans cette perspective, il ne constituerait qu'une présomption simple[51]. La personne désignée dans le certificat comme héritier, légataire, exécuteur ou administrateur sera réputée avoir la qualité mentionnée dans le certificat. Réciproquement, sauf preuve contraire, toute personne qui, sur la base du certificat, effectue des paiements, ou remet des biens à une personne, ou reçoit des biens d'une personne désignée dans le certificat comme habilitée à accomplir ces actes, est réputée avoir conclu une transaction avec une personne ayant le pouvoir requis.

Un dernier effet du certificat mérite de retenir l'attention. Selon l'article 69, paragraphe 5, du Règlement "successions", «le certificat constitue un document valable pour l'inscription d'un bien successoral dans le registre d'un État membre, sans préjudice de l'article 1er, qui exclut du champ d'application du règlement les inscriptions dans un registre de droits immobiliers ou mobiliers». Pour les juristes français, l'article 69, paragraphe 5, soulève le problème de la compatibilité avec le règlement de l'article 710-1 du Code civil et de l'article 29 du décret du 4 janvier 1955 sur la publicité foncière, exigeant, à des fins de publicité foncière, l'établissement d'une attestation notariée. La doctrine est partagée sur cette question[52].

[50] V. H. PEROZ – E. FONGARO, *Droit international privé …*, cit., n° 897.
[51] V. H. PEROZ – E. FONGARO, *Droit international privé …*, cit., n° 898.
[52] V. not. P. LAGARDE, *Les principes de base du nouveau règlement …*, cit., spéc. 730, n° 40. – E. JACOBY, *Le certificat successoral européen et les registres fonciers*, cit.

Cuestiones sobre el ámbito de aplicación del Reglamento UE 650/2012

José Nieto Sánchez
Notario de Alicante y Doctor en Derecho

El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012, siguiendo el criterio de otras normas comunitarias, presenta exclusiones en su ámbito de aplicación, como consecuencia de las propias limitaciones institucionales de las competencias de la UE. Sin embargo, la propia unidad del ordenamiento jurídico determina la dificultad en muchas ocasiones de precisar que materias se encuentran excluidas. Esta situación es especialmente llamativa en materia de derechos reales, donde, probablemente, el predominio de la *lex successionis* sobre la *lex rei sitae* resulte ser muy superior a lo esperado, pese a las resistencias que ya se vislumbran en el ámbito nacional.

The European Succession Regulation 650/2012, following the criterion of other EU rules, presents exclusions in its scope of application, as a consequence of the institutional limitations of the EU's competences. However, the very unity of the legal system determines the difficulty in many occasions to specify which subjects are excluded. This situation is particularly striking in terms of rights in rem, where, probably, the predominance of lex successionis over lex rei sitae turns out to be much higher than expected, despite the resistances already seen in the national sphere.

L'ambito di applicazione del Regolamento Europeo 650/2012 sulle Successioni transfrontaliere, conformandosi ad altre disposizioni dell'UE, presenta delle esclusioni dovute ai limiti istituzionali delle competenze dell'Unione Europea. Tuttavia, l'unità stessa dell'ordinamento giuridico è causa, in numerose occasioni, di difficoltà nel determinare quali soggetti siano esclusi. Tale situazione colpisce particolarmente in riferimento ai diritti reali, ambito in cui la prevalenza della lex successionis sulla lex rei sitae finisce per essere molto maggiore di quanto ci si aspettasse, nonostante le resistenze già rilevate a livello nazionale.

Sumario: 1. Introducción. – 2. El concepto de sucesión transfronteriza. – 3. La naturaleza de los derechos reales como cuestión excluida del ámbito del RSE. – 4. La exclusión de la inscripción registral. – 5. Conflictos de leyes internos: el caso español. – 6. Adaptación de los derechos reales. – 7. El usufructo sobre cuotas sociales.

1. Introducción

La sucesión por causa de muerte constituye probablemente la materia más ardua a la que debe enfrentarse el Derecho Internacional Privado ya que en la misma confluyen las cuestiones relativas a la persona, a la familia y a los bienes[1]. Por lo tanto, no es extraño que la sucesión haya sido el banco de pruebas de todos los grandes problemas del Derecho Internacional Privado[2], tales como calificación, cuestión preliminar, prueba del derecho extranjero, reenvío, orden público, sistemas plurilegislativos, cosa juzgada, competencia judicial internacional, fraude de ley, conflicto móvil.

Por ello la elaboración y entrada en vigor del Reglamento UE 650/2012 constituye un verdadero hito en el Derecho Internacional Privado europeo, y por supuesto en la consecución de los objetivos de la Unión relativos a un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, así como de la libre circulación de personas y capitales. Subyace en su elaboración un ímprobo trabajo doctrinal y, especialmente, de conciliación entre las posiciones doctrinales y tradiciones jurídicas de los distintos países, que, lamentablemente no ha podido alcanzarse respecto de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido, aunque este último ha iniciado con posterioridad un proceso de abandono de la UE que posiblemente explique sus discrepancias en razones más profundas. Desde otro punto de vista resulta remarcable el hecho de que entre la innumerables propuestas doctrinales y sistemas nacionales que sobre el tema existen y han existido históricamente, la solución básica adoptada por el Reglamento coincide con la propuesta por Savigny[3].

En cualquier caso, el Reglamento es una norma comunitaria y como tal debe partirse de la consideración de que la misma participa de los principios inspiradores de la actuación de la UE. Ello supone que la norma debe actuar solo dentro de los principios de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad[4].

---

[1] J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Prontuario básico de Derecho sucesorio internacional*, Ed. Comares, Granada. 2012, 1.

[2] A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *Comentario al Código Civil*, Madrid, 1, 993. Tomo I, 97.

[3] F.C. VON SAVIGNY, *Traité de Droit Romain*, Trad. M.Ch. Genoux, t. VIII, París, 1860, 294 ss., §CCCLXXVI.

[4] Considerando (9) «El ámbito de aplicación del presente Reglamento debe abarcar todos los

Sin embargo, no siempre es tarea fácil determinar que cuestiones quedan fuera del ámbito de aplicación de una norma comunitaria, como lo demuestran los múltiples pronunciamientos del TJUE sobre la materia. En efecto, el ordenamiento jurídico responde a un carácter unitario que supone la interrelación de todas sus normas en una u otra medida. Por otra parte, la sucesión *mortis causa* implica el tratamiento jurídico de un fenómeno "universal": al fallecer una persona, algunas de las relaciones jurídicas que le afectaban se extinguirán, pero la mayoría han de subsistir, y, precisamente la institución lidia con la atribución de dichas relaciones, que son de lo más variopinto. Por ello no es fácil ni sencillo excluir sin más determinados aspectos de una relación jurídica del fenómeno sucesorio.

El RSE ha seguido en este punto una técnica común a los demás Reglamentos que se ocupan de materias conflictuales, estableciendo en el art. 1 una relación de cuestiones excluidas y en el art. 3 una serie de definiciones. El propósito de este trabajo es tratar de indagar en el ámbito de aplicación material del RSE, en la idea de que la sistematicidad del ordenamiento jurídico hace muy complicado que una o varias materias puedan quedar totalmente al margen de la ley aplicable.

2. El concepto de sucesión transfronteriza

En la materia que tratamos estas ideas se proyectan en dos aspectos fundamentales: por un lado, el Reglamento se refiere solo a las sucesiones, y, por otro, no a todas ellas, sino solo a las sucesiones internacionales.

Respecto al primer tema, el propio art. 3.1.a RSE[5] contiene una definición de sucesión, y la doctrina ha señalado que el concepto de sucesión que recoge es muy amplio, comprendiendo la mayor parte de las cuestiones que son calificadas como sucesorias en los ordenamientos de los estados miembros[6]. La existencia

aspectos de Derecho civil de la sucesión por causa de muerte, es decir, cualquier forma de transmisión de bienes, derechos y obligaciones por causa de muerte, ya derive de una transmisión voluntaria en virtud de una disposición *mortis causa*, ya de una transmisión abintestato». Considerando (11) «El presente Reglamento no debe aplicarse a ámbitos del Derecho civil distintos de la sucesión. Por motivos de claridad, algunas cuestiones que podría considerarse que tienen un vínculo con la materia sucesoria deben excluirse expresamente del ámbito de aplicación del presente Reglamento».

[5] «A) "sucesión": la sucesión por causa de muerte, abarcando cualquier forma de transmisión *mortis causa* de bienes, derechos y obligaciones, ya derive de un acto voluntario en virtud de una disposición *mortis causa* o de una sucesión abintestato».

[6] A. BONOMI, *Ambito di applicazione (art. 1)*, en A. BONOMI – P. WAUTELET, *Il*

de esa definición determina que el concepto de sucesión que utiliza el RSE sea autónomo y no tenga por qué coincidir con el que se mantenga en el Derecho de ninguno de los estados miembros. Además, el TJUE tiene declarado que la interpretación de los reglamentos ha de ser autónoma e independiente para garantizar su aplicación uniforme[7].

En cuanto al carácter transfronterizo de la sucesión a la que ha de aplicarse, el RSE no lo menciona de manera expresa[8], salvo el Considerando (7) que refiere «… en situaciones de sucesión *mortis causa* con repercusiones transfronterizas …». No obstante, la doctrina afirma la exigencia de un elemento internacional para que sea aplicable (Bonomi[9], Carrascosa González[10], Calvo Vidal[11]). Estima Fernández-Tresguerres[12] que la determinación del elemento transfronterizo es deliberadamente ambigua en el RSE[13]. La determinación del carácter internacional de una relación a efectos del Derecho Internacional Privado es una cuestión muy controvertida[14], y tiene un planteamiento específico en el Derecho comunitario derivado del principio de subsidiariedad[15]. En mi opinión la tesis más segura es considerar que el RSE se aplicará cuando alguno de los puntos de conexión que el mismo establece sea extranjero respecto del foro. No

regolamento europeo sulle successioni, Milán, 2015, 24; R. FRIMSTON, *Article 3. Définitions*, en U. BERGQUIST – D. DAMASCELLI – R. FRIMSTON – P. LAGARDE – F.ODERSKY – B.REINHARTZ, *Commentaire du Règlement européen sur les successions*, Dalloz, París, 2015, 47. M. WELLER, *Article 3. Definitions*, en A.L. CALVO CARAVACA – A. DAVÌ – H.P. MANSEL (dir.), *The EU Succession Regulation. A commentary*, Cambridge, 2015, critica que se utilice la propia expresión "sucesión" en la definición, y apunta que los que se entiende por tal en el RSE solo puede determinarse por el examen sistemático de sus preceptos.

[7] STJUE de 14 de diciembre de 1976 (C-29/76); vid. R. FRIMSTON, *Commentaire* ..., cit., 34.

[8] A. BONOMI, *Ambito di applicazione (art. 1)*, cit., 13.

[9] A. BONOMI, *Ambito di applicazione (art. 1)*, cit., 12.

[10] J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio. Análisis crítico*, Ed. Comares, Granada, 2014, 31 ss.

[11] I.A. CALVO VIDAL, *El certificado sucesorio europeo, en El nuevo marco de las sucesiones internacionales en el Unión Europea*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2014, 208 ss.

[12] A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, *Las sucesiones mortis causa en Europa: aplicación del Reglamento UE 650/2012*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2016, 80.

[13] La misma autora (op. cit., 842) ofrece una relación no exhaustiva de elementos que convierten la sucesión en transfronteriza.

[14] A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, Comares, Granada, 2011, 25 ss.

[15] Vid J.J. PÉREZ MILLA, *El Reglamento UE 650/2012 de 4 de julio de 2012 y los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre territorios españoles*, en *Reglamento sucesorio europeo y Derecho interregional*, ponente F.P. PUIG BLANES, coponentes J.J. PÉREZ MILLA y J.J. DÍAZ FRAILE, XXV ENCUENTRO DEL FORO DE DERECHO ARAGONÉS, 2015, 207 ss). Expone detenidamente la cuestión del carácter transfronterizo de la aplicación de la norma comunitaria.

obstante, dicha interpretación todavía ha planteado la duda de si la existencia de un punto de conexión debe determinar la aplicación íntegra del RSE, o si, en algunos casos, la solución resultaría excesiva, y lo procedente sería aplicar el RSE solo a ese conflicto específico[16]. Evidentemente la segunda solución es restrictiva respecto del ámbito de aplicación del RSE.

En mi opinión no es deseable la interpretación restrictiva, y ello por dos razones: a) el RSE, mediante su sistema de puntos de conexión, aclara suficientemente el ámbito de aplicación del Derecho interno; y b) el RSE forma parte del Ordenamiento jurídico español (y de los demás estados miembros) y por ello no debe ser aplicado como una norma excepcional. Desde esta perspectiva, los problemas que al respecto parecen preocupar a la doctrina tienen un encaje claro en el RSE. Por ejemplo, se cuestiona la aplicación del RSE por el solo hecho de que en la sucesión exista un bien radicado en el extranjero. Pero los reparos son inconsistentes, pues sin duda el RSE posibilitará que los actos auténticos y decisiones judiciales sustanciados en territorio español puedan ser eficaces en el estado miembro donde radique ese bien. Lo mismo cabe decir respecto de una eventual aceptación o renuncia en el extranjero, cuya validez formal aparece delimitada en el art. 28 RSE. En suma, no se puede pretender una aplicación asimétrica del RSE para que la ley propia tenga la máxima eficacia y la extranjera la mínima, y sin duda no será esta la interpretación del Tribunal europeo.

Debe destacarse además, como apunta Castellanos Ruiz[17], la posible existencia de sucesiones subjetivamente internacionales. En efecto, la posibilidad de *professio iuris* que admite el RSE puede determinar que el elemento internacional se fundamente en la voluntad del causante, la cual puede incluso ser tácita. En estos casos, concurriendo el punto de conexión previsto en el art. 22.1 RSE, no cabe duda respecto de la existencia de elemento transfronterizo. Pero aún cabe realizar una puntualización en coherencia con la tesis de integración del RSE en el Ordenamiento interno antes expuesta. Si un causante español residente en el extranjero ha elegido la ley española, será el RSE en que haya de regir los aspectos conflictuales de su sucesión. Pero si un causante español, residente en España, elige que su sucesión se regule por la ley española, también debe afirmarse la aplicación del RSE, puesto que la normativa interna española no

---

[16] Vid. J.J. PÉREZ MILLA, *El Reglamento UE 650/2012 de 4 de julio de 2012 y los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre territorios españoles*, cit., 222. Apunta este autor la existencia de determinados riesgos en la solución de la aplicación íntegra (que, no obstante, concluye considerando preferente), como sería el de que un heredero podría provocar voluntariamente la aplicación del RSE por el solo hecho de formular su aceptación en el extranjero.

[17] E. CASTELLANOS RUIZ, *Sucesión hereditaria*, en *Derecho* ..., cit., 2017, vol. II, 711.

permite la *professio iuris*. Este punto sin duda sería polémico, pero lo cierto es que la regla del art. 21 RSE es subsidiaria[18]. Puede aducirse que en tales casos no existe elemento internacional, pero lo cierto es que bien pudo el causante estar planeando residir en el extranjero cuando realizó la elección, o residía efectivamente cuando eligió, y al fallecer reside en España.

Un caso de especial interés es del causante español que reside en España pero que además ostenta otras nacionalidades. En este punto la norma del art. 9.9 C.C. es extraordinariamente restrictiva, pero como apunta Torralba Mendiola[19] dicho precepto no se aplica a las normas de conflicto que emplean la conexión de nacionalidad pero que se recogen en un Convenio o en un Reglamento europeo. Sin embargo dicha cuestión no está nada clara en el RSE[20]. Si se entiende en sentido estricto, la ley española no reconocerá a ningún español otra nacionalidad fuera de los casos de doble nacionalidad previstos en las leyes españolas. Por el contrario me parece más lógica la interpretación de Bonomi[21] en el sentido de que el papel de la ley nacional, en este punto, es determinar si el causante efectivamente poseía esa nacionalidad.

En suma, debe recordarse con Pérez Milla[22] que la aplicación del Derecho comunitario no depende solo del carácter "europeo" de la situación (en nuestro caso sería mejor decir transfronterizo), sino también de que se produzca la vulneración de alguna de las libertades reconocidas en el derecho de la UE.

[18] No es obstáculo a lo dicho el que el art. 22.3 del RSE sujete la validez material de la elección de ley precisamente a la ley elegida. En Considerando (40) aclara «... La elección de la ley realizada en virtud del presente Reglamento debe ser válida aun cuando la ley elegida no prevea la elección de la ley en materia de sucesiones ...». Vid. A. BONOMI, *Scelta di legge (art. 22)*, en *Il regolamento ...*, cit., 263.

[19] E. TORRALBA MENDIOLA, *Artículo 9.9*, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 231.

[20] El Considerando (41) apunta: «... A efectos de la aplicación del presente Reglamento, la determinación de la nacionalidad o nacionalidades múltiples de una persona debe resolverse como una cuestión preliminar. La cuestión de considerar a una persona como nacional de un Estado queda fuera del ámbito de aplicación del presente Reglamento y está sujeta a la legislación nacional, incluidos, cuando proceda, los convenios internacionales, dentro del pleno respeto de los principios generales de la Unión Europea ...».

[21] A. BONOMI, *Scelta di legge (art. 22)*, en *Il Regolamento ...*, cit., 245.

[22] J.J. PÉREZ MILLA, *El Reglamento UE 650/2012 de 4 de julio de 2012 y los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre territorios españoles*, cit., 216.

3. La naturaleza de los derechos reales como cuestión excluida del ámbito del RSE

La armonización de los derechos reales no es una cuestión que se haya planteado la UE como objetivo a corto plazo[23] sin perjuicio de algunas actuaciones sectoriales[24]. Y lo cierto es que con frecuencia se esgrime el art. 354 TFUE como un obstáculo al respecto. Sin embargo, la sucesión hereditaria ha sido una de las materia sobre las que ha actuado la UE con claras repercusiones en el abandono del criterio *lex rei sitae*[25]. Como recuerda Carrascosa González[26] la cuestión relativa a la determinación de la ley aplicable a la adquisición de los derechos reales por vía hereditaria ha sido muy controvertida, especialmente en cuanto a las relaciones o predominio de la *lex sucessionis-lex patrimonii* o de la *lex rei sitae*. Pero el RSE se ha decantado por la *lex sucessionis* como rectora de esta materia, y así lo confirma el art. 23.2.e.

Esta solución tiene como contrapartida la exclusión del ámbito del RSE de «la naturaleza de los derechos reales» (art. 1.2.k). Como señala Weller[27] la contraposición entre *lex rei sitae* y *lex successionis* fue una de las cuestiones más debatidas durante la gestación del RSE[28] y ha cristalizado en algunos conceptos no muy claros. Reconocen Bonomi y Wautelet[29] que existe en el RSE una tensión entre la exclusión de la naturaleza de los derechos reales y los efectos de la ley sucesoria. Así, la sucesión es un modo de adquirir los derechos reales que, en principio, es ajeno al estatuto real, a diferencia de otros como la ocupación o la tradición. Por otro lado, la exclusión de la naturaleza de los derechos reales determina que quede al margen del RSE la determinación de las prerrogativas que comporta el derecho real, pero consideran que el Derecho de sucesiones no puede superar los límites impuestos al Derecho de bienes en su propio Ordenamiento.

[23] Vid. H. SIMÓN MORENO, *El proceso de armonización de los derechos reales en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 118 ss.

[24] Como la restitución de bines culturales (Directiva 93/7, de 15 de marzo), la reserva de dominio prevista en la Directiva 2000/35 sobre la lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, el derecho de aprovechamiento por turnos en la Directiva 2008/122, de 14 enero de 2009.

[25] S. VAN ERP y B. AKKERMANS, *Property Law*, Oxford, 2012, 849 ss.

[26] J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio* …, cit., 210 y ss. Realiza este autor un resumen de las diferentes posiciones doctrinales.

[27] M. WELLER, *Scope*, en *The EU* ..., cit., 173.

[28] B. LAUKEMANN, *Die* lex rei sitae *in der Europäischen Erbrechtsverordnung – Inhalt, Schranken und Funktion*, en Max Planck Institute Luxembourg for International, *European and Regulatory Procedural Law*, *Working Paper Series*, 2014, 2, at www.mpi.lu.

[29] A. BONOMI y P. WAUTELET, *Ambito di applicazione*, en *Il Regolamento* …, cit., 69 ss.

Apunta Frimston[30] que el RSE excluye la naturaleza de los derechos reales, pero no las cuestiones relativas a su adaptación (cfr. art. 31), calificando la frontera entre ambas materias de "nebulosa". En el mismo sentido Weller[31] entiende que la aplicación del estatuto real ha de ser más bien restringida, puesto que el RSE tiende a regular el fenómeno sucesorio desde el punto de vista más amplio posible.

Por el contrario se ha planteado en la doctrina española[32] una interpretación sumamente restrictiva, según la cual la exclusión de la naturaleza de los derechos reales «... debe interpretarse atribuyendo al concepto de "naturaleza" un sentido muy amplio, comprensivo también del contenido y efectos del derecho real por su vinculación a la *lex rei sitae* ...». En mi opinión dicho planteamiento no resulta sostenible, pues preceptos como el art. 23.2.e RSE determinan claramente que los efectos traslativos de la sucesión se han de regir por la ley sucesoria. Desde esta perspectiva es claro que los derechos de herederos y legatarios serán los determinados por esta última ley, pero también que los mismos han de ejercitarse en el marco de la *lex rei sitae* en cuanto determinante del estatuto real nacional. Ello implica que los derechos adquiridos por vía sucesoria no pueden tener un contenido que esta ley no permita para los derechos adquiridos por otro medio, ni pueden disfrutar de unos efectos y protección diferente. Pero con esta salvedad, los derechos reconocidos en la ley sucesoria deben tener plena eficacia en el país de situación, en cuanto ello no suponga vulnerar los límites del estatuto real.

En esta línea reduccionista se ha propuesto también[33] una delimitación intrínseca de la *lex successionis* en cuanto esta contiene remisiones normativas a determinadas instituciones de su propio ordenamiento que no tienen naturaleza propiamente sucesoria. Pero realmente tales supuestos o bien constituyen lo que propiamente se conoce como cuestión incidental o preliminar, o bien supone una mera remisión *in aliunde*, como técnica de sistemática legislativa a la que no se puede privar de carácter sucesorio.

Creo que la vía más segura nos la va indicando el TJUE. Así en la Sentencia Kubicka[34] (párrafos 45 a 48), establece claramente que «... dicha disposición se refiere a la cualificación de los bienes y derechos y a la determinación de

---

[30] R. FRIMSTON, *Commentaire …*, cit., 43.

[31] M. WELLER, *Scope*, en *The EU …*, cit., 173 ss.

[32] J. DIAZ FRAILE, *El Reglamento Sucesorio europeo: El principio de adaptación de los derechos reales y los límites impuestos por la* lex rei sitae. *Especial referencia al certificado sucesorio europeo*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2014, 741, 74.

[33] J. DIAZ FRAILE, *El Reglamento ...*, cit., 76.

[34] Sentencia de 12 de octubre de 2017. *Asunto* C-218/16.

las prerrogativas del titular de tales derechos ...»[35], que también está incluida en dicha disposición «... la existencia y el número de los derechos reales en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros (*numerus clausus*) ...». Por lo tanto se puede afirmar con certeza que la determinación de si un derecho es o no de naturaleza real, si puede ser creado o modificado por la autonomía de la voluntad, y cuáles serán las facultades y protección del titular, quedan excluidos de la ley sucesoria. Pero probablemente no se pueda ir mucho más allá en estas exclusiones ni el TJUE lo permitirá.

4. La exclusión de la inscripción registral

El art. 1.2.l) RSE excluye del ámbito de aplicación «... cualquier inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro, incluidos los requisitos legales para la práctica de los asientos, y los efectos de la inscripción o de la omisión de inscripción de tales derechos en el mismo ...». En el fondo de estos intentos reduccionistas apuntados en la doctrina española subyace una preocupación por la posibilidad de que RSE y otros instrumentos comunitarios que inciden en el ámbito de los derechos reales puedan suponer un alteración del sistema registral español tal y como lo concibe.

La Sentencia Kubicka (párrafos 52 a 54) se refiere también a esta materia, sentando la interesante conclusión de que «... que puesto que el artículo 1, apartado 2, letra l), del Reglamento 650/2012 sólo se refiere a la inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro, incluidos los requisitos legales para la práctica de los asientos, y a los efectos de la inscripción o de la omisión de inscripción de tales derechos en el mismo, los requisitos para la adquisición de tales derechos no figuran entre las materias excluidas del ámbito de aplicación de dicho Reglamento en virtud de la citada disposición ...». De ello cabe deducir que la normativa registral nacional no puede imponer requisitos para la adquisición hereditaria del derecho diferentes a los que establezca la ley sucesoria. Probablemente la esencia del problema radique en la interpretación de la expresión «... requisitos legales para la práctica de los asientos ...».

A estos efectos deben subrayarse las diferencias entre los sistemas registrales de los estados miembros, especialmente entre los denominados sistemas de transcripción e inscripción, y en cuanto a las facultades registrales para revisar

[35] Con cita de la Exposición de motivos de la Propuesta de Reglamento. COM (2009) 154 final, 5.

el fondo o constatar los requisitos formales de la titulación y la constancia de las menciones exigidas para la inscripción[36].

En este punto ha sido la creación por el RSE del certificado sucesorio europeo la que ha suscitado dudas al respecto, en especial la declaración del art. 69.5 RSE al establecer que el certificado será un título válido para la inscripción de la adquisición hereditaria en el registro competente de un Estado miembro. La exclusión del art. 1.2.l) RSE ha sido interpretada unánimemente en el sentido de que el certificado no es un título a los efectos de la inscripción o transcripción[37], o que no es disposición *mortis causa* sino título abstracto para la inscripción, sin suplir a la partición[38].

Los efectos del certificado deben ser cohonestados con la cuestión, más general, relativa a la admisibilidad de títulos inscribibles extranjeros. Esta cuestión se suscitó a raíz del Real Decreto 664/1999, de 23 de abril. Con anterioridad el art. 17 del Real Decreto 671/1992, de 2 de julio, imponía que todas las inversiones extranjeras en España debían formalizarse por medio de fedatario público español, salvo las relativas a valores negociables. La eliminación de dicha intervención se justificó en la necesidad de adecuar la legislación española al principio de libre circulación de capitales recogido en la legislación de la UE (actualmente arts. 63 y ss. TUE). A raíz de una pregunta escrita[39] del eurodiputado Schmid, el Comisario Bolkenstein trasmitió una respuesta de las autoridades españolas sobre la inscripción de escrituras extranjeras en los registros de la propiedad españoles, según la cual el citado Real Decreto 664/1999 amparaba dicha inscripción, por lo que no se vulneraba el principio comunitario de libre prestación de servicios. Dicho planteamiento quedó claramente desfasado cuando se dictó la Directiva 2006/123/CE[40], cuyo art. 2.2.i) excluyó de su ámbito de aplicación «las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública de conformidad con el artículo 45 del Tratado». En efecto, los términos del art.45 TCE (actual art. 51 TFUE) excluyen su aplicación a actividades que supongan, aunque sea ocasionalmente, el ejercicio del poder público[41].

[36] Una referencia comparatista puede verse en S. VAN ERP y B. AKKERMANS, *Property Law*, Oxford, 2012, 737 ss.

[37] P. WAUTELET y F. PADOVINI, *Effetti del certificato (art. 69)*, en *Il Regolamento …*, cit., 725.

[38] A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, *Las sucesiones* mortis causa *en Europa: aplicación del Reglamento UE 650/2012*, cit., 407. Admite esta autora (675) que el certificado puede ser título bastante para la obtención de la anotación preventiva de derecho hereditario o de legado conforme al art. 42 L.H.

[39] DOUE C 51 E, de 26 de febrero de 2004.

[40] Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 , relativa a los servicios en el mercado interior.

[41] Vid. STJUE de 24 de mayo de 2011, asunto C-47/08. Resulta de especial interés cuando dice:

En este sentido debe destacarse que en esta materia se encuentran implicadas cuestiones tanto jurídico-privadas como de Derecho público. Por una parte, los registros públicos con efectos jurídicos exigen para la producción de los mismos que la titulación en virtud de la cual se acceda al registro permita verificar el cumplimiento de los requisitos jurídico-privados al acto en cuestión. Desde este punto de vista la actuación del notario español está regulada de manera que debe realizar una constatación sobre diversos elementos del negocio, tales como el juicio de identidad, la capacidad, la legitimación y poder de disposición sobre los bienes, la acreditación de los medios de pago como prueba preconstituida contra la simulación, declaración de libertad de prestación del consentimiento y de consentimiento libremente informado, adecuación a la legalidad. Tales actividades y declaraciones son las que permiten que el acto documentado pueda gozar de las presunción de veracidad, integridad y legalidad que le permiten circular incontestado en el tráfico extrajudicial.

Entre estos efectos extrajudiciales se encuentran los de utilizabilidad y oponibilidad frente a terceros, y el de la inscribibilidad en los registros públicos. En otro lugar[42] tuvimos ocasión de exponer como tras las leyes 24/2001 y 24/2005 la aplicación de técnicas telemáticas a institutos jurídicos ya conocidos, ha tenido como consecuencia la atribución al documento notarial (y, en general al título inscribible judicial o administrativo que disponga de ellas) de los efectos del asiento registral.

Por una parte, la posibilidad de consultar el Notario en tiempo real el contenido del registro sin intermediación del registrador (art. 222.10 L.H.) determina la incorporación por el Notario de la legitimación registral a la escritura en el

«... Dan prueba de ello, en particular, los trabajos preparatorios de esta última Directiva. En efecto, el Parlamento propuso en su Resolución legislativa sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales (DO 2004, C 97 E, 230), adoptada en primera lectura el 11 de febrero de 2004, que se indicara expresamente en el texto de la Directiva 2005/36 que ésta no era aplicable a los notarios. Si tal proposición no fue tenida en cuenta ni en la propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales [COM(2004) 317 final], ni en la Posición Común (CE) n. 10/2005, de 21 de diciembre de 2004, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales (DO 2005, C 58 E, 1), no fue porque la Directiva prevista tuviera que aplicarse a la profesión de notario, sino debido a que "el artículo 45[, párrafo primero,] del Tratado CE [preveía] una excepción al principio de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios para las actividades que implican una participación directa y específica en el poder público" ...».

[42] J. NIETO SÁNCHEZ, *Valor jurídico del instrumento público*, en J. BORRELL GARCÍA (dir.), *Derecho Notarial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, 718 ss.

momento de otorgarse. Puede decirse que los efectos de la publicidad registral se producen a través de la escritura pública, pues es a través de la misma como se manifiesta el contenido del registro.

Por otra la presentación telemática supone el acceso inmediato del título al registro, teniendo en cuenta que conforme al art. 24 L.H. todos los efectos de la inscripción se retrotraerán al asiento de presentación. Puede por tanto afirmarse que los efectos registrales que derivan de los arts. 32 y 34 L.H. se producen en virtud de la misma escritura.

La conclusión de lo expuesto es que la inscripción en el registro español, desde el punto de vista jurídico privado, tiene que descansar casi necesariamente en un título autorizado por notario español. En efecto, no se trata tan solo de que el título inscribible haya de ser una escritura pública, sino que la escritura pública española implica el desarrollo de una serie de actividades y la producción de una serie de efectos que en el momento actual no puede realizar la extranjera.

Sin embargo, ello no implica que el registro deba desconocer cualquier documento notarial extranjero. Es claro que junto con el título inscribible, en sentido estricto, la inscripción se apoya en ocasiones en los denominados documentos complementarios, como pueden ser poderes, testamentos, o el propio certificado sucesorio europeo. En estos casos no existe inconveniente en su admisión en cuanto que según la legislación que los regula tengan una eficacia equivalente al documento español. Sin duda esta equivalencia se da en el certificado sucesorio europeo, y por ello el art. 14 L.H.[43] lo incluye entre los títulos de la sucesión hereditaria, en parangón con el testamento y la declaración de herederos *ab intestato*.

Ahora bien, como antes señalábamos, la cuestión tiene también una importante dimensión jurídico-pública, en cuanto la intervención del notario español implica un inmediato suministro de información para la Hacienda española y de control a efectos de la lucha contra el blanqueo de capitales, lo que no concurre, en el momento actual, cuando se trata de un notario extranjero, ni siquiera de la UE. Si bien lo pensamos en esta cuestión subyace un importante efecto práctico de fondo, que consiste en que ningún país puede admitir que la transmisión de la propiedad y la constitución de los derechos reales sobre los bienes muebles e inmuebles ubicados en el mismo pueda verificarse por procedimientos que queden al margen de las posibilidades de conocimiento del mismo estado. Por ello coincidimos con Carrascosa González[44], en cuanto expone que la admisión

[43] Redactado por la Ley 29/2015, de 30 de julio.

[44] J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Editorial Comares, Granada, 2017, 1367 ss.

de la inscripción de títulos otorgados ante notario extranjero supone una discriminación para los notarios españoles, implica la inaplicación de normas necesarias de Derecho público español, potencia el *bad forum shopping* notarial, y beneficia a quienes desean realizar actividades de lavado de dinero.
Una consideración similar se debe realizar, en general, respecto de todos los notariados de sistema latino de la UE. Así el notario extranjero no está sujeto a las obligaciones de publicidad que el art. 33 del *Décret n. 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière* impone al notario francés. Ni tampoco a obligaciones fiscales que la Ordenanza de 26 de enero de 2004 y el §102 (4) de la *Abgabenordnung* imponen a los notarios alemanes, por lo que lógicamente el §925 B.G.B. es interpretado en el sentido de que el *auflassung* solo puede ser autorizado por un notario alemán. El notario italiano está obligado a requerir el registro (art. 2671 c.c.) y asume las correspondientes obligaciones fiscales[45]. Por ello una buena solución es la que resulta del art. 106 n. 4 de la Ley del Notariado italiana[46] que impone el depósito ante un notario italiano de las escrituras y actos auténticos autorizados por un notario extranjero antes de ser utilizados en Italia. De esta forma se asegura la producción de los efectos de derecho público, y pueden completarse los requisitos de derecho privado exigidos por la ley interna.
Expuesto el marco normativo y doctrinal trataremos de aproximar la cuestión al objeto de nuestro estudio. Se trataría de determinar las soluciones conflictuales cuando por vía sucesoria se constituye un usufructo de acciones o participaciones con elemento internacional.

5. Conflictos de leyes internos: el caso español

El RSE ha contemplado el supuesto de que la ley aplicable sea un sistema plurilegislativo, estableciendo como solución principal la aplicación de las normas conflictuales de ese mismo estado (cfr .arts. 36 y 37 RSE). En defecto de tales normas, la solución ofrecida por el RSE es diversa según el conflicto sea calificado de "conflicto territorial de leyes" o de "conflicto interpersonal".
El caso español presente indudables peculiaridades, pues el criterio para resolver los conflictos internos de leyes en materia sucesoria es el de la denominada

[45] *Art. 10 lett. b) T.U. delle disposizioni concernenti l'imposta di registro d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131; art. 57, primo comma T.U. (67). L'art. 11 del T.U. delle disposizioni concernenti le imposte ipotecaria e catastale d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 347.*
[46] *Legge 16 febbraio 1913, n. 89.*

vecindad civil del causante. En efecto, el art. 16.1 C.C. determina la aplicación de las normas del Capítulo IV del Título preliminar del Código, establecidas para los conflictos internacionales, a los conflictos internos. Dicha remisión está, no obstante, sujeta a algunas adaptaciones, entre las que se encuentra la de que la ley personal será la determinada por la vecindad civil (art. 16.1.1º C.C.). Como el art. 9.1 y 8 C.C. establece como punto de conexión para la sucesión por causa de muerte la ley nacional del causante (ley personal), los conflictos internos deberán resolverse aplicando la ley común o foral que corresponda a la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento[47].

Se trata de un problema conflictual típico del Derecho internacional convencional al lidiar con sistemas plurilegislativos. Si bien la técnica conflictual establece el punto de conexión para determinar la ley aplicable de un estado, lo cierto es que en algunos coexisten diversos sistemas legislativos, siendo la solución habitual considerar cada unidad territorial como un país a los efectos de determinar la ley aplicable. Pero el RSE se apartó de este sistema, precisamente por influencia española y británica[48]. De este modo, su criterio es que si el ordenamiento nacional contiene normas para resolver dichos conflictos, lo normal es entender que la remisión se realiza a ese ordenamiento en su conjunto, incluidas las normas conflictuales internas. Pero si no existen dichas normas a

[47] Debe recordarse que el Reino de España constituye un sistema plurilegislativo en algunas materias de Derecho privado. El art. 149.1.8ª de la Constitución atribuye al Estado competencia exclusiva sobre «Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial». Dicho precepto vino a reconocer una situación histórica preexistente, relativa a la coexistencia de una pluralidad de ordenamientos civiles. Si bien, en el momento de entrar en vigor la constitución, los Derechos civiles forales comprendían, en general especialidades en cuanto al Derecho sucesorio y al régimen económico matrimonial. La competencia constitucional de desarrollo ha sido ampliamente interpretada por el Tribunal Constitucional, de manera que todas las Comunidades con esta competencia han legislado profusamente en la materia, llegando incluso la catalana a elaborar un Código civil. Las Comunidades con esta competencia son Cataluña, Baleares, Galicia, País Vasco, Aragón y Navarra, y realmente las diferencias que presentan sus sistemas sucesorios respecto del Código civil (Derecho común) son bastante acendradas.

[48] Sobre los cambios en el art.28 de la Propuesta, vid. A.FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, *Las sucesiones* ...cit., 751 ss. Expone esta autora las preocupaciones de dichos estados por la prevalencia de sus normas conflictuales internas. La final exclusión del reino Unido ha determinado que se trate de un asunto exclusivamente español. Debe destacarse la referencia que hace esta autora (cit., 751, n. 70) a que el Reino de España debía modificar su sistema interno.

nivel estatal, se distingue entre los conflictos de base interterritorial (existen diversas unidades territoriales, cada una con sus propias normas sustantivas), o de base interpersonal (la aplicación de una u otra normativa interna viene determinada por la una cualidad personal, como por ejemplo la religión en los países musulmanes).

Desde esta perspectiva el sistema español causa perplejidad. Lo cierto es que el punto de conexión español de la vecindad civil ofrece aspectos que permiten calificar el conflicto interno tanto de interpersonal como de territorial, al confluir en su determinación tanto el *ius sanguinis* como el *ius soli*[49]. Además, la producción legislativa de esas normas proviene de entidades territoriales como son las Comunidades autónomas con competencias en la materia.

Al respecto, autorizada doctrina como Carrascosa González[50] considera que España es un estado plurilegislativo de base territorial[51]. Y en el mismo sentido Serrano de Nicolás[52], Magallón Elósegui[53], Sillero Crovetto[54], Quinzá Redondo y Christandl[55], Caamiña Domínguez[56]. Esta es también la percepción de Lagarde[57] y Bonomi[58]. La distinción es sumamente trascedente puesto que

[49] R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, *Comentario al artículo 14*; J. DELGADO ECHEVARRÍA, *Comentario al artículo 16*, en *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, 155 y 168. Conforme al art. 14.2 C.C. el criterio atributivo de la vecindad es claramente personal, pues se adquiere la vecindad de los padres o adoptantes. Pero a tenor del art. 14.5 C.C. también puede venir determinada por criterios territoriales (residencia continuada). En efecto, se adquiere una vecindad por residir diez años en un territorio sin hacer declaración en contrario, o dos años si se manifiesta expresamente tal voluntad.

[50] J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio* ..., cit., 269.

[51] DEUTSCHES NOTARINSTITUT, H. DÖRNER, P. LAGARDE (coords.), *Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union Européenne. Rapport Final: Synthèse et Conclusions*, Wurtzburg, 2002, 60 y 61. Dicho informe incurre en la confusión de referir la pretendida base territorial española a las provincias y no a las Comunidades autónomas.

[52] A. SERRANO DE NICOLÁS, *El Reglamento UE 650/2012 y su repercusión en ciertos aspectos patrimoniales y matrimoniales*, en *Revista Aranzadi Unión Europea*, 2016, 7.

[53] N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, *El Reglamento de sucesiones y los sistemas plurilegislativos: el caso español*, en *JADO-Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, 2013, 25, 343-355.

[54] B. SILLERO CROVETTO, *La vecindad civil como criterio de vinculación en un estado plurilegislativo: nuevos retos ante el avance de las competencias del legislador de la UE*, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2015, 7.

[55] P. QUINZÁ REDONDO Y G. CHRISTANDL, *Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento UE de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español*, en *Indret*, 2013, 3.

[56] C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Article 36. States with more tan one legal system: territorial conflicts of law*, en *The EU Regulation* …, cit., 840 ss., 846.

[57] P. LAGARDE, *Article 36*, en *Commentaire du Règlement Européen sur les successions*, Dalloz, París, 2015, 156.

los extranjeros carecen de vecindad civil. De este modo, si resulta aplicable el RSE y el mismo conduce a la aplicación como ley sucesoria de la ley española, el sistema conflictual interno solo puede resolver el conflicto si el causante era español, pues este siempre tendrá una vecindad civil, que determinará la aplicación de la ley común o foral. Por el contrario, si es extranjero, al carecer de vecindad, cobra especial trascendencia determinar si el sistema es de base territorial o personal, porque una u otra solución conducirá a la aplicación del art. 36 o del art. 37 RSE. Por ello los autores citados coinciden en afirmar la aplicación del art. 36 RSE.

Sin embargo, debemos sostener el carácter personal del sistema conflictual interno español en materia sucesoria. Las Comunidades autónomas con competencias en la materia, si bien son entes claramente territoriales, no legislan en este punto para quienes viven en su territorio, sino para las personas que ostentan la respectiva vecindad civil, quienes, perfectamente, pudieran no haber estado jamás en él. Dichas Comunidades autónomas no tienen la menor competencia en materia de determinación de la vecindad civil como ya aclaró el Tribunal constitucional, distinguiéndola netamente de la vecindad administrativa[59]. En fin, resultan perfectamente explicables los pruritos de la doctrina respecto de un criterio que realmente está pensado para diferencias normativas que tienen su origen en criterios étnicos o religiosos, y los de determinada doctrina foralista que se empeña en extender la norma foral a toda la población de su respectivo territorio.

La consecuencia sería la aplicación del art. 37 RSE que, en un primer momento, remite igualmente al sistema conflictual interno. Sin embargo, en el mismo, como se ha dicho, no existe solución para el extranjero. Sosteniendo la aplicabilidad del art. 36 RSE, Carrascosa González ha mantenido que el sistema interno daría una solución mediante la aplicación analógica del art. 9.10 C.C.[60]

Dicho precepto considera como ley personal de quienes carecen de nacionalidad la del lugar de su residencia habitual, lo que llevaría igualmente a atribuirles dicha vecindad civil. La misma solución sería eventualmente aplicable respecto del art. 37 RSE, pero me parece claro que el Código no pensaba en atribuir una

---

[58] A. BONOMI, *Ordinamenti plurlegislativi e non applicabilità del Regolamento in caso di conflitti interni di leggi*, en *Il Regolamento europeo sulle successioni*, Milán, 2015, 484 y 485.

[59] SSTC 72/1983, de 29 de julio, 156/1993, de 6 de mayo, y 226/1993, de 8 de julio.

[60] Sobre este precepto, y especialmente los problemas que plantea en el D.I.P. español la identificación de domicilio y residencia habitual, vid. J.C. SÁNCHEZ ROZAS, Comentario al artículo 9, apartado 10, en M. ALBALADEJO (dir.), Comentarios al Código Civil, t. I, vol. 2, Edersa, Madrid, 2004.

vecindad civil a extranjeros y apátridas. Cumplida prueba de ello es que el art. 15 C.C. determina la vecindad civil del extranjero que adquiera la nacionalidad española, y que el criterio de cierre para resolver las dudas sobre la vecindad no es el lugar de residencia, sino el de nacimiento (art. 14.6 C.C.), y en su defecto, el art. 14.3 C.C. remite a la vecindad civil común. En este sentido, Fernàndez-Tresguerres[61] considera que en el sistema interno hay solución al problema, si bien propugna la aplicación del art. 36.2 RSE.

Por otra parte, la aplicación del art. 36 RSE, caso de considerarse que no hay criterio en el Derecho interno para resolver el problema, suscita la aplicabilidad de la letra b) del segundo párrafo de dicho precepto, cuyas referencias a la nacionalidad llevan a pensar en la posibilidad de una *professio iuris* respecto de la ley sucesoria foral o común, extremo que no se permite a los españoles, por lo que debe rechazarse.

La solución del art. 37 RSE determina la aplicación del criterio del derecho foral o común con el que el causante hubiera tenido la vinculación más estrecha. Punto de conexión impecable respecto la justicia material, pues garantiza que la solución conflictual siempre está conectada con la realidad de los intereses en juego. No obstante, ofrece indudables inconvenientes desde el punto de vista práctico en orden a su determinación en sede extrajudicial, por lo que abogaríamos por una reforma del sistema conflictual interno que resolviese expresamente la sucesión del extranjero, pues de lo contrario estimamos probable que dichas situaciones de conflicto interregional cuando de una sucesión transfronteriza se trate, se vayan a resolver en base al RSE.

6. Adaptación de los derechos reales

La inexistencia de una armonización de los derechos reales entre los estados miembros (y mucho menos a nivel mundial) ha llevado al RSE a establecer en el art. 31 la adaptación de los derechos reales reconocidos por la ley sucesoria y que sean desconocidos en el estado miembro en el que se invoquen. Nótese que la norma obliga a adaptar los derechos reales reconocidos por cualquier ley sucesoria, y no solo la de un estado miembro.

Intelectualmente es preciso comenzar a apuntando que el concepto no es equivalente en todos los países. Especialmente entre los sistemas continentales y los de *common law* existen profundas diferencias conceptuales entre los

[61] *Las sucesiones* ..., cit., 752. Si bien esta autora se decanta también por considerar que el sistema español supone un conflicto interterritorial.

"derechos reales" (*droit reel, dingliche Recht, diritto reale*) y los *rights in rem*. Así, el *common law* considera el derecho a reclamar una cantidad de dinero como un tipo de propiedad[62], y la distinción entre *personal property* y *real property* se refiere a las categorías de propiedad mueble e inmueble.

Como antes apuntábamos, el criterio de la *lex rei sitae*, ha mantenido una tensión con la *lex patrimonii*, especialmente acusada en el caso de la sucesión hereditaria, y lo cierto es que el RSE parece haberse decantado por la denominada «tesis de la doble fase»[63]. Si bien debe señalarse que el RSE ha ido un paso más allá ya que ha impuesto la adaptación de los derechos reales procedentes de la ley sucesoria y desconocidos para la *lex rei sitae*. Puede intuirse que la principal preocupación de los redactores del RSE al establecer este mecanismo de adaptación fue la figura del *trust* anglosajón. En la misma los *beneficiaries* no ven limitadas sus posibilidades de reclamación contra el *trustee*, sino que bajo ciertas condiciones, pueden también dirigirse contra los terceros a través de la institución denominada *tracing*[64]. Este tipo de derechos son desconocidos en los países de derecho civil[65], y dada su frecuente aplicación en materia sucesoria en los países anglosajones, la norma sería de gran utilidad para la circulación internacional.

[62] S. VAN ERP y B. AKKERMANS, *Property Law, Hart publishing*, Oxford and Portland, 2012, *Chapter Four. Property rights in respect of claims*, 343 ss.

[63] J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012*, Editorial Comares, Granada, 2014, 210 ss. Si bien este autor discrepa de tal conclusión, pues considera que el RSE ha supuesto la prevalencia total de la *lex patrimonii* con ciertos matices.

[64] G. MOFFAT, *Trust law. Text and materials*, Butterworths, Londres, 1999, 444. «*... It would be wrong to leave de discussion of a beneficiary's remedies for breach of trust here. As previously indicated a personal claim against a trustee may not always provide an adequate remedy. Most obviously this will be so where, for example, the trust fund has been misappropiated and the trustee is insolvent. In these circumstances the beneficiary is not reduced solely to a personal claim and to standing in line with the insolvent trustee's other unsecured creditors. Instead the beneficiary may be able to invoke a propietary remedy, by which we mean a claim against a particular fund or item of property ...*».

[65] Aunque existe el Convenio de La Haya sobre la ley aplicable al *trust* y su reconocimiento de 1 de julio de 1985, que ha sido ratificado por países como Italia. En su art. 11.d se establece que se podrán reivindicar los bienes del trust en caso de que el trustee, con infracción de las obligaciones derivadas del *trust*, hubiere confundido los bienes del *trust* con los suyos personales o hubiere procedido a su enajenación. Sin embargo, los derechos y obligaciones del tercero que ostente la posesión de bienes del *trust* seguirán rigiéndose por la ley que determinen las normas de conflicto del foro. Aplicable a Australia Canadá, China (solo Hong-Kong), República Popular, Chipre, Estados Unidos de América, Francia, Italia, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, Mónaco, Países Bajos, Panamá, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, San Marino, y Suiza. Pero solo está en vigor entre los países miembros del Reglamento en Italia, Malta, Luxemburgo y los Países Bajos. Por lo tanto también será de aplicación el art. 75.1 el Reglamento.

Pero no cabe duda de que el RSE no ha contemplado solamente la institución del *trust*, sino que, en general, ha abierto un amplio espectro de posibilidades para la aplicación de la ley sucesoria en el lugar de situación de los bienes hereditarios, pues si el art. 31 RSE impone la adaptación de los derechos reales desconocidos, no cabe duda de que la ley sucesoria deberá tener un amplio juego en el estatuto real de los bienes hereditarios que radiquen en otras jurisdicciones. Aquí es preciso hacer una breve referencia al ámbito de la autonomía de la voluntad en materia de derechos reales. La posición tradicional partió de la idea de *numerus clausus*, según la cual un derecho real solo puede crearse por un derecho objetivo y no por negocio jurídico[66]. Sin embargo no todos los países admiten el mismo elenco de derechos reales. Todos coinciden en la propiedad, las servidumbres (en sentido amplio) y la hipoteca. Sin embargo el B.G.B. no acepta la enfiteusis, y el *Code* francés, ni ésta ni la superficie. El prototipo del *numerus clausus* es el Derecho alemán[67], que es decididamente contrario a que los particulares puedan crear nuevos tipos de derechos reales, y fija imperativamente su contenido[68]. Sin embargo se distingue entre el mandato legal prefijando los derechos reales existentes (*Typenzwang*), y el establecimiento por la norma de unos límites inderogables que no pueden ser traspasados al modificar negocialmente el derecho real típico (*Typenfixierung*)[69].

Frente a esta idea se subraya en otros ordenamientos[70] la existencia de figuras intermedias y la dificultad de establecer una distinción nítida. La doctrina española se pronuncia a favor de la tesis contraria de libre creación de derechos reales (*numerus apertus*), aunque un relevante sector de la doctrina española[71] mantiene que realmente solo existe una amplia libertad para configurar el contenido de los derechos reales típicos, pues no existe un precepto equivalente al art. 1255 C.C. en materia de derechos reales, y que la circunstancia de que se

[66] H. COING, *Derecho Privado Europeo*, vol. II, Ed. Colegio Notarial, Madrid, 1996, 458 ss.

[67] H. WESTERMANN – H.P. WESTERMANN – K.H. GURSKY – D.EICKMANN, *Derechos reales*, vol. I, *Fundación cultural del Notariado*, Madrid, 2007, 49.

[68] Resulta interesante comentar que Akkermans (B. AKKERMANS, *The Principle of* Numerus Clausus *in European Property Law*, Intersentia, Cambridge, Amberes y Portland, 2008) menciona no haber encontrado referencias a la expresión "*numerus clausus*" con anterioridad a un obra de Heck de 1930. Sin embargo don Jerónimo González, (en J. GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1924, 204) ya lo utiliza con referencia al Código Civil alemán.

[69] S. VAN ERP y B. AAKERMANS, *Property Law*. Ius Commune *Casebooks for the Common Law of Europe*, Oxford y Portland, 2012, 126 ss. (Citando a F. BAUR – J.F. BAUR – R. STÜRNER, *Sachenrecht*, Munich, 2009).

[70] Por ejemplo para el español, L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t. I, Thompson Civitas, Madrid, 2012, 84 ss.

[71] L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t. III, cit., 139 ss.

atribuya a ciertos pactos efectos frente a terceros no supone la constitución de un verdadero *ius in re*.

Pues bien, lo cierto es que junto con los mecanismos de adaptación de derechos reales desconocidos, el RSE presupone un amplio margen al reconocimiento de los derechos reales conocidos. Ahora bien, su amplitud va a depender del reconocimiento que se haga a la autonomía de la voluntad en materia de derechos reales en el foro. En legislaciones como la española los derechos reales configurados por la ley extranjera tienen amplias posibilidades de tener una eficacia similar a la de su legislación de origen. En este sentido debe apuntarse que en casi todos los países de derecho civil existe una cierta uniformidad en cuanto a las categorías de derechos reales, y así todos ellos conocen instituciones tales como el usufructo y las servidumbres. Pero lo cierto es que existen diferencias sustanciales respecto del contenido. El Derecho alemán no admite el usufructo con facultad de disposición[72]; el Derecho español admite que pueda atribuirse dicha facultad al usufructuario, aunque no es elemento natural. Del mismo modo en el Derecho holandés el usufructuario el usufructuario puede ser dispensado del salva *rerum substantia*[73]. En general el contenido de las servidumbres prediales no puede consistir en una prestación positiva, por lo menos a título principal, consecuencia de la abolición de las cargas feudales por la Revolución francesa[74]. Sin embargo, el Derecho alemán conoce la figura de la carga real (*Reallast*)[75] como un derecho real que establece prestaciones reiteradas a cargo de una finca, que no pueden consistir exclusivamente en un deber de omisión y han de ser evaluables económicamente, discutiéndose si se trata de un derecho real de goce o de garantía. No obstante no puede compelerse al propietario a realizar la prestación, sino que el incumplimiento provoca la venta forzosa del inmueble.

Por lo tanto es preciso distinguir entre la adaptación de los derechos reales

---

[72] H. WESTERMANN – H.P. WESTERMANN – K.H. GURSKY – D.EICKMANN, *Derechos reales*, vol. II, cit., 1399.

[73] Arts. 3:207 y 3:215 B.W. vid. B. AKKERMANS, The principle of numerus clausus in European property law, Ed. Ius Commune: European and Comparative Law Series, Maastricht, 2008, 275 ss.

[74] S. VAN ERP y B. AKKERMANS, *Property Law*. Ius Commune *Casebooks* ..., cit., 252 y ss. Dicho principio proviene ya del derecho romano (*Servitus in faciendo consistere nequit*), teniendo como única excepción conocida la servidumbre oneris ferendis. En el Derecho español el art. 533 C.C. admite las servidumbres positivas, pero la doctrina las limita a las prestaciones accesorias de una servidumbre negativa (J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. III, vol. 2, Bosch, Barcelona, 1973, 381 ss.).

[75] §1.105 B.G.B.

desconocidos y el reconocimiento de los derechos reales conocidos. A su vez para los derechos reales conocidos será precisa una adaptación cuando su régimen legal no coincida con las normas imperativas del foro, en la medida que este último no permita algunas de las características que el derecho real tiene en la ley sucesoria. Doctrinalmente se ha puesto en duda que el art. 31 RSE establezca una verdadera adaptación. En realidad, respecto de los derechos reales desconocidos se trata de un fenómeno de conversión, y para los conocidos de reconocimiento. Las modificaciones que deban realizarse en los conocidos para ser acordes a las normas imperativas del foro, serían una verdadera adaptación.

1. – Derechos reales desconocidos –. El art. 31 RSE impone la adaptación «al derecho real equivalente más cercano del Derecho de ese Estado, teniendo en cuenta los objetivos y los intereses que aquel derecho real persiga y los efectos inherentes al mismo». Por lo tanto tal operación tiene como presupuestos:
a) Que la ley sucesoria atribuya un derecho a sucesor;
b) Que ese derecho tenga naturaleza real. La determinación del carácter real de ese derecho va a ser una cuestión cuya determinación corresponderá en última instancia al Derecho europeo por medio de un concepto autónomo que será elaborado por el RSE. No tiene sentido que la calificación se realice conforme a la ley del foro, puesto que al tratarse de un derecho real desconocido, nunca sería un derecho real. Y tampoco parece lógico que el foro califique conforme a una ley extranjera. Piénsese en instituciones tales como los *rights in rem* sobre las *claims*.
c) Que el titular del derecho real invoque su adaptación. La redacción del art. 31 RSE lleva a pensar que la adaptación no puede ser realizada de oficio por el foro. Pero todavía surge la duda acerca de si la adaptación puede ser solicitada por cualquier interesado. Los términos del art. 31 RSE, al hablar de «Cuando una persona invoque un derecho real que le corresponda en virtud de la ley aplicable a la sucesión», llevan a pensar que solo puede solicitar la adaptación el sucesor.
d) El foro deberá identificar el derecho real que mejor se adapte a los efectos e intereses del derecho atribuido por la ley sucesoria, y establecer la conversión.
En cuanto al mecanismo de adaptación el RSE no ha previsto ninguno específico, ni se ha dispuesto que los estados deban comunicar un órgano específico con dichas facultades. No obstante muchos países se han apresurado a establecer mecanismos de derecho interno al respecto[76], generalmente ante un órgano

[76] Puede verse un panorama de la situación en el portal e-justice. https://e-justice.europa.eu/content_adapting_rights_in_rem-486-es.do.

jurisdiccional, aunque España ha establecido un sistema notarial y registral, y Luxemburgo[77] un sistema notarial.

En España la el art. 57 de la Ley de Cooperación jurídica internacional[78] ha previsto un sistema de adaptación notarial y funcionarial, referido en general a las instituciones jurídicas desconocidas en España que resulten de documentos públicos extranjeros, susceptible de recurso judicial. Mientras que el art. 61[79] se ha referido específicamente a la adaptación en materia registral.

Dichos sistemas de adaptación están pensados para que el titular del derecho pueda invocar la adaptación frente al propietario y las autoridades del foro que desconozcan su derecho. Sin embargo, el Considerando (17) establece que «La adaptación de derechos reales desconocidos explícitamente contemplada en el presente Reglamento no debe excluir otras formas de adaptación en el contexto

[77] *Loi du 14 juin 2015 relative à la mise en application du Règlement UE 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen et modifiant a) la loi modifiée du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels immobiliers et b) le Nouveau Code de procédure civile. «Art. 1er. En application du Règlement UE 650/2012 du Parlement et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, les notaires nommés par arrêté grand-ducal sont compétents pour faire l'adaptation de droits réels immobiliers visée à l'article 31 dudit règlement.*

L'adaptation visée à l'alinéa 1 est faite au plus tard au moment où l'immeuble sur lequel porte le droit réel visé à l'article 31 du Règlement UE 650/2012 du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, fait l'objet d'une mutation entre vifs à titre gratuit ou onéreux».

[78] Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. «art. 57. Los notarios y funcionarios públicos españoles, cuando sea necesario para la correcta ejecución de documentos públicos expedidos o autorizados por autoridades extranjeras, podrán adecuar al ordenamiento español las instituciones jurídicas desconocidas en España, sustituyéndolas por otra u otras que tengan en nuestra legislación efectos equivalentes y persigan finalidades e intereses similares. Cualquier interesado podrá impugnar la adecuación efectuada directamente ante un órgano jurisdiccional».

[79] «Art. 61.1. Cuando la resolución o el documento público extranjero ordene medidas o incorpore derechos que resulten desconocidos en Derecho español, el registrador procederá a su adaptación, en lo posible, a una medida o derecho previstos o conocidos en el ordenamiento jurídico español que tengan efectos equivalentes y persigan una finalidad e intereses similares, si bien tal adaptación no tendrá más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado de origen. Antes de la inscripción, el registrador comunicará al titular del derecho o medida de que se trate la adaptación a realizar.

2. Cualquier interesado podrá impugnar la adaptación directamente ante un órgano jurisdiccional».

de la aplicación del presente Reglamento». Hay que pensar que el mecanismo ordinario de adaptación no será el previsto en el art. 31 RSE, sino que los interesados, en el momento de formalizar sus operaciones particionales ante notario, procederán a realizar dicha adaptación con intervención del notario, o, como ha previsto la legislación luxemburguesa, en un momento posterior al realizar una transmisión del derecho. En este sentido consideramos que sería de interés, para el Derecho español, establecer como específico título inscribible las escrituras públicas de adaptación de derechos reales extranjeros. La adaptación o reconocimiento realizada con la conformidad de todos los interesados y el control del legalidad del notario supone un mecanismo idóneo por su celeridad, economía y antilitigiosidad.

La actuación del notario en tales casos implica averiguar la naturaleza efectos e intereses del derecho establecido por la ley sucesoria, proponer a los interesados la figura del derecho interno a la que debe convertirse y otorgar la correspondiente escritura o título de adaptación. Pensamos por ello que debiera preverse específicamente el acceso al registro de tales títulos de adaptación.

2. – Derecho reales conocidos –. Los derechos reales creados o transmitidos por la ley sucesoria que son conocidos en el foro han sido tradicionalmente reconocidos sin problemas. Tal sucede en general con el usufructo. Sin embargo dicho reconocimiento ha sido puramente nominal. Es decir, atribuido un usufructo por la ley sucesoria, el foro no tiene problemas en reconocerlo e inscribirlo en el registro, pero será tratado conforme a la regulación que de ese usufructo realiza la *lex rei sitae*.

El RSE lleva a concluir, por un argumento de *maiorem ad minus*, que si los derechos reales desconocidos deben ser adaptados, los conocidos, con mayor razón, pueden obtener su adecuación a la ley del lugar de situación, en la medida que esta lo permita. Por ejemplo, si el usufructuario conforme a ley sucesoria no puede disponer de su derecho, y la ley del foro admite que se pueda establecer tal prohibición, el propietario podrá solicitar que así circule en el foro. Estimamos igualmente que le mecanismo de reconocimiento y adecuación puede ser realizado por nía notarial.

Por último no debe olvidarse que siempre podrán los interesados conseguir la adaptación o adecuación a través de un procedimiento judicial declarativo.

7. El usufructo sobre cuotas sociales

La cuestión que tratamos suscita una especial consideración en materia del derecho real de usufructo sobre cuotas sociales. En esta materia es tradicional distinguir entre un aspecto interno referente al título constitutivo del usufructo, que afecta a las relaciones internas entre el usufructuario y el nudo propietario, y un aspecto externo, relativo a las relaciones de ambos con la sociedad[80]. Esta dualidad ha llevado a dar una respuesta al problema suscitado en España por la existencia de una regulación en algunos Derecho forales sobre el usufructo que difiere de la del Código civil, y la propia regulación que se contiene la legislación sobre sociedades de capital. La solución que parece preferente es la de considerar que las relaciones internas se regirán por la normativa propia del título constitutivo (vg. sucesión hereditaria, donación), mientras que las externas se regularán pro la legislación societaria. Debe recordarse que en España la legislación mercantil es de competencia estatal y no puede ser regulada por la Comunidades autónomas.

Una solución similar puede aplicarse, *mutatis mutandis*, al Derecho internacional privado. La existencia de una pluralidad de regulaciones sobre el derecho real plantea el problema de cuál ha de ser la ley aplicable al usufructo del que tratamos cuando existe un elemento internacional. La determinación de la ley aplicable, en la materia objeto de nuestro estudio, se complica si tenemos en cuenta que, atendida la modalidad de representación y la naturaleza de los derechos, nos podemos encontrar ante participaciones de sociedades de responsabilidad limitada y acciones cuyos títulos no se hayan emitido, acciones con títulos emitidos y acciones representadas mediante anotaciones en cuenta. En efecto la evolución legislativa y doctrinal ha determinado que la solución que se da a este especial tipo de usufructo no sea uniforme. En Italia para la "*società per azioni*" el art. 2352 c.c. atribuye el derecho de voto al usufructuario, salvo pacto en contrario, y para la "*società a responsabilità limitata*" el art. 2471-*bis* c.c. remite al art. 2352. En Francia para las sociedades anónimas el *Code de Commerce* regula la cuestión en los arts. L. 225-10 ss., atribuyendo el derecho de voto al usufructuario en las juntas generales ordinarias y al nudo propietario en las juntas generales extraordinarias. Los estatutos podrán permitir la no aplicación de esta regla. Por su parte el art. L. 225-118 atribuye a ambos el derecho de información. En Portugal el art. 23º del "*Codigo das Sociedades*

[80] G. GARCÍA CANTERO, *Notas sobre el usufructo de acciones en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas*, en *Anuario de Derecho Civil*, 1952, 990 y 993.

Comerciais" regula el usufructo y prenda de participaciones, exigiendo para su constitución las mismas formalidades y limitaciones que para la transmisión. Remite los derechos del usufructuario a los arts. 1466 y 1467 del Código civil, que regulan el usufructo de títulos de crédito y el usufructo de acciones o partes sociales, atribuyendo el derecho de voto al usufructuario, salvo que se trate de acuerdos que impliquen la modificación de estatutos o la disolución de la sociedad.

Cobra por tanto gran interés la determinación de la norma de conflicto aplicable, teniendo en cuenta que una gran parte de los usufructos sobre cuotas sociales se constituyen precisamente por vía sucesoria. La misma no puede ser la contenida en el art. 10.3 C.C., porque como dice Alegría Borrás[81] el supuesto de hecho de dicha norma es parcial, en tanto sólo regula la emisión de los títulos y no otros aspectos de la vida de los mismos.

Cabría entonces plantearse la aplicación del segundo inciso del art. 10.1 C.C.[82], lo que, en nuestro estudio, suscita el problema, no baladí, de la situación de las acciones (especialmente si no se han emitido los títulos o están representadas mediante anotaciones en cuenta) o de las participaciones sociales. Si se trata de acciones con títulos no emitidos o participaciones sociales nos hallamos ante derechos incorporales, apuntando Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo[83] que se defiende el criterio de aplicación de la *lex societatis*[84]. Si se han emitido los títulos la doctrina sostiene la aplicación del art. 10.1 C.C.[85], aunque Fernández

[81] A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, 110 y 111. En el mismo sentido F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, cit., 268 ss.

[82] Según N. BOUZA VIDAL, (*Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, 106) en los bienes muebles se plantea precisamente el conflicto móvil de ley aplicable por su desplazamiento espacial. Y propone al respecto entender que la adquisición y pérdida del derecho se rigen por la ley del lugar de situación en el momento de producirse, mientras que los requisitos que debe observar el titular para la oponibilidad de su derecho a terceros se rigen por la situación actual. Estimo que pueden ser por analogía a las acciones y participaciones sociales, los criterios del Convenio de La Haya sobre ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario de 5 de julio de 2006, si bien el art. 3 lo declara aplicable únicamente a supuestos internacionales.

[83] J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, cit.

[84] La determinación de cual haya de ser la *lex societatis* plantea su propia problemática (vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, cit., 541 ss.). Hoy día parece indudable que debe distinguirse entre sociedades constituidas con arreglo al Derecho de alguno de los estados de la Unión Europea o domiciliadas en uno de dichos estados, y las restantes.

[85] A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, cit., vol. II, 873.

Rozas y Sánchez Lorenzo[86] matizan que una cosa es la transmisión del título y otra la del derecho incorporado. Si están representadas por anotaciones en cuenta, Espiniella Menéndez[87] defiende la aplicación de la ley donde se encuentre la cuenta principal o el registro de los valores anotados, aunque de existir sistemas de tenencia indirecta, con anotaciones y registros en intermediarios financieros, se estará a la ley de estos, respecto de los derechos o activos derivados anotados o registrados[88]. Esta última opinión está inspirada, sin duda, en el artículo decimoséptimo del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, que, sin embargo, solo se refiere a la ley aplicable a las garantías financieras cuyo objeto consiste en valores representados mediante anotaciones en cuenta. Además pienso que en esta materia no debe olvidarse el art. 4 TRLMV en cuanto dispone que dicha norma será de aplicación a todos los instrumentos financieros cuya emisión, negociación o comercialización tenga lugar en el territorio nacional.

En mi opinión el carácter real del derecho no puede ser disociado de la *lex societatis*, sino que en esta materia ambas regulaciones se mueven en planos distintos. Así la doctrina[89], al tratar el ámbito de la *lex societatis*, se inclina por el "principio de unidad del régimen societario", y considera que dicha ley rige tanto los aspectos internos como los aspectos externos del contrato de sociedad. Sin embargo, en este punto deberían distinguirse igualmente las relaciones internas de las relaciones externas. En las relaciones internas deberá atenderse a la ley rectora del título constitutivo del usufructo. Así, si el mismo fuere un contrato o una donación[90], habrá que estar al Reglamento Roma I, mientras que si resultare de una sucesión hereditaria habría de atenderse a la ley determinada por el Reglamento UE 650/2012. Por el contrario, en las relaciones externas habrá que atender a la *lex societatis*, que en nuestro derecho viene constituida por los arts. 127 y ss. TRLSC.

[86] J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, cit., 679 ss.

[87] A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, en A.B CAMPUZANO LAGUILLO – F. CONLLEDO LANTERO – R.J. PALOMO ZURDO (dirs.), *Los mercados financieros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 214.

[88] En el mismo sentido, I. HEREDIA CERVANTES, en B. RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, cit., 262.

[89] A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, cit., vol. II, 549; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentarios al Código Civil*, cit., t. I, 245.

[90] En este caso se exceptúan las donaciones proponer nupcias y las sucesorias, que se regirán por la ley determinada en el art. 10.7 C.C. (vid. F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentarios al Código Civil*, cit., t. I, 305 ss.).

En el caso de las acciones representadas por títulos, la *lex rei sitae* habrá de regir la constitución del derecho real, su transmisión y los efectos frente a tercero. Pero las relaciones internas entre usufructuario y nudo propietario se regularán por el título constitutivo, y las relaciones del usufructuario con la sociedad, por la *lex societatis*. Si estuvieren representadas por anotaciones en cuenta el tratamiento será similar, pero se consideraran situadas en el lugar donde se encuentre el registro contable[91].

Cobra también especial interés la cuestión de la adaptación de los derechos reales desconocidos, especialmente respecto del Derecho anglosajón. En el *common law*, como antes apuntábamos, existe una radical diferencia entre el régimen de los bienes muebles (*chattels*) y los inmuebles, ya que a los primeros no se les aplica ni la doctrina de los estates ni existe para los mismos un concepto de *ownership*[92], con la consecuencia de que no se admiten limitaciones (por ejemplo temporales) en los derechos sobre los bienes muebles. Por lo tanto no es posible atribuir su uso de por vida (*life estate*) ni imponer sobre ellos servidumbres. Como apuntábamos, las finalidades que cumple el usufructo de acciones y participaciones se cumplirán normalmente por medio de un *trust*. Por lo tanto la cuestión se puede plantear desde dos puntos de vista:

– Un *trust* de acciones o participaciones pretende ejercer sus derechos ante una sociedad constituida con arreglo al derecho español. Como es sabido el RSE excluye de su ámbito de aplicación (cfr. art. 1.2.j) «la creación, administración y disolución de *trusts*», pero no sus efectos reales y obligacionales. Por ello se ha mantenido que, aún en los *trust inter vivos*, será de aplicación la *lex successionis* a la determinación de los límites impuestos a las donaciones, y por supuesto será más determinante aún en los *trust mortis causa*[93]. Probablemente el art. 231-35 del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil habría llevado a aplicar las mismas soluciones que para el usufructo. Quizás dicha norma proyectada tenía la pretensión de orientar materialmente la adaptación de los *trust* sobre valores en el Derecho español, con un criterio cuya compatibilidad con el art. 31 RSE es muy discutible por la multiplicidad de variantes y finalidades que presenta la institución.

– Cuestión distinta es que la ley sucesoria atribuya un derecho de usufructo sobre acciones y participaciones sociales, pero que la configuración legal de ese

[91] Vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, cit., vol. II, 552.

[92] S. VAN ERP y B. AAKERMANS, *Property Law* ..., cit., 321 ss.

[93] J.C. FERNÁNDEZ ROZAS – S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, cit., 682.

derecho difiera en algunos aspectos del régimen legal de nuestro Código. Pienso que en tales casos debe procederse igualmente a un proceso de adaptación y no seguir nominalmente la *lex societatis*, en cuanto la misma lo permita. Por ejemplo, el §1.059 B.G.B. no permite la transmisión del usufructo, lo que sí es posible en base al art. 480 C.C. español. Por lo tanto el usufructo atribuido conforme a la ley sucesoria alemana sobre un inmueble español, debe entenderse sujeto a un prohibición de disponer, que también se admite en el Derecho español en los actos a título gratuito (cfr. art. 27 L.H.). Del mismo modo en el Derecho holandés el usufructuario el usufructuario puede ser dispensado del *salva rerum substantia*[94], pero en el alemán, aunque el §1030-2 B.G.B. permite limitar el usufructo mediante la exclusión de ciertas facultades de uso, se interpreta restrictivamente que no es posible limitar el uso a una parte de la cosa[95].

Por lo tanto llegaríamos igualmente a las soluciones anteriormente expuestas, ahora con el apoyo normativo del RSE. Conviene ejemplificar. Un causante europeo puede tener en su patrimonio acciones cotizadas de compañías de diversos países, por ejemplo una empresa española que forme parte del IBEX 35 y una empresa francesa que forme parte del CAC 40. Si al fallecer su sucesión se ha de regir por la ley portuguesa, serán de aplicación los arts. 1466 y 1467 del Código civil portugués, que atribuyen al usufructuario el derecho de voto, salvo que la junta se refiera a una modificación de estatutos o a una disolución de la sociedad, en cuyo caso se impone el voto conjunto.

Conforme a nuestras conclusiones, si el causante en su testamento hubiese atribuido a su cónyuge un usufructo sobre las acciones antes mencionadas, y ante una junta en la que se fuese a decidir sobre un aumento de capital, la decisión de voto, en la relación interna, tendría que ser adoptada por ambos conjuntamente. Sin embargo, a efectos externos, la sociedad española sin duda permitiría la asistencia y voto del nudo propietario por sí solo, y lo mismo sucedería en la sociedad francesa, al tratarse de una junta extraordinaria. Tal conducta unilateral del nudo propietario no tendría repercusión en la validez de los acuerdos adoptados, sino que tan solo generaría efectos en las relaciones entre nudo propietario y usufructuario.

Debe notarse que en las relaciones externas no son necesarios específicos mecanismos de adaptación porque la *lex successionis* no altera el régimen societario del usufructo. A la misma conclusión se podría llegar en las relaciones

---

[94] Arts. 3:207 y 3:215 B.W. vid. B. AAKKERMANS, *The principle on* numerus clausus *in European property law* ..., cit., 275 ss.

[95] S. VAN ERP y B. AAKERMANS, *Property Law* ..., cit., 258 ss.

internas. Sin embargo, en cuanto las mismas deban hacer efectivas en un estado distinto del de la *lex successionis*, sí que puede resultar conveniente realizar una adaptación por vía notarial, en las que ambas partes reconozcan hallarse sujetos a un régimen distinto del de la ley del foro en orden al ejercicio de sus facultades respectivas.

Cas pratique franco-marocain. Illustration du Règlement dans le code de la succession franco-marocaine d'un ressortissant français converti à la religion musulmane

Zoé Ancel-Lioger
Responsable du Service de Droit international privé, Cridon de Lyon

Mounia El Bahja
Notaire à Rabat et Consultante en Droit international privé

Monsieur M. était veuf en premières noces et divorcé en secondes noces. Il est décédé ab intestat en janvier 2019 laissant pour lui succéder son épouse en troisièmes noces Madame F. et son fils issu de son union avec sa première épouse, Monsieur E.
Monsieur M., ressortissant français, s'est marié avec Madame F., de nationalité marocaine, sans contrat de mariage, au Maroc le 17 mai 2010. Ils ont ensuite élu domicile au Maroc. Monsieur M. s'était converti à la religion musulmane et son épouse, Madame F., est de confession musulmane.
Monsieur M., atteint d'un cancer, est rentré en France avec son épouse en juin 2018 pour se faire soigner. Ils ont pris un appartement en location.
Il possédait des biens meubles et immeubles tant au Maroc qu'en France. Il ne déclarait ses impôts ni en France ni au Maroc.
Vous vous interrogez sur la dévolution successorale.

Mr. M. was a widower from his first marriage, and had divorced his second wife. He died intestate in January 2019, with his heirs being Mrs. F. and his son from his first marriage, Mr. E.
Mr. M. was a French national, had married Mrs. F. – a Moroccan national – in Morocco, without signing any marriage contract, on May 17th, 2010. They had subsequently established their domicile in Morocco. Mr. M. had converted to Islam and his wife, Ms. F., is a Muslim.
Mr. M. developed cancer and went back to France with his wife in June 2018 to receive treatment. They rented an apartment.
He possessed movable and immovable property, both in Morocco and in France. He did not file his tax return in France, nor did he file it in Morocco.
You might be wondering about his succession.

Il signor M. era vedovo in prime nozze e divorziato in seconde nozze. È deceduto intestato nel gennaio del 2019, lasciando quali eredi di sua moglie in terze nozze, la signora F. e un figlio nato dal matrimonio con la sua prima moglie, il signor E.
Il signor M., cittadino francese, si era sposato in Marocco con la signora F., di nazionalità marocchina, senza stipulare alcun contratto di matrimonio, il 17 maggio del 2010. Avevano successivamente eletto domicilio in Marocco. Il signor M. si era convertito alla religione mussulmana e sua moglie, la signora F., è di confessione mussulmana.
Il signor M., ammalatosi di tumore, rientrava in Francia con sua moglie nel giugno del 2018 per essere curato. Avevano affittato un appartamento.
Egli possedeva beni mobili e immobili sia in Marocco, sia in Francia. Non faceva dichiarazione dei redditi né in Francia, né in Marocco.
Vi porrete degli interrogativi in ordine alla sua devoluzione successoria.

Résumé: 1. Point du vue juridique marocain. – 1.1. La validité du mariage. – 1.2. La loi successorale au Maroc. – 1.3. La dévolution successorale selon le droit marocain. – 2. Point de vue juridique français. – 2.1. La validité du mariage. – 2.2. La loi successorale en France. – 2.3. La dévolution successorale selon le droit français. – 3. Conclusion.

1. Point du vue juridique marocain

1.1. La validité du mariage

Avant de se pencher sur la dévolution successorale de Monsieur M. au Maroc, il va falloir vérifier si le mariage avec Madame F. est valable aux yeux de la législation marocaine.
Selon l'énoncé, Monsieur M. et Madame F. se sont mariés au Maroc, ce qui laisse comprendre que leur mariage est conforme à la loi marocaine. Pour rappel, le code de la famille marocain exige pour que les actes de mariages mixtes soient valables que l'époux étranger doive se convertir à l'Islam, s'il n'est pas déjà de confession musulmane.
Nous ne pouvons alors que conclure a la validité du mariage marocain au Maroc.

1.2. La loi successorale au Maroc

S'agissant de la succession de Monsieur M., en principe, l'article 18 du Dahir sur la condition civile des Français et des étrangers au Maroc prévoit l'application de la loi de la nationalité du défunt, en l'occurrence, le droit français.
Seulement, le Maroc, pays musulman où la législation est inspirée du rite Malékite, ne renvoie pas aux lois nationales mais applique ses propres lois à tout musulman, même étranger, car il est considéré comme un frère. Les règles de conflits de lois ne lui sont alors pas appliquées et le code de la famille, appelé également Moudawana, trouve son application dans toutes ses relations sa vie durant et après son décès.
Par ailleurs, ce principe a été confirmé par une jurisprudence, toujours d'actualité au Maroc. Il s'agit d'un arrêt de la cour de cassation marocaine (appelée autrefois cour suprême) datant du 5 Juillet 1974 et qui prévoit que l'islamité d'un justiciable, même par conversion, entraîne l'application du droit marocain[1].
Aussi, le Maroc étant un pays tiers au vu du règlement européen sur les successions internationales (cf. *infra*), le pays de la dernière résidence du défunt n'a aucune incidence sur la dévolution successorale de Monsieur M. au Maroc.

1.3. La dévolution successorale selon le droit marocain

Monsieur M. a laissé comme héritiers, un enfant (de sa première union) et son épouse Madame F.
En droit marocain, l'épouse est une héritière *Fardh*, c'est-à-dire réservataire, et elle a droit au 1/8ème de la succession lorsque le défunt laisse des descendants. Quant au fils, il a droit au reste, soit 7/8ème.
Toutefois, l'énoncé ne précise pas si l'enfant est aussi musulman, puisque la confession en matière d'héritage, en droit marocain est indiscutable.
L'article 332 du code de la famille prévoit qu' «Il n'y a pas de successibilité entre un musulman et un non musulman, ni dans le cas où la filiation paternelle est désavouée légalement».
Si le fils n'est pas musulman, il ne pourra pas hériter au Maroc, et la veuve recueillera alors la totalité de la succession.

---

[1] M. CHARFI, *L'influence de la religion dans le droit international privé des droits musulmans*, en *Cours de l'académie du droit international de La Haye*, 421.

2. Point de vue juridique français

2.1. La validité du mariage

Le mariage valablement célébré au Maroc est reconnu valable en France.
L'article 6 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 prévoit dans son alinéa 4 que le ressortissant français doive présenter aux *adouls* son certificat de capacité à mariage délivré par les autorités consulaires françaises.
La transcription de ce mariage a dû être opérée par Monsieur, seul ressortissant français, auprès des autorités consulaires françaises compétentes territorialement au Maroc, pour le rendre opposable aux tiers.

2.2. La loi successorale en France

Du point de vue français, avec l'entrée en application le 17 août 2015 du nouveau Règlement européen 650/2012 sur les successions internationales (ci-après Règlement successions), qui forme le nouveau droit international privé français, la loi applicable à la succession est, en principe, la loi du lieu de la résidence habituelle du défunt au moment de son décès. Cette loi s'applique à l'ensemble des biens du défunt, mobiliers ou immobiliers (article 23 du Règlement successions).

Le Règlement successions est d'application universelle, c'est-à-dire qu'il s'applique quelle que soit la loi désignée par ses règles, quelle que soit la nationalité du défunt ou de ses ayants droit et où que soient situés les biens (article 21 du Règlement successions). Il s'applique donc quand bien même la succession concerne le Maroc qui est un Etat-tiers au Règlement, c'est-à-dire non lié par celui-ci.
En l'espèce, nous considérons que Monsieur M., bien qu'il ait séjourné en France les derniers mois de sa vie, n'avait pas fixé sa résidence habituelle en France, au sens du Règlement successions. Même si ce texte ne donne pas de définition de la résidence habituelle, les considérants qui le précèdent donnent des indices, telles que la durée et la régularité du séjour dans l'Etat concerné et les raisons de ce séjour, pour déterminer «le centre des intérêts de la vie familiale et sociale» du *de cujus*. Il ne fait aucun doute que Monsieur M. serait resté au Maroc s'il n'avait pas dû se faire soigner en France et que s'il avait guéri, il y serait retourné.
Dès lors, Monsieur M. étant décédé avec sa dernière résidence au Maroc, la loi applicable à l'ensemble de sa succession est, en principe, la loi marocaine, sous réserve d'un éventuel renvoi.

Concernant le renvoi, l'article 34 du Règlement successions dispose que «Lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un Etat tiers, il vise l'application des règles de droit en vigueur dans cet Etat, y compris ses règles de droit international privé, pour autant que ces règles renvoient:
a) A la loi d'un Etat membre; ou
b) A la loi d'un autre Etat tiers qui appliquerait sa propre loi».
Il convient donc d'interroger les règles de droit international privé marocaines. Or, selon le droit marocain[2], les successions testamentaires et ab intestat sont rattachées à la loi nationale, aussi bien pour les biens meubles que pour les biens immeubles. Cette règle est prévue par l'article 18 du Dahir sur la condition civile des Français et des étrangers au Maroc (DCC) (*cité plus haut*). En application de cet article, la loi nationale du défunt est applicable «en ce qui concerne la désignation des successibles, l'ordre dans lequel ils sont appelés, les parts qui leur sont attribuées, les rapports, la quotité disponible et la réserve»[3].
Le droit marocain renvoie donc à la loi française qui accepte sa compétence. Comme la loi nationale du défunt (en l'occurrence la loi française) détermine les empêchements aux successions, il n'y a pas lieu d'appliquer la loi marocaine et notamment l'article 332 du code de la Famille marocain qui interdit toute vocation successorale entre un musulman et un non musulman.
Comme il a été indiqué *supra*, le droit marocain interne revendique son application pour tout étranger musulman et considère, dans ce cas, que le rattachement opéré à la loi nationale prévu à l'article 18 du DCC est inopérant. Du côté français, en présence d'un ressortissant français, il n'est pas tenu compte de sa confession religieuse. La religion n'est pas en l'espèce un critère de rattachement.
L'article 35 du Règlement successions prévoit que l'application d'une disposition de la loi étrangère peut être écartée si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public du for. Cette exception d'ordre public pourrait, notamment, être utilisée pour écarter des discriminations fondées sur la religion des héritiers.
Selon la doctrine française majoritaire, le principe de non-discrimination des successibles en raison de la religion constitue un principe essentiel du droit français, et permet de faire jouer l'exception de l'ordre public international français à l'égard des normes étrangères contraires.

[2] A.F. BENJELLOUN, *Aspects de droit successoral marocain*, in *Les successions en droit comparé*, ss. la direction de Z. Ancel-Lioger et E. Calo, Napoli, 2016, 242.
[3] T. régional de Rabat, 18 mai 1971, cité par P. Decroux, en *JDI*, 1978, 677. – C.A. Casablanca, 13 avr. 1989, en *GTM*, 1992, n. 64 et 65.

2.3. La dévolution successorale selon le droit français

En application du droit français, l'épouse recevra, dans le cadre de cette succession *ab intestat*, 1/4 en pleine propriété et le fils recevra le reste, soit les 3/4 en pleine propriété.

3. Conclusion

Le règlement de la succession de Monsieur M. ne peut pas être uniforme.
Il s'agira de deux successions réglées en parallèle et indépendamment l'une de l'autre, morcelées territorialement. Chaque Etat règlera le sort des biens qui y sont situés conformément à la loi déclarée applicable par ses propres règles de conflit de lois. Au Maroc, seule l'épouse pourra hériter des biens marocains, l'enfant du premier lit étant exclu de la succession dès lors qu'il n'est pas converti à la religion musulmane. En France, les deux héritiers – l'épouse et le fils unique – viendront tous deux à la succession de Monsieur M.

Life insurance, *mortis causa* contract and application of the Regulation EU 650/2012

Carla Pernice
Postdoctoral Researcher in business Law, University of Florence

This study aims to examine the relevance of the qualification of life insurance policies as *inter vivos* or *mortis causa* contracts for the purposes of the rules on international successions set out in EU Regulation 650/2012. Although *ex* Article 1, par. 2, lett. g), the insurances are explicitly excluded from the purpose of the Regulation, the frequent use of this contract as a planning instrument for succession and the fact that in the ordinary law of some countries life insurance policies (and more generally contracts in favour of a third party executable after death) are subject to inheritance classification, leave the possibility of their relevance for European law to remain.

Il presente studio si propone esaminare la pertinenza della definizione delle polizze assicurative sulla vita quali contratti inter vivos *o* mortis causa *ai fini delle disposizioni sulle successioni internazionali di cui al Regolamento UE 650/2012. Sebbene ai sensi dell'Articolo 1, comma 2, lett. g), le polizze assicurative siano esplicitamente escluse dall'ambito di applicazione del Regolamento, il frequente utilizzo di tali contratti quali strumenti di pianificazione delle successioni, unito al fatto che per il diritto ordinario di alcuni Paesi le polizze assicurative sulla vita (e più in generale i contratti a favore di terzi eseguibili dopo la morte) rientrino nell'asse ereditario, lasciano spazio alla possibilità che la loro rilevanza sussista anche per il diritto comunitario.*

Summary: 1. Life insurance as a tool for estate asset planning. – 2. The thesis that qualifies the life insurance in case of death as an *inter vivos* attribution. – 3. The orientation that supports *mortis causa* nature of the attributions arising from life insurance policies. – 4. Life insurance, succession agreement and *mortis causa* contracts in the EU Regulation 650/2012.

1. Life insurance as a tool for estate asset planning

This study aims to examine the relevance of the qualification of life insurance policies as *inter vivos* or *mortis causa* contracts for the purposes of the rules on international successions set out in EU Regulation 650/2012. Although *ex* Article 1, par. 2, lett. g), the insurances are explicitly excluded from the purpose of the Regulation, the frequent use of this contract as a planning instrument for succession and the fact that in the ordinary law of some countries life insurance policies (and more generally contracts in favour of a third party executable after death) are subject to inheritance classification, leave the possibility of their relevance for European law to remain.

As we know, the Italian Civil Code prohibits the agreements as to future successions (Article 468 c.c.)[1]. This prohibition has led the private autonomy to use other lawful contracts types to indirectly carry out post-death allocations[2].

[1] The prohibition of agreements as to future successions in Itlay is codified in art. 468 c.c., under which: «*Fatto salvo quanto disposto dagli articoli 768*-bis *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 rinunzia ai medesimi*».

[2] The Italian doctrine has long wondered about testament alternative institutions and about the possible successor agreements prohibition decline, by the aim of offering an adequate response to the request for more flexible contracts. Literature is boundless on the subject. In the impossibility of mentioning it all, see at least: P. RESCIGNO, *Trasmissione della ricchezza e divieto dei patti successori*, in *Vita not*., 1993, 1281; ID., *Attualità e destino del divieto dei patti successori*, in AA.VV., *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995, 1 ss.; A. PALAZZO, *Attribuzioni patrimoniali tra vivi e assetti successori per la trasmissione della ricchezza familiare*, *ivi*, 17; ID., *Declino dei patti successori, alternative testamentarie e centralità del testamento*, in *Jus*, 1997, 289; ID., *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983; G. DE NOVA, *Autonomia privata e successioni* mortis causa, in *Jus*, 1997, 273; V. ROPPO, *Per una riforma del divieto dei patti successori*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 5 ss.; F. GAZZONI, *Patti successori, conferma di un'erosione*, in *Riv. not*., 2011, 232 ss.; F. PADOVANI, *Fenomeno successorio e strumenti di programmazione pratrimoniale alternativi al testamento*, *ivi*, 2008, 1007 ss.; M.R. MARELLA, *Il divieto dei patti successori e le alternative convenzionali al testamento*, in *Nuova giur. civ*., 1991, II, 91; V. PUTORTÌ, *Promesse "*post mortem*" e patti successori*, in *Rass. dir. civ*., 1991, 729; R. LENZI, *Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Riv. not*., 1989, 1209; C. CACCAVALE e F. TASSINARI, *Il divieto dei patti successori tra*

The insurance market products are among the main conventional instruments of succession estate planning.
Inheritance planning tools are often regulated under insurance agreements: for example, title insurance is usually a guarantee against the risk of restitution actions (in case of breach of the rules concerning reserved share); also, the use of life insurance policies coverage in case of death are an instrument for transferring estates.
In Italy, life insurance represents – thanks also to the provision under the Article 1923 of the Italian Civil Code – an essential instrument for planning estates transfers from generation to generation. Indeed, Italian law provides that the sums owed by the insurer to the insured party or to the beneficiary shall not be subject to executive or precautionary measures. With respect to premiums which have been paid, the rules of law related to claw-back actions as well as those related to the collation, imputation and reduction of donations shall apply in any case[3].
Differently from a traditional orientation – supported by case law – that considers life policies as *inter vivos* acts, certain scholars have recently considered the matter otherwise. Indeed, they claim that such policies should be considered as *mortis causa* contracts.
The focus of the debate revolves around the interpretation of the combined provisions of Articles 1920, paragraph 3 and 1921 of the Civil Code, under which the third party acquires a right to the benefits of the insurance as a result of the designation – that can be done in the insurance policy, or in a subsequent written declaration communicated to the insurer, or in a will – but the insured party has the right to revoke the designation until the insured event has occured, although

diritto positivo e prospettive di riforma, in *Riv. dir. priv*., 1997, 74; A. ZOPPINI, *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie "in forma indiretta"*, in *Riv. trim*., 1988, 1077; M. IEVA, *Il trasferimento dei beni produttivi in funzione successoria: patto di famiglia e patto di impresa. Profili generali di revisione del divieto dei patti successori*, in *Riv. not*., 1997, 1371; ID., *I fenomeni c.d. parasuccessori*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Successioni e donazioni*, I, Padova, 1994, 53; F. RUSCELLO, *Successione* "mortis causa" *e fenomeni "parasuccessori"*, in *Vita not*., 1998, 70; A. ZOPPINI, *Il patto di famiglia. Linee per la riforma dei patti per le successioni future*, in *Studi in onore di Salis*, II, Torino, 2000, 1265; G. BONILINI, *Attualità del divieto dei patti successori*, in *Dir. succ. fam*., 2015, 343 ss.; G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico interno ed internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, 187 ss.

[3] *Ex* Article 1923 c.c. «*Le somme dovute dall'assicuratore al contraente o al beneficiario non possono essere sottoposte ad azione esecutiva o cautelare.*
Sono salve, rispetto ai premi pagati, le disposizioni relative alla revocazione degli atti compiuti in pregiudizio dei creditori e quelle relative alla collazione, all'imputazione e alla riduzione delle donazioni».

the beneficiary declared to take advantage of the attribution in his favour. If the insured party has given a written waiver on his power of revocation, this has no effect after the beneficiary has declared that he wishes to take advantage of the benefit[4].
This regulation raised doubts concerning time and method of third party's acquisition of the relevant right as well as the nature of his legal position.

2. The thesis that qualifies the life insurance in case of death as an *inter vivos* attribution

A great part of Scholars answers to these questions by referring to the results achieved with regard to the contract in favor of a third party (art. 1411 of the Italian Civil Code) because life insurance is usually included in this contract scheme[5]. It is true that differently from the provision of art. 1411 c.c., the article

[4] The Article 1920 of Italian Civil Code states that: «*È valida l'assicurazione sulla vita a favore di un terzo*.
La designazione del beneficiario può essere fatta nel contratto di assicurazione, o con successiva dichiarazione scritta comunicata all'assicuratore, o per testamento; essa è efficace anche se il beneficiario è determinato solo genericamente. Equivale a designazione l'attribuzione della somma assicurata fatta nel testamento a favore di una determinata persona.
Per effetto della designazione il terzo acquista un diritto proprio ai vantaggi dell'assicurazione».
According to the Article 1921 c.c. «*La designazione del beneficiario è revocabile con le forme con le quali può essere fatta a norma dell'articolo precedente. La revoca non può tuttavia farsi dagli eredi dopo la morte del contraente, né dopo che, verificatosi l'evento, il beneficiario ha dichiarato di voler profittare del beneficio.*
Se il contraente ha rinunziato per iscritto al potere di revoca, questa non ha effetto dopo che il beneficiario ha dichiarato al contraente di voler profittare del beneficio. La rinuncia del contraente e la dichiarazione del beneficiario devono essere comunicate per iscritto all'assicuratore».

[5] The scholars that states that the life insurance is a type of the contract in favor of a third party are: R. CALVO, *Il contratto di assicurazione. Fattispecie ed effetti*, in FRANZONI (diretto da), *Tratt. resp. civ.*, Milano, 2012, 168; G. PACCHIONI, *I contratti a favore di terzi*, Milano, 1933, 294; M. STOLFI, *L'assicurazione sulla vita a favore di terzi*, Milano, 1947, 49. In a partially different sense: C. MANENTI, *Il contratto di assicurazione sulla vita con designazione di un terzo beneficiario*, in *Riv. dir. civ.*, 1909, 589; G. VOLPE PETZOLU, *Assicurazione sulla vita, disposizioni a causa di morte e atti di liberalità*, in *Studi in memoria di Gino Gorla*, III, Milano, 1996, 2100 ss.; ID., *Il contratto di assicurazione quale strumento successorio*, in *La trasmissione familiare della ricchezza*, Padova, 1995, 90 ss.; L. BUTTARO, *Assicurazione sulla vita*, in *Enc. dir.*, III, Varese, 1958, 608 ss., who, by exploiting the *favor tertii* typical of life insurance policies, denyes the overlapping of the two disciplines. It is observed, in particular that «*è incongruo qualificare come contratto a favore di terzo un contratto, che per sua natura, non può che recare beneficio ad un terzo, così come è incongruo applicare in via sussidiaria la disciplina degli artt. 1411 ss. ad una fattispecie negoziale nella quale la destinazione della prestazione ad un terzo*

1920 c.c. links the purchase not to the stipulation but to the designation[6], but – according to this view – this is because the legislator allows to indicate the beneficiary also with deed following the contract (will or written declaration), pursuant to 1920, par. 2, c.c.[7]

è connaturata alla stipulazione» (G. VOLPE PETZOLU, *Assicurazione sulla vita*, cit., 2105). The distinction does not lead the Authors to conclude differently from the text meaning but they emphasize it in order to avoid the slavish transposition to the life policies of the dispositions of articles 1411 ss., that aren't expressly waived by articles 1920 et seq. The distinction allows, for example, to exclude that if the designation is missing, the right to compensation can be consolidated in the assets of the insured and transmitted to his heirs *iure successionis*; it determinates the possibility of designating the beneficiary even if the original contract does not recognize a faculty of this type; it leads to deny the applicability of the art. 1412 of the Civil Code, which recognizes the right of the heirs of deceased beneficiary to obtain the performance promised in case of his premature death. About the relations between the "general" discipline referred to the articles 1411 et seq. and the "special" referred to articles 1920 et seq. c.c., the scholars believe that the former would apply only it isn't expressly waived M. IRRERA, *L'assicurazione: l'impresa e il contratto*, Padova, 2011, 403. Similmente V. FERRARI, *I contratti di assicurazione contro i danni e sulla vita*, Napoli, 2011, 378, according to which the article 1930, paragraph 3, of the italian Civil Code fully allows the framing of the contract in the category of the contract in favor of a third party «*con conseguente applicabilità in via residuale, per ciò che riguarda le prerogative del terzo, della disciplina definita negli artt. 1411-1413 c.c.*».

[6] The article 1411 c.c. states that «*È valida la stipulazione a favore di un terzo, qualora lo stipulante vi abbia interesse.*
Salvo patto contrario, il terzo acquista il diritto contro il promittente per effetto della stipulazione. Questa però può essere revocata o modificata dallo stipulante, finché il terzo non abbia dichiarato, anche in confronto del promittente di volerne profittare.
In caso di revoca della stipulazione o di rifiuto del terzo di profittarne, la prestazione rimane a beneficio dello stipulante, salvo che diversamente risulti dalla volontà delle parti o dalla natura del contratto». The discipline of the Articles 1920 et seq. (see above in the notes), differ from the one referred to the art. 1411 c.c. in many aspects: the allocation of the sum insured is "free", and so the interest of the contractor in the stipulation in favor of the third party referred in art. 1411, par. 1, c.c. isn't required (on this aspect two orientations are opposed. According to L. FARENGA, *Diritto delle assicurazioni private*, Torino, 2010, 165, «l'interesse è elemento dell'assicurazione contro i danni perchè si vuole evitare un ingiustificato arricchimento conseguente il pagamento di un'indennità che non sia a ristoro di un danno. Nell'assicurazione sulla vita, non operando il principio indennitario, la questione non si pone neppure». Other scholars think that the interest is implicit in the stipulation of the insurance contract. In this sense see M. IRRERA, *L'assicurazione: l'impresa ed il contratto*, cit., 404; S. BARISON e M. GAGLIARDI, *Dell'assicurazione sulla vita*, in *Comm. c.c. Schlensingher*, sub *art. 1920*, Milano, 2013, 77; V. SALANDRA, *Dell'assicurazione*, in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1966, 393: «*il beneficio è sempre concesso a persona che lo stipulante ha interesse a favorire*»); the third party acquires the right to compensation as result of the designation and not as a result of stipulation; the revocation can be ordered even if the beneficiary has accepted the designation as long as the insured hasn't waived the right to revocation.

[7] According to L. BUTTARO, *Assicurazione sulla vita*, cit., 649 «*questa norma non si spiega per*

About the greater power to revoke the attribution that characterizes the life insurance compared to the model outlined by Article 1411 of the Civil Code – that is possible despite the acceptance of the third – these scholars believe that the different regulation reflects its *ratio* in the social security purpose of the life insurance. So, it is up to the contractant to establish the need he intends to satisfy with the policy and therefore freely decide for the whole life on the attribution of the benefit[8].

Excluding the coincidence between the irrevocability of the provision and the completion of purchase (according to this orientation, the revocability of the attribution doesn't exclude the completion of the purchase – that originates from the conclusion – but operates as a «negative condition precedent» or as a «resolutive condition»[9]), it is stated that the designation would have a merely determinative function, from a subjective point of view, of the obligation contracted by the insurer, that has already arisen as a result of the contract. So that, as in the hypotesis of contextual or subsequent designation realized with *inter vivos* act, as in the hypotesis of testamentary designation, the beneficiary

il sol fatto che il beneficiario può essere designato in un momento successivo alla conclusione del contratto, giacché anche nell'ipotesi di contratti disciplinati dagli artt. 1411-1413 sembra difficile escludere che lo stipulante possa, mediante clausola espressa, riservarsi il diritto di designare in un momento successivi la persona a cui favore dovrà essere eseguita la prestazione». The purpose of the provision would be to recognize to the contracting party the possibility of identifying as beneficiary a third party with an act subsequent to the contract even in the event that the stipulation in favor of the third party wasn't originally agreed. This faculty is recognized to the insured party because «*l'assicuratore sa già sin dal momento della conclusione del contratto che la sua prestazione dovrà necessariamente essere conseguita da persona diversa da colui che contrae*» (648). So much so that «*mentre l'art. 1411 parla di "stipulazione a favore di terzo" l'art. 1920 dispone genericamente che "è valida l'assicurazione sulla vita a favore di un terzo" e non solo quella "contratta o stipulata" a favore di terzo, e cioè manca qualsiasi parola o frase dalla quale risulti che per potersi applicare l'art. 1920, la stipulazione a favore di terzi deve essere prevista sin dal momento della conclusione del contratto*» (650). The insurance don't need to be "contracted" or "stipulated" in favor of a third party because this is implicit. *Contra* L. COVIELLO, *L'assicurazione sulla propria vita a favore di terzo e l'attribuzione per testamento della somma assicurata*, in *Assicurazioni*, 1952, 51 ss., according to which, in the case of a life insurance contract that hasn't a clause for the allocation of the indemnity in favor of the third party, in order to allow the designation of the same, a modification of the contract will be necessary.

[8] S. BARISON e M. GAGLIARDI, *Dell'assicurazione sulla vita*, cit., 76, who say that the power to revoke is justified «*in ragione dell'esistenza di particolari relazioni personali tra lo stipulante ed il beneficiario, solitamente esposte al rischio di mutamenti nel coso del tempo*».

[9] Cfr. M. STOLFI, *L'assicurazione sulla vita a favore di terzi*, cit., 53 ss. e G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, 302, who affirms that negative suspensive condition means «*la condizione che l'assicurato muoia senza avere revocato il beneficio*».

purchase would operate *inter vivos*, because that designation can not have a variable geometry nature[10].

Due to the nature of the insured risk, life insurance in case of death is a contract "necessarily" in favour of a third party. The insured party knows from the begin that a third party will receive compensation. Similarly, the insurer knows from the time of conclusion of the contract that his performance must necessarily be achieved by a third party. The contractor purpose to benefit a third party and the promise to pay a third party, therefore constitute a constant content of the life insurance policies in case of death and characterize this type of contract from the time of its conclusion. Since these elements enrich the negotiation content from the moment of the stipulation, the contract is always the title of the insurance benefit in favor of the third party. The promise to pay the third works from the moment of the conclusion of the policy, it is at this instant that the obligation of insurance company arises and so the beneficiary's credit does, despite the insured can specify his identity even at a time after the signature of the contract[11].

Regardless of the instrument used to integrate the contractual will, the title of the insurance benefit is always the contract and the beneficiary acquires the right to indemnity always *iure proprio*, never *iure hereditario*, also because the insured could not dispose *mortis causa* of a good that isn't entered in his heritage during the life[12].

[10] L. BUTTARO, *Assicurazione sulla vita*, cit., 658.

[11] L. BUTTARO, *Assicurazione sulla vita*, cit., 648 ss.: «*La stipulazione a favore di terzi è insita nelle assicurazioni sulla vita per il caso morte per la natura stessa del rischio assicurato. Ed invero, poiché l'obbligazione pecuniaria dell'assicuratore diviene liquidita ed esigibile solo alla morte del titolare dell'interesse assicurato, costui non potrà in nessun caso godere personalmente dei benefici dell'assicurazione ... l'assicuratore sa già sin dal momento della conclusione del contratto che la sua prestazione dovrà necessariamente essere conseguita da persona diversa da colui che contrae ed egli si obbliga di conseguenza a pagare al terzo ..., proprio a causa di questa promessa, il beneficiario acquista il diritto verso l'assicuratore a titolo originario e non a titolo derivativo dallo stesso assicurato*».

[12] The autonomous nature of the right acquired by the beneficiary of a life insurance pursuant to art. 1920 c.c. is recognized by, Cass., 14 maggio 1996, n. 4484, in *Riv. not*., 1996, 1490 e Cass., 23 marzo 2006, n. 6531, in *Resp. civ. prev*., 2006, 1734. On the origin of the autonomy of the beneficiary's right, see in particular M. STOLFI, *L'assicurazione sulla vita a favore di terzi*, cit., 18 e 70: «*se si fosse seguita l'idea che ... la somma in parola serviva ad accrescere l'attivo ereditario la conseguenza da trarne sarebbe stata in netta opposizione ai motivi che avevano spinto il contraente ad assicurarsi. Egli aveva risparmiato ... per evitare la iattura di morire senza lasciare nulla ai propri cari costretti quindi al bisogno. Ma dire che alla sua morte il suo patrimonio ... si accresceva della somma pagata dall'assicuratore, significava ... mettere una massa maggiore di beni a disposizione dei suoi creditori ... che si sarebbero potuti soddisfare*

This interpretation seems to be supported as well as by the contract in favour of third party operation mechanism – that is based on the subjective division between contractor and beneficiary, where the contractor take on the contract duties and the third party acquires the rights – also by the fact that already at the time of the conclusion of the contract certain rights arise in favour of the customer (such as the right to redeem and reduce the policy), by the last sentence of the second paragraph of the Article 1920 c.c. and by the Article 1923 c.c. The article 1920 c.c., in fact, in establishing that is equivalent to designation the attribution of the sum insured made in the will in favor of a specific person, clarifies that the designation is an *inter vivos* act that can be contained into the will without being therefore qualified as legacy[13].
The Article 1923 c.c. allows the creditors and the heirs of the *de cuius* to assert their reasons on the sums paid by the contractor, and not also on those paid by the insurer, because the first sums escape from the deceased's heritage, while the second sums are directly acquired by the beneficiary[14].

---

su tali somme, magari assorbendole per intero. E quindi una stipulazione rivolta specialmente a vantaggio dei superstiti poteva risolversi in molti casi a profitto dei creditori dell'assicurato, il chè avrebbe frustato ... il proposito di quest'ultimo». For these reasons «*per garantire al beneficiario la riscossione del capitale sottraendolo alle pretese dei creditori e degli eredi*» the legislator intervened «*derogando a due norme fondamentali, di cui l'una autorizza il creditore insoddisfatto ad escutere l'intero patrimonio dell'obbligato ... e l'altra attribuisce all'erede lo* universum jus defuncti *inteso come comprendente tutti i beni da lui posseduti (ivi compresi i crediti) e tutti gli oneri da lui assunti*». L. BUTTARO, *Assicurazione sulla vita*, cit., 648, says that a furhter requirement was «*favorire il diffondersi delle assicurazioni sulla vita che stavano via via acquistando una sempre maggiore rilevanza sul mercato finanziario*». These two theses explain the debate concerning the basis of the provision of art. 1923 c.c. On the point below in notes. S. BARISON e M. GAGLIARDI, *Dell'assicurazione sulla vita*, cit., 84 – recalling the studies of G. ROJAS ELGUETA, *La disciplina del capitale assicurato ed il regime patrimoniale della famiglia*, 2007– say that «*l'origine dell'autonomia del diritto del beneficiario andrebbe ricercata nella struttura sociale, economica e familiare delle società della seconda metà del XIX secolo e ... si affermò, anche in forza della possibilità di designare un beneficiario che restasse immune dalle ordinarie regole di circolazione della ricchezza in ambito familiare, per garantire un'entità patrimoniale a quei soggetti (tipicamente il coniuge) che erano esclusi dai diritti successori*».

[13] In this sense L. BUTTARO, *Assicurazione sulla vita*, cit., 658.

[14] Cfr. M. STOLFI, *L'assicurazione sulla vita a favore di terzi*, cit., 45; L. BUTTARO, *Assicurazione sulla vita*, cit., 651 ss., who argues from the *favor tertii* nature of life insurance in the case of death and from the absence of any textual reference to the designation in the art. 1923, paragraph 2, of the Italian Civil Code, that even in the event of absence of designation, the heirs acquired the right of compensation *iure proprio*. *Contra* S. LANDINI, *La situazione giuridica del beneficiario nell'assicurazione sulla vita a favore del terzo*, cit., 215 e V. SALANDRA, *Dell'assicurazione*, cit., 364, they think that in this case rules the statement of the art. 1411, par. 3, and so the heirs will acquire the right *iure successionis*.

Therefore, there is never a *mortis causa* attribution, also because the function of life insurance policies is not to allocate one's own residual substances for the time of who's will stop living, or to regulate the devolution of the assets of the deceased, nor that of have the third party acquire a right that arises after the death of the insured[15].

In concluding an insurance contract in favor of a third party no one thinks of making a will, but tends to put their loved ones away from the economic constraints deriving from own death. The contractor's intention is not to attribute the assets that will remain on death, but to periodically pour money so that on expiry the beneficiary has a mass of assets that the insured party had not alive[16]. The purpose of the contract is satisfy, with a partial cost, a future need of people that insured wants to provide to[17]. Legally there is no transmission of wealth from the *de cuius* to the beneficiary, indeed from the fiscal point of view the sum owed by the insurer is not subject to inheritance tax but it is subject to the same legal regime as damage insurance. The compensation is regarded as

[15] According to Cass., 14 maggio 1996, n. 4484, in *Riv. not*., 1996, 1490, in the life insurance is missing the «*connotazione tipica del negozio* mortis causa*, e cioè la manifestazione della volontà di disporre, a favore dei propri eredi, di un bene del quale si presupponga l'appartenenza – presente o futura – al proprio patrimonio*». According to M. PERRECA, *La donazione come alternativa al testamento: prospettive di riforma*, in *Riv. not*., 2009, 103, life insurance shall be reconnected to *trans mortem negotii*, that don't conflict with the prohibition of succession agreements because they don't rules relationships and situations that originate with the death of the subject (this definition of *mortis causa* act is from G. GIAMPICCOLO, *Atto* mortis causa, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 232 ss.; ID., *Il contenuto atipico del testamento*, cit., 300 and then from R. NICOLÒ, *Disposizione di beni* mortis causa *in forma indiretta*, in *Riv. not*., 1967, 644, and in ID., *Attribuzioni patrimoniali* post mortem *e* mortis causa, in *Vita not*., 1971, 148) but they have as purpose the regulation of a pre-existing situation, even if the further effects are subordinate the effects to the moment of death. See also M. STOLFI, *L'assicurazione sulla vita a favore di terzi*, cit., 49, who says that to bring the life insurance in the *mortis causa* contracts, clashes «*con tutta la storia, la struttura e gli scopi dell'assicurazione a favore di terzi*».

[16] M. STOLFI, *L'assicurazione sulla vita a favore di terzi*, cit., 49 writes: «*Nel concludere un contratto di assicurazione a favore di un terzo nessuno pensa a fare testamento ... (ma) tende a mettere i propri cari al riparo delle strettezze economiche derivanti dalla sua morte: non attribuisce loro il patrimonio che egli lascerà, ma versa periodicamente del denaro perchè alla scadenza il beneficiario abbia una massa di beni che l'assicurato non aveva in vita*».

[17] According with A. PALAZZO, (*Autonomia contrattuale e successioni anomale*, cit., 257; ID., *Attribuzioni patrimoniali tra vivi e assetti successori per la trasmissione della ricchezza familiare*, cit., 57; ID., *Negozi* trans mortem *e donazioni indirette*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, II, t. 2, Milano, 1991, 667) the purpose of this contract is often «*risarcire l'erede necessario delle perdite che gli cagiona la successione, non ultime quelle fiscali, e potrebbe essere un modo per consentirgli di accettare l'eredità senza venderla*». Similarly S. LANDINI, *La situazione giuridica del beneficiario nell'assicurazione sulla vita a favore del terzo*, cit., 209 and 225.

asset reintegration, a kind of compensation for damages resulting from insured death[18].

The rights of the beneficiary does not weigh on the assets of the insured party but is a «right», «own», «towards insurance company» and, it could be added, to the assets of the insurance company. The insurance premiums paid are forfeited and invested by the insurance companies, and so they undergo a kind of metamorphosis. The sums paid by the insured come out of this sphere of belonging and they enter into the availability of the insurance that reinvests them – therefore some scholar maintains that the prohibition of executive and precautionary actions pursuant to Article 1923 c.c. have as *ratio* the protection of the insurance company[19] – indeed for the hypothesis of early redemption very

[18] In this sense see, G. VOLPE PUTZOLU, *Il contratto di assicurazione quale strumento successorio*, cit., 89. Cfr. L. BUTTARO, *Assicurazione sulla vita*, cit., 614 ss. «*L'assicurazione sulla vita, proprio perchè il bene assicurato è la stessa vita umana può coprire e copre non solo e non tanto il danno conseguente alla perdita del reddito ... (ma) persino quel maggior valore della vita umana*».

[19] The *ratio* of the provision is controversial. The majority doctrine links the prohibition of incapability to the social security function of life insurance, therefore to the protection of the insured (Cass., sez. un., 31 marzo 2008, n. 8271, in *Foro it*., 2008, 143 ss.; N. GASPERONI, *Impignorabilità e insequestrabilità delle somme dovute dall'assicurazione sulla vita all'erede del fallito del beneficiario*, in *Riv. dir. comm*., 1956, II, 3025; S. BARISON e M. GAGLIARDI, *Dell'assicurazione sulla vita*, cit., 105, observe «*La disposizione ... presenta una eloquente analogia ... con quella dettata dall'art. 2117 c.c. in tema di "fondi speciali di previdenza e assistenza che l'imprenditore abbia costituiti"*», that agree with the social welfare nature. Trib. Cagliari, 2 novembre 2010, n. 3233, in *Riv. giur. sarda*, 2011, 387 ss., with note of S. LANDINI, *Art. 1923 c.c. e polizze* index *e* unit linked; Trib. Parma, 10 agosto 2010, in *Giur. it*., 2011, 1560 ss., with note of P. GOBIO CASALI, *La pignorabilità delle somme dovute in relazione a polizze vita di natura prevalentemente finanziaria*, and in *Nuova giur. civ. comm*., 2011, 189 ss., with note of C. PALMENTOLA, *Sulla pignorabilità delle polizze* index linked, they consider that Article 1923 does not apply to *index-linked* and *unit-linked* life insurance policies if it is established that they do not fulfil a welfare function, typical of life insurance, but rather constitute financial investments. *Contra* Trib. Monza, 17 gennaio 2006, in *Dejure online*). A different opinion, that give more importance to the literal reference to the sums "due", not yet payed, thinks that the *ratio* of the provision is to protect the insurer interest (G. VOLPE PUTZOLU, *Le polizze* linked *tra norme comunitarie*, *T.U.F. e codice civile*, cit., 408; L. BUTTARO, *Assicurazione sulla vita*, cit., 651 ss., he points out that «*l'art. 1923, comma 1, c.c. riproduce una norma che era già contenuta nell'art. 5 r.d.l. del 1923 ed ancor prima nell'art. 19, l. 4 aprile 1912, n. 305 ... essenzialmente dirette a tutelare gli assicuratori*»; Cass., 29 marzo 1940, n. 1017, in *Assicurazioni*, 1949, II, 215; App. Roma, 30 maggio 1939, *ivi*, 1940, II, 219; Cass., 3 dicembre 1988, n. 6548, in *Dir. fall*., 1989, II, 285 under which the provision protect directly the insurer assets, and, indirectly the insured interest, and it ends for the applicability of that to the not payed sums). Cass., sez. un., 31 marzo 2008, n. 8271, cit.; G. CASTELLANO, *Il pagamento del valore di riscatto all'assicurato fallito*, in *Giur. it*., 1971, 829; G. FAVARA, *Ancòra sul fallimento dell'assicurato sulla vita e suoi*

heavy penalities are provided for, this occurrence does not happen in the case of closure of current accounts whose monetary availability is considered pertinent to de depositor[20].

3. The orientation that supports *mortis causa* nature of the attributions arising from life insurance policies

Those who support the nature *mortis causa* of life policies argue from the constitutive nature of the act of designation and from the precariousness of the beneficiary's expectation – the contractor is *dominus negotii* until the

effetti sul riscatto, in *Assicurazioni*, 1971, 1971; A. POLOTTI DI ZUMAGLIA, *Rapporti tra fallimento dell'assicurato e divieto di azioni esecutive o cautelari sulle somme dovute in forza di assicurazione vita*, in *Assicurazioni*, 2000, 297, they agree with the inclusion of the surrender value into the concept of «*somme dovute dall'assicuratore*».

[20] The traditional setting applies to the current account contract the deposit (and/or the credit opening) and the agency contract (G. FERRI, *Il conto corrente di corrispondenza*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 666; F. MARTORANO, *Conto corrente*, *ivi*, 660; A. FIORENTINO, *Le operazioni bancarie*, Napoli, 1964, 217; ID., *Del conto corrente*, in *Comm c.c. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1969, 162 ss. More in detail this means that: when the customer pays a sum of money when the account is opened, a deposit is placed, otherwise, if the account is entrusted, there is an opening of credit; the subsequent obligation of the bank to execute the orders given and to record the relavite monetary movements – c.d. cash service – complete, finally an agency contract). According to some it would be a mixed unnamed contract (G. MOLLE, *I contratti bancari*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu e Messineo*, Milano, 1981, 490 ss., that talks about «*unità della causa*»; A. FIORENTINO, *Le operazioni bancarie*, cit., 12; Cass., 23 gennaio 1979, n. 517, in *Banca borsa tit. cred.*, 1980, II, 145; Cass., 23 maggio 1986, n. 3447, in *Giur. it.*, 1988, 889; Cass., 28 giugno 2002, n. 9494, in *Contratti*, 2002, 1023). Others prefer to use the negotiation linkage theory (G. FERRI, *Il conto corrente,* cit., 666 ss.; F. GIORGIANNI, *I crediti disponibili*, Milano, 1974, 287; G.F. CAMPOBASSO, *Bancogiro e moneta scritturale*, Bari, 1979, 84; F. MARTORANO, *Il conto corrente bancario*, Napoli, 1955, 130; Cass., 23 gennaio 1984, n. 548, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 70). V. SANTORO, *Il conto corrente bancario*, in *Comm. c.c. Schlesinger*, Milano, 1992, 10; ID., *Conto corrente bancario*, in *Dir. banc.*, 1988, I, 407 ss.; M.R. MORELLI, *Materiali per una configurazione del conto corrente bancario come contratto legalmente tipico*, in *Giust. civ.*, 1998, 140 ss.; N. SALANITRO, *Conto corrente bancario*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1988, 407, they speak of typical legal contract). Some scholars criticize the referral to the deposit or the opening of credit mixed with mandate, because those contracts have an exchange function and therefore they don't appear suitable to express the proper function of the current account. In this sense M. SEMERARO, *Pagamento e forme di circolazione della moneta*, Napoli, 2008, 135 ss., according to which the current account contract is a «*regolamento convenzionale di una disponibilità monetaria*» and N. IRTI, *Formalismo e attività giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1990, 5, according to which the characterisation of the case as a depoit or credit opening mixed with a mandate seems to derive from a formalistic approach, so as to determinate «*un distacco dell'atto*

occurrence of the death event, that is a typical characteristic of the will act – and they believe that, at least in the hypothesis of testamentary designation, life insurance assumes the characteristics of an attribution due to death[21].

---

dal suo farsi; uno spoglio di concrete circostanze, intenzioni e motivi; un catturarlo nella misura della giuridicità».

[21] The doctrine that recognizes a *mortis causa* nature to the life insurance, is divided into two orientations. Some distinguish on the basis of the instrument chosen for the indication of the beneficiary: contract or *ante-mortem* act on the one hand, and testament from the other. The first is a *post mortem* act, the second a *mortis causa* act. (G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., 305-307 which says that «*se la designazione del terzo beneficiario è effettuata nel contratto di assicurazione, o comunque successivamente ma nelle forme inter vivos, non è dubbio che al momento della designazione il terzo acquista il beneficio ... (sia pure a termine iniziale della morte dell'assicurato e sotto condizione sospensiva del non verificarsi di una revoca) ... Ma, quando la designazione è compiuta per testamento... il diritto proprio del terzo si produce soltanto alla morte del testatore*». According with this Autor, the attribution made by testament is in the cause of death «*dal momento che opera alla morte e per la morte dell'attribuente*», because the testamentary designation cannot produce effects after the death of the insured. In this case a problem rise, that was highlighted by M. STOLFI, *L'assicurazione sulla vita a favore di terzi*, cit., 45, but not with reference to the testamentary designation: «*concesso che la tesi qui combattuta sia esatta, e cioè che il terzo acquista* mortis causa *il capitale assicurato, bisognerebbe spiegare come possa quest'ultimo riguardarsi come oggetto di un acquisto* mortis causa *quando nel momento della morte non fa parte del patrimonio dell'assicurato: ... l'acquisto dell'indennità presuppone la morte dell'assicurato e quindi cronologicamente deve seguire quest'ultima sia pure di un attimo: ciò significa però che l'indennità al momento dell'apertura della successione non fa parte dei beni del defunto e quindi esclude che si possa dare acquisto* mortis causa *di essa da parte del terzo*»). Others argue that life insurance always incorporates an attribution due to death. (C. MANENTI, *Il contratto di assicurazione sulla vita con designazione di un terzo beneficiario*, cit., 589; C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, VI, Milano, 1904, 512; ID., *Il contratto di assicurazione: le assicurazioni sulla vita*, III, Milano, 1887, 78; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, XV, t. 2, Torino, 1960, 320 note 3; L. FERRI, *Successioni in generale*, in *Comm. cod. civ. Scialojoa Branca*, Bologna-Roma, 1980, 93; T. FORMICHELLI, *Riflessioni sulla qualificazione del contratto di attribuzione dopo la morte*, in *Quadrim.*, 1993, 478 ss.; V. BARBA, *I patti successori ed il divieto di disposizione della delazione*, Napoli, 2015, 110 ss., he says that the designation is a last will act, therefore *mortis causa*, and the circumstance that the contractor may revoke the benefit and even in the case of acceptance of the beneficiary should not be seen as an exceptional provision that derogates from the general discipline referred in the art. 1411 et seq. – in according to which the acceptance determinate the definitive nature of the attribution – but a rule of consistency with the nature of the last will of the designation: «*la circostanza che lo stipulante possa modificare o revocare la stipulazione, ove pure il terzo abbia dichiarato di volerne profittare, è ... una semplice conseguenza logico-giuridica della natura dell'atto di nomina*». Cfr. C. MANENTI, *Il contratto di assicurazione sulla vita con designazione di un terzo beneficiario*, cit., 591: «*il vantaggio potè essere destinato al terzo e poi da esso acquisito solo come effetto ... di una vera e propria disposizione unilaterale di ultima volontà da parte dell'assicurato ... destinata appunto perchè tale, ad avere efficacia solo per effetto della morte del disponente*».

Particularly, it is noted that on the one hand the article 1920 c.c. states an «own right to the insurance», on the other the rule specifies that this right arises «as a result of the designation». The second part of the provision links the birth of the right to the designation moment, therefore it would not have a merely determinative function of the beneficiary of an already existing right, but it would have a constitutive function. And because the attribution (*rectius* the designation) pursuant to Article 1920 c.c. is revocable until the death event occurs, it is in this moment that the legal position of the beneficiary arises. When the insured is alive, the beneficiary doesn't acquire any right because the arising of a right of the beneficiary from the date of conclusion of the contract cannot be reconciled with the right reserved for the insured to revoke or modify the designation of the beneficiary until his death[22]. The right of the third party is legally incompatible with the revocation power of the contractor, therefore it is concluded that until the right of revocation exists (that his the right of dispose of the performance) the third party would hold only an "*de facto*" expectation, similar to what happens in the testamentary dispositions[23].

[22] C. MANENTI, *Il contratto di assicurazione sulla vita con designazione di un terzo beneficiario*, cit., 591: on the basis of the contract «*il terzo non solo non acquista nessun diritto sul beneficio ... ma non acquista neppure il diritto ... di accettare il beneficio che da esso gli verrebbe, se non dopo il fatto stesso della morte dello stipulante*». In fact, to those who object that the power of revocation can be renounced, it could be replied that even in such a case the purpose of the purchase is subject to the acceptance of the beneficiary, and that, in the case of life insurance policies, this comes after the verification of the death, time when the third party becomes aware of the attribution in his favor. This assumption is confirmed by the fact that the legislator intervened to regulate the dormant policies partly. This is because most of the time the beneficiaries are unaware of the existence of a life insurance policy in their favor. *Contra* U. NAVARRINI, *L'assicurazione sulla vita a favore di terzi*, Torino, 1896, 28 ss., who says that «*tale coesistenza ... non può seriamente ritenersi come inammissibile. Se tali diritti di cui, di cui l'uno distruggere l'altro, coesistono, in tanto coesistono, in quanto sono unicamente in potenza e fino a che vi rimangono. Se l'uno o l'altro viene esercitato, allora, per necessità inevitabile, quello che viene esercitato paralizza e rende impossibile l'esercizio dell'altro: e così, appunto, quando la contraddizione, la ripugnanza si farebbero sentire, vengono soppresse e scompaiono*».

[23] G. PACCHIONI, *I contratti a favore di terzi*, cit., 307; LA LUMIA, *La facoltà di revoca del beneficio nelle assicurazioni sulla vita a favore di terzi*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, 802. *Contra* M. STOLFI, *L'assicurazione sulla vita a favore di terzi*, cit., 55: «*quando si tenta di argomentare dal parallelismo tra il beneficiario e l'erede non si tiene in debito conto il fatto che le due ipotesi sono forse apparentemente simili, ma profondamente diverse per la struttura dei due negozi contrapposti, e ciò perchè in tanto l'erede ha una semplice aspettativa prima dell'apertura della successione in quanto egli acquista sì in base ad un titolo revocabile ma il testamento è tale perchè al momento della sua confezione è un atto formato ma non ancora perfetto. Perchè lo diventi è necessario che il testatore muoia senza averlo revocato*». Instead «*il contratto di assicurazione ... è formato e perfetto al momento in cui lo stipulante e la compagnia scambiano*

A fortiori the purchase of the beneficiary in the hypothesis of testamentary designation should be considered *mortis causa*. In this case the designation – given the deed that contains it – could not take effect before the death of the insured – and therefore, the third party could not acquire any rights before death moment, because only at the opening of the succession the declaration of appointment would become effective towards generality –, and in addition the power to revoke the allocation would also be unavailable, since it is not possible to assume the acceptance of the beneficiary that pursuant to Article 1920 c.c. improves that effectiveness of the renounce of the revocation power by the insured. The beneficiary and the insurance company, in fact, would be aware of the designation only at the time of the opening of the succession, so that a possible agreement of irrevocability would not be enforceable neither by the insurer nor by the designated third party. The power to revoke the will designation is therefore limitless[24].

On the side, if the contracting party renounces the power of revocation, it would became a succession agreement that is exceptionally permitted by the law, as an exception to the general prohibition pursuant to Article 458 c.c.[25]

i loro consensi, e da questo istante le due parti acquistano i diritti loro spettanti tra cui ... quello al pagamento periodico di premi, di contro al quale sta l'altro al pagamento del capitale quando si verifica il sinistro».

[24] See G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., 305 ss. who highlights a lack of coordination of the rules laid down in relation to life insurance, some applicable only to death insurance policies and others only to certain designation hypotheses. In particular, the A. notes that for the life policies stipulated for the survival case «*in quanto la prestazione diventi esigibile prima della morte dell'assicurato, è chiaro che nè la designazione n'è la revoca contenute in testamento potranno produrre effetto ... essendosi gli effetti del contratto definitivamente consolati oramai in testa al beneficiario*». Similarly, the case of irrevocability of the designation *ex* art. 1921 c.c. couldn't operate in the testamentary designation hypothesis: «*un patto di irrevocabilità della (futura) designazione di terzo, addietto eventualmente al contratto con l'assicuratore, non può da quest'ultimo opporsi allo stipulante finchè la designazione non gli sia stata comunicata ... meno che mai potrebbe dunque risultare opponibile dall'assicuratore nella specie, una volta che la designazione non gli può essere nemmeno cognita*». For the same reason: «*un patto di irrevocabilità nei confronti del terzo designato ... non potrebbe vincolare il testatore*». With regard to the discipline referred to art. 1923 c.c. the A. thinks that isn't applicable the part of the provision contained there in the subject of collaction, imputation and reduction of the benefit, because otherwise there would be inconsistencies. The defect of coordination, according to the A., would be due to the fact that: «*non si è appieno meditata la sostanziale innovazione portata dall'art. 1920*» which has introduced the hypothesis of testamentary designation, «*con la conseguenza che nella formazione delle varie norme si è avuto riguardo agli elaborati della dottrina formatasi in costanza dell'abrogato codice, senza avvertire la diversità del sistema*».

[25] See E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 411; L. FERRI, *Successioni in generale*, cit., 110. Cfr. M. STOLFI, *L'assicurazione sulla vita a favore di terzi*, cit., 46 note

It is not worth the objection to the thesis of *mortis causa* nature that says that pursuant to Article 1920 of the Civil Code that the beneficiary acquires the right *iure proprio* and not *iure hereditario*, towards the insurer and not towards the inheritance. «This exact observation ... does not in anyway exclude that in this hypothesis an attribution could be qualified in cause of death ... The observation that the third beneficiary is not an heir or a legatee, that is a successor of the insured, does not preclude this conclusion (because) ... the *mortis causa* purchase does not coincide with the figures of the institution of the heir or of the legacy, and the attribution due to death does not exhaust itself in them», being able to be included in «in addition to the institution of heir or legatee, also the indirect attribution due to death»[26], whose life insurance is an exemple.

4. Life insurance, succession agreement and *mortis causa* contracts in the EU Regulation 650/2012

The debate on the nature of *inter vivos* or *mortis causa* insurance policies in case of death, focused on the character of the revocability of the attribution in favor of the beneficiary[27] and on the role that it plays in the category of "*mortis causa* acts"[28]. For this reason life insurance in the favor of third party have been

1; N. DI MAURO, *Patti successori, donazioni* mortis causa *e contratto a favore di terzo con prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulante*, in *Giust. civ.*, 1991, I, 1791; ID., *Patto di intrasmissibilità* mortis causa *del diritto all'indennità per invalidità permanente e patti successori*, ivi, 1993, I, 728. *Contra* V. BARBA, *I patti successori ed il divieto di disposizione della delazione*, cit., 116 ss., in particular note 225, according to which the designation is a last will *mortis causa* act which does not, however, interfere with the prohibition of agreements as to succession since it does not affect the delation.

[26] In this sense G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., 305 -307: «*Questa esatta osservazione ... non esclude affatto che nell'ipotesi possa qualificarsi un'attribuzione a causa di morte ... L'osservazione che il terzo beneficiario non sia un erede o un legatario, ossia un successore dell'assicurato, non è preclusiva (perchè) ... nè l'acquisto* mortis causa *coincide con le figure della istituzione di erede o del legato, nè l'attribuzione a causa di morte si esaurisce in esse*», potendo rientrare «*nel concetto dell'attribuzione* mortis causa*, ... oltre che l'istituzione di erede o legatario, l'attribuzione indiretta a causa di morte, figura della quale qui appunto ricorre un esempio*».

[27] G. VOLPE PETZOLU, *Il contratto di assicurazione quale strumento successorio*, cit., 89: «*è indubbio che alcuni aspetti della disciplina in esame prestino il fianco ad una qualificazione del beneficio caso morte come attribuzione* mortis causa*. Mi riferisco in particolare al potere del contraente di designare il beneficiario con atto separato o per testamento e alla regola della revocabilità*».

[28] L. FERRI, *Successioni in generale*, cit., 91 and 96: «*il concetto di negozio* mortis causa, *come categoria generale, non è stato ancora delineato in modo convincente*».

a breeding ground for the theories about the distinction between last will acts, *inter vivos* acts, *mortis causa* act and *trans mortem* attributions[29].

This theme has been the subject of monographs of the great Masters of law, before and after the adoption of the Italian Civil Code in 1942, and in the present is one of the most discussed topics of the civil law, so adress *funditus* this question isn't reasonably possible.

However, if we want to illustrate, albeit briefly, the terms of the question, it can be seen that the analysis of the main studies and decisions made on the subject shows a constant interference between the institutions that orbit around the theme of the intergenerational transmission of wealth for the time in which it will have ceased to live.

For example some Authors deduced studing the will that the revocability is the characterizing feature of the last will acts; from the *ratio* of the prohibition of succession agreements it is argued the this rule does not operate when the person is allowed to restate his volition[30]; from the possibility of making the attribution in favor of the beneficiary of the life policies irrevocable, it is deduced that there's the positivization of an exceptional derogation from the prohibition of agreement as to succession. Sometimes it overlaps and confuses the nature of the *mortis causa* attribution, the structure of the will and the *ratio*

[29] This distinction is due to G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., *passim*, that has influenced the subsequent doctrine. The elaboration of the A. moves its discussion of the life insurance contract in favor of a third party, focusing on the rules laid down in articles 1412 and 1920 c.c.

[30] The analysis of the doctrine on the prohibition of succession agreements has focused on the "*patto istitutivo*", it was deemed that only the agreement with which a person disposes of his succession is an act in cause of death, while the "*patti rinunciativi*" and the "*patti dispositivi*", having as their object succession rights not yet entered into the assets of the contractor, are traditionally qualified as *inter vivos* acts. About the reasons of the prohibition, there are two opinions. Someone proposes to recognize a common basis for all the cases typified by the Article 468 of the Italian Civil Code, which would be a prohibition on disposing of delation by an act other than a will, and those who distinguish between "*patti istitutivi*", on the one hand, and "*patti rinunciativi*" and "*patti dispositivi*" on the other. With respect to the first, someone says that the *ratio* of the prohibition should be recognized in the need to guarantee the revocability of the testamentary will, according to others in guaranteeing the exclusive relevance of the *de cuius* desire in the interpretation of last will acts. With regard to the pacts "rinunciativi" and "dispositivi", the *ratio* of the prohibition has been traced in order to protect «*giovani inesperti e prodighi che, mal consigliati da persone di pochi scrupoli, potrebbero essere portati a dilapidare in anticipo le sostanze che avrebbero dovuto ereditare dai loro parenti, e di impedire il formarsi di convenzioni immorali e socialmente pericolose per il* votum corvinum *o* captandae mortis *che vi inerisce*» (così L. FERRI, *Successioni in generale*, cit., 86). For a complete analysis of the doctrinal and jurisprudential panorama on the subject, see V. BARBA, *I patti successori ed il divieto di disposizione della delazione*, cit., 32 ss.

of the prohibition pursuant to art. 458 c.c. This explains why Italian doctrine and jurisprudence entrust the demarcation of the boundary line between *inter vivos* and *mortis causa* attributions, sometimes due to structural criteria and sometimes due to teleological parameters[31].

It would therefore be interesting to observe the point of view of the European legal systems which, not suffering the existence of the prohibition of agreement as to succession, will probably develop a theorical elaboration free from normative conditioning[32].

With the entry into force of the Regulation EU 650/2012, the question about the distinction between *mortis causa* e *post mortem* acts, and in particular the controversial theme of the nature of the attributions arising from the life policy, as well as the possibility of tracing this type of acts back to the contract in favor of third party, is destined to acquire new life-blood by enriching itself, at the same time, with new considerations.

Although *ex* article 1, par. 2, lett. g), the insurances are explicitly excluded from the purpose of the Regulation[33] and cannot be included in the notion of succession agreement stated by art. 3, par. 1, lett. b), (as the beneficiary isn't a party)[34], and neither in the notion of *mortis causa* disposition stated by art. 3, par. 1, lett. d)[35], in the common law of some states life insurance policies, and the *post mortem* contracts in favor of the third party, are qualified as successor acts. The Courts of those States could decide, autonomously, to submit these transfer act to the provisions of the Regulation (*rectius* to the law designated by regulation). The exclusion of the matters listed in Article 1, par. 2, from the scope of the Regulation does not preclude Member States from applying the rules contained therein if the question, under their own law, is to be classified as a succession.

[31] See V. BARBA, *I patti successori ed il divieto di disposizione della delazione*, cit., *passim*.

[32] For a reconstruction of the rules of testamentary contracts in German and French law see R. CALVO, *I confini tra attribuzioni successorie e prestazioni assicurative*, in *Assicurazioni*, 2010, 253 note 7.

[33] *Ex* art. 1, par. 2, lett. g): «The following shall be excluded from the scope of this Regulation: ... property rights, interests and assets created or transferred otherwise than by succession, for instance by way of gifts, joint ownership with a right of survivorship, pension plans, insurance contracts and arrangements of a similar nature, without prejudice to point (i) of Article 23(2))».

[34] *Ex* art. 3 par. 1 lett. b): «"agreement as to succession" means 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».

[35] *Ex* art. 3, par. 1, lett. d): «"disposition of property upon death" means a will, a joint will or an agreement as to succession».

This method is completely legitimate from the EU point of view since the Member States are free to regulate in their own way the matters excluded from the scope of a derivative law.

For example, in the common law countries, the life insurance policies with revocable designation are considered as *pure will substitutes*[36], as the will, that are different from the *imperfect will substitutes*, because the contractor has the full control of his estate until the day of his death; he can change or revoke his dispositions, and the beneficiaries have only a *de facto* expectation not protected by law. Instead, the second type of acts, although they acquire effect after the death of their author, they give to their beneficiaries a law expectation (*interest*) that the contractor cannot unilaterally suppress. The irrevocability brings them closer to the successory agreements.

The *will substitutes* are sometimes subjected to the same conditions of form of the will and are frequently subjected to the successory rules.

In this case, we have to: understand if the *inter vivos* or *mortis causa* nature has to be recognized with regard to the criteria adopted by the national law of the authority competent to decide on the succession or those used by the law regulating the succession; understand whether the law applicable to the *mortis causa* act is the law of habitual residence at the time of death (*ex* art. 21) or the hypothetical law referred to in Articles 24 and 25 of the EU Regulation[37].

[36] V.J.H. LANGBEIN, *The non probate Revolution and the Future of the Law of Succession*, in *97 Harv. L. Rev.*, 1984, 1109 ss.

[37] *Ex* Art. 24 (Dispositions of property upon death other than agreements as to succession):
«1. A disposition of property upon death other than an agreement as to succession shall be governed, as regards its admissibility and substantive validity, by the law which, under this Regulation, would have been applicable to the succession of the person who made the disposition if he had died on the day on which the disposition was made.
2. Notwithstanding paragraph 1, a person may choose as the law to govern his disposition of property upon death, as regards its admissibility and substantive validity, the law which that person could have chosen in accordance with Article 22 on the conditions set out therein.
3. Paragraph 1 shall apply, as appropriate, to the modification or revocation of a disposition of property upon death other than an agreement as to succession. In the event of a choice of law in accordance with paragraph 2, the modification or revocation shall be governed by the chosen law».
Ex Art. 25 (Agreements as to succession):
«1. An agreement as to succession regarding the succession of one person shall be governed, as regards its admissibility, its substantive validity and its binding effects between the parties, including the conditions for its dissolution, by the law which, under this Regulation, would have been applicable to the succession of that person if he had died on the day on which the agreement was concluded.

The following example could clarify the question.
Mr. X has lived for 10 years in Italy, and there he has contracted a linked life insurance policy with revocable designation in favour of his spanish cousin, and he has choosen as applicable law the Spanish law. Then he moved out in England, where he died after 20 years. If the English law considers life insurance with revocable designations as a *mortis causa* act will the English judge apply the *lex fori* or will he have to look to the hypothetic applicable law at the time of the signing of the contract *ex* art. 24 of the EU Regulation 650/2012? According with the text of the provision insurance isn't a *mortis causa* act, so he shouldn't apply the art. 24 of the EU Regulation 650/2012. However we could think that the EU Regulation adopts a wider notion of *mortis causa* act, because of its *ratio*. In fact this notion could include all the agreements with which a person dispose for the time after his death.
It's been observed that if we have regards to the function of the *will substitutes*, as well as the propensity in some states to subject them to the application of certain rules of the successory law, we could opt for a qualification as successor act. So, their validity and their effects should be rules by the applicable law *ex* arts. 24 and 25 of the EU Regulation 650/2012[38].
This *querelle* has significant application implications in terms of discipline. In the previous example, leaving aside further issues relating to the consumer forum, if we prefer a literal interpretation of the articles 24 and 25 of the EU Regulation 650/2012 will operate the English law (habitual residence law). Instead, if we consider these contracts as *mortis causa* acts, will operate the Italian law, according to the principle of the unique of successory applicable law, and so will operate the Article 1923 c.c. – a peculiar provision of italian law

2. An agreement as to succession regarding the succession of several persons shall be admissible only if it is admissible under all the laws which, under this Regulation, would have governed the succession of all the persons involved if they had died on the day on which the agreement was concluded.
An agreement as to succession which is admissible pursuant to the first subparagraph shall be governed, as regards its substantive validity and its binding effects between the parties, including the conditions for its dissolution, by the law, from among those referred to in the first subparagraph, with which it has the closest connection.
3. Notwithstanding paragraphs 1 and 2, the parties may choose as the law to govern their agreement as to succession, as regards its admissibility, its substantive validity and its binding effects between the parties, including the conditions for its dissolution, the law which the person or one of the persons whose estate is involved could have chosen in accordance with Article 22 on the conditions set out therein».

[38] A. BONOMI – P. WAUTELET, Sub *Art. 1*, in *Il regolamento europeo sulle successioni*, Varese, 2015, 52.

– and the *linked* policies, that in Italy (otherwise than abroad) are considerated as financial instruments, will be subject to the form content requisites pursuant to arts. 21 and 23 TUF. According to the combined provisions of arts. 24 and 22 of the EU Regulation 650/2012 the choice of law applicable to the succession can be done between the law of the State of which the contractor «has the citizenship at the time of the choice or at the time of death», so the choice in favor of the Spanish law wouldn't be valid.

The last habitual residence of the deceased: potentials and challenges

Ornella Feraci
Assistant Professor of international Law, University of Siena

The paper aims to explore the potentials and challenges of the last habitual residence of the deceased in the framework of Regulation EU 650/2012 either in the conflict-of-laws or in the conflict-of-jurisdictions. In that regard, it first investigates, from a theoretical point of view, its founding justifications. It then describes, from a practical point of view, the method for its ascertainment, with regard, in particular, to complex situations, where the operation of the criterion may prove difficult.

Lo scritto intende esplorare le potenzialità e le criticità del criterio dell'ultima residenza abituale del de cuius *nel quadro del Regolamento UE 650/2012 sia come criterio di collegamento sia come titolo di giurisdizione. A tale riguardo, esso indaga, innanzitutto, da un punto di vista teorico, il fondamento logico del criterio. Successivamente, da un punto di vista pratico, descrive il metodo per il suo accertamento, con riguardo, in particolare a situazioni complesse.*

Summary: 1. Introduction: the last habitual residence of the deceased as the cornerstone of the European Succession Regulation and its interaction with nationality. – 2. The rationale underlying the habitual residence's criterion. – 3. The notion of habitual residence for the purposes of the Regulation. – 3.1. Complex cases and the escape clause of Article 21, para. 2. – 3.1.1. Deceased with multiple habitual residences. – 3.1.2. Personal and familial habitual residence which does not coincide with the professional habitual residence of the deceased. – 3.1.3. The deceased without any habitual residence. – 4. Potentials. – 5. Challenges

1. Introduction: the last habitual residence of the deceased as the cornerstone of the European Succession Regulation and its interaction with nationality

The habitual residence of the deceased at the time of death stands as the cornerstone of the EU Regulation on cross-border *mortis causa* successions. This general criterion affects the operation of Regulation EU 650/2012 (hereinafter: the Succession Regulation)[1] in its entirety, where it serves as the general connecting factor for the purposes of determining both jurisdiction (Article 4)[2] and the law applicable (Article 21, para. 1)[3].

[1] Regulation EU 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 [2012] OJ L 201/107. For general commentaries see: A.L. CALVO CARAVACA – A. DAVÌ – H.P. MANSEL (eds.), The EU *Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge, 2016; A. BONOMI – P. WAUTELET (eds), *Le droit européen des successions. Commentaire du Réglement 650/2012*, Brussels, 2013. For general comments see: P. LAGARDE, *Les principes de base du nouveau règlement européenn sur les successions*, in *Rev. crit. dr. int. priv.*. 2012, 691; T. BALLARINO, *Il nuovo regolamento europeo delle successioni*, in *Riv. dir. int.*, 2013, 1116; A. BONOMI, *Il regolamento europeo sulle successioni*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2013, 249; R. CLERICI, *I principi del diritto internazionale privato europeo delle successioni*, in P. PALCHETTI (ed.), *L'incidenza del diritto non scritto sul diritto internazionale ed europeo*, Napoli, 2016, 241; D. DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte (dalla l. n. 218 del 1995 al Regolamento UE 650/2012)*, Milano, 2013; A. DAVÌ – A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione europea*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 5, n. 2, 5-139.

[2] A.L. CALVO CARAVACA, *Article 4 – General Jurisdiction*, in A.L. CALVO CARAVACA – A. DAVÌ – H.P. MANSEL (eds.), *The EU Succession Regulation. A Commentary*, cit., 127-148; H. GAUDEMET-TALLON, *Les règles de compétence judiciaire dans le règlement européen sur les successions*, in G. KHAIRALLAH AND M. REVILLARD (eds.), *Droit européen des successions internationales. Le règlement du 4 juillet 2012*, Paris, 2013, 127; A. BONOMI – P. WAUTELET (eds), *Le droit européen des successions*, cit., 187-200; A. LEANDRO, *La giurisdizione nel regolamento dell'Unione europea sulle successioni* mortis causa, in P. FRANZINA AND A. LEANDRO (eds.), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni* mortis causa, Milano, 2013, 59; O. FERACI, *La nuova disciplina europea della competenza giurisdizionale*

The centrality of the last habitual residence of the deceased in the context of the European uniform rules on successions is further enhanced by the principle of unity and universality of the succession, which inspires the Regulation as a whole. According to the latter, in fact, irrespective of the place where the assets of the estate are located and of their nature (movable or immovable properties), one single court will be competent to rule over the succession and one single law will apply to it, i.e. the court and the law of the last habitual residence of the deceased. However, it is worth noting that while the law of the habitual residence of the deceased at the time of death under Article 21, para.1, shall apply even when it is located in a third country – by virtue of the universal application of the uniform conflict-of-laws rules (Article 20) – the relevant habitual residence of Article 4 shall, instead, exclusively serve as ground of jurisdiction as between the Member States to which the Regulation applies[4].
The option in favour of this criterion marks an historic milestone in the Private International Law (PIL) of successions at the European level since the national approaches on the matter both for determining jurisdiction and applicable law significantly varied from one country to another. In particular, in many Member States[5], either the grounds of jurisdiction and the conflict-of-laws rules on the matter were often based upon nationality as principal or general connecting factor in countries adhering to the principle of unity of succession[6]. By contrast, in States adopting the so-called principle of plurality and territoriality of the succession (principle of scission), succession to movable assets was usually

in materia di successioni mortis causa, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013, vol. 5, n. 2, 291-314.

[3] A.L. CALVO CARAVACA, *Article 21 – General Rule*, in A.L. CALVO CARAVACA – A. DAVÌ – H.P. MANSEL (eds.), *The EU Succession Regulation. A Commentary*, cit., 298-322; A. BONOMI, *Article 21*, in A. BONOMI – P. WAUTELET (eds), *Le droit européen des successions*, cit., 307-318; A. DAVÌ – A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Torino, 2014, 42-55.

[4] The Succession Regulation does not apply to United Kingdom, Ireland and Denmark by virtue of the "opt-in" and "opt-out" rules set out in Protocols n. 21 and 22, which are annexed to the TFEU and TEU.

[5] P. KINDLER, *From Nationality to Habitual Residence: Some Brief Remarks on the Future EU Regulation on International Successions and Wills*, in K. BOELE-WOELKI – T. EINHORN – D. GIRSBERGER – S. SYMEONIDES (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law.* Liber Amicorum *Kurt Siehr*, Zürich, 2010, 251.

[6] See, for instance, Articles 49 and 50 of the Italian law of PIL on succession or Article 9, para. 8, of the Spanish Civil Code. Fore a more detailed overview on the matter: A. FERID, *Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit international privé*, in *Recueil des cours*, t. 142, 1974-II, 71; A. BONOMI, *Successions internationales: conflits de lois et de juridictions*, in *Recueil des cours*, vol. 350, 2010, 99-195; A. DAVÌ, *Riflessioni sul futuro diritto internazionale*

subject to the law of residence or domicile of the deceased and succession to the estate was subject to the *lex rei sitae*[7].

The predominant role of nationality as a connecting factor reflected the classic theory of the relationships as between individuals and State sovereign powers, which has developed, at the domestic level, since the second mid of the 19th Century and has been translated – in iconic manner – into PIL's theory by Pasquale Stanislao Mancini[8].

However, the deviation from the criterion of nationality in conflict and jurisdictional rules must not be overestimated. The centrality of the habitual residence criterion does not imply a relentless decline of nationality as connecting factor in this subject-matter. Citizenship still retains a significant role in regulating succession matters at European level. Even in the European renewed context the last habitual residence of the deceased does not completely dominate the Succession Regulation but strictly interacts with nationality. Indeed, Regulation 650/2012 marks a compression of nationality but neither its abolition nor the interruption of any relationships between the two criteria. It rather proposes a new uniform approach as to their interaction. Their "dialogue" persists under the new European legal regime since nationality serves as the only objective connecting factor, which is entitled to derogate from the general one (subsidiary criterion). In particular, the choice of law made by the testator prior to his death can preclude the application of the law of the last habitual residence: that inevitably determines an asymmetry between *jus* and *forum*[9]. However, the Regulation also allows for a choice-of-court agreement to be exclusively made in favour of the State of nationality of the deceased. In fact, under Article 22, a person may choose as the law to govern his succession as a whole the law of

privato europeo delle successioni, in *Riv. dir. int*., 2005, 291, 301. The Commission's Proposal for the Succession Regulation justified the move away from the criterion of nationality, stressing that habitual residence coincides with the centre of interests of the deceased and often with the place where most of his property is located.

[7] Like in France or in Belgium.

[8] P.S. MANCINI, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti. Prelezione al corso di diritto internazionale e marittimo dell'Università di Torino, 22 gennaio 1851*, Napoli, 1873; P.S. MANCINI, *Utilità di rendere obbligatorie per tutti gli Stati sotto forma di uno o più trattati internazionali alcune regole generali del diritto internazionale privato per assicurare la decisione uniforme tra le differenti legislazioni civili e criminali*, in *Dir. int*., 1959, 377. See also on the matter: S. TONOLO, *L'Italia e il resto del mondo nel pensiero di Pasquale Stanislao Mancini*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, vol. 3, n. 2, 178-192.

[9] As I shall stress in para. 3, in my view, the exception clause of Article 22, par. 2, is not aimed at derogating from the general rule, where applicable, but rather, by the contrary, it can be activated when the general rule cannot properly operate.

the State whose nationality he possesses at the time of making the choice or at the time of death. Such choice shall be made expressly in a declaration in the form of a disposition of property upon death or shall be demonstrated by the terms of such a disposition (Article 22, para 2)[10]. Similarly, Article 5 of the Regulation provides that the "parties concerned" by the succession may agree that a court or the courts of the Member State whose law was chosen by the deceased in compliance with Article 22 are to have exclusive jurisdiction to rule on any succession matter[11]. Consequently, the connection between *forum* and *jus*, which is broken by a possible choice of law made by the testator prior to his death by a testamentary disposition can be restored by a restricted choice of court agreement to be made by the parties involved after the opening of the succession. The various forms of opposition between the two major PIL ways of governing international successions has been thus declined in a modern and uniform dialogue that is inspired by the need for convergence between jurisdiction and law.

This paper aims to shed some light over the leading role of the last habitual residence of the deceased in the framework of the Succession Regulation either in the conflict-of-laws or in the conflict-of-jurisdictions[12]. In particular, the essay intends to comprehensively explore the potentials and challenges of the last habitual residence in this area. In that regard, it will first investigate, from a theoretical point of view, the founding justifications of the criterion. It will then define, from a practical point of view, the method for its ascertainment, paying particular attention, in particular, to complex situations, where the operation of the criterion may prove difficult.

2. The rationale underlying the habitual residence's criterion

The theoretical foundation of the last habitual residence of the deceased is multifaceted[13].

[10] In case of multiple nationalities, the testator may choose the law of any of the States whose nationality he possesses at the time of making the choice or at the time of death (Article 22, para. 1).

[11] See also Article 6 (Declining of Jurisdiction in the Event of a Choice of Law), Article 7 (Jurisdiction in the Event of a Choice of Law), Article 8 (Closing of Own-Motion Proceedings in the Event of a Choice of Law) and Article 9 (Jurisdiction Based on Appearance).

[12] For a similar comprehensive investigation see J. RE, *Where Did They Live? Habitual Residence in the Succession Regulation*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2018, 978.

[13] D. DAMASCELLI, *I criteri di collegamento impiegati nel Regolamento 650/2012 per la designazione della legge regolatrice della successione a causa di morte*, in P. FRANZINA and

In the first place, the option for the latter is consistent with the need to decline the modern PIL issues, at European level, under effectiveness considerations rather than States' sovereignty policies. It is well known that the nationality criterion exists since there is a domestic legal background that modulates the conditions under which the citizenship *status* can be lawfully acquired or lost by individuals; the criterion also represents the most privileged way for a natural person to belong to the social community of a given territory. By contrast, the habitual residence, being a factual criterion completely unconnected from any predefined legal framework, is suitable to locate the effective centre of gravity of the deceased's life. It is then apparent that the criterion is intrinsically coherent with the proximity principle[14], given that it is likely that the most part (or, at least, the most economically relevant part) of the assets of the estate are located in the last habitual residence of the deceased and that even the future heirs or persons involved in the succession have been living there.

In the second place, the habitual residence of the deceased at the time of death reflects the socio-political evolution of the European Union where the EU Member States are perceived as high immigration States so as to guarantee, to the maximum possible extent, the social integration of individuals, either European or extra-EU citizens, who live there. In that regard, it is worth noting that such criterion entails practical advantages for lawyers and national authorities, when they are called upon to dealing with a cross-border succession, since it permits to overcome the ordinary difficulties that are implicit in the ascertainment of foreign law[15].

In the third place, the criterion of the last habitual residence of the deceased corresponds to the general purposes of EU law, which promotes the social integration of all individuals living and working in the EU, by prohibiting any difference in treatment of social and economic relationships based on nationality (Article 12 TEU) and it facilitates the free circulation of persons throughout Europe. In that regard, the prevalence accorded to the last habitual residence of the deceased is consistent with the general approach of the *corpus juris* of EU

A. LEANDRO (eds.), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni* mortis causa, 87.

[14] On the proximity principle in private international law see P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, in *Recueil des cours*, 1986, vol. 196, 9-238.

[15] D. DAMASCELLI, *Règles de conflits de lois – Questions générales*, in Consiglio Nazionale del Notariato (ed.), *Réponses au questionnaire en matière de successions et testaments (Livre vert de la Commission européenne), avec un avant projet de règlement communautaire concernant les conflits de lois et de juridictions, et l'institution du certificat successoral européen*, Milan, 2005, 12; E. LEIN, *A Further Step towards a European Codification of Private International Law*, in *Yearbook Priv. Int. Law*, 2009, 117.

Private International Law both in family and in civil and commercial matters. The above criterion also matches with the general objectives of the Succession Regulation that is specifically devised to ensure the correct administration of justice in the EU and the proper functioning of the internal market, by removing the obstacles to the free movement of persons. It also guarantees that in the European area of justice citizens may organize in advance their own succession and that heirs, legatees and other beneficiaries of the succession, like the deceased's creditors, are effectively capable of exercising their inheritance right[16]. Indeed, the habitual residence of the deceased is a proper criterion for "liquid times" like the present one, which is characterized by speed, change, and mobility of personal and social relationships[17].

Finally, the habitual residence is functional to the real and genuine international harmony since it prevents the conflicts of classification that may arise out of the various, and often divergent, definitions of domicile at the national level[18]. The concept is also familiar to the European PIL systems since it has been widely using in all Conventions on family matters which have been elaborated over the years under the auspices of the Hague Conference of Private International Law, included the ones concerning succession matters[19]. The European Group for Private International (EGPIL) also adopted habitual residence as a ground for jurisdiction in a proposal for a convention drafted in 1993[20].

3. The notion of the habitual residence for the purposes of the Regulation

Despite its pivotal role in the context of the EU Succession Regulation, the habitual residence is generally criticised for being its content opaque and vague. Regulation 650/2012, which lays down a provision specifically devoted to

[16] Recitals n. 7 and 23.

[17] J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante*, cit., 47.

[18] *Actes et documents de la Deuxième session de la Conférence de La Haye de Droit International Privé*, La Haye, 1894, 94.

[19] Convention of 5 October 1961 on the Conflicts of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions; Convention of 2 October 1973 Concerning the International Administration of the Estates of Deceased Persons; Convention of 1 August 1989 on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons. See on the latter P. LAGARDE, *La nouvelle Convention de la Haye sur la loi applicable aux successions*, in *Rev. crit. dr. int. privé*, 1989, 249-275.

[20] EGPIL, *Proposal for a Convention concerning jurisdiction and the enforcement of judgments in family and succession matters (Article 5)* available on: https://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-3pe.html and in *Rev. crit. dr. int. privé*, 1993, 841.

define all relevant notions used in the instrument[21], fails to clarify the meaning of the general connecting factor.

This ostensible paradox must not be overdramatized for two different sets of reasons.

In the first place, the lack of a definition is a deliberate choice of the European legislator. All EU PIL Regulations, that give relevance to the habitual residence in different areas of law (from family matters to obligations)[22], do not provide a specific definition as to individuals. While for legal persons the notion of habitual residence is uniformly identified in the place where the legal person has its central administration[23], when it comes to clarify the notion as to individuals, the European PIL rules remain silent, except for natural persons acting in the course of their business activity[24]. Indeed, this legislative *vacuum* does not preclude the application of the criterion in any instrument. Rather, it is undisputed that the latter must be given an autonomous interpretation in light of EU law. It is also accepted that the European core notion of habitual residence implies a strong and stable connection with a certain jurisdiction[25].

Indeed, the absence of any legal definition is reasonable. A rigid and precise legal definition could hardly be sufficiently complete and detailed to include all situations that may occur in practice. It would inevitably present gaps and interpretative difficulties, which, in turn, could potentially undermine legal certainty, and, furthermore, in some cases could have the effect of preventing the preferable solution from being reached. For its own nature, then, the concept of habitual residence must be assessed on a case-by-case basis, by weighing all concrete circumstances (factual notion).

Under a well settled interpretation – which has been confirmed by the Court of Justice of the European Union (CJEU) in the framework of family matters (Regulation 2201/2003: Brussels II-*bis* Regulation)[26] – the term should refer to

---

[21] Article 3 of Regulation 650/2012.

[22] See the European instruments on law applicable to obligations (Rome I and Rome II) and legal separation and divorce (Rome III), on jurisdiction and recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and parental responsibility (Brussels II-*bis*), on maintenance obligations (Regulation EC 4/2009) and the new Regulations on property regimes and patrimonial consequences of registered partnerships (Regulations EU 2016/1103 and 2016/1104). See also M. MELLONE, *La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, 685.

[23] See Article 19, para 1, of Rome I Regulation and Article 23, para. 1, of Rome II Regulation.

[24] Article 19, para. 1, of Rome I Regulation and Article 23, para. 2, of Rome II Regulation.

[25] F. CAVERS, *Habitual Residence: A Useful Concept*, in *The American University Law Review*, vol. 21, 1972, 475-493.

[26] Council Regulation EC 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the

«the place where the person has established, on a fixed basis, his permanent or habitual centre of interests, with all the relevant facts being taken into account for the purpose of determining such residence»[27].

It is generally accepted that the habitual character of such residence derives from the combination of two elements: a material or objective factor and a psychological or subjective one. The first factor (*domus colere*) indicates the physical presence of an individual in a place for a certain period of time and it can be both qualitative (i.e., quality of the stay, reasons included) and quantitative (duration of the stay). The second one (*animus manendi*), instead, refers to the intention of the individual concerned to settle the centre of his affairs in a permanent way in a given territory.

Nevertheless, the fact that the habitual residence is used in several EU PIL Regulations does not imply that the notion has to be classified identically in relation to different subject-matters[28]. Indeed, it is, first of all, a *European* concept coinciding with the place where the "centre of life of the person": even for the purposes of the Succession Regulation it is apparent that the habitual residence of the deceased is to be interpreted autonomously. It will thus for the CJEU to establish what exactly this term means in respect of a deceased's habitual residence as the Regulation is applied at the national level. However, the way through which the concrete State where a person habitually resides is to be specified varies according to the matter and the legal instrument considered. It is thus a *functional* notion too, which adapts to the characteristics of the context in which it operates. It follows that the habitual residence of the deceased

recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation EC 1347/2000, Official Journal L 338, 1-29 (Brussels II-*bis*). The Court of Justice of the European Union has so far dealt with the concept of habitual residence within the field of PIL only as to interpreting the meaning of habitual residence of a child: Court of Justice, 2 April 2009, C-523/07, A, in *Raccolta*, 2009, I-2805; 22 December 2010, C-497/10 PPU, Mercredi, in *Raccolta*, 2010, I-14309. See on the matter: R. LAMONT, *Habitual Residence and Brussels II*-bis*: Developing Concepts for European Private International Law*, in *Journal of Priv. Int. Law*, 2007, 261; C. RICCI, *Habitual Residence as a Ground of Jurisdiction in Matrimonial Disputes: From Brussels II*-bis *to Rome III*, in S. BARIATTI – A. MALATESTA – F. POCAR (eds.), *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, Padua, 2008, 207.

[27] Explanatory Report on the Convention drawn up on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters (approved by the Council on 28 May 1998) prepared by Dr. Alegría Borrás Professor of Private International Law University of Barcelona, in *Official Journal* C 221, 16/07/1998, 27-64.

[28] P. LAGARDE, *Les principes de base du nouveau réglement européen sur les successions*, in *Revue critique droit int. privé*, 2012, 691-732.

must be clarified in the specific context of succession, that is different from child protection, divorce and separation, and obligations: "*notion à contenu variable*"[29]. In this sense, for example, when it comes to specifying the habitual residence of a minor in litigations on parental responsibility, the elements to be assessed are different from those that must be evaluated in order to specify the country where the centre of life of the deceased is located[30]. Therefore, to determine the concept of habitual residence of the deceased, it should be taken into account both the context in which the concept is inserted (systematic interpretation) and the general objectives pursued by the European legislator through this concept[31], along with the specific objectives of the Regulation as a whole (teleological interpretation)[32].

It has been convincingly said that the Succession Regulation «adopts an overall, weighted, casuistic concept of the notion of habitual residence»[33]. In fact, it derives from a general assessment of all relevant factual elements, which can be both personal criteria (e.g. the presence of the deseased's family members, the rental or purchase of a house, the schooling of his children) and professional ones (e.g. the practice of professional activities, working in a company, the opening of a bank account in the host State, attending professional courses). It is also a weighted notion, since every single element must be balanced and assessed carefully. It is finally casuistic in the sense that such elements require to be meticulously analysed on a case-by-case basis and such investigation cannot be replaced by vague references to general categories or presumptions.

In the second place, the Succession Regulation itself provides some guidelines

[29] J. CARBONNIER, *Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille*, in *Travaux du Centre National de la recherche de la logique*, Brussels, 1984, 99.

[30] J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2016, vol. 8, n. 1, 47-75, at 63; A.L. CALVO CARAVACA, *Article 21 – General Rule*, cit., 307.

[31] «In view of the increasing mobility of citizens and in order to ensure the proper administration of justice within the Union and to ensure that a genuine connecting factor exists between the succession and the Member State in which jurisdiction is exercised …»: Recital 23.

[32] «The proper functioning of the internal market should be facilitated by removing the obstacles to the free movement of persons who currently face difficulties in asserting their rights in the context of a succession having cross-border implications. In the European area of justice, citizens must be able to organise their succession in advance. The rights of heirs and legatees, of other persons close to the deceased and of creditors of the succession must be effectively guaranteed»: Recital 7.

[33] A.L. CALVO CARAVACA, *Article 21 – General Rule*, cit., 303-305. The Author also addresses some particular cases for which the Regulation does not provide specific rules: infants, persons imprisoned or detained in a psychiatric facility in a given State.

as to determining the contours of the habitual residence of the deceased (Recitals 23, 24 and 25). However, such indications are not contained in the prescriptive body of the instrument, but rather in the preamble to the Regulation. Recital 23, in particular, stresses that the connecting factor, being a factual criterion expressing a genuine link between the succession and the Member State concerned, is to be reconstructed through 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[34], «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»[35]. The Regulation relies on the general assumption that the last habitual residence is capable to show the strongest connection between the succession and one Member State: «… The habitual residence thus determined should reveal a close and stable connection with the State concerned taking into account the specific aims of this Regulation»[36]. Recital 23 itself expressly indicates that habitual residence must be specified «... taking into account the specific objectives of this Regulation». The existence of the habitual residence of the deceased must be then specified through an *overall assessment* of all relevant factual and legal factors and under a *limited time*, i.e. at the time of his death. A person can have resided in different States during his lifetime: therefore, the habitual residence may have changed. Anyway, what is relevant is his *last* habitual residence, the one that the deceased possessed at the time of death. However, the Regulation does not clarify how many years the deceased should have resided in the State concerned in order to establish the habitual residence. Nevertheless, it is necessary to evaluate this point *during the years preceding his death and at the time of his death*[37].

The parallelism sought by the Regulation between jurisdiction and law requires a similar interpretation of the criterion both under Article 4 and under Article 21, para. 1: it is quite obvious that such convergence can be obtained only if the notions used to define the relevant connecting factor for the purposes of both provisions perfectly coincide. Indeed, it is likely probable that it is precisely at the time of verification of jurisdiction that the judge of a Member State will have to assess whether the deceased usually resided in that State. If so, the court seised will have to apply its own internal law without questioning the previous assessment of the last habitual residence made as to jurisdiction; in fact, should

[34] Italics added.
[35] Recital 23
[36] Recital 23.
[37] Recital 23.

it established, on the basis of findings emerging during the proceedings, that the *de cujus* habitually resided in a different country, it would be under the duty to decline jurisdiction of its own motion pursuant to Article 15, if that country is a Member State, or to verify its jurisdiction on the basis of the subsidiary criteria referred to in Articles 10 and 11 of the Regulation, if the country concerned is a third State[38].

3.1. Complex cases and the escape clause of Article 21, para. 2

In certain cases, determining the deceased's habitual residence may prove complex. It is precisely when its capability to indicate the strongest connection between the succession and one State proves to be wrong, i.e. either when the habitual residence exists but it is not sufficiently intense to express a real and substantial link with that State or it does not exist or, at least, cannot be determined at all.

However, the complex cases that are likely to occur seem to be rare and less significant than the ordinary ones.

The Succession Regulation is perfectly aware of the intrinsic hurdles of the criterion linked to its own flexibility and it expressly addresses three different controversial hypotheses.

The first one is where the deceased for professional or economic reasons has gone to live abroad to work in a certain State, sometimes for a long time, but has maintained a close and stable connection with his State of origin. In such a case, depending on the circumstances of the case, the deceased could be still considered 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[39]. Therefore, Article 4 and Article 21, para. 1, would apply and there would be just one place of habitual residence of the deceased which does not coincide with the one where in the latest years he was used to travel for a certain period of time.

It might also occur that the deceased lived in several States alternately or travelled from one State to another without settling permanently in any of them. If the deceased was a national of one of those States or had all his main assets in one of those States, «his nationality or the location of those assets could be a special factor in the overall assessment of all the factual circumstances» for

[38] A. DAVÌ – A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione europea*, cit., 115.

[39] Recital 24.

the purposes of establishing his last habitual residence[40]. In such a case, it is the Regulation itself that clarifies how to conduct the concrete assessment of the circumstances at stake, by giving particular weigh to certain aspects of the case, such as the nationality of the deceased and the location of his main assets.
By contrast, a different finding should be reached when the deceased has 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[41]. In that case, as to the applicable law, according to Recital 25 of the Succession Regulation, the general connecting factor should be replaced by the escape clause set out in Article 21, para. 2.
The latter lays down that the authority dealing with the succession may, in exceptional cases, where it is clear from all the circumstances of the case that, at the time of death, the deceased was manifestly more closely connected with a State other than the one of the last habitual residence, apply the law of that other State. The escape clause provides a solution for situations in which the deceased possessed a closer and more stable connection with a State other than that of his last habitual residence. Therefore, one should conclude that the *lex successionis* is not 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. However, Recital 25 stresses the strict and exceptional nature of the clause under Article 21, para. 2 as to prevent its abusive application: «That 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»[42]. Therefore, the recourse to the escape clause must not be encouraged since the latter collides with legal certainty. Doubts have arisen about the opportunity of inserting this clause that was not present in the original version of the EU Commission Proposal: in particular, it does not seem necessary at all. In fact, from a conceptual point of view, the investigation aimed at identifying the habitual residence of the *de cujus*, and that aimed at ascertaining the existence of its particularly close connection to a given country automatically overlap. Consequently, they are not easily distinguishable[43].
Escape clauses usually allow the court to deviate from inflexible connections and stand as reflection of the principle of individual justice by means of flexible

[40] Recital 24.
[41] Recital 25.
[42] Recital 25.
[43] P. LAGARDE, *Les principes de base du nouveau règlement européenn sur les successions*, cit., 701; G. KHAIRALLAH, *La détermination de la loi applicable à la succession*, in G.

rules. They enable the judge at his assessment to avoid the application of the law designated by the default conflict rule. However, that is not the nature of Article 21, par. 2, of Succession Regulation, which serves as *extrema ratio* to solve complex cases where the general connecting factor cannot operate at all. Recital 25 emphasizes the need not to invoke the exception clause «as a subsidiary connecting factor whenever the determination of the habitual residence of the deceased at the time of death proves complex» as to limit its application only when it is necessary to correct the result of the ascertainment of the habitual residence which has been already concluded. However, the delimitation of the scopes of Article 21, para. 1, and Article 21, para. 2, remains problematic. Nevertheless, it is undisputed that the escape clause must be interpreted restrictively and adequately motivated.

For some scholars the introduction of this clause is «surprising, debatable and dangerous»[44]. It is surprising because, as said, it did not appear in the Proposal drafted by the EU Commission[45]. It appears then debatable, since the very essence of the last habitual residence criterion did not require to insert an exception clause. In fact, Recital 25 provides only one single example and that has been interpreted in the sense that the clause can be invoked only in that hypothesis[46]. It would also be dangerous, because it would give rise to two undesirable effects, which are inconsistent with the Regulation's objectives, i.e. undermining legal certainty and breaking the connection between *jus* and *forum*. When it comes to delimit jurisdiction in a situation falling within the scope of Article 21, para. 2, it emerges that the parallelism between jurisdiction and law is inevitably interrupted. The determination of the competent court is less clear than the designation of the law applicable and it could essentially vary depending on the circumstances of the case. Once the general ground of jurisdiction of Article 4 is excluded, then many options could emerge: prorogation, the application of the subsidiary rule or of the *forum necessatis* rule. Possible differences therefore arise when addressing complex cases in terms of jurisdiction and in terms of law applicable since the operation of the exception clause of Article 21, para. 2,

KHAIRALLAH AND M. REVILLARD (eds.), *Droit européen des successions internationals*, cit., 49, 53.

[44] A.L. CALVO CARAVACA, *Article 21 – General Rule*, cit., 317-322.

[45] H. GAUDEMET-TALLON, *Quelques reflexions sur les propositions concernant la competence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des decisions en matière successorale dans l'Union européenne*, in DEUTSCHES NOTARINSTITUT (ed.), *Les Successions Internationales dans l'Union Européenne – Perspectives pour une harmonisation*, Würzburg, 2004, 451.

[46] A. DAVÌ – A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione europea*, cit., 54.

leads to solutions that cannot always coincide with the ones determined under the various jurisdiction rules available in the place of Article 4.
In general, it is true that the predictability of jurisdiction and law is guaranteed in the vast majority of cases under the Succession Regulation. However, it is to be expected that, for a minority of cases, the most exotic or obscure ones, the ECJ and the courts of the Member States might be involved in a tough interpretative process[47].

3.1.1. Deceased with multiple habitual residences

Other complex cases are not expressly addressed by the Regulation and their resolution could result uncertain.
A first hypothesis could occur when it emerges that the deceased has multiple habitual residences in different EU Member States. That may happen, for instance, when a man from a country of the Northern Europe (eg. Sweden) is used to retire in the Southern Europe (eg. Italy or Spain) for seasonal periods, with the aim of enjoying the sunny weather of the host State.
As far as jurisdiction is concerned, since each Member State of habitual residence (the State of origin and the host State) would be theoretically competent to rule over the succession by virtue of Article 4 of the Succession Regulation, parallel proceedings might arise. In that regard, two solutions could be argued: on the one hand, if both habitual residences are placed in two Member States, which are bound by the Succession Regulation, then a coordination at European level would be needed and the *lis pendens* rule of Article 17 should apply, ie. giving relevance, in principle, to the court first seised. On the other hand, if one habitual residence is placed in a Member State subject to the Regulation and another is located in a EU Member State which is not bound by it (i.e. UK Ireland and Denmark) or a third State, the problem would remain open under the Regulation and should be solved in accordance with the national rules on *lis pendens*.
In my view, as to law applicable, the escape clause of Article 21, para. 2, should be invoked in that case, thus overriding the general rule of Article 21, para. 1, since the principle of unity of the succession precludes the multiplication of *leges successionis*.

[47] A.L. CALVO CARAVACA, *Article 4 – General Jurisdiction*, cit., 139.

3.1.2. Personal and familial habitual residence which does not coincide with the professional habitual residence of the deceased

It might also happen that an individual has a personal and familial habitual residence in one country, since he lives there with his family (State of origin), but has a different professional habitual residence in a country other than the first one, because his professional activities are conducted there or, more generally, its professional, economic, financial or patrimonial interests are concentrated in that place. One might doubt then whether a real habitual residence exists or, on the contrary, two concurrent habitual residences are potentially relevant for the purposes of the EU Regulation. The answer clearly depends on the connection's intensity of both places and could vary on the concrete circumstances of the case: only a "close and stable connection" with one of the two States should be taken into account.

Following the first proposed interpretation, one should exclude the application of the general rule and, in the absence of a choice of law, refer to the escape clause of Article 21, para. 2, as to detect the strongest connection. As to jurisdiction, absent a choice of court agreement, the subsidiary grounds of jurisdiction laid down in Articles 5-11 of the Regulation should apply. On the contrary, in case both countries should reveal a genuine link between the succession and the State concerned, there would be no need, in my view, to refuse the application of Articles 4 and 21, para. 1.

According to a different opinion[48], although the specific solution must always depend on the particular case in question, it could be considered that the deceased had his last habitual residence in his State of origin, i.e. the personal and familial habitual residence. That conclusion would flow only from the assumption that the Member State in which the «centre of interest of their family and their social life» is situated is more relevant than the State in which he works. Recital 24 provides evidence to that end by stating that «… 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»[49]. Anyway, it would be just a possible interpretation, but not the only one available in absolute terms.

---

[48] J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante*, cit., 72.

[49] Italics added.

3.1.3. The deceased without any habitual residence

Finally, it could happen that, through 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, it comes out that the deceased does not possess any habitual residence in any State. Such situation would be indeed rare but not unrealistic and it could refer to people conducting a true nomadic life, i.e. not living in any State on an habitual basis or people who have lost their habitual residence of origin without acquiring a new one. It is clear that this extreme case defies the very essence of the Succession Regulation and opens towards uncertainty and unpredictability. In a situation like that, the general connecting factor cannot operate at all. Therefore, jurisdiction should be based upon a different ground of jurisdiction, like prorogation (but only when the deceased has made a choice of law prior to his death in favour of the law of his nationality), the subsidiary jurisdiction rule or, where needed, the *forum necessitatis* rule. By contrast, the determination of the applicable law should be inevitably made, in the absence of choice of law, under the escape clause of Article 21, para 2. It is apparent then that there would not be any connection between jurisdiction and law.

4. Potentials

The investigation over the ascertainment method of the habitual residence and the following evaluation of potential controversial cases discloses some lights and some shadows in its general operation.

There are various arguments in favour of the habitual residence of the deceased at the time of death in the context of the PIL treatment of cross-border successions. At least six different general potentials can be detected affecting both conflict-of-jurisdictions and conflict-of-laws.

In the first place, the intrinsic flexibility of the connecting factor perfectly coordinates with the proximity principle, since it facilitates the localisation of the centre of gravity of the life of the deceased. Such outcome entails that the place where the *de cuius* was habitually resident at the time of his death is familiar to him and to his heirs, legatees and creditors.

In the second place, the criterion is politically neutral, since it is completely independent from any States' sovereign powers. That indirectly enforces the non-discrimination principle at European level. Such a connection is significantly more favourable to integration into the Member State of habitual residence. It also avoids any discrimination regarding persons who reside there without

possessing the relevant nationality[50]. The criterion prevents discrimination between the deceased and the heirs or legatees depending on their nationality. In that sense it has been said that such connecting factor amounts to a «democratic and egalitarian» criterion[51] as it does not discriminate persons on grounds of nationality as forbidden by Article 18 TFEU. It also permits European citizens, by choosing where living, to indirectly establish a close connection with the courts and a law of a given Member State.

In the third place, the parallel use of the last habitual residence of the deceased both for jurisdiction and for applicable law favours the convergence between *jus* and *forum* (ie. judges applying their own law), which represents an advantageous outcome in terms of simplification of the legal scenario concerned. Moreover, such convergence is further enhanced by the existing coordination between the Succession Regulation and the new European PIL treatment of property regimes, as resulting from the two enhanced cooperations established by EU Regulations 2016/1103 and 2016/1104 which have become applicable in the 18 Participating Members States as from 29 January, 2019[52]. This outcome promotes the family planning[53] for couples where the spouses or the partners to a registered partnership have different nationality but reside in the same country since the *lex successionis* will usually coincide with the one applicable to property regimes. Moreover, on several occasions the court of the place where the deceased was habitually resident at the time of his death shall also be the one competent to rule over property regimes[54].

In the fourth place, the above criterion applies to situations where nationality cannot operate or it is impractical or indeterminate: ie. stateless persons, refugees persons with multiple nationalities.

In the fifth place, the criterion permits and empowers the free movement of persons throughout Europe in compliance with the general policies of EU law.

Finally, the habitual residence stands as a criterion with a wide and simple "external visibility" ("*visibilidad externa*")[55]. This means that the third parties,

---

[50] 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 a European Certificate of Succession, COM (2009)154 final ("Proposal").

[51] A.L. CALVO CARAVACA, *Article 4 – General Jurisdiction*, cit., 136.

[52] Regulations EU 2016/1103 and 2016/1104.

[53] A. DUTTA, *Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation*, in *RabelsZ*, 2009, 567.

[54] See Article 4 of Regulation EU 2016/1103 and Article 4 of Regulation EU 2016/1104.

[55] J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante*, cit., 52.

and, in particular, the possible heirs and legatees, as well as the creditors of the inheritance, can identify (in a sufficiently easy way) which is the State where the deceased has his habitual residence (predictability).
There are additional potentials that specifically emerge when the habitual residence serves as general ground of jurisdiction.
First, such criterion permits the easier and faster enforcement of the judgment that will be rendered at the end of the judicial proceedings instituted on the basis of the Succession Regulation. The inheritance assets are normally located in their totality or for the most part in the State where the deceased had his last habitual residence. Therefore, the courts of that Member State may directly order enforcement proceedings on the assets of the *de cujus* without carrying out any judicial activity (like service of documents) in other States. The decisions will be immediately enforced, without the need for obtaining a previous declaration of enforceability (*exequatur*), like all other domestic decisions[56].
Second, the habitual residence reduces litigation costs for individuals and enhances the proper administration of justice at European level. In fact, it is not unusual that the presumed beneficiaries of the inheritance and the creditors of the deceased or, at least, most of them also have their habitual residence in the State of the deceased's last habitual residence. Therefore, in the event of a dispute, such persons may "litigate in their own country", i.e. the litigation costs are sensibly reduced[57].

5. Challenges

It is undisputed that the flexibility of the above connecting factor may also lead to vagueness[58]: some shortcomings are thus inevitable. Since the criterion is mobile and flexible in nature, it requires a significant work by legal experts in order to identify the exact localization of the last habitual residence of the deceased concerned.

---

[56] J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante*, cit., 52.
[57] J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante*, cit., 52.
[58] A. BONOMI, *Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, 887. The same critics can be found in E. LEIN, *A Further Step Towards a European Private International Law Code – The Commission Proposal for a Regulation on Succession*, in *Yearbook of Priv. Int. Law*, 2009, 131 and MAX-PLANCK-INSTITUT OF HAMBOURG, *Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the Eu-*

First of all, it is to be noted that its indefinite notion risks to be detrimental for the accomplishment of the general objective of legal certainty and predictability that should inspire the planning of people's estates in Europe[59]. In particular, as we have seen, this connecting factor raises legal uncertainty in cases of habitual residence that is deeply unstable and/or that has frequently changed in the last years of the deceased's life. The flexibility of habitual residence as a concept, which was originally welcomed, can turn out to be its considerable weakness[60]. On the other hand, habitual residence is praised for its flexibility. If its content remains obscure, then the requirement for legal certainty is not satisfied. If, however, it can be established what this term means, then its outcome is likely to be foreseeable: legal certainty is then no longer an issue[61].

Secondly, the habitual residence of the deceased entails the risk for a potential fraudulent procedural manoeuvring. In cases when determining the habitual residence can be proved difficult, especially when two or even more countries could be deemed closely connected to the succession, the criterion may inevitably facilitates *fraude à la loi* as to applicable law and *forum shopping* as to jurisdiction. It is not possible to exclude that some judges may be inclined to value the elements of fact that can lead to the affirmation of the existence of their own competence rather than those that should suggest their denial, even for benefiting from the application of their own *lex fori* as to the substance of the claim. The risks of race to the court between parties that could be interested in recognizing the jurisdiction of judicial authorities of different Member States and, consequently, the application of the respective material laws to the succession, are therefore far from being negligible. However, these risks cannot be completely eradicated, as they are inherent in the relatively flexible nature of the connecting factor itself[62].

However, according to a prominent author, from a practical point of view, the fraudulent misuse of the habitual residence as ground of jurisdiction seems

---

ropean Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession, in *RabelsZ*, 2010, 605. For similar concerns about the vagueness of the concept in respect of the 1989 Hague Convention: J. HARRIS, *The Proposed EU Regulation on Succession and Wills: Prospects and Challenges*, in *Trust Law International*, 2008, 210.

[59] Recital 37. M. PFEIFFER, *Legal Certainty and Predictability in International Succession Law*, in *Journal of Private International Law*, 2016, 566-586, at 573.

[60] M. PFEIFFER, *Legal Certainty and Predictability in International Succession Law*, cit., 573.

[61] M. PFEIFFER, *Legal Certainty and Predictability in International Succession Law*, cit., 574.

[62] A. DAVÌ – A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione europea*, cit., 34.

very limited due to the fact that the courts of the Member States should apply, in any event, the same law[63]. As regards the risk of torpedo actions, the same author clarifies that courts seised must always verify of their own motion, if necessary, whether the deceased's last habitual residence was actually in their own State: «if the response to that question is in the affirmative, there would be no abuse on the part of the plaintiff or claimant and, if it is in the negative, the danger of *forum shopping* will not become a reality. In conclusion, there is little opportunity for fraudulent manoeuvring and the recital relating to evasion of the law (Recital 26) should not often have cause to be used»[64].

Finally, the application of the last habitual residence would be detrimental for the deceased's cultural identity, which would be, on the contrary, protected by nationality[65]. Indeed, habitual residence is a "social connection" and not necessarily a "cultural" connection. It represents the way through which an individual is linked with the country where he lives, where his personal contacts are located, where he has his centre of his vital operations. This country may not be the country of origin of the person. It could be a country whose culture, customs and predominant ideas do not coincide with the ones with which the deceased was used to identify himself[66].

[63] A.L. CALVO CARAVACA, *Article 4 – General Jurisdiction*, cit., 145.
[64] A.L. CALVO CARAVACA, *Article 4 – General Jurisdiction*, cit., 145.
[65] A.L. CALVO CARAVACA, *Article 4 – General Jurisdiction*, cit., 138.
[66] J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante*, cit., 48.

A sucessão legitimária em Portugal e a excepção de ordem pública internacional: breves considerações

Sandra Passinhas
Professora de Direito civil, Universidade de Coimbra

Este artigo discute, a propósito da aplicação do Regulamento UE 650/2012, em que medida pode ser invocada a excepção da ordem pública internacional do Estado português para evitar a aplicação de uma lei estrangeira ou o reconhecimento de uma decisão estrangeira que não reconheça a sucessão legitimária. Após uma breve descrição da evolução histórica da sucessão legitimária em Portugal, das razões que a justificam e daquelas que levam à sua contestação, bem como da recente jurisprudência na matéria da Cour de Cassation, a autora conclui que está definitivamente posta em causa que aquela faça parte da ordem pública internacional do Estado português.

*This article discusses, in the framework of Regulation EU 650/2012, if the exception of "*ordre public*" can be used to prevent the application of a foreigner legal regime or the recognition of a foreigner judicial decision that do not recognize a reserved share of the forced heirs (the spouse, descendants and ascendants). After a short description of the historical evolution of compulsory succession in Portugal, their grounds and the reasons that are now challenging it, as well of the recent French case law on the subject, the author concludes that consideration of compulsory succession as a matter of international "*ordre public*" is definitively jeopardized.*

In questo articolo si discute, nell'ambito del Regolamento UE 650/2012, se sia possibile utilizzare l'eccezione dell'ordine pubblico per impedire l'applicazione di un regime giuridico straniero o il riconoscimento di una sentenza straniera che non riconosca una quota di legittima degli eredi legittimari (coniuge, discendenti e ascendenti). Dopo una breve descrizione dell'evoluzione storica della successione legittima in Portogallo, delle sue fondamenta e delle ragioni che la stanno oggi minando e dopo una disamina della recente giurisprudenza francese in materia, l'autore conclude che la considerazione della successione legittima quale materia di ordine pubblico è effettivamente messa in discussione.

Resumo: 1. Introdução. – 2. Breve compreensão histórica da sucessão legitimária. – 3. O repensar da legitimária no momento contemporâneo. – 4. As sucessões transfronteiriças, o Regulamento UE 650/2012 e a ordem pública internacional. – 5. A salvaguarda da sucessão legitimária justifica a invocação da excepção da ordem pública internacional? Notas conclusivas.

1. Introdução

A sucessão legitimária[1] é aquela que é deferida por lei, não pode ser afastada pela vontade do *de cuius* e que respeita à porção de bens de que o autor da sucessão não pode dispor, por ser legalmente destinada aos herdeiros legitimários[2]. Cabe distinguir no conjunto de bens do autor da sucessão, duas porções de bens: a quota indisponível, também chamada de legítima, e a quota disponível. Aquela é a porção de bens de que o autor não pode dispor por ser legalmente destinada aos seus herdeiros legitimários. A quota restante, a quota disponível, é a porção de bens de que o autor da sucessão pode dispor livremente.

Em Portugal, são herdeiros legitimários o cônjuge, os descendentes e os ascendentes, pela ordem e segundo as regras estabelecidas para a sucessão legítima[3]. A legítima do cônjuge e dos filhos, em caso de concurso, é de dois terços da herança. Não havendo cônjuge sobrevivo, a legítima dos filhos é de metade ou dois terços da herança, conforme exista um só filho ou existam dois ou mais. A legítima do cônjuge e dos ascendentes, em caso de concurso, é de dois terços da herança. Se o autor da sucessão não deixar descendentes nem cônjuge sobrevivo, a legítima dos ascendentes é de metade ou de um terço da herança, conforme forem chamados os pais ou os ascendentes do segundo grau e seguintes.

[1] No direito romano, são qualificados como *necessarii* (por contraposição aos voluntarii) os chamados que, sujeitos à potestas do *de cuius*, adquirem a qualidade de herdeiro "*omni modo, sive velint sive nolint*": os *filii* famílias, quando não tenham sido expressamente deserdados (*heredes sui et necessarii*) e os escravos manumitidos no testamento e instituídos herdeiros. Vide S. JUSTO, *Direito Privado Romano V*, *Studia Iuridica 97*, Coimbra Editora, 2009, 26-27, e, quanto à sucessão *intestata*, vide 288 e ss.

Em termos normativos, a sucessão legitimária tem, no Código Civil de 1996, um estatuto perfeitamente autónomo da sucessão legítima. Embora haja regras que são comuns a ambas, os artigos 2156.º a 2178.º aplicam-se apenas à sucessão legitimária. No Código Civil de 1867, a sucessão legitimária era encarada como um mero limite à sucessão testamentária e não era mencionada no catálogo das formas de sucessão. Vide P. COELHO, *Direito das Sucessões*, polic. Coimbra, 1992, 49.

[2] Como explica C. SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2000, 45, apesar de a letra do artigo 2156.º se referir ao testador, este abrange igualmente o doador.

[3] Cfr. artigos 2133.º e ss.

2. Breve compreensão histórica da sucessão legitimária

A sucessão legitimária tem diversas raízes e foi o desenvolvimento histórico-social que permitiu que, a partir de princípios remotos, se chegasse à configuração do instituto da legítima no direito moderno. No direito romano clássico e pós-clássico, a *portio debita* era determinada, inicialmente, pelo prudente arbítrio do tribunal e foi fixada, ulteriormente, na quarta parte dos bens que o parente teria direito a receber sem haver testamento[4]. O direito justinianeu trouxe-nos a *portio legitima*. Justiniano fixou a quota legitimária em um terço (se os parentes não fossem mais de quatro) e em metade, na hipótese contrária[5]. Estas porções eram limites à sucessão testamentária, exigidos pelo *officium pietatis* do testador face àqueles sujeitos à sua *potestas*[6]. Nos princípios do século III, com um rescrito de Alexandre Severo[7], foi atribuída aos descendentes (pelo menos) uma tutela contra as liberalidades entre vivos (doações ou dotes inoficiosos) lesivos da legítima (a chamada *querela inofficiosae donationis seu dotis*). Do direito germânico antigo chegou-nos o *Wartrecht* – a propriedade colectiva e a ausência de testamento conferiam aos filhos e outros descendentes uma expectativa juridicamente tutelada à sucessão, i.e., a sucessão legitimária era a única admitida, só mais tarde se reconhecendo uma pequena quota disponível, a *Freitel*. No direito da Reconquista, o *Wartrechet* foi decaindo a favor de uma concepção individualista da propriedade, arrogando-se o *de cuius* o poder de disposição de todos os seus bens, mesmo a favor de estranhos e apesar de ter descendentes, ou de não respeitar a quota indisponível de quatro quintos imposta pelo Código Visigótico. Todavia, após o renascimento da coesão

[4] I.2,18,3; D. 5, 2,8,8; C.3,28,31. Vide C. SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., 151 e ss.

[5] L. MENGONI, *Successioni per causa di morte*, 4.ª ed., Milano, 2000, 3 e ss; A. Fernández BARREIRO, *Tradición e innovación en el desarrollo normativo del derecho sucessório romano*, in FDUC (org.), *O Direito das Sucessões: Do Direito Romano ao Direito Actual*, Studia Iuridica 88, Coimbra 2006, 29 e ss; G. BISAZZA, *La successione contra voluntatem defuncti*, Milano, 2014, 7 ss.

[6] No direito romano, o princípio era o da plena liberdade de dispor do paterfamilias. Vide E. POÇO ARÉVALO, *Aproximación a la estructura de la sucesión* mortis causa *en derecho romano arcaico*, in FDUC (org.), O Direito das Sucessões, cit., 141 e ss, e B. FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, *La delatio* ab intestato *de los sui heredes em el* ius civile *arcaico*, in FDUC (org.), in FDUC (org.), O *Direito das Sucessões*, cit., 503 e ss. A sucessão legítima contra o testamento, que se chama também sucessão necessária, tem lugar quando, contra a vontade do testador, a lei atribui a determinados parentes (herdeiros legitimários) uma quota denominada legítima ou reserva. Como ensina S. JUSTO, *Direito Privado Romano V*, cit., 306, fala-se de sucessão legítima porque a lei determina as pessoas e as quotas; e de sucessão necessária, porque tem lugar necessariamente pelo facto de o *de cuius* deixar determinados parentes.

[7] D. 31, 87, 3 e 4.

familiar, ainda que se mantendo a propriedade individual, procurou-se assegurar que os bens se mantivessem na família. Assim, a validade dos actos, gratuitos ou onerosos, *inter vivos* ou *mortis causa*, dependia da aprovação dos parentes sucessíveis (*a laudatio parentum ou Beispruchsrecht*). Garantiu-se, assim, uma sucessão necessária ilimitada e uma determinação variável e subjectiva da quota disponível. Nos sécs. XII e XIII, o sistema de *Beispruchsrecht*, relativo à fixação da quota livremente disponível, foi sendo substituído, por via consuetudinária, e de região para região, por um sistema objectivo e uniforme de reserva legitimária, a favor de todos os parentes sucessíveis (e não apenas dos descendentes[8]), aplicável, em princípio, apenas aos bens próprios (que não os adquiridos) e afectando só as disposições *mortis causa* – a maior parte dos costumes franceses, bastante frequentes também no norte de Portugal, fixaram a reserva legitimária em quatro quintos dos bens próprios, embora o autor da sucessão pudesse dispor livremente dos seus móveis e dos bens imóveis por ele adquiridos[9].

Esta reserva legitimária a favor de toda a família tinha-se, todavia, desvanecido no séc. XIV, e a sucessão legitimária surge-nos agora por inspiração do direito romano renascido, beneficiando, apenas, em princípio, os descendentes e ascendentes e abrangendo duas terças partes de todos os bens hereditários[10]. É este instituto assim configurado que se consagra nas nossas Ordenações (Afonsinas: Livro IV, título 97, e Filipinas: Livro IV, título 82).

O Iluminismo surge-nos como favorável ao direito natural e hostil ao Direito Romano, considerando a sucessão dos parentes mais conforme à ordem da natureza e da caridade cristã[11] e trazendo várias tentativas de restrição da liberdade testamentária[12], contra a evolução histórica portuguesa, caracterizada por uma ampla liberdade de testar.

---

[8] O que levou ao desaparecimento progressivo do direito de manaria, ou seja, a faculdade reconhecida em algumas regiões, de o senho feudal recolher os bens sucessórios, quando o de cuius não tivesse deixado descendência.

[9] Seguimos C. SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., 152.

[10] Vide C. SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., 153. Sobre a origem e natureza da terça disponível, muito mais restrita do que as porções disponíveis romanas, vide P. MERÊA, *Estudos de Direito Hispânico Medieval*, vol. II, Coimbra, 1953, 55 e ss. G. TELLES, *Direito das Sucessões – Noções Fundamentais*, Coimbra Editora, 127 e ss. C. da ROCHA, *Instituições*, 1917, §§ 347 e 692, não considera os irmãos herdeiros legitimários, podendo, no entanto, impugnar o testamento quando for instituída pessoa infame.

[11] G. TELLES, *Direito das Sucessões*, cit., 131.

[12] Cfr. A. COSTA, *A liberdade de testar e a quota legitimária no Direito português*, Coimbra Editora, 1997. A Lei de 25 de Junho de 1766 considerava nulos os testamentos realizados durante doença grave, salvo se os beneficiários se incluíssem entre os parentes próximos do testador;

O Código Civil de 1867, fiel ao individualismo liberal, fixou, como princípio geral, em dois terços da herança global o âmbito da sucessão legitimária (arts. 1784, §único, e 1786.º), sendo de metade na vocação de descendentes do 2.º grau e superiores (art. 1787.º) e variável no caso de concurso de filhos legítimos com filhos perfilhados (art. 1785.º)[13]. A República, mais individualista no

e igualmente nulas se consideravam as deixas testamentárias feitas a favor de quem redigiu o testamento, de parente seu até ao quarto grau ou da Ordem Religiosa ou Corporação eclesiástica a que o mesmo pertencia. Segundo A. COSTA, *A liberdade de testar*, cit., 11: «Tomava-se como pretexto assegurar a manifestação da autêntica vontade do testador, afastando possíveis maquinações ou sugestões sobre o seu ânimo. Era o que ressaltava da primeira leitura. Contudo, descobre-se o propósito escondido da defesa dos direitos de parentes próximos, pela via da sucessão legítima e legitimária». A Lei de 9 de Setembro de 1796 levou a limitação da liberdade de testar muito mais longe. Através dos seus dispositivos, aumentaram-se os direitos dos herdeiros legitimários, na esfera dos quais se abrangendo, aliás, os parentes colaterais ainda além do quarto grau, contado de acordo com as regras do direito canónico vigentes na altura (segundo o actual *Codex Iuris Canonici*, promulgado pelo Papa João Paulo II, para vigorar desde 27 de Novembro de 1983, existe coincidência relativamente ao cômputo dos graus de parentesco, entre as regras do direito canónico [cânone 108] e as regras do direito civil (1581.º CC). Não sucedia assim no âmbito do anterior *Codex Iuris Canonici* de 1817 [canône 96], promulgada pelo Papa Bento XV. Consagrava este preceito a orientação tradicional da Igreja Católica, que era a seguinte: na linha recta, não se verificava diferença entre o sistema canónico e o civil; porém, na linha colateral, atendia-se apenas a um dos ramos e, apresentando-se eles com extensão diversa, ao mais longo. O parentesco referido na Lei 9 de Setembro de 1769 determinava-se, portanto de acordo com aquela regra), restaurou-se a distinção medieval entre bens de avoenga e de ganhadia, ou seja, respectivamente, herdados da família ou adquiridos a outro título, e fez-se reviver a denominada melhora do direito visigótico, que consistia numa terça parte de livre disposição dentro da quota legitimária com que o testador podia avantajar um dos herdeiros necessários – instituto que nunca tivera aplicação no direito português, ao invés do verificado com o direito espanhol. No direito anterior, a parte legitimária era de dois terços, sem distinção da proveniência dos bens, e apenas se consideravam herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes.

As leis de 17 de Agosto de 1761 e de 4 de Fevereiro de 1765 dirigiam-se à sucessão legítima. Através destes diplomas, excluíram-se da sucessão as filhas das casas nobre que concorressem com irmãos. Também esta medida não encontrava amparo na tradição portuguesa, embora existisse o precedente da sucessão dos bens do morgado. E repare-se que o jusracionalismo proclamava que os herdeiros se situavam no mesmo plano, sem distinção de sexo ou idade. Nas palavras do autor: «Aqui, a motivação revela-se essencialmente política: o que se pretendia com as estatuições aludidas era, no interesse do rei e da monarquia, a criação de 'uma aristocracia forte e abastada para os servirem com esplendor». Já o advertia C. de MONCADA, *O século XVIII na legislação de Pombal*, in *Estudos de História do Direito*, vol. I. Coimbra, 1948, 122.

[13] Como ensina, C. SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., 153, nota 317, apesar de o Código Civil de Seabra se referir formalmente a duas espécies de sucessões, a sucessão legítima e a testamentária, e de a regulamentação da quota indisponível aparecer como um limite à liberdade testamentária (arts. 1784.º a 1790.º), o certo é que estas regras tinham aspectos próprios que permitiam autonomizar a sucessão legitimária de um ponto de vista substancial.

campo sucessório, com o Decreto de 31 de Outubro de 1910, diminuiu a quota legitimária para metade na generalidade dos casos e para um terço na sucessão de ascendentes de 2.º grau ou grau superior. As suas normas foram integradas no Código Civil, através da revisão dos seus preceitos.

O Código Civil de 1966 fez variar a sucessão legitimária, não apenas em função da categoria dos legitimários, mas também do número destes dentro de cada categoria, entre um terço e dois terços da herança global, tomando como herdeiros legitimário os descendentes (com discriminação qualitativa dos nascidos fora do casamento) e os ascendentes.

Em 1867, no regime originariamente estabelecido, na falta de descendentes e ascendentes, os irmãos e sobrinhos tinham sobre o cônjuge preferência absoluta (art. 2003). O cônjuge sobrevivo ocupava, portanto, o quarto lugar na linha dos sucessíveis, mas seria afastado da sucessão «achando-se judicialmente separado de pessoas e bens por culpa sua» (art. 2003, parte final). Apenas preferia aos restantes colaterais (tios e primos). Depois, o já referido Decreto de 31 de Outubro de 1910 inverteu a ordem anterior, dando prioridade ao cônjuge sobrevivo (art. 6). Com a reforma de 1930 voltou-se à situação precedente: os irmãos e sobrinhos sucediam antes do cônjuge, mas não se esqueceu o interesse deste, pois atribui-se-lhe o direito, como legatário legítimo, ao usufruto vitalício da herança (art. 2003). A situação do cônjuge sobrevivo era ainda acautelada no art. 1969, que lhe atribuía a propriedade plena dos géneros e frutos colhidos ou pendentes, destinados ao consumo do casal, e nos arts. 1995.º e 1999.º, que lhe reconheciam o usufruto de metade da herança quando fossem chamados à sucessão ascendentes ilegítimos do *de cuius*. Estas soluções transitaram para o CC de 1966 (arts. 2133 e 2146.º – 2148.)

A Constituição de 1976 igualou os descendentes nascidos dentro e fora do casamento e o Decreto-Lei 496/77 acrescentou aos herdeiros legitimários o cônjuge. Nos trabalhos preparatórios de 1966 chegara a debater-se a inclusão do cônjuge entre os herdeiros legitimários. No Anteprojecto, consideravam-se sucessíveis legitimários não só os descendentes e os ascendentes, mas também o cônjuge (art. 152.º). A sua legítima consistia no usufruto de metade da herança e era devida mesmo que houvesse descendentes ou ascendentes (art. 163.º); só que existindo outros herdeiros legitimários, parte do usufruto recaía sobre a legítima destes e a outra parte sobre a quota disponível (164.º). Tais propostas foram aceitas pela Comissão Revisora, embora a 1.ª Revisão Ministerial viesse a afastá-las[14]. Resultou da Reforma de 1977 a intenção clara de revalorizar

[14] *Vide Direito das Sucessões – Trabalhos Preparatórios do Código Civil* – organizados por G. TELLES, com a colaboração de Mário Bigotte Chorão), Lisboa, 1972, 86-70. A questão da medida

o estatuto sucessório do cônjuge sobrevivo. Em 1977, o cônjuge passou a integrar a primeira e a segunda classe de sucessíveis, respectivamente com os descendentes ou os ascendentes do falecido (arts. 2133.º, 1 e 2). A partilha entre o cônjuge e os filhos faz-se por cabeça, embora a quota do cônjuge não possa ser inferior a uma quota parte da herança (2139.º, 1). Quando, na falta de descendentes, sucedam o cônjuge e os ascendentes, ao cônjuge pertencerão duas terças partes da herança e aos ascendentes uma terça parte (2142.º, 1). Regras estas que vigoram para a sucessão legitimária, em que se inclui o cônjuge, ao lado das categorias tradicionais dos descendentes e dos ascendentes (2157.º). O cônjuge sobrevivo, que a propósito da sucessão legítima já fora posto à cabeça de todos os sucessíveis, em concorrência com os descendentes ou com os ascendentes ou sozinho, aparece-nos agora na sucessão legitimária também neste posto cimeiro, igualmente por obra da reforma de 1977 e pela primeira vez na história da legislação portuguesa[15]. Tal disciplina aplicava-se qualquer que fosse o regime de bens do casamento.

---

da protecção dos legitimários é ainda um assunto premente, porquanto se advogue que basta à protecção do legitimário um direito de usufruto sobre os bens, ou até um direito a alimentos contra a massa da herança. Segundo G. TELLES, *Direito das Sucessões*, 47: «constitui grande e pernicioso absurdo atribuir ao cônjuge (seja homem ou mulher) a legítima em propriedade. Se o cônjuge se torna proprietário dos bens integrantes do seu quinhão legitimário, pode livremente dispor deles, ainda em vida, a favor de quem quiser; e, por sua morte, tais bens seguirão o curso que lhes couber segundo as regras da sucessão legal ou testamentária, curso que eventualmente os afastará do círculo da família do cônjuge a que primeiro pertenciam». «Diversamente se passariam as coisas se a cônjuge sobrevivo coubesse apenas o usufruto vitalício, como propúnhamos no nosso Anteprojecto. O cônjuge teria até à morte o pleno gozo dos bens, usando as coisas e auferindo os rendimentos. Quando falecesse, o usufruto extinguir-se-ia e a nua propriedade seguiria o seu curso normal, não entregue à sorte nem comandada pela vontade do cônjuge beneficiário da legítima, que a recebeu para seu benefício pessoal e não para lhe dar, injustificadamente, e o destino que muito bem lhe aprouver». A. COSTA, *A liberdade de testar*, cit., «Reconhece-se a bondade das razões que alicerçam a orientação adoptada pelo legislador de 1977, polarizadas em torno da colaboração do cônjuge sobrevivo não incremento e conservação do património e da ideia moralizante da manutenção do seu teor de vida. Aspectos ligados à potenciação da família nuclear ou pequena família. Porém, não deixam de aduzir-se, em contrário, argumentos ponderosos. Concretamente: o de que a atribuição de um usufruto vitalício – solução que quase vingara em 1966 – asseguraria a situação económica do cônjuge supérstite, sem os riscos de eventuais conflitos e choques com descendentes e ascendentes, na partilha imediata da herança; o de que muito afecta a estrutura da família baseada em vínculos de consanguinidade, podendo bens de uma estirpe passar para outra, através de ulterior matrimónio. E a concepção da pequena família estará assim tão pujante e distanciadora da família clássica?». Vide, para uma visão geral, F. NOGUEIRA, *A Reforma de 1977 e a posição sucessória do cônjuge sobrevivo*, em *ROA*, 1980, vol. III, 663 e ss, e C. SOUSA, *Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivo*, in FDUC (org.), *O Direito das Sucessões*, cit., 1321-1322.

[15] G. TELLES, *Sucessão legítima e legitimária*, Coimbra Editora, 2004, 47.

Mais recentemente, a Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto, veio alterar o Código Civil, permitindo aos nubentes, em convenção antenupcial, a renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário do outro cônjuge. Não nos alongaremos neste regime, mas deixaremos três notas sobre ele. Em primeiro lugar, sublinhe-se que a estipulação da cláusula não depende da existência de filhos anteriores ao casamento, nem sequer de casamento prévio. Ela resulta de um mero exercício de autonomia privada dos nubentes, na regulamentação dos seus interesses. Em segundo lugar, note-se que a renúncia, recíproca, é à condição de herdeiro legitimário e, portanto, os cônjuges continuam a ser herdeiros legítimos um do outro, carecendo sempre de uma posterior disposição testamentária destinada a afastar o cônjuge da lista dos sucessíveis. Por último, cabe sublinhar que o propósito do legislador, ao limitar a convenção aos nubentes que pretendam casar no regime da separação de bens, foi possibilitar a celebração de um matrimónio com inteira separação patrimonial[16], quer em vida, na vigência da sociedade conjugal, quer depois da morte, em matéria sucessória[17].

3. O repensar da legitimária no momento contemporâneo

A justificação da sucessão legitimária[18] assenta, no momento contemporâneo, na protecção da família nuclear[19]. São aduzidos vários argumentos: o de que os herdeiros legitimários partilham uma economia e um património comum, para a formação dos quais contribuíam e de que devem continuar a beneficiar depois

[16] Ainda que, como sabemos, o nosso legislador não tenha consagrado um regime de separação de bens absolutamente puro. Vide, a propósito, o artigo 1682.º-A, n.º 2, sobre a alienação, oneração, arrendamento ou constituição de outros direitos pessoais de gozo sobre a casa de morada de família, que carece sempre de consentimento de ambos os cônjuges.

[17] G. OLIVEIRA, *Notas sobre o Projeto de Lei n.º 781/XIII (Renúncia recíproca à condição de herdeiro legal)*, in http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Notas-sobre-a-renu%CC%81ncia-a%CC%80-condic%CC%A7a%CC%83o-de-herdeiro.pdf

[18] P. COELHO, *Direito das Sucessões*, cit., 46, e C. DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, Almedina, Coimbra, 2010, 15.

[19] A sucessão legitimária põe em confronto o princípio da liberdade testamentária (tutelado constitucionalmente pelo artigo 62.º da CRP) e a protecção da família (art. 67.º). Segundo C. SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., 123, desta «tutela resulta manifestamente uma constitucionalizada sucessão familiar, até pela natural proximidade biológica e afectiva, pela normal entreajuda e mesmo dependência familiar. Os termos dessa sucessão familiar é que já são sócio-juridicamente muito variáveis e compatíveis com uma limitação dos familiares sucessíveis». De todo o modo, a sucessão privada exige um compromisso entre a liberdade de testar e a sucessão familiar. Vide, em geral, R. XAVIER, *Planeamento sucessório e transmissão*

da morte do *de cuius*; os laços inderrogáveis da solidariedade familiar[20], que levam a uma compensação pelo cumprimento dos deveres de assistência a que pais e filhos e cônjuges estão obrigados; a perenidade do património familiar, na esteira dos antigos bens de avoenga, etc. A verdade é que os pressupostos ou o modelo de riqueza familiar em que assentam estes argumentos estão, em grande medida, ultrapassados. Da família patriarcal, típica de uma sociedade agrária, cuja economia fechada se fundava na conservação do património familiar a transmitir às gerações futuras, passou-se hoje à família nuclear, transitória, em função do aumento dos divórcios e da recomposição familiar, cuja função já não é de tipo produção, mas afectiva e assistencial. A solidariedade, indicada como fundamento da sucessão legitimária, não é vista como uma solidariedade de tipo meramente económico; pelo contrário, tem sido entendida cada vez mais como uma solidariedade dos afectos[21]. Por outro lado, descendentes legitimários, que na fundamentação da sucessão legitimária surgem como sujeitos carenciados e vulneráveis, em resultado do aumento da esperança média de vida, já estão em idade madura no momento da abertura da sucessão, afirmados profissionalmente e auto-suficientes do ponto de vista económico.

Estes argumentos em crise convocaram vozes na doutrina contra a sucessão legitimária.

Para Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez de Campos[22]: «Será que ainda é socialmente legítima, digna de protecção, a expectativa dos filhos que há muito não contactam com os pais, ou que só contactam de quando em vez?; que com eles têm reduzida comunhão espiritual, e muitas vezes nem sequer assistência material lhes prestam ou recebem?» Relembram os autores que: «Quando os filhos viviam longo tempo com os pais, muitas vezes em economia comum, ou pelo menos mantendo estreitas relações, privá-los do património dos pais parecia uma violência. Sobretudo porque os filhos contavam com esse património para a sua subsistência. Hoje, em que, na maioria das vezes, escassos laços económicos há entre pais e filhos maiores, e em que os filhos não contam normalmente com o património dos pais para a sua subsistência, por viverem do seu trabalho, e por a expectativa sucessória ser em idade já avançada dos filhos, as necessidades a tutelar por parte dos filhos e outros parentes próximos são seguramente mais fracas». Em conclusão, «A filiação, hoje, pode e deve valer educação, no duplo sentido moral e material do termo. Mas é muito duvidoso

do património à margem do Direito das Sucessões, Universidade Católica Editora, Porto, 31 e ss.

[20] S. NAPPA, *La successione necessaria*, Padova, 1999, 1.

[21] G. BISAZZA, *La successione*, cit., 170.

[22] D. L. CAMPOS/M. CAMPOS, *Lições de Direito das Sucessões*, Almedina, Coimbra, 2017, 29.

que ainda deva valer herança. Propendo, assim, no sentido da plena liberdade de testar do titular dos bens. De modo a que este possa considerar livremente o peso das relações que tem com cada um dos membros da sua família. Liberdade que só deve ser temperada por situações de extrema necessidade dos parentes próximos».

No mesmo sentido, questiona Jorge Duarte Pinheiro[23], «Por que razão uma pessoa está impedida de determinar, de forma relativamente incondicionada, o destino da generalidade dos bens que lhe pertencem? Por que motivo certas pessoas, em regra, obtêm forçosamente o direito a adquirirem um património, independentemente do mérito e graças a um vínculo familiar (de parentesco ou conjugal) que têm com o *de cuius*? Não seria suficiente, após a morte do *de cuius*, uma protecção imperativa da família que se reflectisse em obrigações de alimentos exigíveis à herança e em legados legais tendo como objecto a casa de morada de família e o respectivo recheio? Nesta época, em que a riqueza é sobretudo fruto do trabalho e de decisões individuais de aplicação do capital, em que a família perdeu a sua antiga função de unidade de produção, será pertinente entender a sucessão *mortis causa* como uma contrapartida justa da colaboração prestada pelos familiares ao *de cuius* na formação do património?».

4. As sucessões transfronteiriças, o Regulamento UE 650/2012 e a ordem pública internacional

O artigo 22.º do Código Civil português, com a epígrafe "ordem pública", determina que, no seu n.º 1, que: «Não são aplicáveis os preceitos da lei estrangeira indicados pela norma de conflitos, quando essa aplicação envolva ofensa dos princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado português». E no seu n.º 2 considera aplicáveis, neste caso, as normas mais apropriadas da legislação estrangeira competente ou, subsidiariamente, as regras do direito interno português. A excepção de ordem pública internacional teria, pois, lugar sempre que «a aplicação desse preceito ao caso concreto produziria um resultado absolutamente intolerável para o sentimento ético-jurídico dominante, ou lesaria gravemente interesses de primeira grandeza da comunidade local»[24]. A excepção de ordem pública internacional[25] constitui

[23] J. PINHEIRO, *Direito das Sucessões Contemporâneo*, 2.ª ed., AAFDL, 2017, 178.
[24] F. CORREIA, *Direito Internacional Privado. Alguns Problemas*, Coimbra, 1991, 126.
[25] F. CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, 1973, 559; I. COLAÇO, *Lições de Direito Internacional Privado II*, AAFDL, Lisboa, 1959, 420; B. MACHADO, *Lições*

uma noção funcional[26], que permitirá apreciar a regra estrangeira para avaliar se aquela pode, naquele caso particular, atentar contra aspectos essenciais da ideia de direito do sistema jurídico do foro[27]. Assim, a tolerância, a respeito das regras de um sistema jurídico estrangeiro deve ir mais longe [do que aquela da ordem pública interna relativamente à autonomia privada das partes], a protecção das concepções do foro devem ser limitadas aos casos onde valores essenciais do Estado ou interesses de primeira linha sejam postos em causa[28].

O Regulamento UE 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 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[29], determina no seu artigo 35.º que: «a aplicação de uma disposição da lei de um Estado designada pelo presente regulamento só pode ser afastada se essa aplicação for manifestamente incompatível com a ordem pública do Estado-Membro do foro», e no seu artigo 40.º, sobre os fundamentos do não reconhecimento, estabelece-se que uma decisão não é reconhecida: «a) Se o reconhecimento for manifestamente contrário à ordem pública do Estado-Membro requerido»[30]. Esta é, igualmente, a solução do artigo 980.º, f), do Código de Processo Civil, sobre o reconhecimento de sentenças estrangeiras: «Para que a sentença seja confirmada é necessário: f) Que não contenha decisão cujo reconhecimento conduza a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado Português».

de Direito Internacional Privado, Almedina, Coimbra, 1982, 253-257; GONÇALVES DE PROENÇA, *Direito Internacional Privado (Parte Geral)*, Lisboa, 1998, 197-199.

[26] M. RAMOS, *L'ordre public international en droit portugais*, in *BFDUC*, v. LXXIV, 1998, 46.

[27] *Ibidem*.

[28] *Idem*, 48. O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de Outubro de 2014 (Processo n.º 1036/12.4YRLSB.S1) decidiu que: «I – O conceito de ordem pública internacional é vago, fluído e impreciso mas, numa aproximação com escopo meramente operativo, podemos, para o efeito assinalado em I, designá-la como uma amálgama de valores basilares e concepções dominantes de índole social, ética, política e económica expressos em princípios e regras que o aplicador deve, em cada momento histórico, interpretar e reconhecer a fim de apreciar se os mesmos se podem ter como afrontados pelo resultado a que se chegou na sentença arbitral revidenda. III – A contrariedade à ordem pública internacional do Estado Português avalia-se em função do efeito jurídico a que a decisão arbitral conduz, irrelevando os fundamentos em que ela se ateve».

[29] N. 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, in G. OLIVEIRA (coord.), Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, 429 e ss.

[30] Atente-se no Considerando 58: «Em circunstâncias excecionais, por considerações de interesse público, os órgãos jurisdicionais e outras autoridades competentes para tratar matérias sucessórias

A questão que se coloca aos nossos tribunais é, pois, se cabe aceitar uma norma aplicável por força das regras de conflitos ou reconhecer uma sentença estrangeira que não respeitem a reserva aos herdeiros necessários conferida pela sucessão legitimária no nosso país. Vejamos, em primeiro lugar, qual a(s) resposta(s) dos nossos tribunais à questão. *O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 5 de Maio de 1992 [0057701] decidiu que*: «II – Não é, porém, de aplicar a lei estrangeira que permita ao testador dispor livre e ilimitadamente de todos os seus bens em prejuízo dos seus próprios filhos, por atingir o sentimento ético e jurídico dominante e lesar gravemente interesses de primeira grandeza da comunidade local. III – A quota disponível tem como fundamento o interesse dos filhos do autor da herança e é inspirado por razões de interesse e ordem pública, pelo que no caso em apreço impõe-se a aplicação da lei portuguesa». No mesmo sentido, o *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de Outubro de 2008* [07B4545] *proferiu decisão no sentido de que*: «2 – O princípio da lei sucessória portuguesa que pretende salvaguardar para os filhos ao menos uma parte da herança de seus pais é um princípio de ordem pública internacional do estado português. 3 – Nessa medida, na medida da legítima, não pode ser respeitado em Portugal um acordo de vontades entre marido e mulher portugueses, celebrado no Luxemburgo, onde têm residência habitual, de acordo com a leis desse país, nos termos do qual à morte de um deles o outro será o herdeiro de todos os seus bens». O caso era o seguinte:

A recorrente AA, dizendo-se residente no Luxemburgo, veio, em 17 de Dezembro de 2004, aos tribunais portugueses, no caso concreto ao Tribunal Judicial da Comarca de Vila Pouca de Aguiar, requerer a instauração de processo de inventário por óbito de seu marido que, em 23 de Outubro de 2000, faleceu no Luxemburgo, «sem deixar testamento ou qualquer outra disposição

dos Estados-Membros deverão ter a possibilidade de afastar certas disposições da lei estrangeira quando a sua aplicação num caso específico seja manifestamente incompatível com a ordem pública do Estado-Membro em causa. No entanto, os órgãos jurisdicionais ou outras autoridades competentes não deverão poder invocar a exceção de ordem pública para afastar a lei de outro Estado-Membro nem recusar reconhecer ou, consoante o caso, executar uma decisão já proferida, um ato autêntico ou uma transação judicial provenientes de outro Estado-Membro, quando a aplicação da exceção de ordem pública seja contrária à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em especial ao artigo 21.o, que proíbe qualquer forma de discriminação». Cfr. ainda os artigos 60.º, n.º 3, «O órgão jurisdicional perante o qual é interposto um recurso nos termos dos artigos 50.º ou 51.º só recusa ou revoga uma declaração de executoriedade se a execução do ato autêntico for manifestamente contrária à ordem pública do Estado-Membro de execução» e 61.º, n.º 3, «O órgão jurisdicional perante o qual é interposto um recurso nos termos dos artigos 50.º ou 51.º apenas poder recusar ou revogar uma declaração de executoriedade se a execução da transação judicial for manifestamente contrária à ordem pública do Estado-Membro de execução».

de última vontade». Indicou como (também) interessados no inventário os onze filhos do inventariado por serem – eles, e ela própria – os únicos e universais herdeiros do falecido; e relacionou cinco imóveis, todos situados em Vila Pouca de Aguiar. A questão que ocupou o Tribunal foi a de saber como se deveriam comportar, substantivamente, os tribunais portugueses na partilha a que tinham de dar seguimento. O Tribunal secundou o Acórdão recorrido, reafirmando o entendimento de que há um princípio de unidade e universalidade da herança que impõe que todos os bens dela constantes, situados em território nacional ou no estrangeiro, devam ser considerados na partilha a efectuar, por forma a que possam ser cumpridas as regras da sucessão. O que, naturalmente, impõe a relacionação de todos os bens da herança, seja qual for o seu "domicílio", no país ou no estrangeiro, ou a sua natureza. E aparentemente, e sem mais, a questão estaria resolvida – a cabeça de casal deve relacionar o imóvel (e os depósitos bancários, cuja «questão já se mostra definitivamente decidida ... a fls. 10») situado no Luxemburgo. Só que o despacho que o manda relacionar – e que o acórdão recorrido confirma – avança na substantividade da questão, considerando que o "contrat de mariage" invocado pela recorrente viola o princípio da imutabilidade das convenções antenupciais e do regime de bens resultantes da lei e, arrastando a violação da norma imperativa do art. 1714º, nº1 do CCivil, «implica a nulidade, por estarem em jogo interesses públicos cuja tutela importa salvaguardar ... na medida em que responde a exigências de protecção dos interesses de cada cônjuge, face ao ascendente do outro». E o acórdão recorrido, que nega provimento ao agravo confirmando o decidido, avança no mesmo sentido embora por outro caminho: considera que «esta disposição contratual, o 'contrat de mariage', briga abertamente com as regras sucessórias estabelecidas no nosso CCivil, nomeadamente as dos arts. 2131º a 2136º, 2139º, 2157º e 2159º. Como é a lex patriae do inventariado que se aplica à sucessão aberta pelo seu falecimento, pode dizer-se que, nessa medida, o convencionado no 'contrat de mariage' teria de ceder perante as normas sucessórias acima citadas». Considerou o Tribunal do Supremo Tribunal de Justiça: «Pensamos que o acórdão recorrido decide bem quando localiza a questão no domínio das regras sucessórias e não já no âmbito da imutabilidade das convenções antenupciais e do regime de bens resultante da lei … O que isto significa é que o BB e a AA, portugueses que casaram em Portugal no Dia de Natal de 1955, no regime de comunhão geral de bens, no dia 23 de Outubro de 1996, num tempo em que residiam no Grão-Ducado do Luxemburgo e tinham a intenção de aí continuar, declararam expressamente submeter-se ao direito luxemburguês no que concerne às consequências civis do seu matrimónio e, à sombra desse direito, alteram as regras da sucessão para o caso da morte

de um deles: o outro será o único e exclusivo herdeiro (podendo perguntar-se, dos termos do "contrat de mariage", se de todos os bens da comunhão ou apenas dos depósitos comuns) quer haja quer não haja filhos do de cujus – e havia onze». Mas, que nos diz o nosso direito de conflitos? Que a sucessão por morte é regulada pela lei pessoal do autor da sucessão ao tempo do falecimento deste ... – art. 62º. E que a lei pessoal é a da nacionalidade do indivíduo – nº1 do art.31º. Mas também que – nº 2 do mesmo artigo – são reconhecidos em Portugal os negócios jurídicos celebrados no país da residência habitual do declarante, em conformidade com a lei desse país, desde que esta se considere competente. Se o BB é, como era, nacional português, a lei que se lhe aplica é a lei portuguesa – e, como entendeu a Relação, lá vêm chamados à colação os arts.2131º a 2136º, 2139º, 2156º e 2157º, 2159º do CCivil. Ponto seria saber se o "negócio jurídico" entre ambos celebrado em 23 de Outubro de 1996 (ou acordo de vontades – veja-se FERRER CORREIA, RLJ, ano 116º) foi ou não celebrado em conformidade com a lei luxemburguesa e se esta se considera competente. Então haveria que reconhecer esse negócio, seja qual for a sua extensão, com as consequências inerentes. Mas isso não está feito (embora pudesse ainda fazer-se). E seria mesmo um acto inútil fazê-lo. Porque – de novo o nosso direito de conflitos – não são aplicáveis os preceitos da lei estrangeira indicados pela norma de conflitos, quando essa aplicação envolva ofensa de princípios fundamentais da ordem pública internacional do estado português – art. 22º, nº1 do CCivil. Não serão aplicáveis preceitos da lei estrangeira que forem contrários – ver MOTA PINTO, *Teoria geral do Direito Civil*, 3ª edição actualizada, Coimbra Editora, 551 – àquele «conjunto de princípios fundamentais, subjacentes ao sistema jurídico, que o Estado e a sociedade estão substancialmente interessados em que prevaleçam e que têm uma acuidade tão forte que devem prevalecer sobre as convenções privadas». Ou – vistas as coisas de um ponto de vista do direito internacional – ao «conjunto de princípios que, por serem fundamento de uma ordem jurídica determinada, impedem a aplicação, na respectiva esfera de influência, da lei estrangeira normalmente competente, ou o reconhecimento dos respectivos efeitos» – TABORDA FERREIRA, RDES, X-186. Do que se fala quando se fala em ordem pública internacional do estado português é dos princípios fundamentais estruturantes da presença de Portugal no concerto das nações. E nesse princípios, seguramente, se encontra aquele que quer salvaguardar para os filhos ao menos uma parte da herança de seus pais. Pode variar essa porção, pôde haver tempos até em que se distinguiam os filhos consoante fossem nascidos dentro ou fora do casamento, podem os filhos ter ou não a companhia do cônjuge do pai, tudo isso foi possível; o que nunca foi

possível foi conceber um caminho sucessório que eliminasse por completo os filhos da sucessão de seus pais (a não ser em casos de indignidade).
Esse é um princípio estruturante do nossa maneira de ser português – haverá sempre ao menos uma porção da herança dos pais que aos filhos se destina. Não é, pois, possível respeitar aqui, nesta partilha, um acordo de vontades que permitiu – que permitisse – a este pai eliminar por completo a presença de seus filhos a receber a porção da sua herança a que a lei portuguesa chama de legítima. Neste estrito limite não pode respeitar-se o 'contrat de mariage' celebrado em 23 de Outubro de 1996. E, sendo assim, também de um ponto de vista substantivo o prédio sediado no Luxemburgo não pode deixar de ser relacionado.
O *Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 5 de Fevereiro de 2009* [3038/08-3], *seguiu no mesmo sentido*: «III – Entende-se por Ordem Pública Internacional, o conjunto de normas e princípios jurídicos cuja preterição atropela, grosseiramente, as concepções ético-jurídicas da comunidade que forma o Estado Português. IV – Ofende a Ordem Pública Internacional do Estado Português, o afastamento de um filho da sucessão testamentária, por meio de testamento». Na fundamentação do Tribunal: Dispõe este preceito que não são aplicáveis os preceitos da lei estrangeira indicados pela norma de conflitos, quando essa aplicação envolva ofensa dos princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado português. devendo aplicar-se, neste caso, as normas apropriadas da legislação estrangeira competente ou, subsidiariamente, as regras do direito interno português. A ordem pública internacional funciona, assim, por via de excepção, por isso que impeditiva da aplicação da lei estrangeira para que remetera a própria norma de conflitos. Trata-se, porém, de uma figura que o código não define e que, no dizer de Pires de Lima e Antunes Varela, nem poderia definir, por isso que se estará perante um princípio geral, uma ideia mestra cujo conteúdo positivo terá de ser preenchido pelo julgador na análise de cada caso (Cfr. Código Civil Anotado. Vol I, 4ª edição, 69). Perante esta realidade tem sido tarefa da doutrina fornecer alguns critérios orientadores, campo em que justamente se destaca o ensinamento do Prof. JOÃO BATISTA MACHADO, in *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª edição, 259 e segs., e que se pensa interpretar correctamente nas linhas que se seguem. Assim, havendo que distinguir entre ordem pública interna e ordem pública internacional, consistiria a primeira no conjunto de normas e princípios jurídicos absolutamente imperativos que formam os quadros fundamentais do sistema, sobre eles se alicerçando a ordem económicosocial, como tais inderrogáveis pela vontade dos indivíduos e a segunda na parte do

mesmo conjunto de normas e princípios jurídicos cuja preterição em virtude da aplicação de uma lei estrangeira, atropelasse grosseiramente as concepção ético-jurídicas da comunidade que forma Estado português. Ou seja, a excepção de ordem pública internacional funcionará sempre que, na palavras do ilustre Mestre, o direito estrangeiro 'comova ou abale os próprios fundamentos da ordem jurídica interna (pondo em causa interesses de maior transcendência e dignidade)' ou seja de molde a 'chocar a consciência e provocar uma exclamação'. Em resumo, tratar-se-á de preservar valores ético-jurídicos com suficiente perenidade e assunção pela comunidade para que a sua preterição pudesse ser encarada não só como antijurídica como verdadeiramente imoral. Perante este enquadramento da questão, dúvidas não se suscitarão de que a ordem jurídica portuguesa, como aliás resulta da brilhante resenha histórica contida na motivação das alegações do recurso, sempre protegeu a posição sucessória dos filhos, mesmo que ilegítimos, preservando a respectiva legítima através de limitações impostas aos actos de disposição, a título gratuito, dos respectivos progenitores, o que hoje é assegurado, designadamente, pelas disposições dos artºs 2157º, 2159°, 2168° e 2169°, contexto em que a verdadeira deserdação cometida, no caso em apreço, relativamente ao filho "B", pelo autor do testamento, não deixaria, efectivamente, na ordem interna, «de chocar a consciência e provocar uma exclamação», sobretudo num caso com a estreitíssima conexão com a ordem do foro que resulta do facto de se tratar de um filho nascido e residente em Portugal, onde viveu todo o agregado familiar, incluindo, o testador e onde também e se situam todos os bens (conhecidos) que constituem o seu acervo hereditário. Com efeito, agora na esteira do acórdão do STJ de 27 de Junho de 1978 in BMJ n° 278, 232-237, aliás citado pela apelante e em que se julgou inaplicável a lei espanhola que afastava da sucessão os filhos ilegítimos, também é determinante do afastamento da lei estrangeira a conexão do caso concreto com o ordenamento jurídico do Estado do foro sobretudo quando se conclua, como se acaba de concluir, que é nele que esse caso atingirá os seus efeitos. Já no que respeita autora "A" se não justificará idêntica ordem de considerações. Com efeito vistos os estreitos limites ao funcionamento da excepção de ordem pública internacional, haverá que ponderar que a inclusão do cônjuge no elenco dos herdeiros legitimários é uma opção recente da ordem jurídica portuguesa, perfeitamente datada porque fruto de concepções decorrentes do novo rumo político encetado com a revolução iniciada em de Abril e 1974 que, independentemente do acolhimento que possa ou deva merecer entre dos tratadistas do direito, não se insere seguramente naquele núcleo perene de princípios ético-jurídicos por que se tem conduzido a comunidade nacional, razão por que o seu afastamento pela lei estrangeira

já não suscitaria aquele juízo de imoralidade. Aqui chegados e perante os concretos pedidos formulados, facilmente se compreenderá que à discussão sobre a aplicabilidade na ordem jurídica interna da lei inglesa é absolutamente estranha a matéria da validade ou invalidade do testamento como acto jurídico, por isso que ela se situa apenas ao nível do funcionamento ou não de uma excepção consagrada em sede de normas de conflitos de sorte que, funcionando, o que conduz é à respectiva ineficácia. Por todo o exposto e sem necessidade de mais considerandos, na parcial procedência da apelação, julgam inaplicável o ponto 3 da Lei Testamentária Britânica de 1837 e consequentemente ineficaz, na ordem jurídica portuguesa, o testamento ao abrigo dela outorgado pelo falecido "C" na parte em que ofende a legítima a que, segundo os acima citados preceitos do C. Civil Português, tem direito o autor seu filho "B".

No *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de Junho de 2013* [832/07.9TBVVD.L2.S2] decidiu-se um caso de fraude à lei, que se traduziu, *in casu*, na circunstância de a falecida, conhecedora da lei aplicável à sua sucessão em Portugal, e do facto da sua quota disponível, nessa eventualidade, ser inferior à que a lei brasileira lhe permitia dispor – por força da legítima prevista num e noutro ordenamento jurídico –, ter-se deslocado resolutamente ao Consulado-Geral da República Federativa do Brasil, em Lisboa, para aí, submetendo-se à lei brasileira, procurar escapar ao regime legal da sucessão legitimária mais rigoroso do Estado português (em comparação com o do CC Brasileiro). Sublinhou o Tribunal que: «não é o facto de a lei brasileira contemplar uma legítima de 1/2 dos bens da herança, enquanto que a lei portuguesa, in casu, contempla uma legítima de 2/3, que converte a situação num caso de violação da ordem pública internacional, susceptível de cair na alçada do art. 22.º do CC».

Esta breve análise da jurisprudência dos nossos tribunais demonstra que reserva legitimária tem sido julgada, entre nós, como fazendo parte daquele núcleo de valores essenciais, cuja violação se apresenta como intolerável e que justifica a invocação da ordem pública internacional do estado português. Mas será de sufragar este entendimento, após a entrada em vigor do Regulamento EU 650/2012? É o que debateremos no ponto seguinte.

5. A salvaguarda da sucessão legitimária justifica a invocação da excepção da ordem pública internacional? Notas conclusivas.

Para nos ajudar na reflexão, gostaríamos ainda de convocar a jurisprudência da *Cour de Cassassion* francesa, que, muito recentemente proferiu dois acórdãos absolutamente inovadores nesta matéria, considerando em ambos os casos que a reserva legitimária não integra a ordem pública internacional francesa[31].
Na decisão n.º 1004, de 27 de Setembro de 2017[32], o *de cuius* era um compositor de música, que casara em 1990, e que em 1999 instituiu e fez registar nos Estados Unidos um testamento, nos termos do qual deixava todos os seus bens a um *trust* familiar. Poucos dias depois, o casal organizou a gestão do seu património através do *trust* em comum, prevendo que o cônjuge sobrevivo se tornaria o beneficiário único da totalidade dos bens do casal, e que, após a morte do último, estes deveriam passar aos seus dois filhos. O *de cuius* faleceu na Califórnia, deixando o cônjuge, dois filhos menores e quatro outros filhos de relações e uniões anteriores. Dois deles vieram exercer os seus direitos enquanto legitimários sobre o património sucessório, alegando que a ordem pública francesa se opunha à aplicação da lei californiana, que ignora a reserva. Considerou o tribunal que uma lei estrangeira designada pela norma de conflitos que ignora a reserva hereditária não é em si contrária à ordem pública internacional francesa e não se pode considerar que a sua não aplicação em concreto, conduza a uma situação incompatível com os princípios de direito francês considerados essenciais. Referindo-se ao aresto em recurso, pode ler-se: «depois de ter determinado que a lei normalmente aplicável à sucessão é a do estado da Califórnia, que não conhece a reserva hereditária, o aresto sublinha que não se determinou que a aplicação desta lei deixaria um dos demandantes, todos maiores à data da morte do seu pai, numa situação de precariedade económica ou de necessidade, que o *de cuius* residia há mais de trinta anos na Califórnia, onde nasceram os seus três filhos mais novos, e que todo o seu património imobiliário e uma grande parte do seu património mobiliários estão situados nos Estados Unidos … concluiu [o Tribunal] que a lei californiana permitiria ao *de cuius* dispor de todos os seus bens a favor de um *trust*, beneficiando o sue cônjuge, mãe dos seus dois filhos menores, sem reservar uma parte aos outros filhos, não violava a ordem pública internacional francesa …».

[31] Note-se que, em França, desde a Lei de 13 de Maio de 2006, os ascendentes foram excluídos da lista de sucessores legitimários, e que os descendentes têm prioridade sobre o cônjuge.
[32] Arrêt n°1004 du 27 septembre 2017 (16-13.151) – *Cour de Cassation – Première chambre civile* – ECLI:FR:CCASS:2017:C101004.

Do mesmo modo, na decisão n.º 1005, de 27 de Setembro de 2017[33], o *de cuius*, um compositor musical, de nacionalidade francesa, casou-se em 1984. Em 1991, ele e o cônjuge segundo o direito californiano um *trust* familiar, de que eram os únicos "*trustors*" e "*trustees*", para o qual transferiram todos os bens do *de cuius*. À sua morte, em Los Angeles, sobreviveram-lhe o cônjuge, dois filhos de relações anteriores ao casamento e um filho adoptivo. Num testamento feito em 2008, deixou todos os bens móveis ao seu cônjuge, bem como o restante da sua sucessão, enquanto beneficiário do *trust*. Reiterou o Tribunal que: «uma lei estrangeira designada pela norma de conflitos que ignora a reserva hereditária não é em si contrária à ordem pública internacional francesa e não se pode considerar que a sua não aplicação em concreto, ao caso concreto, conduza a uma situação incompatível com os princípios essenciais do direito francês». Depois de ter determinado que a lei aplicável à sucessão era a do Estado da Califórnia, que não conhece a reserva, o Tribunal recorrido havia também sublinhado que o último domicílio do *de cuius* era no Estado da Califórnia, que desde 1965 que as suas relações se estabeleciam nos Estados Unidos, onde a sua instalação era antiga e durável e que as partes não se encontravam numa situação de precaridade económica ou de necessidade, não havendo, pois, lugar à não aplicação da lei californiana. A *Cour de Cassation* rejeitou, consequentemente, o recurso.

Caberá transpor para a nossa ordem jurídica a solução aduzida pelo tribunal francês? Parece-nos que sim. Independentemente da posição que tomemos sobre a fundamentação, alcance e necessidade da sucessão legitimária, incontestável é que os seus fundamentos estão inexoravelmente em crise no momento contemporâneo. A doutrina tem reflectido isso mesmo e o próprio legislador já desferiu um golpe certeiro na qualidade de herdeiro legitimário do cônjuge. Por outro lado, a invocação de ordem pública internacional tem carácter excepcional, prevenindo apenas a aplicação de uma norma estrangeira ou o reconhecimento de uma sentença estrangeira que produza na nossa ordem jurídica um «resultado absolutamente intolerável para o sentimento ético-jurídico dominante». Cremos que a sucessão legitimária (ainda que com tonalidades diferentes quanto aos ascendentes, ao cônjuge e aos filhos, e relativamente a estes últimos, dependendo do facto de serem menores ou maiores) já não desempenha hoje essa função de essencialidade na nossa ordem jurídica.

---

[33] Arrêt n.º 1005 du 27 septembre 2017 (16-17.198) – *Cour de Cassation – Première chambre* civile – ECLI:FR:CCASS:2017:C101005.

Digital identity and *post mortem* protection: the case of social networks

Francesco Paolo Patti*
Associate Professor of private Law, Bocconi University

Francesca Bartolini**
Adjunct Professor of private Law, University of Genoa

Protecting data privacy is nowadays a multifaceted issue on the legislators' desks. Due to the central role of digital identity, it would be impossible not to consider a social network account as part of an asset. We are still in the phase where the reality changes so quickly, and the law follows: legislators start enacting new regulations, but the actual issues at stake in protecting *post mortem* data privacy may be better evaluated in terms of conflict. Starting from a German Supreme Court's (BGH) recent landmark decision, the essay aims to understand how the same issues there involved would be solved in Italy, taking into account the recent set of rules (d.lgs. 10 August 2018, n. 101) implementing in Italy the GDPR.

Che la protezione dei dati personali sia in continua espansione e "complicazione" è un dato ormai acquisito. In particolare, l'identità digitale ha assunto oggi un ruolo centrale nella vita delle persone, al punto che sembra ragionevole considerarne gli elementi (e, anzitutto, i profili social) come beni, trasmissibili mortis causa. *In un contesto nel quale i legislatori europei iniziano a costruire le prime discipline sulla protezione dei dati personali dopo la morte, e in mancanza di una giurisprudenza italiana che affronti questi temi, il contributo intende misurare l'impatto della recente disciplina italiana di attuazione del GDPR prendendo in prestito le questioni da un caso esemplare affrontato recentemente dal Bundesgerichtshof (BGH).*

* Author of Sections 1, 2 and 4.
** Author of sections 3, 5 and 6.

Summary: 1. Introduction. – 2. Access to the account as part of the estate. – 3. The data agent of the deceased. – 4. The exclusion of inheritability and the prohibition of exercising rights related to the data. – 5. The treatment of third parties' rights. – 6. Conclusive remarks.

1. Introduction

In the painful case which gave rise to the German Supreme Court's (BGH) landmark decision[1] on digital inheritance, the parents of a 15-year-old girl who had been killed by a train sought access to their daughter's Facebook account to try to determine whether her death had been a suicide or an accident. Facebook refused access, citing data privacy.

Such case offers a benchmark for evaluating the different solutions that the law could provide to protect interests involved in digital inheritance. As is well known, the General Data Protection Regulation of 2016 (GDPR)[2] does not apply to the personal data of deceased persons[3]. It is therefore left to the Member States to provide for rules regarding the processing of the personal data of the deceased. Notwithstanding the absence of European indications on the specific issue, the GDPR has encouraged national legislatures to adopt specific measures regarding data protection for deceased persons[4]. In this framework, the Italian legislature recently enacted an interesting set of rules through d.lgs. 10 August 2018, n. 101 on the adaptation of national laws to the GDPR[5].

It must be pointed out that there is no available Italian case law on matters related to digital inheritance. However, even before the enactment of the aforementioned legislative reform, some of the Italian literature was aware

[1] BGH, 12 July 2018, Case III ZR 183/17.

[2] Regulation EU 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) in GUUE L 119/1.

[3] See recital n. 27 GDPR.

[4] See G. RESTA, *Personal Data and Digital Assets after Death: a Comparative Law Perspective on the BGH Facebook Ruling*, in *EuCML (Journal of European Consumer and Market Law)*, 2018, 201 ff., in particular 202–204. With respect to US law, cf. E. HARBINJA, Post-mortem *privacy 2.0: theory, law and technology*, in *International Review of Law*, Computers & Technology, 2017, 26 ff.

[5] D.lgs. 10 agosto 2018, n. 101: *Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Regolamento UE 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)*, in GU, n. 205 del 4 settembre 2018).

of the problems of digital inheritance ("successione digitale" or "eredità digitale") and had analysed their juridical implications in depth[6], also on the basis of comparative research concerning cases in foreign jurisdictions[7]. Thus, the legislative intervention could be seen as the final result of studies and discussions that took place in the Italian literature with reference to three main questions: the *post mortem* protection of the deceased's data, the inheritance of digital assets, and the limits of private autonomy to dispose of digital assets[8].

In discussing the issues that were put under the BGH's scrutiny, it is therefore necessary to take into consideration the recent reform that affected Italian law. The relevant provisions are contained in article 2-*terdecies* of d.lgs. 10 August 2018, n. 101, which is devoted to deceased persons' rights. According to the general rule, the rights encompassed within articles 15-22 GDPR which are related to deceased persons could be exercised by a person who acts in their own interest or acts to protect the interests of the deceased, as an agent or for familial reasons that are worthy of protection[9]. The exercise of the aforementioned rights is not admitted in certain cases indicated by the law or, solely with respect to direct offers by information society services, where the data subject has expressly prohibited the exercise through a written statement presented or communicated to the controller[10].

The will to prohibit the exercise of the aforementioned rights must be unambiguous, specific, freely given and informed; the prohibition could affect only the exercise of some of the rights encompassed within articles 15-22

[6] See especially V. ZENO-ZENCOVICH, *La successione nei dati personali e nei beni digitali*, in *Riv. giur. sarda*, 2013, 448; G. RESTA, *La "morte" digitale*, in *Dir. inf.*, 2014, 891. Other works on the subject have been provided by M. CINQUE, *La successione nel "patrimonio digitale": prime considerazioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 645; A. MAGNANI, *L'eredità digitale'*, in *Riv. not.*, 2014, 147; S. DEPLANO, *La successione a causa di morte nel patrimonio digitale*, in C. PERLINGIERI-L. RUGGIERI (eds.), *Internet e diritto civile*, Napoli, 2015, 427; U. BECHINI, *Identità ed eredità digitale*, in POLLICINO-LUBELLO-BASSINI (eds.), *Identità ed eredità digitali. Stato dell'arte e possibili soluzioni al servizio del cittadino*, Roma, 2016, 43; M. MATTIONI, *Profili civilistici dell'identità digitale tra tutela e accertamento*, *ibidem*, 62–65; L. LIGUORI, *Eredità digitale. L'esercizio dei diritti dell'interessato deceduto*, *ibidem*, 75; C. MARCHISOTTI, *Digital identity and posthumous protection*, *ibidem*, 85; V. BARBA, *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, Napoli, 2018, 282-297; G. MARINO, *La "successione digitale"*, in *ODCC*, 2018, 167.

[7] G. RESTA, *La "morte" digitale*, cit., 895–899 who refers to English, Brazilian and American cases.

[8] Such issues are investigated, with sociological nuances, by G. ZICCARDI, *Il libro digitale dei morti*, Milano, 2017.

[9] Art. 2-*terdecies*, comma 1, d.lgs. 10 August 2018, n. 101.

[10] Art. 2-*terdecies*, comma 2, d.lgs. 10 August 2018, n. 101.

GDPR[11]. The data subject has the right to revoke or modify the prohibition at any time[12]. At any rate, the prohibition cannot be detrimental to third parties' exercise of patrimonial rights deriving from the data subject's death, nor to their right to defend their interests in court[13].
In the following, the main argumentations used by the BGH judgment will be discussed in the light of the Italian provisions. In particular, this article will focus on the 'inheritance-based' solution adopted by the German court, on the problem of control of unfair terms, and on the relevance of the GDPR with respect to the position of third parties.

2. Access to the account as part of the estate

The BGH affirms clearly that the contractual relationship with the social network platform characterized by rights and duties passes to the heirs according to § 1922 German Civil Code, which establishes the principle of universal succession[14]. The heirs could therefore have access to the account and to its contents, which could be personal or patrimonial in nature.
In principle, after the reform Italian law does not solve the problems of access to personal data through the general inheritance law of the Civil Code[15]. A particular provision on data protection must be taken into consideration in the first place. As mentioned above, according to d.lgs. 10 August 2018, n. 101, the rights encompassed within articles 15–22 GDPR that are related to deceased persons could be exercised by persons who act in their own interest or act to protect the interests of the deceased.

[11] Art. 2-*terdecies*, comma 3, d.lgs. 10 August 2018, n. 101.
[12] Art. 2-*terdecies*, comma 4, d.lgs. 10 August 2018, n. 101.
[13] Art. 2-*terdecies*, comma 5, d.lgs. 10 August 2018, n. 101.
[14] BGH, 12 July 2018, Case III ZR 183/17, par. 21. See also L. WÜSTHOF, *Germany's Supreme Court Rules in Favour of "Digital Inheritance"*, in *EuCML*, 2018, 205.
[15] The Italian legislature has issued rules on rights to the personal data of deceased persons since 2003, offering some useful indications to identify the destiny of such data. According to art. 9, comma 3, of d.lgs. 30 June 2003, n. 196 (the so-called "Codice della Privacy", now repealed by the abovementioned article 2-*terdecies* of d.lgs. 10 August 2018, n. 101), the rights connected to personal data of deceased persons might be exercised by persons who act in their own interest or to protect the interest of the deceased or for familial reasons worthy of protection. Such a provision did not openly deal with the many issues the BGH faced in the German landmark case, instead simply naming a list of persons entitled to exercise rights connected to the personal data of the deceased (see C. MARCHISOTTI, *Digital identity and posthumous protection*, cit., 102). However, as occurred in France, the Italian legislature took the implementation of the GDPR as an opportunity to put its hands into the rules on the data privacy of deceased persons.

The provision does not reveal whether the rights are exercised *iure proprio* or (at least in some cases) *mortis causa*. The rule only provides a kind of persistence of the rights beyond the natural person's life, which is of particular relevance with respect to the remedies that could be exercised according to the GDPR[16]. The persons indicated by the Legislative Decree have rights including the right to access data[17], to obtain rectification of the data[18] and to obtain the erasure of the data[19]. In addition, within the package of GDPR articles that are applicable to protecting the data of deceased persons, the importance of the right to data portability[20] must be pointed out. The persons indicated by the Legislative Decree could receive the entire personal data of the deceased. Such a provision permits the control of the circulation of personal data and the avoidance of a 'lock in' effect, which is provided by the impossibility of collecting the set of data and potentially transferring it to another controller[21]. The possibility of transferring the data should improve competition in the market, 'because a competitor can promise its potential customers to integrate their personal data (or parts thereof), if they bring their data with them'[22].

In the absence of an express derogation from the described legal framework[23], according to Italian law currently into force, the German Facebook case would have been easily solved by extending the GDPR provisions' scope of application. With respect to the data protection of the partner of a communication with the

[16] C. CAMARDI, *L'eredità digitale. Tra reale e virtuale*, in *Dir. inf.*, 2018, 81; G. RESTA, *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali*, in *Contr. impr.*, forthcoming.

[17] Art. 15 GDPR.

[18] Art. 16 GDPR.

[19] Art. 17 GDPR. From the Italian perspective, see F. DI CIOMMO, *Privacy in Europe After Regulation EU 2016/679: What Will Remain of the Right to Be Forgotten?*, in *Italian L.J.*, 2017, 623.

[20] Art. 20 GDPR: «the data subject shall have the right to receive the personal data concerning him or her, which he or she has provided to a controller, in a structured, commonly used and machine-readable format and have the right to transmit those data to another controller without hindrance from the controller to which the personal data have been provided …». See R. JANAL, *Data Portability - A Tale of Two Concepts*, in *JIPITEC* (*Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*), 2017, 59, who states that «Upon request, data controllers are required to provide personal data to the data subject in a structured, commonly used and machine-readable format, which enables the data subject to transfer their personal data between controllers».

[21] G. RESTA, *La successione nei rapporti digitali*, cit., who points out that according to its contents, the right of portability should be recognized only in favour of heirs or fiduciaries.

[22] R. JANAL, *Data Portability*, cit., 60.

[23] See par. 4 below.

deceased, the issue would probably have been solved by referring to art. 6, comma 1, lett. f, GDPR[24] as the BGH did[25].
This does not mean that rules on inheritance law do not play any role in cases of 'digital inheritance'. Also, according to Italian law, the contractual relationship between the deceased and the platform falls within the concept of universal succession[26]. As in the German legal system, the contracting parties may exclude having their relationship pass to the heirs, due to the non-mandatory character of the rule[27]. In the absence of such an exclusion, in Italy, too, the heirs could have access to the account in their capacity as successors.
An unsolved problem of the Italian legal framework is the possible conflict that could arise between the different people that may have a legitimate interest in the data of the deceased. For instance, it may happen that a son expresses the willingness to close an account and erase the collected data against the will of a different member of the family. The new provisions are silent on this issue. Even without specific provisions on protecting the data of the deceased, the same conflict could arise between heirs who do not agree on how to manage the account and the collected data. In these cases, it seems impossible to provide a 'one-size-fits-all' solution. If the deceased did not leave precise dispositions, the conflicts should be solved on a case-by-case basis, balancing the divergent interests of the parties.

3. The data agent of the deceased

As previously mentioned, the BGH stated that the heirs' right to access the Facebook account of the deceased follows directly from the principle of universal succession (which is also paramount under Italian law). Such a principle played a pivotal role in the construction of the BGH's reasoning in the absence of specific legislative rules.

---

[24] Art. 6, comma 1, lett. f, GDPR: «processing is necessary for the purposes of the legitimate interests pursued by the controller or by a third party, except where such interests are overridden by the interests or fundamental rights and freedoms of the data subject which require protection of personal data, in particular where the data subject is a child». See also par. 5 below.
[25] BGH, 12 July 2018, Case III ZR 183/17, 75–81. On this issue, see par. 5 below.
[26] S. DEPLANO, *La successione a causa di morte nel patrimonio digitale*, cit., 430 ff.; G. MARINO, *La "successione digitale*, cit., 180. A different opinion is expressed by V. BARBA, *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, cit., 290-292.
[27] See, for comparative remarks, F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, Milano, 1990, 81 ff.; ID., *Le posizioni contrattuali*, in BONILINI (diretto da), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, I, Milano, 2009, 525 ff.

The Italian legal system shows a different framework in which data protection rules are at the forefront. In this context, d.lgs. 10 August 2018, n. 101 includes in the list of persons entitled to exercise the GDPR rights of the deceased a person whom the deceased has appointed to protect her interests as an agent[28]. Such a legislative choice pursues two aims. The first is to endorse social network platforms' practice of appointing a 'legacy contact' in the event of death and, therefore, adapting the legislative rules to the reality of social network/user relationships. The second is to increase the level of protection for testamentary freedom, allowing the testator to broaden her tools to manage digital assets after death[29]. At any rate, it represents a significant recognition of private autonomy[30].
Comments on the practice of appointing the 'legacy contact' and – after the entrance into force of the abovementioned Legislative Decree – on the wording of the new rule made efforts to (*i*) identify the nature of such entrustment and (*ii*) qualify the juridical position of the 'agent'[31].
On the first issue, scholars have referred to the '*mandato ad mortem exequendum*', an agency agreement the effects of which shall arise upon the death of the 'principal' (i.e. the data subject)[32]. In the literature, this kind of agency is considered compliant, on the one hand, with the prohibition of succession pacts provided by article 458 of the Italian Civil Code[33] and, on the other, with the fiduciary feature of the agency[34].
Such an entrustment, made in life by the deceased, has effects that include the

[28] Art. 2-*terdecies*, comma 1, d.lgs. 10 August 2018, n. 101.
[29] In recent years, Italian law of succession in the recent years has seemed to pay greater attention to the testamentary freedom. See, on the specific issue of disinheritance the comparative overview by F. BARTOLINI-F.P. PATTI, *The freedom to disinherit children*, in *ZEuP*, 2018, 428.
[30] Cf. G. RESTA, *Chi controlla la nostra identità digitale dopo la morte?*, in *Giust. civ.*, 2018, 5.
[31] See G. MARINO, *La "successione digitale*, cit., p. 181.
[32] G. MARINO, *La "successione digitale*, cit., 197 qualifies this act of private autonomy as a unilateral act (a substantial authorization); whereas V. BARBA, *Interessi post mortem tra testamento e altri atti di ultima volontà*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 343 gathers it into the category of unilateral acts mortis causa other than will. Other examples of acts of entrustment usually qualified as agency *post mortem exequendum* are provided by G. RESTA, *La "morte" digitale*, cit., 919. For a general overview on will-substitutes in Italian law, see G. CHRISTANDL, *Will-Substitutes in Italy*, in BRAUN-RÖTHEL (eds.), *Passing Wealth on Death. Will-Substitutes in Comparative Perspective*, Oxford, 2016, 147.
[33] Such compliance follows the non-patrimonial nature of the assets at stake, as art. 458 Italian Civil Code only prohibits patrimonial attributions through succession agreements: cf D. ACHILLE, *Il divieto dei patti successori. Contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura*, Napoli, 2012.
[34] Which could imply that its effects are to cease upon the death of the principal. See, among others, C. CAMARDI, *L'eredità digitale*, cit., 92.

entitlement of the 'agent' to ask for access to the social network account in order to exercise specific activities. Usually, the data subject only reacts to a request by the service provider, identifying the legacy contact, who thus becomes allowed to manage the account to the extent decided by the provider itself. As was correctly observed, the agent's right to the account does not entail any duty to perform an obligation (she could even be unaware of the entrustment until the data subject's death). Moreover, the agent's right has to be balanced with possibly divergent interests deserving protection, i.e. the final will of the testator and 'public' interests of third parties. Thus, the agent is prevented from exercising any right in cases in which it is prohibited by law or the data subject subsequently expresses a different will (i.e. the removal of the account)[35].

4. The exclusion of inheritability and the prohibition of exercising rights related to the data

As said, contracting parties may exclude the inheritability of their contractual relationship. Exposure to contractual waivers represents an inherent flaw of the BGH's inheritance-based solution[36]. The exclusion of inheritability often corresponds to the contracting parties' interests, for instance within corporations. However, in the case under examination there is a strong asymmetry of bargaining power between the user and the platform[37]. The exclusion of inheritability is usually imposed by the latter, whereas it does not fit the user's interest[38]. In this way, data controllers and online providers are able to create a massive repository of data and digital content, which is usable for various purposes[39].

In the Facebook case decided by the BGH, in order to avoid access to the data of the deceased, the platform did indeed point out that the contracting parties had excluded the account's inheritability and chosen to memorialize the account. In its ruling, the BGH rejected the argument in declaring that Facebook's contractual terms on memorialization of the account are not binding to the other contracting party. They were only contained in Facebook's help section and, therefore, not incorporated into the user contract according to § 305, para 2,

[35] G. RESTA, *La successione nei rapporti digitali*, cit.
[36] G. RESTA, *Personal Data and Digital Assets*, cit., 204.
[37] *Ibidem*.
[38] D. HORTON, *Contractual Indescendibility*, in *Hastings L.J.*, 2015, 1057-1059, who refers to emails and social media accounts.
[39] G. RESTA, *Personal Data and Digital Assets*, cit., 204.

BGB[40]. In addition, the BGH stated that the exclusion of inheritability must be considered an unfair term according to § 307, para 2, n. 1 BGB because it is not compatible with essential principles of the statutory provision from which it deviates (i.e. the principle of universal succession)[41]. Furthermore, the German Court declared that memorialization infringes upon § 307, para 2, n. 2 BGB because it limits essential rights or duties inherent in the nature of the contract to such an extent that attainment of the purpose of the contract is jeopardized.
In the Italian legal system, articles 33-36 Consumer Code provide for an analogous substantive control of contractual terms[42]. However, the scope of application is limited to business-to-consumer contracts. The rules of the Consumer Code represent the Italian implementation of directive 93/13/CEE[43] and state the nullity of contractual terms that, contrary to the requirement of good faith, cause a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer[44]. Some scholars have already affirmed the possibility of applying the unfairness control to terms that exclude inheritability[45]. It seems that in business-to-consumer relationships,

[40] BGH, 12.7.2018, Case III ZR 183/17, para 27.
[41] BGH, 12.7.2018, Case III ZR 183/17, para 30.
[42] Of course the application of such a control mechanism requires Italian law to be applicable. The issue at stake is whether Social networks may select an applicable law through a choice of law clause. As it is well known, in consumer matters the freedom to choose the applicable law is restricted by Art. 6 (1) Regulation EC 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), which states that 'Without prejudice to Articles 5 and 7, a contract concluded by a natural person for a purpose which can be regarded as being outside his trade or profession (the consumer) with another person acting in the exercise of his trade or profession (the professional) shall be governed by the law of the country where the consumer has his habitual residence, provided that the professional: (a) pursues his commercial or professional activities in the country where the consumer has his habitual residence, or (b) by any means, directs such activities to that country or to several countries including that country, and the contract falls within the scope of such activities'. On this issue, see in particular S. FULLI-LEMAIRE, *La tutela del consumatore alla luce delle regole sulla competenza giurisdizionale di fonte europea*, in BENEDETTI-QUEIROLO (eds.), *Il consumatore di servizi finanziari nella crisi globale*, Roma, 2016, 55 ss., and with specific reference to social networks, cfr. P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Social Networking Sites: An Overview on Applicable Law Issues*, in *AIDA*, 2011, 3 ss.
[43] Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts [1993] in GUUE L 95/29.
[44] Arts. 33 and 36 Italian Consumer Code. On the juridical qualification of the 'nullità di protezione', see S. PATTI, *Beachtung der Nichtigkeit von Amts wegen: die "*nullità di protezione*" in Verbraucherverträge*n, in ZEuP, 2016, 950.
[45] S. DEPLANO, *La successione a causa di morte nel patrimonio digitale*, cit., 441-442.

Italian consumer law provides a legal framework which makes it possible to solve cases of exclusion of inheritability in the same way as the BGH did.
Moreover, the Italian Civil Code contains general rules for standard conditions and form contracts in articles 1341 and 1342, which are applicable both to business-to-consumer and to business-to-business contracts[46]. For our purposes, the relevant provision concerns the incorporation of the term into the contract: general conditions prepared by one of the parties are binding on the other party if known by the latter at the time when the contract was concluded or if she might have known thereof by using ordinary diligence[47]. Given that the terms on memorialization of the account were only contained in Facebook's help section, it seems possible to state that they are not knowable through ordinary diligence. In fact, it is arguable that usually people do not consider this section to be worth reading.
In the light of d.lgs. 10 August 2018, n. 101, it is also necessary to evaluate the issue of consent. According to the new provisions, the data subject can expressly prohibit the exercise of the rights encompassed within articles 15-22 GDPR through a written statement presented or communicated to the controller[48]. This provision has the valuable aim of protecting the will of the data subject, given that the aggregation of the collected data could reveal her most intimate thoughts[49]. Therefore, the person who is directly interested, namely the data subject, has the last word on the right to access the data.

In addition, the Legislative Decree states that the will to prohibit the exercise of the aforementioned rights must be unambiguous, specific, freely given and informed[50]. The purpose of the provision is to guarantee that the prohibition results in the data subject's effective will. Due to the asymmetry between the parties' bargaining power, placing complete trust in party autonomy could be dangerous[51]. In order to protect the data subject through effective means, the

[46] See G. GORLA, *Standard Conditions and Form Contracts in Italian Law*, in *Am. J. Comp. L.*, 1962, 1; E. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Milano, 2017, 173 ff.
[47] Art. 1341, comma 1. Italian Civil Code.
[48] Art. 2-*terdecies*, comma 2, d.lgs. 10 August 2018, n. 101. The persons that may exercise the abovementioned rights are those who act in their own interest or act in order to protect the interests of the deceased, as an agent or for familial reasons that are worthy of protection.
[49] G. RESTA, *La successione nei rapporti digitali*, cit.
[50] Art. 2-*terdecies*, para 3, Legislative Decree n. 101 of 2018.
[51] G. RESTA, *La successione nei rapporti digitali*, cit. On the control of the consent expressed towards a social network platform, see C. PERLINGIERI, *Social Networks and Private Law*, Napoli, 2017, 67–74.

wording used in the provision is the same as that adopted in the GDPR in article 4, para 1, n. 11, which defines the concept of 'consent'[52].
The Legislative Decree's choice should be welcomed. By requesting 'unambiguous, specific, freely given and informed' consent, the provision avoids having adherence to generic standard terms constitute the expression of the data subject's will: Such a declaration to prohibit the exercise of the rights encompassed within articles 15-22 GDPR does not produce any effect. Another advantage, mainly attached to the Italian legislature's decision to use the GDPR's definition of consent, derives from the possibility of referring to the decisions of the Italian Data Protection Authority. As was the case with the requirements of consent, this independent administrative authority may develop best practices in the field and hinder abuses by the platforms. In this regard, the level of protection of the data subject's will may be evaluated through the already existent rulings of the Italian Data Protection Authority. For instance, with respect to the requirement of freely given consent, the Authority has clarified that if a provider offers a service only under the condition of consent to a particular form of data processing, the consent is not 'free' and therefore does not produce any effect[53]. Hence, the new provision entails strict control of the pure character of the will to prohibit the exercise of the rights encompassed in articles 15-22 GDPR. It should also be noted that the data subject is always free to change her mind with respect to the prohibition. The legislative decree grants the data subject the right to revoke or modify the prohibition at any time and the same requirements apply to assuring the expression of an effective will[54].

5. The treatment of third parties' rights

Social network accounts pertain to the registered users (the 'data subjects'), but necessarily involve third parties who get in touch with them. In the case dealt with by the BGH, *inter alia* Facebook denied the access to the account claimed

[52] Art. 4, comma 1, n. 11, GDPR: «"consent" of the data subject means any freely given, specific, informed and unambiguous indication of the data subject's wishes by which he or she, by a statement or by a clear affirmative action, signifies agreement to the processing of personal data relating to him or her». See I.A. CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali nel nuovo Regolamento europeo. Analisi giuridica e studi comportamentali*, in *ODCC*, 2018, 78-82.
[53] See S. THOBANI, *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, in *Europa dir. priv*., 2016, 530-543; ID., *I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali*, Santarcangelo di Romagna, 2016, 43-58.
[54] Art. 2-*terdecies*, comma 4, d.lgs. 10 August 2018, n. 101.

by the parents of the deceased young girl by invoking the confidentiality of third parties' communications posted to the account.

The German Supreme Court offered three main arguments to declare that the personal data privacy rights of third parties have no influence on the heirs' access rights[55]. First, the account-related nature of the digital content prevents any influence of third parties' data privacy rights. Once the heirs gain access by virtue of general inheritance law, they are not allowed to manage the account on a personal basis, as they face the same scenario the account user faced in life. Thus, as in the user's lifetime it is impossible for any account user to verify the identity of the logged-in person with whom she communicates; once virtual content has been posted on the Facebook wall (or page), its fate becomes unmanageable. The same occurs, after all, in the analogue world, where the sender cannot prevent the sent message from being shared with a wider range of persons. Second, as the heirs cannot be considered 'other persons' who are not connected to the deceased, there is no room for the principle of secrecy of telecommunications (§ 88 of the German Telecommunication Act) to prevent the heirs from accessing the account. Third, the GRPR regulation does not preclude the heirs' access right, as the potential processing of third parties' personal data is covered by articles 6, para 1, let. (b) 1st alternative and 6, para 1, let. (f)[56].

The decision of the BGH can also be deemed appropriate from the Italian standpoint, even within a different context. As outlined above, the recent reform entitles those who act in their own interest or act to protect the interests of the deceased to exercise the rights encompassed within articles 15-22 GDPR, provided that the data subject has not expressly prohibited such exercise. d.lgs. 10 August 2018, n. 101 further states that the prohibition cannot be detrimental to the right of third parties to defend their interests in court[57]. Therefore, the new rule considers third parties' non-patrimonial interests (the right to defend their rights in court), not in order to prevent the disclosure of the account's contents but, on the contrary, to grant it to third parties willing to protect their positions before a court. Currently, in the absence of case law on the issue, it is not possible to take for granted who 'third parties' are within this framework: it

[55] L. WÜSTHOF, *Germany's Supreme Court Rules*, cit., 206.

[56] According to art. 6, para 1, let. (b) GDPR, processing is lawful to the extent that 'processing is necessary for the performance of a contract to which the data subject is party or in order to take steps at the request of the data subject prior to entering into a contract'. Under art. 6, para 1, let. (f) GDPR, processing is lawful to the extent that it is necessary for the purposes of the legitimate interests pursued by a third party. See the comment by G. RESTA, *Personal Data and Digital Assets*, cit., 204.

[57] Art. 2-*terdecies*, comma 5, d.lgs. 10 August 2018, n. 101.

seems reasonable to consider any person other than the deceased, her heirs and the platform to be a third party. The BGH's additional arguments on the account-related nature of digital content can be shared as a matter of principle, as can the argument referring to the lawfulness of the processing by virtue of the GDPR. According to article 6, para 1, let. (b), processing third parties' data is lawful when it is necessary for the performance of a contract to which the data subject is party. Since the reform, such a right of processing in the Italian law has not only pertained to heirs according to the principle of universal succession, but also to the persons indicated by d.lgs. 10 August 2018, n. 101[58]. In this respect, processing those data perfectly fits with article 6, para 1, let. (f), where it can be proved that it is 'necessary for the purposes of the legitimate interests pursued by a third party', where 'third party' in this context indicates who is entitled to do so by the abovementioned Legislative Decree.
Finally, the principle of secrecy of telecommunications: The Italian Constitution (art. 15) protects the secrecy of 'any form of communication' from any violation. Such a provision, meant to firmly state a fundamental personal right against any measures by the public authorities, has continually been interpreted in case law as granting protection from any unauthorized disclosure. Adapting this rule to the current framework requires great effort, because most communications are sent digitally and are by nature subject to immediate circulation and sharing. In the absence of Italian judgments on the applicability of the constitutional principle to social network communications, such a task implies a case-by-case analysis aimed at identifying the more suitable 'privacy level' in the concrete situation, depending for example on the specific characteristics of the digital platform and the contractual terms regulating public and private communications[59].

6. Conclusive remarks

The solutions adopted by the German judgment appear also to work properly in the Italian legal system. It is therefore possible to state that in a hypothetical analogous case, Italian judges would have ruled as the German judges did with respect to the principle of universal succession and the application of rules on unfair terms.

[58] Art. 2-*terdecies*, comma 1, d.lgs. 10 August 2018, n. 101. Cf. par. 2 above.
[59] See, on the applicability of art. 15 Italian Constitution to new kind of communications, C. CARUSO, *La libertà e la segretezza delle comunicazioni nell'ordinamento costituzionale*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2013.

Differently than German law, the Italian legal system now provides a specific data protection regime for the deceased. Such a special branch of data protection law seems useful in order to avoid some of the problems that affect the German solution based on inheritance law, namely the possibility of excluding the inheritability of the account by contractual means. Due to the wording used by the Italian legislature to describe the requirements of consent to exclude the application of the special provisions on *post mortem* data protection, it seems that the existence of an effective willingness to derogate from the general rule will be strictly controlled. If it is true that the recent Italian reform seems to achieve its goals (aligning rules to practice and enhancing the freedom of the deceased), it must also be noted that it fails to provide for clear coordination between data protection law and general inheritance law. The only provision of d.lgs. 10 August 2018, n. 101 that is devoted to the aforementioned problem states that the prohibition (of exercising some or all of the rights encompassed within articles 15-22 GDPR)[60] cannot be detrimental to third parties' exercise of patrimonial rights deriving from the data subject's death[61]. Thus, it is clear that if the right of the deceased has a patrimonial value, it falls within the succession[62]. With respect to juridical situations which affect only the non-patrimonial sphere, it is more difficult to determine with certainty what the relationship between data protection law and other branches of law is. Not only inheritance law but also rules that provide for the transmission of some personality rights of the deceased must be taken into consideration[63]. The provisions of d.lgs. 10 August 2018, n. 101 increase the number of persons entitled to exercise non-patrimonial rights over the digital assets of the deceased, but – as has already been pointed out – it misses the opportunity to deal with the problem of a possible conflict between the heirs, the agent and third parties claiming their rights (*iure proprio*) to act in order to protect the interests of the deceased (e.g. for familial reasons). In the absence of legislative indications and a clear manifestation of the will of the deceased, a case-by-case approach is required in order to balance the divergent interests.

[60] See par. 4 above.

[61] Art. 2-*terdecies*, comma 5, d.lgs. 10 August 2018, n. 101.

[62] See G. MARINO, *La successione digitale*, cit., 182, who refers to software, apps, photos, etc.

[63] For instance, the transmission of moral rights in the branch of intellectual property: see artt. 20 and 23 Italian Copyright Act 1942 (Legge sul diritto d'autore del 22 aprile 1941, n. 633). For further examples, see A. ZACCARIA, *Diritti extrapatrimoniali e successione. Dall'unità al pluralismo nelle trasmissioni a causa di morte*, Padova, 1988, 171-196; A. ZOPPINI, *Le «nuove proprietà» nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 229-232; G. RESTA, *La successione nei rapporti digitali*, cit.

It is certain that any choice expressed through a simple click on a social network page only produces the only effects related to that social network and follows the mechanism there outlined. A complicated issue could arise in cases in which there is a conflict between the will expressed in a testament and a contractual term. For instance, it is possible that the data subject could express the will to memorialize her Facebook account after her death, while in her testament expressing the will to erase any information related to the same social network account[64]. In such situations the binding character of the contractual term between the data subject and the provider must be assessed with particular attention.

[64] An invitation to provide for our social existence after death by means of a formal will is made by M. CINQUE, *La successione nel "patrimonio digitale"*, cit., 654.

Disposizioni anticipate di trattamento e successioni trasnazionali

Gianni Baldini
Professore a contratto di Biolaw, Università di Siena

La disciplina del c.d. testamento biologico è fuori dall'ambito di applicazione del Regolamento UE 650/2012 in tema di competenza e legge applicabile alle cc.dd. successioni trasnazionali. Cenni sulla recente disciplina italiana in tema di DAT di cui alla legge n. 219/2017. Individuazione di principi e regole comuni a livello europeo su autodeterminazione terapeutica e consenso informato che definiscono il minimo comun denominatore della disciplina dei vari stati UE inerente il T.B. Il paziente, cittadino europeo e la soluzione di possibili contrasti tra leggi statali in materia di T.B. Cenni di diritto comparato.

The discipline of the c.d. living will is out of the scope of application of EU Regulation 650/2012 concerning jurisdiction and the law applicable to the cc.dd. transnational successions. Notes on the recent Italian discipline on the subject of DAT as the law n. 219/2017. Identification of common principles and rules at European level on therapeutic self-determination and informed consent that define the lowest common denominator of the discipline of the various EU states concerning the T.B. The patient, a European citizen and the solution to possible conflicts between state laws on the subject of TB. Outline of comparative law.

Sommario: 1. Premessa: l'ambito di applicazione del Regolamento UE 650/2012. – 2. Il c.d. testamento biologico: definizione e qualificazione giuridica. – 2.1. Evoluzione storica del fenomeno. – 2.2. Consenso informato, attualità del volere e DAT. – 3. Alla ricerca dei principi: fondamento giuridico interno e internazionale delle DAT. – 4. Il conflitto tra leggi: cittadinanza europea e norme di diritto internazionale privato. – 5. Fonti normative e cenni di diritto comparato.

1. Premessa: L'ambito di applicazione del Regolamento UE 650/2012

È quasi banale osservare come la facilità di spostamenti, circolazione e mobilità delle persone (e dei capitali) nel costituire il tratto distintivo di un'epoca (la cd. globalizzazione), risulta un fenomeno significativamente accentuato in uno spazio comune europeo che pur tra perduranti deficit di costruzione politica costituisce sempre più una realtà economica e giuridica integrata in forma para-statuale (quantomeno riguardo ai paesi UE adenti al Trattato di Shenghen). In questa ottica, l'Unione Europea ha dunque ritenuto necessario adottare una pluralità di misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile con implicazioni transnazionali. A norma dell'articolo 81, paragrafo 2, lettera c) del trattato sul funzionamento dell'Unione, tali misure hanno previsto azioni volte ad assicurare la compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di giurisdizione.

È in questo quadro che si colloca l'adozione del Regolamento del Parlamento e del Consiglio UE "*Relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo*"[1].

Il Regolamento è destinato a fare chiarezza sulle numerose questioni che possono insorgere in materia di successioni transnazionali a causa delle differenze normative esistenti nei diversi Stati europei. Si stima infatti che siano circa 500.000 (ma il numero è destinato sicuramente a crescere) ogni anno le famiglie che si trovano a dover fronteggiare una successione internazionale, per un valore approssimativo di 120 bilioni di euro l'anno, quando i beni o gli eredi del *de cuius* si trovano in uno Stato differente da quello dove si sia aperta la successione.

Come è noto, la residenza abituale del defunto al momento della morte è il principio cardine che regola la competenza e la legge applicabile a tali successioni.

[1] Regolamento UE 650/2012 in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea l. 201/107 del 27 luglio 2012.

In conformità con le norme generali di diritto internazionale privato[2] (in part. artt. 46-50) resta salva la possibilità di scegliere quale legge che regoli l'intera successione la legge dello Stato di cui il *de cuius* ha la cittadinanza al momento della scelta o al momento della morte, oppure per una persona in possesso di più di una cittadinanza, la legge di uno qualsiasi degli Stati di cui ha la cittadinanza al momento della scelta o al momento della morte. In tal caso tutte le parti interessate possono convenire che un organo giurisdizionale o gli organi giurisdizionali di tale Stato membro abbiano competenza esclusiva a decidere su qualsiasi questione legata alla successione.
Il Regolamento inoltre istituisce il "certificato successorio europeo", destinato ad essere utilizzato da tutti coloro i quali abbiano necessità di far valere la loro qualità o di esercitare i loro diritti di eredi o legatari e/o i loro poteri come esecutori testamentari o amministratori dell'eredità in un altro Stato membro senza dover ricorrere ad alcun procedimento particolare.
Quid iuris quando siamo in presenza non di un testamento *mortis causa* ma di una disposizione anticipata di trattamento (DAT) più comunemente definita testamento biologico o biotestamento?

2. Il c.d. testamento biologico: definizione e qualificazione giuridica

Occorre preliminarmente osservare, sgombrando il campo da possibili equivoci indotti anche da questioni di natura terminologica, come il Regolamento 650/2012 non possa ritenersi applicabile alla fattispecie di c.d. testamento biologico. Su punto deve infatti essere precisato che sia sotto il profilo formale che sostanziale ciò che nell'uso comune è stato definito come 'testamento biologico' e, più recentemente, 'biotestamento' descrive il documento contenente la dichiarazione anticipata con valore vincolante espressa dal soggetto in ordine ai trattamenti sanitari, cui il medesimo vorrebbe/non vorrebbe essere sottoposto in caso di futura eventuale incapacità. Invero si tratta di un istituto, noto nella disciplina di alcuni paesi come '*living will*', ormai presente in tutti gli Stati UE e infine riconosciuto anche nell'ordinamento italiano che ha proceduto alla tipizzazione della figura con la qualificazione tecnico-giuridica di DAT attraverso la legge n. 219 del 2017.
L'espressione di 'Disposizione anticipata di trattamento' (DAT) adottata dalla legge – dove il termine disposizione in luogo di dichiarazione vuole sottolineare

[2] Cfr. legge 31 maggio 1995, n. 218 recante: *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*.

la vincolatività per i destinatari della manifestazione di volontà – descrive un atto qualificabile come negozio unilaterale, formale, a contenuto personale, vincolante, revocabile in ogni momento[3] che in tal senso presenta profili di apparente analogia col testamento *mortis causa* da cui si differenzia: sotto il profilo strutturale, perché non la morte ma lo stato di sopraggiunta incapacità di intendere e volere in presenza di patologia irreversibile, costituisce il fatto naturalistico giuridicamente rilevante, a partire dal quale il negozio produrrà i propri effetti; quanto ai contenuti, perché tali dichiarazioni avranno solo lo scopo di fornire indicazioni (vincolanti) con esclusivo riguardo ai trattamenti sanitari cui il soggetto che si trovi nelle condizioni sopra descritte vorrà/non vorrà essere sottoposto oltre che eventuali prescrizioni accessorie sulla sorte del proprio corpo. Dunque l'interesse che l'istituto mira a tutelare non è tanto il rispetto della volontà del *de cuius* in ordine alle proprie determinazioni di natura personale e/o patrimoniale *post mortem* quanto il rispetto e la tutela della propria sfera di autodeterminazione in relazione ai trattamenti terapeutici cui essere o non essere sottoposto in caso di incapacità di esprimere un consenso informato in quel momento.

Precisata la differenza sostanziale tra le due figure destinate ad operare a condizioni e su piani differenti, non c'è chi non veda come, segnatamente ad alcune disposizioni di carattere personale, sussistano dei possibili punti di sovrapposizione del contenuto tra testamento *mortis causa* e biologico. In tal senso, in via meramente esemplificativa si osserva come con riguardo alla forma siamo in presenza di un atto unilaterale, formale, revocabile in qualsiasi momento dal disponente; con riguardo ai contenuti, accanto alla indicazione dei trattamenti terapeutici cui la persona chiede di essere/non essere sottoposta la stessa potrà esprimere, quale ulteriore contenuto: indicazioni relative all'assistenza religiosa, il consenso all'espianto degli organi ovvero eventuali disposizioni inerenti trattamento e destinazione del cadavere, etc.

[3] Per un approfondimento sulle direttive anticipate di trattamento cfr: M. ARAMINI, T*estamento biologico Spunti per un dibattito*, Milano, 2007, 23; U. VERONESI, M. DE TILLA, *Nessuno deve scegliere per noi*, Milano, 2007, 13-14; F. MANTOVANI, *Problematiche di fine della vita*, in MAZZONI (a cura di), *Per uno statuto del corpo*, Milano, 2008, 202; G. MILANO, M. RICCIO, *Storia di una morte opportuna. Il diario del medico che ha fatto la volontà di Welby*, Milano, 2008, 32; G. ALPA, I*l principio di autodeterminazione e il testamento biologico*, in *Vita not*., 1, 2007; L. BALESTRA, *Efficacia del testamento biologico e ruolo del medico*, in *Familia*, 3, 2006, 1; S. AZZALINI, *Le disposizioni anticipate: prospettiva civilistica*, cit., in CANESTRARI, FERRANDO, MAZZONI, RODOTÀ, ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, tomo II, cit., in AA.VV., *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, cit., 1935 e ss; M. RODOLFI, C. CASONATO, S. PENASA, *Consenso informato e DAT: tutte le novità*, in *Il civilista*, 4, 2018;

2.1. Evoluzione storica del fenomeno

In tempi diversi ma con modalità analoghe i vari paesi UE si sono dotati di specifiche normative di disciplina del fenomeno. Anche il legislatore italiano seppur con un significativo ritardo rispetto a quanto già maturato nel *sentiment* sociale e acquisito dal diritto "vivente" così come recepito e tradotto da almeno due lustri da importanti arresti delle supreme magistrature costituzionale e di legittimità[4], è infine intervenuto a regolare con la legge n. 219 del 2017 un tassello importante delle complesse e delicate vicende che si pongono riguardo: alla relazione di cura medico paziente; al "chi, come e quando" delle scelte terapeutiche da compiere oggi destinate a produrre effetti "verso la fine della vita" nell'eventualità di una incapacità di autodeterminarsi in quel momento; alle modalità di pianificazione di un percorso terapeutico realmente condiviso tra medico e paziente in presenza di una malattia ad evoluzione prevedibile.
In gioco l'esigenza, non più rinviabile, di regolare le molteplici questioni connesse al c.d. «consenso informato dei soggetti deboli»[5] ove questi siano divenuti tali, a causa dell'istaurarsi di una malattia a prognosi infausta ovvero con la perdita della capacità di intendere e volere a seguito del sopraggiungere di un fatto accidentale o dell'evolversi di una patologia[6].
La previsione e disciplina delle DAT, va dunque a riempire un vuoto, una carenza del sistema importante fornendo una specifica regolamentazione della vicenda, che pur in presenza di una cornice di regole e principi di natura costituzionale[7] e internazionale che ne legittimava il rilievo, ricorrendone i requisiti di forma e

G. BALDINI, *Riflessioni di Biodiritto. Profili evolutivi e nuove questioni*, Padova, 2019, 335 ss. e 393 ss.

[4] Evidente la eco *in primis* delle pronunce della Corte cost.: sent. nn. 282/2002; 338/2003; 151/2009; 162/2014; e della Corte di cassazione: Cass., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, Caso Englaro. Sul punto cfr. S. RODOTÀ, *Introduzione*, in G. BALDINI – M. SOLDANO (a cura di), *Nascere e morire: quando decido io?*, Firenze, 2012, II, il quale osserva come «Le pretese del legislatore-scienziato, che vuol definire che cosa sia un trattamento terapeutico, e del legislatore-medico, che vuol stabilire se e come curare, vengono esplicitamente dichiarate illegittime. E, al tempo stesso, la definizione dello spazio proprio delle acquisizioni scientifiche e dell'autonomia del medico viene affidata al consenso della persona, ribadendosi cosi il ruolo ineliminabile della volontà individuale».

[5] Cfr P. CENDON, *I diritti dei più fragili*, Milano, 2018, passim.

[6] L. D'AVACK, I*l dominio delle biotecnologie. L'opportunità e i limiti dell'intervento del diritto*, Torino, 2018, 133 ss. in part. 140-141.

[7] È la stessa Consulta ha riconoscere come la disciplina delle DAT incida «su aspetti essenziali della identità e della integrità della persona» (Corte Cost., sent., n. 262/2016). Per un commento cfr. L. BUSATTA, *Le dichiarazioni anticipate di trattamento, tra ordinamento civile e «ragioni imperative di eguaglianza»*, in *Le Regioni*, 3, 2017, 563-578; L. COEN, *Le disposizioni anticipate*

di sostanza, della dichiarazione unilaterale di volontà espressa 'ora per allora' riguardo ai trattamenti sanitari cui essere sottoposti o non sottoposti[8], stava divenendo insostenibile per le incertezze che ne conseguivano anche dovute alla molteplicità degli strumenti e delle soluzioni giuridiche intraprese per conseguire il risultato utile[9]. Le risposte venivano così assicurate da un lato, attraverso la forzatura di strumenti presenti nel sistema e concepiti ad altri fini – il riferimento è all'art. 408 c.c. in tema di amministrazione di sostegno e di nomina 'ora per allora' di un amministratore di sostegno in previsione di una futura incapacità[10] – dall'altro, mercé la predisposizione di dichiarazioni di volontà attraverso una molteplicità di forme e soluzioni procedurali[11]. Dunque, di fronte ad un quadro così definito, attesa la natura degli interessi in gioco riconducibili a diritti fondamentali della persona, attinenti non solo la salute ma anche la libertà e l'identità personale[12], una specifica regolamentazione della materia

di trattamento sanitario tra diritto civile e organizzazione amministrativa, in *Bio-Law Journal/ Rivista di BioDiritto*, 1, 2017, 207-218.

[8] Come opportunamente precisato in dottrina «Si tratta di un quadro normativo ... che ha inequivocamente sancito il principio di volontarietà dei trattamenti sanitari e, con questo, il ruolo determinante da riconoscere a ogni individuo nella partecipazione alle decisioni, quando sono in gioco la sua salute e gli interventi sul suo corpo»: P. BORSELLINO, *La sfida di una buona legge in materia di consenso informato e di volontà anticipata delle cure*, in *Biolaw Journal/Rivista di biodiritto*, 2016, 3, 95; ID., *Bioetica tra 'morali' e diritto*, Milano 2018, 213 ss;.Sul punto cfr. S. PENASA, *Disposizioni anticipate di trattamento*, in M. RODOLFI, C. CASONATO, S. PENASA, *Consenso informato e DAT: tutte le novità*, cit., 27, il quale osserva come «Le disposizioni anticipate le DAT contribuiscono a realizzare un sistema di strumenti normativi di "sintesi" tra gli elementi, a fondamento costituzionale, che possono essere definiti come "costanti" e quegli elementi fattuali o esistenziali che agiscono quali "variabili" nella determinazione del concreto e mutabile assetto delle prime. In tale contesto, le "costanti" non possono in alcun modo essere sacrificate alla luce delle "variabili"».

[9] Cfr. G. BALDINI, *Autodeterminazione terapeutica e questioni di fine vita*, in *Bioetica rivista interdisciplinare*, 2016, 2, 234 ss.

[10] Per una ricognizione sui principali arresti della giurisprudenza in tema di applicazione dell'art. 408 c.c., cfr. G. BALDINI, *Riflessioni di Biodiritto. Profili evolutivi e nuove questioni*, cit., 353.

[11] Dall'atto pubblico/scrittura privata autenticata depositata presso il notaio alla scrittura privata secondo la modulistica predisposta da associazioni di tutela dei diritti particolarmente attive in materia, alle cc.dd. dichiarazioni 'fai da te' con deposito presso l'Ufficio di stato civile – dei Comuni che avevano istituito il c.d. Registro dei Testamenti Biologici – quando non semplicemente inviate per raccomandata postale con ricevuta di ritorno indirizzata a se stessi per attribuire alla dichiarazione la data certa, molteplici sono stati i tentativi di dare risposta ad un fenomeno che prima che giuridico assume una indubbia rilevanza sul piano sociale e civile.

[12] Comitato Nazionale per la Bioetica, Dichiarazioni anticipate di trattamento, Roma, 18 dicembre 2003, 4, nel quale si legge che: «le dichiarazioni anticipate di trattamento tendono a favorire una socializzazione dei momenti più drammatici dell'esistenza e ad evitare che l'eventuale incapacità del malato possa indurre i medici a considerarlo, magari inconsapevolmente e contro le migliori intenzioni, non più come una persona, con la quale concordare un programma terapeutico, ma

risultava improcrastinabile[13]. La legge, dopo aver riconosciuto nella persona maggiorenne e capace di intendere e volere il destinatario della norma[14], ha fatto propria la definizione di DAT (disposizioni anticipate di trattamento) accolta in

soltanto come un corpo da sottoporre ad anonimo trattamento»; G. FERRANDO, *Fine vita e rifiuto di cure: profili civilistici*, tutti in CANESTRARI, FERRANDO, MAZZONI, RODOTÀ, ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, tomo II, cit., rispettivamente 1785 ss., 1885, utilmente puntualizza come mentre «il consenso informato si riferisce ad un caso concreto, le direttive hanno invece una portata di ordine generale» essendo pertanto finalizzate a tutelare la libertà e l'identità della persona, prima che la sua salute; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 257; S. PENASA, *Disposizioni anticipate di trattamento*, in M. RODOLFI, C. CASONATO, S. PENASA, *Consenso informato e DAT: tutte le novità*, cit., 27.

[13] Per un inquadramento della questione si rinvia a: S. AZZARINI, L*e disposizioni anticipate del paziente: prospettiva civilistica*, in CANESTRARI, FERRANDO, MAZZONI, RODOTÀ, ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, tomo II, cit., 1935 e ss.; B. DE FILIPPIS, *Biotestamento e fine vita. Nuove regole nel rapporto medico paziente: informazioni, diritti, autodeterminazione*, Padova, 2018; P.G. PIZZETTI, *Prime osservazioni sull'istituto delle disposizioni anticipate di trattamento (dat) previsto dall'articolo 4 della legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *Forum: la legge n. 219 del 2017*, in *Biolaw*, 1, 2018, 54 ss.; ID., *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008; D. CARUSI, *Tentativi di legiferazione in materia di testamento biologico*, Torino, 2016; R. CLARIZIA, *Autodeterminazione e dignità della persona: una legge sulle disposizioni anticipate di trattamento*, in *Scritti Onore Furgiuele*, I, 557; M. MANTOVANI, I*l c.d. testamento biologico come strumento di pianificazione delle scelte di fine vita*, in *Atti conv. Sisdic maggio 2016*, Napoli, 2017, 255 ss.; C. CUPPELLI, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: dai princìpi alla legge?*, in *Diritto e Salute*, 2017, 2; G. FERRANDO, *Il diritto di scegliere la propria fine, Il dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in D. CARUSI, S. CASTIGLIONE, G. FERRANDO (a cura di), *Rifiuto di cure e direttive anticipate*, Torino, 2012, 73 ss. e ivi molteplici contributi della dottrina sui vari aspetti della questione; G. FERRANDO, *Testamento biologico, in Enciclopedia del diritto*, Ann. VII, Milano, 2014, 987 – 1021; B. VIMERCATI, *Consenso informato e incapacità. Gli strumenti di attuazione del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica*, Milano, 2014; M. DI MASI, *Il fine vita*, Roma, 2015; M. FOGLIA, S. ROSSI, *Testamento biologico*, cit., 638-681; L. D'AVACK, *Il rifiuto delle cure del paziente in stato di incoscienza*, in CANESTRARI, FERRANDO, MAZZONI, RODOTÀ, ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, tomo II, cit., 1917 e ss.; ID., *Il dominio delle biotecnologie. L'opportunità e i limiti dell'intervento del diritto*, cit, 148 ss.; D. NERI (a cura di), *Autodeterminazione e testamento biologico. Perché l'autodeterminazione valga su tutta la vita e anche dopo*, Firenze, 2010; M. FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, cit., 161 ss.; G. SALITO, *Autodeterminazione e cure mediche. Il testamento biologico*, Torino, 2012; A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita: principi, decisioni, casi*, Napoli, 2012; G. ALPA, *Il principio di autodeterminazione e il testamento biologico*, Torino, 2007, 3-9; E. CALÒ, *Il testamento biologico tra diritto e anomia*, 2008, 55 e ss.; C. CASONATO, *Introduzione al Biodiritto*, II ed., Torino, 2009.

Per una riflessione sotto il profilo medico legale cfr.: P. FRATI, V. FINESCHI, *Sul valore medico-legale e giuridico delle direttive anticipate*, in CATTORINI (a cura di), *Le direttive anticipate del malato*, Milano, 1999, 13-27.

[14] Il riferimento alla maggiore età e alla capacità di intendere e volere quali requisiti previsti dalla legge senza alcun riferimento anche allo *status civitatis* e alla categoria della capacità di

dottrina e giurisprudenza e adottata nella regolamentazione presente in molti paesi europei (v. infra)[15], secondo la quale *in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi*[16] *e dopo aver acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte*, il soggetto può esprimere, 'ora per allora' le *proprie volontà in materia di trattamenti sanitari nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari*.

Si tratta di una definizione piuttosto ampia che riconosce piena validità ed efficacia non solo alla volontà del soggetto di autodeterminarsi – nella scansione che prevede una preliminare condivisione delle informazioni col medico che esiterà in una accettazione/rifiuto dell'intervento – riguardo ai trattamenti sanitari o a singole parti degli stessi in caso di trattamento che si sviluppi in un procedimento sanitario articolato e complesso definito da una molteplicità di interventi – cui essere sottoposto o non sottoposto, ma anche in ordine agli accertamenti diagnostici e alle scelte terapeutiche conseguenti o connesse[17].

agire, consente di ritenere che possono redigere le DAT non solo i cittadini italiani ma anche gli stranieri e gli apolidi stabilmente residenti così come i maggiorenni inabilitati o sottoposti ad amministrazione di sostegno purché in possesso di capacità cognitive e volitive sufficienti ad elaborare, e ad esprimere, una pianificazione anticipata di cura. Per l'effetto, oltre al minorenne, anche il maggiorenne capace di agire, che si trovi in stato di incapacità di intendere e volere nel momento di redazione delle DAT compirà un atto privo di effetti. Sul punto cfr. P.G. PIZZETTI, *Prime osservazioni sull'istituto delle disposizioni anticipate di trattamento (dat)*, in *Forum: legge n. 219 del 2017*, cit., 55.

[15] Cfr. per la Francia, *Code de la santé publique*, art. L. 1111-11; per la Gran Bretagna, *Mental Capacity Act*, 2007, all'art. 24; per la Spagna (*Ley de autonomia del paciente*, art. 11); in Germania, il paragrafo § 1901a del *BGB*; in Danimarca, legge sull'esercizio della professione medica (1° ottobre 1992), legge sullo statuto giuridico del paziente (1 luglio 1998) e Regolamento del Ministro della Salute (14 settembre 1998).

Per un indagine sui vari modelli adottati in Europa cfr.: Senato della Repubblica, XVIII Legislatura, Dossier n. 490, maggio 2017, *La disciplina del consenso ai trattamenti sanitari e delle dichiarazioni anticipate di volontà in alcuni Paesi (Francia, Germania, Paesi Bassi, Regno Unito, Spagna, Stati Uniti)*.

[16] La legge non definisce, a priori, quale debbano essere le condizioni cliniche per integrare tale condizioni, lasciando libero il medico di valutare nel caso concreto la sussistenza o meno della «incapacità di autodeterminarsi». D'altra parte se la ratio ultima delle DAT è la tutela dell'autonomia del paziente riguardo ai trattamenti sanitari cui essere o non essere sottoposti, non avrebbe alcun senso ancorare la stessa ad una condizione clinica di gravità prestabilita dalla legge. Diversamente il DDL Calabrò qualificava espressamente tale condizione come «assenza di attività cerebrale integrativa cortico-sottocorticale».

[17] Analogamente il codice deontologico medico stabilisce che: Art. 38 Dichiarazioni anticipate di trattamento, «Il medico tiene conto delle dichiarazioni anticipate di trattamento espresse in forma scritta, sottoscritta e datata da parte di persona capace e successive a un'informazione medica di

Si è proceduto, in altri termini, al riconoscimento di un potere autodeterminativo, espressione di un «approdo logico del consenso informato»[18], che attiene anche al diritto di sapere (e di non sapere) cioè di acquisire informazioni su conseguenze, benefici, rischi, alternative e quant'altro riguardo alla diagnosi/prognosi della patologia e alle scelte terapeutiche possibili. In tal senso più che di consenso informato come condizione legittimante del trattamento sanitario risulterebbe più opportuno usare l'espressione di 'consenso consapevole' posto che il soggetto nell'esercizio della propria autodeterminazione terapeutica potrebbe anche optare di non voler conoscere, di non voler acquisire informazioni riguardo alla diagnosi/prognosi della malattia e alle connesse scelte terapeutiche.

In tale eventualità, come suvvisto, nulla osta all'eventuale indicazione di soggetti terzi (familiari, fiduciario) quali possibili destinatari di tali informazioni rilevanti ovvero a nessuna indicazione con ogni implicazione conseguenziale. Ciò nondimeno saremmo comunque in presenza di un consenso che, in quanto consapevole, risulterebbe comunque valido ed efficacie a produrre gli effetti indicati.

Secondo le regole generali in materia, comuni ai vari paesi UE, in conformità con le Convenzioni internazionali sottoscritte dall'Italia[19], affinché l'atto destinato a produrre effetti in futuro sia valido ed efficace saranno necessarie, oltre alla piena capacità di agire, la sottoscrizione dell'interessato, l'adozione di una delle forme stabilite e la data certa. La dichiarazione potrà essere resa anche

cui resta traccia documentale. La dichiarazione anticipata di trattamento comprova la libertà e la consapevolezza della scelta sulle procedure diagnostiche e/o sugli interventi terapeutici che si desidera o non si desidera vengano attuati in condizioni di totale o grave compromissione delle facoltà cognitive o valutative che impediscono l'espressione di volontà attuali.

Il medico, nel tenere conto delle dichiarazioni anticipate di trattamento, verifica la loro congruenza logica e clinica con la condizione in atto e ispira la propria condotta al rispetto della dignità e della qualità di vita del paziente, dandone chiara espressione nella documentazione sanitaria. Il medico coopera con il rappresentante legale perseguendo il migliore interesse del paziente e in caso di contrasto si avvale del dirimente giudizio previsto dall'ordinamento e, in relazione alle condizioni cliniche, procede comunque tempestivamente alle cure ritenute indispensabili e indifferibili». Per un'analisi complessiva del testo riformato del Codice, sia consentito il rinvio a AA.VV., *Forum: il nuovo codice di deontologia medica*, in *BioLaw Journal/Rivista di BioDiritto*, 2, 2015, 7-59.

[18] L'espressione di L. BALESTRA, *Il testamento biologico nell'evoluzione del rapporto medico paziente*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 104 è ripresa da: M. FOGLIA, S. ROSSI, *Testamento biologico*, cit., 668 e S. PENASA, *Disposizioni anticipate di trattamento*, in M. RODOLFI, C. CASONATO, S. PENASA, *Consenso informato e DAT: tutte le novità*, cit., 27.

[19] *Conv. sui diritti umani e la biomedicina*, Oviedo 4 aprile 1997, c.d. Oviedo; *Convenzione sui diritti dell'Infanzia e dell'adolescenza*, Ass. gen. ONU, New York, 20 novembre 1989; *Conv. sui diritti delle persone con disabilità*, Ass. gen. ONU, New York, 13 dicembre 2006.

in presenza/con l'assistenza dell'operatore sanitario[20]. È opportuno precisare che la presenza di eventuali testimoni al momento della sottoscrizione ovvero di un pubblico ufficiale (Notaio o Ufficiale dello stato civile come espressamente previsto all'art. 4 della legge), che attesti l'autenticità della stessa, non costituisce condizione di validità dell'atto (come oggi espressamente riconosciuto dalla legge n. 219 del 2017), quanto elemento che ne rende non impugnabile, salvo querela di falso, il contenuto sotto il profilo della effettiva rispondenza di quanto dichiarato rispetto alla volontà liberamente e consapevolmente espressa dal soggetto in condizione di piena capacità.

Segnatamente all'Italia, a seguito della tipizzazione operata dalla legge n. 219 del 2017 ove la DAT venga effettuata in una forma diversa da quella prevista dalla norma, escluso che tale difformità incida sotto il profilo della validità dell'atto, deve ritenersi che la stessa possa invece rilevare sotto quello dell'efficacia perdendo il valore vincolante assumendo residualmente, semmai, una valenza meramente orientativa. Così pure la presenza di un terzo, il cd. 'fiduciario' chiamato a dare esecuzione a quelle dichiarazioni, ovvero a consentire una interpretazione il più possibile aderente alle reali intenzioni del dichiarante anche nel senso di garantire l'attualità della volontà espressa, non costituisce requisito di validità dell'atto, configurandosi come elemento diretto ad assicurarne il funzionamento in condizioni di massima efficacia ed efficienza.

Altro elemento sicuramente destinato ad incidere sulla efficacia in termini di vincolatività giuridica della figura per il medico, può essere individuato nella presenza di talune caratteristiche espressamente indicate dalla legge: palese incongruità; non corrispondenza alla condizione clinica attuale del paziente; sussistenza di terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione. Accanto a queste il pre-requisito 'dell'attualità' intesa, quale elemento essenziale dell'istituto, posto a garanzia dell'effettività attuale della dichiarazione ovvero della corrispondenza tra la stessa e l'intimo volere del soggetto nel momento in cui la medesima è chiamata a produrre i suoi effetti.

Il contenuto del documento, variamente articolato, potrà avere ad oggetto: indicazioni sull'assistenza religiosa, sulla donazione di organi e l'autorizzazione

---

[20] Cfr. CNB, *Informazione e consenso all'atto medico*, 20 giugno 1992; *Scopi, limiti e rischi della medicina*, 14 dicembre 2001, 5-48, entrambi in http://www.governo.it, 5-27; A. SANTOSUOSSO, *Il consenso informato: questioni di principio e regole specifiche*, in SANTOSUOSSO (a cura di), I*l consenso informato Tra giustificazione per il medico e diritto per il paziente*, Milano, 1996, 7-17; E. CALÒ, *Il consenso informato: dal paternalismo all'autodeterminazione*, in *Notariato*, 2, 2000, 183-185; U. VERONESI, M. DE TILLA, *Nessuno deve scegliere per noi*, cit., 60-67; G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Milano, 2008, 3-18.

ad utilizzare il cadavere o parti di esso a scopo terapeutico, preferenze sulle varie opzioni diagnostico-terapeutiche e sulle modalità di umanizzazione della morte[21], indicazioni sulla sospensione o la non attivazione di trattamenti medici compresa la nutrizione ed idratazione artificiale (espressamente riconosciute come trattamenti sanitari), indicazioni relative alle ipotesi di accanimento terapeutico.

2.2. Consenso informato, attualità del volere e DAT

Se caratteristica intrinseca del testamento biologico è quella di produrre effetti giuridici qualora il disponente sia stato colpito dalla sopravvenuta incapacità di intendere e di volere, non c'è chi non veda come ciò disegni una relazione medico-paziente, che segnatamente ai profili del c.d. consenso informato, risulterà caratterizzata da una strutturale non contestualità tra dichiarazione della volontà ed esecuzione del trattamento sanitario. Dunque l'accertamento che la volontà dichiarata nel testamento biologico sia libera e informata assieme alla circostanza che essa risulti attuale, cioè aderente all'intimo volere da ultimo maturato nel soggetto, ovvero possa riguardare una situazione presente e non una futura, oltre che revocabile in ogni tempo, costituiscono le questioni centrali attorno alle quali ruota la riflessione biogiuridica.

Nel rinviare ad altra sede più specifiche considerazione in punto di autodeterminazione terapeutica e consenso informato così come disciplinato dall'art. 1 della legge n. 219 del 2017, ci si limita in questa sede a ricordare come proprio il consenso informato, in linea con quanto previsto dalla c.d. Convenzione di Oviedo al cap. II[22], è stato definito dalla Consulta come

[21] Il riferimento è all'opzione riguardo alla preferenza tra morire in casa o all'ospedale, con eventuale richiesta di attivazione della "terapia del dolore", che consiste nella somministrazione di "cure palliative", che hanno come obiettivo quello di lenire il dolore nella fase terminale della malattia, ove non vi siano più speranze di guarigione, anteponendo alla cura a tutti i costi, la qualità della vita del paziente in fase terminale. Per un approfondimento cfr. CNB, *Questioni relative alla fine della vita*, cit., 43-46; U. VERONESI, M. DE TILLA, *Nessuno deve scegliere per noi*, cit., 12-13.

[22] *Convenzione Europea sulla Biomedicina*, cit., così recita: Capitolo II: *Consenso, Art. 5 Regola generale* «Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso»; *Art. 6 Protezione delle persone che non hanno la capacità di dare consenso*; *Art.*

espressione della sintesi tra diritto alla salute e diritto all'autodeterminazione[23], ricavabile per unanime orientamento della dottrina e della giurisprudenza di legittimità dal combinato disposto degli artt. 2, 13 e 32 Cost. e da talune fonti normative sovranazionali[24], configurandosi quale 'condizione di legittimità' dell'atto medico[25].

Ne deriva che senza il consenso del paziente, l'intervento del medico sarebbe illecito, in quanto lesivo della libertà personale e dell'integrità fisica del soggetto. Ne consegue che in caso di dissenso, il medico ha l'obbligo di non eseguire o interrompere il trattamento sanitario. Infatti il fine del consenso informato è quello di consentire all'individuo il diritto di autodeterminarsi in maniera libera e consapevole in ordine alle cure, in senso positivo di pretendere la terapia ovvero negativo di rifiutarla[26].

---

7 Tutela delle persone che soffrono di un disturbo mentale; *Art. 8 Situazioni di urgenza*; *Art. 9 Desideri precedentemente espressi*.

[23] Tale ricostruzione del principio del consenso informato risulta chiaramente espressa dalla Corte Costituzionale nella citata sentenza n. 438/2008 che è opportuno in questa sede ricordare, laddove si afferma che: il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione e costituisce la sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute. Per gli opportuni approfondimenti sul punto cfr. S. RODOTÀ, *Introduzione*, in G. BALDINI e M. SOLDANO, *Nascere e morire: quando decido io?*, cit., VII.

[24] Cfr *Convenzione europea sui diritti dell'uomo e la biomedicina*, cit., «*Art. 9 Desideri precedentemente espressi*. I desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione»; Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, «*Art. 3 Diritto all'integrità della persona* 1. Ogni persona ha diritto alla propria integrità fisica e psichica. 2. Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: a) il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge; b) il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone; c) il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro; d) il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani».

[25] Sul punto cfr. A. VALLINI, *Il valore del rifiuto di cure "non confermabile" dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 1, 185-195; S. CACACE, Il consenso informato del paziente al trattamento sanitario, in Danno e resp., 2007, 3, 283-288; A SANTOSUOSSO, *Autodeterminazione e diritto alla salute: da compagni di viaggio a difficili conviventi"*, in *Notizie di Politeia*, 1997, 47/48, 2742; G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto. Profili evolutivi e nuove questioni*, cit., 329 ss.

La Corte di legittimità ha avuto modo a più riprese di precisare che il consenso costituisce condizione di legittimità del trattamento medico e deve essere presente sia nella fase di formazione del consenso, sia nella fase antecedente che in quella di esecuzione del negozio. (Cass. n. 10741/2009, cit.; Cass. n. 16543/2011).

[26] Quando il rifiuto delle cure mediche implica la manifestazione di una volontà *contra vitam*, due sono gli orientamenti etico-culturali che si confrontano: un orientamento "permissivo" che

Quanto ai profili inerenti l'attualità del consenso, che costituiscono la principale criticità per la ricostruzione del fenomeno, si rileva come il *gap* strutturalmente esistente tra momento della dichiarazione e momento in cui la stessa è destinata a produrre i propri effetti di talché, in quel lasso di tempo potrebbe essere maturato un cambiamento delle idee e delle opinioni del soggetto, che lo stato di incapacità attuale dello stesso non consente più di registrare[27], è suscettibile di essere affrontato e in parte superato attraverso varie soluzioni tecnico-giuridiche. In tutti i casi, seppur fondata la questione non può obliterare la considerazione che le DAT nascono proprio quale strumento per tutelare la volontà del soggetto rispetto a decisioni arbitrarie che lo riguardano e/o che altri potrebbero assumere al suo posto[28].

Una prima soluzione, muove dall'attribuzione al concetto di attualità di una connotazione più logica che cronologico-temporale[29] e in analogia con quanto

riconosce il diritto di rifiutare le cure fino alle estreme conseguenze di lasciarsi morire, sulla base dell'art. 32, comma 2 della Costituzione, atteso che, «nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario, se non per disposizione di legge»; un orientamento "garantista" che, invece, nega il diritto di rifiutare le cure, fino al punto limite di rinunciare alla vita, in virtù del principio di indisponibilità della vita umana, fondato sulle disposizioni del Codice Penale che puniscono l'omicidio volontario (art. 575 c.p.), l'omicidio del consenziente (art. 579 c.p.), l'istigazione o l'aiuto al suicidio (art. 580 c.p.) e sull'art. 5 c.c. che vieta gli atti di disposizione del proprio corpo. Non c'è chi non veda come tale secondo orientamento trae il proprio fondamento da una legge ordinaria, con la conseguenza che non potrà mai essere in contrasto con una norma costituzionale, essendo la Carta Costituzionale posta al vertice nella gerarchia delle fonti. L'approvazione della legge 219/17 ha sicuramente contribuito a sgombrare il campo da residui dubbi e ambiguità sul punto.

[27] Sulla questione si sono espressi: A. D'ALOIA, *Diritto di morire? La problematica della dimensione costituzionale della "fine della vita",* in *Pol. dir.*, 1998, n. 4, 619; M. DELLI CARRI, *Il problema del rifiuto delle cure "salvavita" e l'ammissibilità del testamento biologico*, cit., 186, che evidenziando la separazione tra momento redazionale e momento esecutivo delle direttive anticipate di trattamento, solleva giustamente un dubbio circa l'inattualità della volontà, dal momento che la necessità del trattamento potrebbe intervenire anche a distanza di tempo rispetto all'espressione del consenso/dissenso, oppure potrebbero essersi verificate scoperte terapeutiche tali da rendere inattuale la direttiva; A. LOMBARDI, *Direttive anticipate, testamento biologico ed amministrazione di sostegno*, in *Giur. civ. comm.*, 2008, n. 10, 2523; contra D. MALTESE, *Il "Testamento biologico"*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 4, 527, il quale rileva come il problema, se così si vuol chiamare, della inattualità della volontà, di fatto non persiste, dal momento che per gli atti revocabili e destinati a produrre i propri effetti dopo la morte o come nel caso specifico all'indomani della perdita di capacità, è sufficiente che quella volontà sia manifestata in vita come ultimo atto.

[28] Così si è espresso P. CENDON, *I malati terminali e i loro diritti*, con la collaborazione di R. Bailo, F. Bilotta, P. Cecchi, Milano, 2003, 337.

[29] Sul punto si veda D. NERI, *Note sul documento del CNB sulle Dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *Bioetica Rivista interdisciplinare*, 2, 2004, 188-199.

previsto all'art. 4 della l. n. 91 del 1999 sul trapianto di organi risolve il problema dell'attualità, presumendo la sussistenza di un consenso dal mancato esercizio di revoca dell'atto. In pratica opererebbe dunque un principio di silenzio-assenso. Altra soluzione prevede l'apposizione di un termine di scadenza alle direttive anticipate[30]. In tal senso, proprio a tutela del valore dell'attualità potrebbe prevedersi: la possibilità che se non interviene alcuna modifica entro quel termine debba presumersi che la volontà è rimasta identica (rinnovo automatico); l'obbligo di rinnovare a scadenze regolari (3-5-10 anni) la DAT, pena la perdita di vincolatività della dichiarazione e l'assunzione di un valore meramente orientativo.

Anche la nomina di un terzo, il c.d. fiduciario[31], ben si presta ad assolvere alle esigenze di certezza e attualità della volontà manifestata nel documento. Infatti quest'ultimo rappresenta una sorta di *nuncius*, di esecutore della volontà espressa dal soggetto, che nel confermare l'attendibilità della dichiarazione e la sua attualità, consentirebbe, ove necessario, anche di operare una integrazione *ex post* della stessa[32].

[30] Cfr.: G. SALITO, *Il testamento biologico: ipotesi applicative*, in *Notariato*, 2004, n. 2, 198. Questa ipotesi è stata esclusa espressamente dalla legge n. 219 del 2017 che non prevede alcun termine di scadenza per le DAT.

[31] Sulla figura del fiduciario cfr.: G. SALITO, *Il testamento biologico nell'ordinamento italiano e di altri paesi*, Fisciano, 2003, 148; G. OPPO, *Profili giuridici dei confini artificiali imposti alla vita umana*, in *Riv. dir. civ*., 2008, 4, 377, il quale pone il dubbio sulla sincerità di intenzioni del medico o del terzo, che hanno spostato o fatto spostare il termine naturale della vita con danno della posizione ereditaria di un soggetto. F. GIARDINA, *Il fiduciario*, in *Forum: legge 219/17*, cit., 61.

[32] Sulla questione: V. POCAR, *Di che vita morire*, 2 luglio 2003, in www.abuondiritto.it, ha sostenuto che la previsione di una terza figura allo scopo di supplire all'incapacità del diretto interessato si presenta, tra le altre cose, come ipotesi conciliativa atta a garantire l'attualità della volontà preventiva; C. CASALONE, *Come decidere sulla fine della vita? Considerazioni etiche sul "testamento biologico"*, in *Aggiornamenti sociali*, 2006, 12, 822, il quale ritiene che la figura del fiduciario sia di estrema utilità nel superare l'ambiguità della volontà, dovuta alla distanza temporale oltreché psicologica e nel tutelare gli interessi del paziente; *contra* C. GHIONNI, I*l "consenso dell'incapace" alla cessazione del trattamento medico*, in *Dir. giur.*, 2007, 4, 590-591, il quale afferma che neppure il fiduciario, una volta intervenuta l'incapacità del paziente, sarebbe la persona più adatta ad assicurare l'attualità dei desideri precedentemente espressi, dal momento che le intime convinzioni del rappresentato potrebbero essere mutate silenziosamente negli anni, senza che il fiduciario ne fosse messo a conoscenza; di conseguenza quest'ultimo non potrebbe ergersi che a mero esecutore burocratico delle direttive anticipate; S. VOCATURO, *La volontà del soggetto nell'ambito dell'*advance health care planning*: brevi riflessioni in tema di testamento biologico*, in *Riv. not*., 2007, 4, 922, il quale si chiede se il fiduciario sia di fatto in grado di comprendere fino in fondo e di dare attuazione, soprattutto se si tratta di un famigliare, alla volontà del disponente in maniera fedele ed imparziale.

La volontà libera, informata ed attuale espressa per iscritto nelle forme in cui risulti possibile accertare l'autenticità della sottoscrizione e la certezza della data, unite alla eventuale designazione di un fiduciario, in funzione di esecutore ed interprete ultimo della dichiarazione resa, si configurano dunque come requisiti essenziali per la validità e l'efficacia della DAT[33] e rappresentano la soluzione seguita dalla maggior parte dei paesi UE

3. Alla ricerca dei principi: fondamento giuridico interno e internazionale delle DAT

Pur in assenza di una legge che regolamentasse la materia, la possibilità di esprimere con una dichiarazione unilaterale di volontà che presenti le caratteristiche sopra viste, delle direttive anticipate di trattamento valide ed efficaci per i terzi (*in primis* medico e stretti congiunti) trovava il proprio fondamento già in principi e regole generali e speciali dell'ordinamento interno e internazionale[34].

Segnatamente al sistema giuridico nazionale l'indagine non può che prendere avvio dalla lettura della Carta costituzionale che contiene le norme più significative sul punto: art. 2, clausola aperta che tutela e promuove i diritti fondamentali della persona umana, la sua identità e dignità; art. 13, disposizione che afferma l'inviolabilità della libertà personale, nella quale «è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo»[35];

[33] Sulle questioni inerenti i requisiti del consenso informato, cfr.: A. SANTOSUOSSO, *Situazioni giuridiche critiche nel rapporto medico-paziente: una ricostruzione giuridica*, in *Pol. dir.*, 1990, anno XXI, 2, 199-203; A. VALLINI, *Il significato giuridico-penale del previo dissenso verso le cure del paziente in stato di incoscienza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, Anno XLI, Milano, 1426-1436; CNB, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, cit., 6-15; A. VALLINI, *Il valore del rifiuto di cure "non confermabile" dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina*, cit., 195-217; F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2001, Anno XLIV, 380-385; G. SALITO, *Il testamento biologico: ipotesi applicative*, cit., 196- 206; M. ARAMINI, *Testamento biologico Spunti per un dibattito*, cit., 27-31; U. VERONESI, M. DE TILLA, *Nessuno deve scegliere per noi*, cit., 79-103; G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, cit., 135-183; P. BORSELLINO, *Bioetica tra "morali" e diritto*, cit., 142-150. Invero tali requisiti sono stati integralmente recepiti dal legislatore nella legge n. 219 del 2017 che ha posto fine all'incertezza e regolato il fenomeno.

[34] Per una ricognizione sul punto v. S. AZZARINI, *Le disposizioni anticipate del paziente: prospettiva civilistica*, in RODOTÀ e ZATTI (a cura di), *Trattato di Biodiritto, Il Governo del corpo*, tomo II, cit., 1935 ss.; E. CALÒ, *Il testamento biologico tra diritto e anomia*, cit., 55 ss.

[35] Corte Cost. n. 471/1990, cit.

art. 32, a ragione ritenuto sia in dottrina che in giurisprudenza come norma fondamentale di garanzia in tema di libertà e autodeterminazione terapeutica del soggetto: «Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

Segnatamente a tale disposizione, se col primo capoverso si afferma senza possibilità di equivoco alcuno, che fuori dalle ipotesi di trattamenti sanitari obbligatori (cioè previsti per legge a tutela della salute del soggetto incapace ovvero della collettività)[36] la volontà del soggetto, *rectius* il consenso informato di questi, costituisce la condizione legittimante per qualsiasi trattamento sul proprio corpo, col secondo viene sancita una sorta di clausola di *habeas corpus*, in forza della quale tale limite opera anche per il legislatore, la cui discrezionalità trova un limite e si arresta dinanzi alle preminenti esigenze di tutela della dignità umana[37].

Tra le numerose disposizioni di legge ordinaria che dettano disposizioni in materia di rapporto medico-paziente nello specifico ambito che sono chiamate a disciplinare, specifica menzione merita la l. n. 833 del 1978 istitutiva del SSN la quale nell'affermare all'art. 1 che «La tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana», precisa all'art. 33 il carattere, di norma volontario, degli accertamenti e dei trattamenti sanitari. A livello internazionale si ricorda la Convenzione di Oviedo[38], la quale all'art. 9 prevede che: «I desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà, saranno tenuti in considerazione».

A tal fine si osserva come pure le fonti secondarie dettano principi molto importanti in tema di libertà terapeutica e valore del consenso informato: a titolo di esempio si ricordano gli artt. 35 e 38 del Codice Deontologico Medico[39].

---

[36] La disciplina dei trattamenti sanitari che possono essere resi obbligatori per i malati di mente è stata profondamente riformata dalla cosiddetta legge Basaglia (l. 13 maggio 1978, n. 180) per adeguarla appunto ai principi costituzionali di rispetto della dignità umana, che era invece gravemente sacrificata nel previgente ordinamento dei manicomi civili.

[37] V. in maniera esemplificativa Corte Cost. n. 151/2009 in materia di PMA laddove ricorda come «… la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente posto l'accento sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica: sicché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali (sentenze n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002)».

[38] *Convenzione sulle Biotecnologie*, Consiglio d'Europa 4 aprile 1997 (ratificata con l. n. 145 del 2001), cit.

[39] Art. 35: «Il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza

Particolarmente significativo in questo ambito è stato, come suvvisto, il contributo offerto dalle Supreme Magistrature. Sulle questioni inerenti il consenso informato[40], in assenza di una legge che disciplinasse in maniera organica il fenomeno, la Corte Costituzionale e la Corte di Cassazione con una serie di pronunce hanno, nei fatti, compiutamente regolato il fenomeno statuendo, che il consenso informato costituisce condizione di legittimità del trattamento sanitario[41] e si configura come la sintesi tra due diritti fondamentali, quali salute e autodeterminazione[42].

Con specifico riguardo al tema che qui interessa, una 'pietra miliare' che ha contribuito a fare chiarezza tra i differenti orientamenti e le oscillanti pronunce delle Corti di merito è sicuramente costituita dalla a sentenza della Corte di Cassazione n. 21748/2007 che ha definitivamente pronunciato sul caso di Eluana Englaro ponendo 'principi di diritto' che vincolano tutti i giudici

---

l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente … In ogni caso, in presenza di documentato rifiuto di persona capace, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona. Il medico deve intervenire, in scienza e coscienza, nei confronti del paziente incapace, nel rispetto della dignità della persona e della qualità della vita, evitando ogni accanimento terapeutico, tenendo conto delle precedenti volontà del paziente».

Art. 38 «Il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà, deve tener conto nelle proprie scelte di quanto precedentemente manifestato dallo stesso in modo certo e documentato».

[40] Sui profili più attuali della nozione di consenso informato, e per ulteriori riferimenti, si veda ora M. FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, cit., *passim*

[41] Osserva la Corte come «L'attività medica trova fondamento e giustificazione, nell'ordinamento giuridico, in quanto essa stessa legittima, essendo volta a tutelare un bene costituzionalmente garantito, qual è quello della salute. Dall'autolegittimazione dell'attività medica non può tuttavia trarsi la convinzione che il medico possa, fuori di taluni casi eccezionali intervenire senza il consenso, ovvero, *a fortiori*, malgrado il dissenso del paziente» (cfr. Cass. civ., sez. III, 23 maggio 2001, n. 7027). E ancora «il consenso informato costituisce, di norma, legittimazione e fondamento del trattamento sanitario: senza il consenso informato l'intervento del medico è sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente; la pratica del consenso libero e informato rappresenta una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi» (Cass., 21748/07, cit).

Anche più di recente la Corte di legittimità ha avuto modo di precisare che: «Il diritto al consenso informato, in quanto diritto irretrattabile della persona, va comunque e sempre rispettato dal sanitario, a meno che non ricorrano casi di urgenza …, che pongano in gravissimo pericolo la vita della persona, … o si tratti di trattamento sanitario obbligatorio. Tale consenso è talmente inderogabile che non assume alcuna rilevanza per escluderlo che l'intervento *absque pactis* sia stato effettuato in modo tecnicamente corretto …, per cui nei suoi confronti, comunque, si consuma una lesione di quella dignità che connota nei momenti cruciali – la sofferenza fisica e/o psichica – la sua esistenza» (Cass., sez. III, 28 luglio 2011, n. 16543, cit., *amplius*, v. *supra*).

[42] Corte Cost. n. 438/08, cit.

di merito e che hanno poi finito per essere 'travasati' nella stessa legge di disciplina della materia. La Corte di legittimità, nel richiamare la propria precedente giurisprudenza, stabilisce le condizioni in presenza delle quali la volontà del soggetto, sia documentata che ricavabile, come nel caso Englaro, da altri elementi di prova (testimoni) è destinata a produrre effetti vincolanti: irreversibilità medicalmente accertata dello stato vegetativo e volontà espressa dal paziente[43].

4. Il conflitto tra leggi: cittadinanza europea e norme di diritto internazionale privato

Alla luce di quanto sopra precisato risulta possibile enucleare, la sussistenza di una serie di regoli comuni a livello europeo che definiscono un diritto fondamentale della persona inerente l'autodeterminazione terapeutica e il suo prologo-corollario: il consenso informato quale elemento centrale e conformante il rapporto medico-paziente nonché imprescindibile condizione di legittimità di qualsiasi trattamento sanitario.

Ciònondimeno a fronte di un minimo comun denominatore di regole generali e principi non si può far a meno di rilevare che molteplici sono le normative di dettaglio vigenti nei vari paesi europei che non risultano perfettamente sovrapponibili riguardo a forma e contenuto delle DAT e dei diritti e obblighi riconosciuti ai vari soggetti implicati nelle vicende.

---

[43] Secondo la Corte «Ove il malato giaccia da moltissimi anni in stato vegetativo permanente, con conseguente radicale incapacità di rapportarsi al mondo esterno, e sia tenuto artificialmente in vita mediante un sondino nasogastrico che provvede alla sua nutrizione ed idratazione, su richiesta del tutore che lo rappresenta, e nel contraddittorio con il curatore speciale, il giudice può autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario (fatta salva l'applicazione delle misure suggerite dalla scienza e dalla pratica medica nell'interesse del paziente), unicamente in presenza dei seguenti presupposti: (a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli *standard* scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e (b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona» (Cass. n. 21748/2007; analogamente Cass., 15 ottobre 2008, n. 23676; Cass., 13 novembre 2008, n. 27145).

Per un primo commento cfr. A. SANTOSUOSSO, *La volontà oltre la coscienza: la Cassazione e lo stato vegetativo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, parte II, 1.

Dunque quale la legge applicabile nell'ipotesi che il cittadino di uno Stato che ha predisposto un testamento biologico secondo le disposizioni del paese di appartenenza si trovi a doverne chiedere l'applicazione in altro Stato UE nel quale si trova? In assenza di specifiche disposizioni in proposito la questione deve essere risolta facendo riferimento alle norme di cui alla legge n. 218 del 95 sul diritto internazionale privato interpretate alla luce del concetto di cittadinanza europea espressamente previsto a partire dal 1992 nel Trattato di Maastricht quale complemento-integrazione di posizioni soggettive attribuite al soggetto che si affiancano a quelle riconosciute al cittadino di un paese membro. In altri termini in caso di contrasto tra le normative in materia di DAT tra lo stato di appartenenza del soggetto e quello in cui il medesimo al momento della perdita della capacità di esprimere un valido consenso ai trattamenti sanitari cui essere sottoposto o meno – riguardo, ad esempio, agli effetti o ai requisiti di forma della DAT ovvero inerenti il potere attribuito al fiduciario – in conformità delle clausole di cui agli artt. 24, 43, 44[44] della legge n. 218 del 1995 si dovrà ritenere prevalente la legge dello stato di provenienza fatta salva la verifica sempre ed in ogni caso della legge più favorevole a tutela dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta europea dei diritti fondamentali, dalla Cedu e dalla Convenzione sulla biomedicina che costituiscono la cornice non solo di regole e principi aventi portata programmatica ma giuridico-precettiva che sostanziano di contenuti il *plus* costituito dalla appartenenza come cittadino all'Unione europea quale ente sovranazionale comune[45].

[44] Art. 24. Diritti della personalità. 1. L'esistenza ed il contenuto dei diritti della personalità sono regolati dalla legge nazionale del soggetto; tuttavia i diritti che derivano da un rapporto di famiglia sono regolati dalla legge applicabile a tale rapporto. 2. Le conseguenze della violazione dei diritti di cui al comma 1 sono regolate dalla legge applicabile alla responsabilità per fatti illeciti.
Art. 43. Protezione dei maggiori d'età. 1. I presupposti e gli effetti delle misure di protezione degli incapaci maggiori di età, nonché i rapporti fra l'incapace e chi ne ha la cura, sono regolati dalla legge nazionale dell'incapace. Tuttavia, per proteggere in via provvisoria e urgente la persona o i beni dell'incapace, il giudice italiano può adottare le misure previste dalla legge italiana.

[45] Cfr. C. MARGIOTTA, *I presupposti teorici della cittadinanza europea: "originarie" contraddizioni e "nuovi" limiti*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2018, 1, 25. Disponibile a: http://www.fsjeurostudies.eu/files/FSJ.2018.I.Margiotta.4.pdf; G. MILANO, *Cittadinanza e integrazione. L'influenza del diritto comparato sulla disciplina italiana e sulle proposte di riforma*, in Federalismi.it, 2018, 4, 22; G. BALDINI – F. ALCARO, *Profili evolutivi della cittadinanza europea: "Verso un diritto privato comunitario"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, XIII, 2002, 445 ss.

5. Fonti normative e cenni di diritto comparato

Infine un breve cenno di diritto comparato riguardo alle fonti normative sulle DAT vigenti nei vari paesi Europei[46].

In Francia le disposizioni in materia di DAT sono contenute nel Code de la santé publique, art. L. 1111-11, secondo il quale «*Toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le casoùelle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces directives anticipées expriment la volonté de la personne relative à sa fin de vie en ce qui concerne les conditions de la poursuite, de la limitation, de l'arrêt ou du refus de traitement ou d'acte médicaux*».

Per la Gran Bretagna, il riferimento di diritto positivo è costituito dal *Mental Capacity Act*, 2007, all'art. 24 *Advance decisions to refuse treatment: general* «*(1) "Advance decision" means a decision made by a person ("P"), after he has reached 18 and when he has capacity to do so, that if: (a) at a later time and in such circumstances as he may specify, a specified treatment is proposed to be carried out or continued by a person providing health care for him, and (b) at that time he lacks capacity to consent to the carrying out or continuation of the treatment, the specified treatment is not to be carried out or continued*».

Per la Spagna la normativa di riferimento è la *Ley de autonomia del paciente*, la quale all'art. 11 prevede: «*Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas*».

[46] Per un'indagine sui vari modelli adottati in Europa cfr.: Senato della repubblica, XVIII Legislatura, Dossier n. 490, maggio 2017, *La disciplina del consenso*, cit..

Per una valutazione in chiave comparatistica cfr. D. PROVOLO, *Le direttive anticipate: profili penali e prospettiva comparatistica*, in CANESTRARI, FERRANDO, MAZZONI, RODOTÀ, ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, tomo II, cit., 1993 e ss.; G. SPOTO, *Questioni di fine vita tra modelli adottati in Europa, negli Stati Uniti e proposte interne*, in *Eur. e dir. priv*., 2011, 4, 1175; E. STEFANINI, *Direttive anticipate di trattamento: un percorso europeo*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, cit., 705; M.J. FONTANELLA, *Living will*, in P. CENDON (a cura di), *I diritti della persona: tutela civile, penale, amministrativa*, vol. III, Torino, 2005, 713. Da ultimo G.P. BORSELLINO, *Bioetica tra 'morali' e diritto*, cit., 2018, 193 ss.; G. BALDINI, *Riflessioni di Biodiritto. Profili evolutivi e nuove questioni*, cit., 433.

In Germania, cfr. il paragrafo § 1901a del *BGB* il quale prevede che un maggiorenne capace di intendere e volere, in previsione della propria eventuale futura incapacità, può dare o negare il suo consenso per iscritto a determinati trattamenti diagnostici, terapeutici o chirurgici futuri.
In Danimarca, primo paese ad aver introdotto le DAT, l'istituto è oggi regolato: dalla legge sull'esercizio della professione medica (1 ottobre 1992), dalla legge sullo statuto giuridico del paziente (1 luglio 1998) e dal Regolamento del Ministro della Salute (14 settembre 1998). Viene previsto che il soggetto capace di intendere e volere compila moduli appositamente predisposti che vengono registrati negli archivi ospedalieri; tale dichiarazione è revocabile in qualsiasi momento non necessariamente per iscritto, purché la volontà dell'interessato sia espressa in modo inequivocabile; non è previsto un limite di tempo quanto all'efficacia del documento.

Is Regulation EU 650/2012 really irrelevant for national inheritance taxes? The case of Italy

Stefano Dorigo
PhD in international and european Law, University of Pisa
Researcher in tax Law, University of Florence

The Regulation EU 650/2012 does not apply to tax matters. It therefore follows that the discipline of taxes related to the opening of a cross-border succession will remain the responsibility of national legislators. However, in the opinion of the writer, that irrelevance must be understood only as a direct irrelevance. On the contrary, there may be many indirect influences of the Regulation with regard to the inheritance tax. In other words, the discipline introduced at European level could be referred to in order to resolve cases in which the national law on inheritance tax refers, without providing its own *ad hoc* definition, to civil law concepts.

Il Regolamento UE 650/2012 non si applica alle questioni fiscali. Ne consegue che la disciplina dei tributi connessi all'apertura di una successione transfrontaliera rimane responsabilità dei legislatori nazionali. Tuttavia, secondo l'autore, tale irrilevanza va intesa solo in senso diretto. Al contrario, vi possono essere molteplici influenze indirette del Regolamento con riguardo all'imposta di successione. Detto altrimenti, la disciplina europea potrebbe essere invocata nel caso in cui la legge nazionale sull'imposta di successione faccia riferimento, senza fornire una propria definizione specifica, a concetti di diritto civile.

Summary: 1. Regulation EU 650/2012 and tax matters: preliminary remarks. – 2. The determination of the heirs bound to pay the inheritance tax. – 3. Habitual residence as a connecting factor for tax purposes. – 4. The potential relevance of the Regulation for the tax consequences of an agreement as for succession. – 5. The relationship between succession declaration and European Certificate of Succession. – 6. Conclusions: Regulation EU 650/2012 and the first steps towards a European inheritance tax.

1. Regulation EU 650/2012 and tax matters: preliminary remarks

The Regulation 650/2012 of the European Parliament and of the Council "concerning the competence, the applicable law, the recognition and execution of decisions and the acceptance and execution of public documents concerning succession and the creation of an inheritance certificate European " aims, as is well known, at introducing uniform rules of private international law relating to the complex subject matter of cross-border successions. Its rules are thus intended to be applied in all Member States[1], with some exceptions[2].

The new Regulation does not apply to tax matters. Using a formula already present in many other European instruments of private international law[3], Article 1, paragraph 1, of the Regulation establishes that it «shall not apply to revenue, customs or administrative matters». This exclusion is somehow justified in recital 10[4], albeit with a not irrelevant linguistic difference: while the latter uses the conditional "should", apparently indicating a mere option whose

[1] *Regulation EU 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*. It entered into force on 17 August 2015.

[2] Three Member States, the United Kingdom, Ireland and Denmark, have so far decided not to adopt the Regulation.

[3] See, for example, the *Regulation EU 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, whose Art. 1 provides that «This Regulation … shall not extend, in particular, to revenue, customs or administrative matters or to the liability of the State for acts and omissions in the exercise of State authority (*acta iure imperii*)».

[4] The preamble, at its number 10, reads as follows: «This Regulation should not apply to revenue matters or to administrative matters of a public-law nature. It should therefore be for national law to determine, for instance, how taxes and other liabilities of a public-law nature are calculated and paid, whether these be taxes payable by the deceased at the time of death or any type of succession-related tax to be paid by the estate or the beneficiaries. It should also be for national law to determine whether the release of succession property to beneficiaries under this Regulation or the recording of succession property in a register may be made subject to the payment of taxes».

implementation is left to the interpreter, art. 1 denies such freedom, expressly excluding – through the use of the indicative "shall" – that the regulatory discipline can relate to tax matters.

The text of recital 10 of the preamble, as mentioned, explains the reason for such an exclusion. It derives from the typically publicistic nature of taxes, a nature that remains extraneous to the function of the Regulation that concerns only those profiles of private law[5].

It therefore follows that the regulation of taxes related to the opening of a cross-border succession will remain the responsibility of national legislators. Moreover, the preamble, although only by way of example, refers to specific cases that are beyond the scope of the Regulation and therefore fall within the sovereign sphere of each Member State: this includes «how taxes and other loans of a public-law nature are calculated and paid» and «whether the release of succession property to beneficiaries under this Regulation or the recording of succession property in a register may be made subject to the payment of taxes».

The literal formulation of recital 10 would seem suitable to restrict the scope of the exclusion made by art. 1, para. 1: the latter would only refer to inheritance taxes and, more generally, to those tax profiles resulting from the opening of a cross-border succession[6]. Such an interpretation would be consistent with the object of the Regulation and aimed at limiting its effects – in positive (as application) but also in negative (as exclusion) – only to those areas directly touched by the new uniform discipline.

On the basis of this restrictive interpretation the Regulation could influence the

[5] The aim of the Regulation is the discipline of all civil-law aspects of succession to the estate of a deceased person, therefore focusing on the private law characters of the matter. On the contrary, taxation is still perceived as an expression of soveregnty, because it implies the exercise of public powers related to a public function. It has to be noted that in recent times that feature is going to be rethought. As has been pointed out, «while some may view taxation as primarily a pragmatic task undertaken by the State to raise revenue for government functions, tax law unavoidably introduces issues of allocation and redistribution of the burdens and benefits of living in organized society» (A. CHRISTIANS, Fair Taxation as a Basic Human Right, in International Review of Constitutionalism, 2009, 211). Therefore, according to another scholar (D. GUTMANN, *Taking Human Rights Seriously: Some Introductory Words on Human Rights, Taxation and the EU*, in *Human Rights and Taxation in Europe and the World* (edited by Pistone and Maduro), Amsterdam, 2011, 105), «the second generation of human rights» (i.e., social human rights) «instead of being considered as rights against the State, … tend to become rights to the State's intervention in social and economic matters». Therefore, taxation has a deep impact on them.

[6] That interpretation seems to be advocated by E. CASTELLANOS RUIZ, *Article 23. The Scope of the Applicable Law*, in *The EU Succession Regulation. A Commentary* (edited by Calvo Caravaca, Davì and Mansel), Cambridge, 2016, 360.

regime of the tax debts of the deceased, since they are due before and regardless of the succession[7]. The reference goes, in this case, to art. 23, para. 2 letter (g), according to which the law applicable to the succession on the basis of the Regulation «shall govern in particular … liability for the debts under the succession». According to the thesis referred to, even the potential tax debts of the subject whose succession is concerned should be regulated by the law called to regulate all the civil law profiles of the succession according to the Regulation.

This is an unconvincing argument.

On the one hand, the letter of art. 1, para. 1, mentioned above, does not seem to introduce any distinction between taxes arising from the succession and taxes of a general nature, such as could be those imposed on the deceased and whose debt is destined to form part of the estate. The references to the inheritance tax, contained in recital 10, are only examples and the list is therefore not exhaustive[8].

On the other hand, it does not seem correct to hold that art. 23, where it refers generically to debts under the succession, has intended to extend the rule to debts of any kind, including tax debts. This assumption is contradicted, in fact, by the specific discipline that tax law provides for such debts, which departs from the ordinary civil regulation. In the Italian legal system, for example, the tax debts of the deceased burden jointly on all heirs, while for the other debts each heir is liable within the limits of his share. There is therefore a deviation from the normal inheritance rules that prevents a hasty equation between tax debts and other debts in order to determine the applicable law according to the Regulation.

It is reasonable to assume that the irrelevance of the Regulation for tax matters is generalized, that is, it does not concern only inheritance taxes but it extends also to other profiles, as we have seen to be the case of debts under the succession.

However, in the opinion of the writer, that irrelevance must be understood only as a direct irrelevance: this in the sense that it must be excluded that the Regulation can be invoked to directly regulate a tax case, even if correlated with a succession *mortis causa*. On the contrary, there may be many indirect

[7] See the author in the preceding footnote, who expressly states that «the debts which exist prior to the death of the deceased» should be covered by Art. 23 of the Regulation, where it refers to «liability for the debts under the succesion» (para. 2, lett. g).

[8] In making the aforementioned examples, it is reasonable to believe that the European legislator wanted to refer to the taxes most directly related to the succession, without this being interpreted as a desire to restrict the scope of the exclusion by subject.

influences of the Regulation with regard to the inheritance tax. In other words, the discipline introduced at European level could be referred to in order to resolve cases in which the national law on inheritance tax refers, without providing its own *ad hoc* definition, to civil law concepts.
These are very common situations. In fact, since the inheritance tax is applied following the opening of a succession due to death, it is frequent that the tax legislator limits itself to regulating only those aspects which are of interest for tax purposes, permitting that all the others remain regulated by civil law[9]. In those cases in which the fiscal discipline is limited to recalling civil law concepts, then for the determination of the latter Regulation 650/2012 can be referred to in order to ascertain which law can define those concepts. In the next paragraphs, an attempt will be made to give substance to this affirmed indirect relevance of the EU Regulation. To this end, we will analyze a series of examples chosen with reference to the Italian legal system, in which – as it will be seen – the law on inheritance tax makes extensive use of civil law concepts without providing any proper definition of them. A situation that, therefore, seems appropriate to emphasize the supposed indirect effect of Regulation 650/2012.

2. The determination of the heirs bound to pay the inheritance tax

A first area of interaction between the fiscal discipline of inheritance tax and civil law definitions concerns the determination of the taxable persons. In the Italian legal system, it is expected that the inheritance tax will be due «by the heirs and by the legatees», as established by art. 5 of Legislative Decree 346/1990 (hereinafter also «Italian law on inheritance tax»). The latter provision does not contain any definition for fiscal purposes of the term "heirs": it should then be assumed that the tax legislator has given up the task, referring – albeit implicitly – to the definition provided for by civil law.
Then, with regard to this aspect the regulatory discipline can produce effects even in the context of the application of an inheritance tax. It should be remembered that recital 47 of the preamble of Regulation 650/2012 states that «the law applicable to the succession should determine who the beneficiaries

[9] In the Italian fiscal system this happens frequently. The problem then arises if the interpretation of the concepts coming from other branches of the legal system and not defined for tax purposes should be assumed in their original meaning in this last place or if this should be adapted to meet the specifications requirements of tax law. Beyond the solution to this question, nobody denies that one shall however move from the civil law definition.

are in a given succession». The scope of the term "beneficiaries" is immediately specified by the same recital, which adds that «under most laws, the term 'beneficiaries' would cover heirs and legatees and persons entitled to a reserved share». There is therefore a general competence of the law designed to regulate the succession in determining the category of the heirs: a competence that is in fact formally regulated by art. 23, para. 2 lett. (b), which also assigns «the identification of the beneficiaries, their respective shares and any charges imposed on them by the deceased and the determination of other inheritance rights, including the rights of the spouse or of the surviving partner» to that law. As a consequence, the law that shall govern «the succession as a whole» – as stated in paragraph 1 of art. 23 mentioned above – should be taken into consideration for the identification of the heirs and therefore of the subjects obliged to pay the inheritance tax in Italy.

It should also be noted that the wording of the art. 23, para. 2 lett. (b), of the Regulation goes beyond the mere identification of the heirs. This article can influence the inheritance tax discipline in two ways – one in positive and one in negative.

On the positive side, the law applicable to the succession also determines the rights of the spouse of the deceased. This situation may be relevant in the tax area with regard to the determination of the value of the estate, on which the tax due is then calculated. According to the Italian legal system, the goods acquired by the deceased during the marriage become part of the community of property state (if this regime had been chosen by the spouses and results from the annotation in the marriage certificate)[10]; with the consequence that – in case of assets formally under the exclusive ownership of the deceased – in substance they are half owned by the surviving spouse and therefore only contribute for half of their value to the formation of the taxable base of the inheritance tax.

It appears evident that the choice of a law different from the Italian one for the regulation of the succession can influence this aspect, for example in the case in which such law does not know the community of property between the spouses. Therefore, in this case the assets owned by the deceased could contribute in full to the determination of the estate.

On the negative side, it should be excluded that the law identified by articles 21 and 22 of the Regulation can determine the shares of each heir for inheritance tax purposes. As already mentioned, in the Italian legal system each heir is jointly

[10] According to art. 177 of the Italian Civil Code, «it represents object of joint ownership: a) purchases made either together or separately by the spouses during marriage, excluding personal goods» (translation by the author).

and severally liable for the payment of the inheritance tax: this implies that only one heir can be called upon to pay the entire amount due, then acquiring the right of redress against the co-heirs. This implies that, on the one hand, the shares are irrelevant for the fulfillment of the obligation to pay the inheritance tax, despite what is textually provided for in the aforementioned art. 23; and, on the other hand, that the shares – as determined on the basis of the law prescribed by Regulation 650/2012 – can be considered for the purpose of redress and therefore in a context unrelated to tax law and pertaining to the sphere of civil relations only[11].

It should be noted that the law governing the succession as a whole is able to impact on the determination of the taxable persons of the inheritance tax also from another point of view.

In the Italian tax system, the inheritance tax cannot be requested to those heirs who have waived the succession. Legislative Decree 346/1990 does not offer a definition of waiver; therefore the civil law definition applies. In this sense, Regulation 650/2012 may be relevant, since it indicates the law under which the declaration of waiver is valid. Article 28 establishes in fact that «a declaration concerning the ... waiver of the succession, ... shall be valid as the form where it meets the requirements of: (a) the law applicable to the succession pursuant to Article 21; or (b) the law of the State in which the person making the declaration has his habitual residence».

It follows that, for the purposes of inheritance taxation, the conditions for considering a waiver valid may escape Italian law and be solely established by the foreign law governing the whole succession. The Italian tax administration, therefore, will be bound by the waiver meeting the requirements of the latter law, without being able to oppose any divergent national rule. It seems interesting to note that art. 28 makes reference to the same law also for the validity of the declaration of acceptance of the succession: this means that, in the event that according to Italian law there is a tacit acceptance – resulting from the performance by the nominee of acts incompatible with the intention to waive –, this discipline will not be relevant if the applicable law does not contemplate it, for example because it requires in any case that acceptance (as well as waiver) be expressed in solemn forms.

The framework is however not at all simple. Article 5 of the Italian law on inheritance tax lays down special rules for identifying the heirs of the deceased:

[11] See on that topic, A. BONOMI, P. WAUTELET, C. MARIOTTINI, *Ambito di applicazione della legge applicabile (art. 25)*, in *Il regolamento europeo sulle successioni* (Bonomi, Wautelet eds.), Milano, 2015, 298.

it establishes that «for the purposes of the tax, parents and natural children, the respective ascendants and descendants in a straight line, adopters and adopteds, affiliants and affiliated are also considered as relatives in a straight line». It adds that «natural kinship, if the child has not been legitimized or recognized or is not recognizable, must result from a civil or a criminal judgment»[12]. Therefore, the reference to civil law for the purpose of identifying the heirs is not enough, since for the latter specific aspects the Italian tax legislator preferred to provide a proper definition for the application of the inheritance tax.

Therefore, there is a derogation from the hypothesis prescribed by the law governing the succession as indicated by the Regulation: that derogation has regard both to the concept of kinship in a straight line, relevant for the assumption of the status of heir, and to the methods of verification of natural kinship. Anyhow, beyond the complications that such provision can produce regarding the determination of the specifically applicable discipline, the choice of the Italian tax legislator, as limited only to specific profiles, seems to confirm that for the remaining ones the relevance of the applicable civil law is generalized.

3. Habitual residence as a connecting factor for tax purposes

The residence of the deceased has a very important function in many inheritance tax systems[13]. According to art. 2 of Italian Legislative Decree 346/1990, in fact, the taxable base for the application of the inheritance tax is different depending, precisely, on the residence of the deceased at the time of the opening of the succession: if at that time he/she resided in Italy, then the tax applies to all assets and rights transferred «even if existing abroad»; otherwise, it will only affect assets and rights existing in Italy. This different treatment therefore depends on the existence of a condition – the residence of the deceased in Italy – that is not defined by the national tax law. The question then arises of how this notion should be interpreted.

In this regard, two alternatives could be envisaged. The first is to consider that – according to the context – the residence to which the rule refers is the fiscal

[12] Translation by the author.

[13] See in general A. RUST, *The Concept of Residence in Inheritance Tax Law*, in *Residence of Individuals Under tax Treaties and EC Law* (Maisto ed.), Amsterdam, 2010, 103. See also G. MAISTO, *General Report*, in *Death as a Taxable Event and Its International Ramification*, in *Cahiers de droit fiscal international*, Amsterdam, 2010, 38.

one and can therefore be reconstructed by referring to the definition of residence for the purposes of direct taxes. For inheritance tax purposes, therefore, one should apply the rules established, in the Italian legal system, by art. 2, para. 2, of Legislative Decree 917/1986: the deceased would be resident in Italy for the purposes of inheritance tax if, at the time of his death, he/she was registered in the register of the resident population or had in Italy the statutory residence or domicile[14]. This interpretative solution does not seem to be convincing.

In the absence of any textual confirmation, it is hard to believe that the definition of fiscal residence dictated by the Italian Income Tax Code with regard to direct taxes can be applied to a different sector such as that of inheritance tax. Furthermore, the temporally punctual nature of the ascertainment of the residence – which must be carried out upon the opening of the succession – prevents the determination of the further requisite necessary for the determination of the residence for direct taxes purposes: the requisite according to which one of the three elements mentioned above (registration in the register of the resident population, statutory residence or domicile) must exist for most of the tax period. The impossibility of assessing this temporal condition with reference to the opening of the succession (in order to avoid the paradox for which the deceased is considered resident in case his/her death occurs after six months and a day in Italy during the same tax period) makes implausible an interpretative operation that would end up not only calling a definition coined for a very different context, but also modifying its characters in an arbitrary manner.

The second option that can be abstractly configured is therefore preferable. According to this second view, the tax legislator intended to refer purely and simply to the civil law definition of residence for the purposes of inheritance tax.

In this case, it can be argued that Regulation 650/2012 may influence the interpretation of the latter concept; and therefore, indirectly, that it may affect the way of being of the Italian inheritance tax. The Regulation introduces the concept of "habitual residence" in order to identify the law applicable to the succession[15]. The Regulation lacks a definition of this concept: it should,

[14] For a wide analysis of the concept of residence for fiscal purposes in the Italian legal system, see G. MARINO, *La residenza nel diritto tributario*, Padova, 1999; and G. MELIS, *Il trasferimento della residenza fiscale nell'imposizione sui redditi*, Roma, 2008.

[15] Art. 21 of the EU Regulation expressly states that «unless otherwise provided for in this 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». However, para. 2 of the same article establishes a substantialist approach, stating that «where, by way of exception, it is clear from all the circumstances of the case that, at the time of death, the deceased was manifestly more closely

however, be determined making reference to the stable connections that the deceased had, at the time of the opening of the succession, with a given legal order. Those connections, precisely because they are neither temporary nor accidental, seem suitable to indicate a genuine link with that legal order, capable to allow its laws to govern the succession as a whole[16].

The importance of the habitual residence for the purposes of Regulation 650/2012 suggests that this concept may express the connection required by the aforementioned art. 2 of Legislative Decree 346/1990. In this regard, there are two possible interpretative options, both of which are also suitable for achieving the same result.

According to the first – more radical – option, the habitual residence should be used for determining the residence of the deceased for the purpose of applying the inheritance tax. In fact, it could be argued that such a residence, while expressing a substantial and effective rooting relevant for the civil law aspects of the succession, can as such be taken as a valid connecting factor also for inheritance tax, considering the reference that Legislative Decree 346/1990 makes to the civil law concept of residence.

Following this interpretation, a solution for tax purposes consistent with the characteristics of the residence governed by the Italian civil law would be achieved. The habitual residence to which the Regulation refers seems to emphasize the existence in a given legal order of (predominantly personal and family) links which have to be intense and somehow chosen by the person whose succession is involved. These are the same characters that qualify the residence according to art. 43 of the Italian civil code[17].

According to a different interpretation, the habitual residence which the Regulation refers to does not help to identify the place where the deceased must be considered resident for the purposes of inheritance tax. However, such a concept makes it possible to identify the civil law applicable to the whole

connected with a State other than the State whose law would be applicable under paragraph 1, the law applicable to the succession shall be the law of that other State».

[16] See M. ATALLAH, *The Last Habitual Residence of the Deceased as the Principal Connecting Factor in the Context of the Succession Regulation 650/2012*, in *Baltic Journal of European Studies*, 2019, 130.

[17] P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il diritto alla residenza. Un confronto tra principi generali, categorie civilistiche e procedure anagrafiche*, in *Il diritto delle famiglie e delle persone*, Milano, 2003, 1013. It has to be noted that the concept of residence according to the Italian civil code is recalled by the definition of residence for fiscal purposes. An analysis of these related concepts can be found in G. MARONGIU, *Domicilio, residenza, dimora nel diritto tributari*o, in *Dig. civ*, *sez. comm*., Torino, 1999, 22.

succession: and it is on the basis of the latter law that it is possible to envisage the notion of civil law residence to which the Italian law on inheritance tax refers.
Therefore, according to this different approach, it is the law applicable to the succession – that of the State where the habitual residence of the deceased is placed – to outline the characters of the latter's residence for the purpose of applying the inheritance tax.
Moreover, unless the legislation of that State attributes the residence on the basis of a mere formal character like that of the registration in the registry of the resident population, it is probable that there is an overlap between the national civil law residence – defined on the basis of substantial and stable elements – and the "habitual residence " referred to by the Regulation.
It could therefore be reasonable to argue that the residence of the deceased – which according to the aforementioned art. 2 of the Italian law on inheritance tax delimits the scope of application of this tax – has to be interpreted moving from the Regulation. On this basis one can consider that it is coincident with the substantive notion of habitual residence referred to by the Regulation for the purpose of identifying the law govening the succession[18].

4. The potential relevance of the Regulation for the tax consequences of an agreement as for succession

In the Italian law of succession for a long time the agreements as to succession, or agreements between the settlor and his heirs concerning the estate of the former were forbidden. This rule, established by art. 458 of the Italian civil code[19], aims at protecting the settlor's freedom to dispose of his estate for the duration of his life.
Although the civil code rule is still in force, it has found some exceptions that have weakened its scope. Among these it is worth mentioning, due to the tax consequences that may derive from it, the case of the family pacts, introduced

[18] For a first comment in that sense, see A. BUSANI, *Successioni UE in base alla residenza*, in *Il Sole 24 Ore*, 15 August 2015. According to an author, the "habitual residence" could play a significant role in a future perspective of coordination of limits to tax jurisdictions of inheritance taxes in the internal market (J.K. SZCZEPAŃSKI, *Proposal for the Coordinated System of Taxation Applicable to Cross-Border Inheritances and Gifts in the Internal Market*, in *Intertax*, 2019, 247).
[19] Art. 458 of the Italian civil code states that *mortis causa* contracts are void.

by law 55/2006 through the addition to the civil code of articles 768-*bis* to 768-*octies*[20].

The family pact is a contract through which an entrepreneur transfers his/her business or the controlling interests in his/her company to one or more of the heirs. The function of this agreement is to allow the entrepreneur to define in advance the succession of his/her business, avoiding management gaps and above all conflicts between descendants. Given the fact that in Italy the main part of the national wealth come from family businesses, the legislator justified the exception to the general prohibition of agreements as for succession precisely with the particular national interest to preserve the continuity of those businesses.

For its part, the tax legislator tried to stenghten that function providing that the transfer of a business or the controlling interests in a company by means of a family pact is exempted from the inheritance and gift tax, pursuant to art. 3, paragraph 4-*ter*, of Legislative Decree 346/1990 if made in favor of the spouse or one or more of the settlor's children[21].

However, the exemption applies only if further conditions are met. The beneficiaries shall undertake, with a joint declaration, to continue the business for at least five years from the date the pact is stipulated. In the event that the transfer is made only in favor of some of the settlor's children, the assignees are obliged to compensate the excluded heirs in cash up to the share reserved by the law: also in this case, the sum paid as a compensation are not subjected to inheritance and gift tax.

One can ask himself/herself if Regulation 650/2012 may indirectly influence the application of the just mentioned favorable regime.

In fact, art. 25 of the Regulation establishes that «an agreement as to succession regarding the succession of one person shall be governed, as regards its admissibility, its substantive validity and its binding effects between the parties, including the conditions for its dissolution, by the law which, under this Regulation, would have been applicable to the succession of that person if he had died on the day on which the agreement was concluded». Therefore, the validity of the agreement should be determined under the law of the State in which the settlor, at the time the contract has been stipulated, had placed his/her

---

[20] See F. VISMARA, *Patti successori nel Regolamento UE 650/2012 e patti di famiglia: un'interferenza possibile?*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2014, 803.

[21] The norm establishes that «transfers, also made through the family pacts referred to in articles 768-*bis* and following of the civil code, in favor of the children and of the spouse, of companies or branches of them, of shares are not subject to tax» (translation by the author).

habitual residence or in which he/she had the closest connection. However, as indicated in paragraph 3 of the same article, the parties have the right to choose that the agreement be governed by the law of the State that the settlor could have chosen pursuant to art. 22.
It could then be argued that – for the purposes of the application of the regime pursuant to art. 3, paragraph 4-*ter*, of legislative decree 346/1990 – the family pact concerning the transfer of the business or of the controlling interests in a company must meet the requirements of the law governing the succession, even if this is not the Italian law. This situation would entail the need – for the Italian entrepreneur who wishes to have his company in this way – to carry out a careful check of the provisions of the applicable law, which in hypothesis might not even contemplate at all an exception to the prohibition of agreements as to succession.
The text of the provision in question could suggest a different interpretation, in the part in which it refers the favorable tax regime to transfers «made also through the family pacts referred to in articles 768-*bis* and following of the civil code». The punctual reference to the provisions of the Italian civil code which govern family pacts would seem to bring all aspects of their discipline, even with regard to validity requirements and effects, back to the Italian law only.
However, the reference to the provisions of the civil code is merely an example – as made clear by the use of the conjunction "also". Therefore, it is reasonable to hold that the transfer of the business or the controlling interests can enjoy the tax exemption in question also in the case in which it is realized on the basis of an agreement as to succession admitted by the law governing the succession, pursuant to art. 25 of the Regulation.

5. The relationship between succession declaration and European Certificate of Succession

One last profile deserves to be analyzed, although it appears to be scarcely up to date and, if anything, it can be detected in a future perspective.
As is known, one of the most important changes introduced by Regulation 650/2012 refers to the European Certificate of Succession[22]. In order to simplify the formalities related to the opening of a cross-border succession, articles 62

[22] See I. RIVA, *Certificato successorio europeo. Tutele e vicende acquisitive*, Napoli, 2017, *passim*.

and following of the Regulation provide that the issue of such a certificate in a Member State allows the heir, the legatee, the inheritance administrator or the executor to exercise his/her rights in any other Member State without any further formalities. In essence, the European Certificate of Succession is a uniform title, destined as such to apply throughout the whole EU legal area.

Without going into the details of this instrument, for the purposes of our study it may be useful to investigate whether it could influence the content of the declaration of succession, which in the Italian tax system the heirs are obliged to present to the tax administration in view of the liquidation of the inheritance tax[23].

The function of the declaration of succession is to inform the Italian Revenue Agency about the opening of the succession, the number and identity of the heirs and, above all, the composition of the estate and its value, which constitutes the taxable base of the inheritance tax. The exclusively fiscal function of the declaration[24], therefore, seems able to prevent the new European Certificate of Succession from being used, in the absence of internal regulatory changes, as an alternative to the former, even if limited to cross-border successions.

It is true that the content of the European Certificate of Succession, listed in art. 68 of the Regulation, appears to a large extent similar to that typical of the declaration of succession: in fact, it contains the details of the deceased, those of the heirs, the matrimonial property regime in force between the deceased and the spouse, the shares and the list of assets and rights "for any given heir". These elements are broadly comparable to those that art. 29 of Legislative Decree 346/1990 requires for a valid declaration of succession.

There are, however, two elements that go against an assimilation between the two documents.

The first concerns the evaluation of assets and inheritance rights. As stated above, this aspect is essential for the declaration of succession, since – except for adjustments – the tax office will liquidate the inheritance tax due based on the value indicated by the person submitting the declaration. This element is missing in the European Certificate of Succession, which as mentioned is limited to requiring the listing of assets and rights belonging to the estate.

Secondly, the Italian legislation is very strict in imposing that the declaration of succession be presented to the competent office using the specific model

[23] Art. 28 of Legislative Decree n. 346 of 1990 disciplines the rules for the filing of the declaration of succession for fiscal purposes.

[24] So much so that the presentation of the declaration of succession is never equivalent to the acceptance of the succession.

approved by the Ministry of Economy and Finance under penalty of nullity[25]. In the absence of a regulatory change, therefore, there is no room for using the European Certificate of Succession in order to replace the declaration of succession.

As for the other profiles analyzed, however, it is possible to highlight an indirect relevance of that certificate for the national discipline concerning the declaration of succession. In case of cross-border successions, in fact, the heirs of the deceased could replace part of the documentation that must be attached to the declaration of succession, pursuant to art. 30 of Legislative Decree 346/1990, with the certificate issued by the competent authority or, according to paragraph 3 of art. 62 of the Regulation, by a notary or other Italian authority in charge of this.

It is obviously still a matter of very limited relevance for the discipline of the Italian inheritance tax. However, the impact should not be underestimated: a procedural economy can in fact be realized for the heirs, who could well attach to the declaration of succession only the European Succession Certificate and the additional documents proving the value of the estate. Furthermore, a seminal, albeit partial, uniformization at European level of the obligations related to the opening of the succession and the liquidation of the inheritance tax could be realized: this could, on the one hand, push the national legislator to simplify the regime of the declaration of succession, allowing it to be replaced by the European certificate; on the other hand, give new impetus to those European initiatives – as we shall see immediately after – aiming at harmonizing the inheritance taxation so as to eliminate the obstacles that exist today in the common space due to the coexistence of so many different tax regimes, as there are Member States.

6. Conclusions: Regulation EU 650/2012 and the first steps towards a European inheritance tax

The analysis carried out shows that the Regulation on the law applicable to cross-border successions can have an impact on the Italian inheritance tax discipline. This is only an indirect influence, however it can be significant. Of course, it is not certain that what we have observed in relation to the Italian law system can be generalized: the solution depends on the national discipline of

[25] Art. 28, para. 3, of the Italian law on inheritance tax establishes that the declaration of succession not following the rules and models imposed by law is void.

the inheritance tax and on the greater or lesser reference that the tax law makes to notions of civil law, without defining them independently. However, in the event that the tax legislator uses these concepts, then it seems reasonable to believe that the rules laid down in Regulation 650/2012 apply to them.

This situation can lead to a form of initial (and partial) standardization of the various national inheritance tax regimes. From this point of view, the influence of Regulation 650/2012 – perhaps not desired by its drafters, which in fact have excluded the tax issues from its direct scope of application – must be appreciated. Moreover, it would be appropriate for the European Union and its Member States to take seriously the possibility of achieving a harmonization of the inheritance tax discipline. Otherwise, the purpose of Regulation 650/2012 – which is precisely that of eliminating obstacles to successions in Europe – risks to being frustrated: the existence of multiple different tax regimes linked to the opening of a succession can in fact make the tax burden on the heirs very hard, thus introducing an obstacle that the Regulation is certainly not capable of managing[26]. At the same time, double taxation agreements regarding inheritance taxes are too few to offer a viable alternative[27].

The European Commission has long undertaken a study to achieve harmonization in this regard[28]. In a 2015 report[29], the group of experts appointed by the Commission has clearly highlighted the contiguity between the civil law regulation – that of Regulation 650/2012 – and the fiscal one, suggesting as a better solution the introduction of a regime in which only a State has the right

[26] D. MURITANO, *Tax aspects of international successions: notarial problems*, in *Towards the Entry Into Force of the Succession Regulation: Building the Future Uniformity Upon Past Divergencies*, JUST/2013/JCIV/AG/4666 Final Study coordinated by Bariatti, Viarengo and Villata, University of Milan, 2016, 152. See ALSO G.F.A. VAN VIJFEIJKEN, H.F. VAN DER WEERD-VAN JOOLINGEN, *Double taxation of Inheritances and the Recommendations of the European Commission*, in *EC Tax Review*, 2012, 311.

[27] It has been noted that in Italy only seven double tax treaties with respect to inheritance and gift taxation are in force (R. LUPI, *Avoidance of multiple inheritance taxation within Europe*, available at www.eatlp.org/uploads/public/Maastricht_Italy.doc). More in general, one can refer to J.K. SZCZEPAŃSKI, *The Impact of European Tax Treaties with Respect to Taxes on Inheritance, Estates and on Gifts on Family Multinationals in the Internal Market*, in *British Tax Review*, 2018, 465.

[28] The first document issued by the EU Commission on that topic is the *Commission Recommendation of 15 December 2011 Regarding Relief for Double Taxation of Inheritances*, doc. 2011/856/EU.

[29] DIRECTORATE GENERAL FOR TAXATION AND CUSTOMS UNION, *Ways to tackle inheritance cross-border tax obstacles facing individuals within the EU*, Report of Expert Group, December 2015.

to apply the inheritance tax. In this sense, the same connecting factors used for the identification of the law governing the succession could be exploited: as has been pointed out, they – particularly that of the "habitual residence" – are not dissimilar from those normally envisaged for locating the power of taxation.
Despite the interest in the subject matter, the EU Commission has not yet come to formulate a proposal for a directive to the Council. This stalemate appears to be the result, on the one hand, of the difficulties that the Union fiscal policy is encountering in recent times, with the failure of many proposals for harmonization (such as that concerning the taxation of the digital economy) and the attempt to eliminate the requirement of unanimity for decisions concerning taxes; on the other hand, of the excessive confidence in the ability of the jurisprudence of the European Court of Justice to address and resolve the most controversial cases through the reference to the protection of fundamental freedoms[30].
Although the introduction of a harmonized inheritance tax regulation appears to be the logical conclusion of the path taken with the adoption of Regulation 650/2012, the times do not appear to be ripe yet. Many scholars advocate the adoption of the "one inheritance, one tax" regime[31], but any solution remains in the hands of the Member States. It is desirable for them to understand that the transfer of part of their fiscal sovereignty is useful both for the better and more certain enjoyment of the common space by the EU citizens, and for the institutional evolution of a legal system that risks, otherwise, to implode due to the current "sovranist" pushes.

[30] Since 2003, the EU Court of Justice analysed national inheritance tax provisions with regard the EU fundamental freedoms. See the seminal judgement in *Barbier*, C-364/01, 11 December 2003. For a thorough analysis of the recent case-law see I. DAFNOMILIS, *Inheritance Taxes and European Union Law: A Case Law to Be Inherited?*, in *EC Tax Review*, 2014, 352; and G.M. LUCHENA MOZO, *An Analysis of ECJ Case Law on Discriminatory Cross-Border Inheritance Tax*, in *European Taxation*, 2017, 201.
[31] G.F.A. VAN VIJFEIJKEN, *One Inheritance, One Tax*, in *EC Tax Review*, 2017, 214.

Succession agreements and public policy within EU Regulation 650/2012

Luca Ettore Perriello
Postdoctoral Researcher in private Law, University of Salerno

The essay explores the intersections between succession agreements and the public policy defence within the framework of the European Succession Regulation. After narrowing down the relevant notion of succession agreements under the Regulation and illustrating the criteria to determine the applicable law, it will be argued that the hypothetical succession law best serves legal certainty and the desire of the person whose succession is concerned to plan his succession pursuant to predictable and indisputable provisions. The concept of public policy will be elucidated, drawing a clear dividing line between its domestic and international variations, and showing that the distinction lies in their content and function. The essay ends with some remarks on the possible conflict of succession agreements with public policy. While it is true that, in countries that prohibit them, succession agreements clash with domestic public policy, it is no less true that they do not per se run contrary to international public policy, except for some circumstances in which the solidarity-based reasons behind forced heirship are impaired.

Il presente articolo prende in esame i punti di intersezione tra i patti successori e la difesa dell'ordine pubblico nell'ambito del Regolamento Europeo sulle Successioni transfrontaliere. Dopo aver circoscritto il concetto di patto successorio a quello di cui al suddetto Regolamento ed aver illustrato i criteri adottati per la determinazione della legge applicabile, si argomenterà che la legge successoria ipotetica soddisfa al meglio la certezza del diritto ed il desiderio del de cuius *di programmare la propria successione in base a disposizioni predicibili ed incontestabili. Si spiegherà il concetto di ordine pubblico, tracciando una linea di demarcazione netta tra le sue varianti nazionale ed internazionale, dimostrando come si distinguano per contenuti e per funzioni. L'articolo si conclude con alcune osservazioni sul possibile conflitto tra patti successori ed ordine pubblico. Se è vero che, nei Paesi in cui sono vietati, i patti successori sono in contrasto con l'ordine pubblico nazionale, è altrettanto vero che non confliggono di per sé con l'ordine pubblico internazionale, fatta eccezione per alcune circostanze in cui vengono pregiudicate le ragioni solidaristiche sottese all'istituto della quota legittima.*

Summary: 1. Introduction. – 2. Defining succession agreements and the applicable law under the European Succession Regulation. – 3. Domestic vs international public policy. – 4. The clash between succession agreements and public policy.

1. Introduction

An Italian citizen having his habitual residence in Germany entered into a valid *Erbvertrag*, whereby he contractually appointed his heirs and granted legacies. At the time of his death, he was no longer a resident of Germany, having moved back to Italy to spend his last years in his native country. The Italian civil code prohibits any agreements as to succession (art. 458), i.e. contracts in which the person whose succession is concerned disposes of his own succession rights, or a prospective beneficiary disposes of or waives his rights on a future succession. On the contrary, § 1941 of the German civil code (BGB) stipulates that the person whose succession is concerned may designate an heir, a legatee or impose a burden by contract, and make these provisions irrevocable[1]. Is that cross-border succession agreement valid under German law or should it collapse because it runs counter to art. 458 c.c.? If German law applies, does it make any difference that the testator moved his habitual residence to a country which is hostile to succession agreements? These are just a couple of questions that the EU Regulation 650/2012 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 (hereinafter ESR), seeks to answer.

When it comes to agreements as to succession, Member States' laws differ to a considerable extent. On one hand, Roman legal systems tend to prohibit them on the ground that their irrevocability compromises testamentary freedom, i.e. the principle that the testator should be free to govern his succession however and whenever he wants until the very moment of his death[2]. At the other end of

[1] On the German *Erbvertrag* see P. KINDLER, *La legge applicabile ai patti successori nel Regolamento UE 650/2012*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2017, 12 ff., 13-14, arguing that the reasons why the BGB legislator heavily curtailed testamentary freedom by making the contractual designation of heirs and legatees irrevocable ranged from securing the predictability of succession to treating children from different marriages equally, to receiving assistance from the beneficiary in return for his designation as heir or legatee.

[2] This is, at least, the canonical view concerning inheritance agreements. See C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Milan, 1964, 40; M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Naples, 1976, 60; EAD., *Patto successorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milan, 1982, 533; G. GROSSO and A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in *Tratt.*

the spectrum lies the German legal tradition, which prioritizes the predictability of succession over testamentary freedom[3]. It is precisely in this kaleidoscopic scenario that the ESR fits. Its ambition is not to institutionalize succession agreements and force their adoption on States which do not recognize or even ban them[4]. Rather, the ESR pursues the much narrower purpose of establishing a framework for settling conflicts of laws arising out of cross-border succession agreements. As a typical private international law instrument, the ESR shields Member States from the application of laws which may clash with the public

dir. civ. it. Vassalli, XII, Turin, 1977, 92; L. FERRI, *Successioni in generale, Artt. 456-511*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Rome, 1980, 95. However, recent scholarship has made a compelling argument that there is no need for such a radical prohibition where a conventional or legal revocability may well safeguard the principle of testamentary freedom. For instance, a succession agreement affording the person whose estate is involved a right to withdraw whenever he wants would be upheld under art. 458 c.c. Accordingly, it appears that the policy underlying the prohibition is the protection of the centrality of the testator's intention, that is, the law does not want it to be conditioned by third parties. A mere revocability would not shelter the testator's exclusive intention, because contractual duties of good faith and fairness would still make the other party's intentions material. Arguing this way see F. MAGLIULO, *Il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale*, in *Riv. not.*, 1992, 1418 ff.; C. CACCAVALE, *Il divieto dei patti successori*, in RESCIGNO (ed.), *Successioni e donazioni*, I, Padua, 1994, 25 ff.; ID., *Patti successori: il sottile confine tra nullità e validità negoziale*, in *Notariato*, 1995, 552 ff., 555 ff.; V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione*, Naples, 2015, 178 ff.

[3] Agreements as to succession are, by and large, prohibited in France (yet, several exceptions are known), Italy, Spain (except for the regional laws of the autonomous communities of Aragon, the Balearics, the Basque Country, Catalonia, Galicia and Navarre), Belgium, Luxembourg, the Netherlands, Portugal and Greece. By contrast, they are valid in Germany, Switzerland and Austria. Outside the European Union, they are unknown or prohibited in China, Russia and most African and South-American countries, while common law jurisdictions are cognizant of instruments which perform equivalent functions (see, in this regard, A. RÖTHEL and A. BRAUN (eds.), *Passing Wealth on Death. Will-Substitutes in Comparative Perspective*, Oxford-Portland, 2016). For comparative remarks on succession agreements see Y.H. LELEU, *Les pactes successoraux en droit comparé*, in AA.VV., *Les relations contractuelles internationales – Le rôle du notaire*, Antwerp, 1995, 589 ff.; G. PETRELLI, *Sulla sicurezza di acquisti da eredi e legatari*, in *Notariato*, 2005, 211 ff.; A. BONOMI and M. STEINER (eds.), *Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé*, Geneva, 2008; A. FUSARO, *Uno sguardo comparatistico sui patti successori e sulla distribuzione negoziata della ricchezza d'impresa*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, 355 ff.

[4] According to P. FRANZINA and A. LEANDRO, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni per causa di morte in Europa*, in *Nuove leggi civ.*, 2013, 275 ff., 322, that a private international law regulation determines the law applicable to agreements as to succession does not imply that Member States are under an obligation to adopt them. Indeed, recital 49, while defining succession agreements, makes it quite clear that «the admissibility and acceptance of which vary among the Member States».

policy (*ordre public*) of the forum (art. 35 ESR). So, that begs the question of whether a court of, say, Italy or France, may appeal to public policy to paralyze a German *Erbvertrag*. At the outset, it appears that, should such an exception be accommodated, much of the liberal spirit underpinning the ESR would be frustrated[5].

The scope of this essay is to explore the intersections between succession agreements and the public policy defence within the framework of the ESR. Part 2 seeks to narrow down the relevant notion of succession agreements under the ESR and illustrate the criteria to determine the applicable law. It will be argued that the hypothetical succession law best serves legal certainty and the desire of the person whose succession is concerned to plan his succession pursuant to predictable and indisputable provisions. Part 3 dwells on the concept of public policy and draws a clear dividing line between its domestic and international variations. It will be shown that the distinction lies in their content and function. Part 4 addresses the possible conflict of succession agreements with public policy. While there is no denying that, in countries that prohibit them, succession agreements clash with domestic public policy, they do not per se run contrary to international public policy, except for some circumstances in which the solidarity-based reasons behind forced heirship are impaired.

2. Defining succession agreements and the applicable law under the European Succession Regulation

The ESR defines a succession agreement 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» (art. 3(1)(b)).

---

[5] A. BONOMI, *Article 25*, in ID. and P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement UE 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2nd ed., Brussels, 2016, 592-593, contends that the liberal spirit behind the ESR is reflected in such provisions in support of testamentary freedom and party autonomy as habitual residence being the general criterion (art. 21), the choice of the applicable law (art. 22), the succession agreements (art. 25). Public policy does offset that liberal policy, but courts should not use it too loosely. For this would fall short of the EU legislator's intentions and compromise the *effet utile* of the ESR. See also A. DAVÍ, *Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni*, in PILLITU (ed.), *Scritti in onore di Giorgio Badiali*, Rome, 2007, 93 ff., claiming that a boost in the circulation of people, goods and services has impacted on the development of succession law to a considerable extent.

Two points can be made about this definition. Firstly, it attracts succession agreements under the scope of application of the ESR, entailing that, despite being contracts, Regulation 593/2008 (Rome I) does not apply to succession agreements[6]. Secondly, the ESR definition is thought to be autonomous from the definitions of succession agreements enshrined in domestic legislations, that is, it is of substantial assistance and rules any (possibly broader) definitions brought by competing laws out[7].

The wording of the article covers agreements as to the succession «of one or more persons party to the agreement». It goes without saying that what the EU legislator had in mind were inheritance agreements, also known as positive or acquisitive agreements, whereby the person whose succession is concerned determines that the other contracting party is his heir or legatee. It is immaterial whether these agreements were made with or without consideration, with the former usually being made in common law jurisdictions in the form of contracts to make a will[8] (although these contracts do not directly affect succession rights, but imply an obligation to dispose at will in a certain way), and the latter being made in Germanic countries, where they are essentially associated with liberal provisions other than wills.

What about renunciation agreements, whereby the heir waives his rights over a succession? Or third-party succession agreements, also known as *pacta de hereditate tertii*, whereby the heir transfers his rights over the succession of a third party? Their function is not to be equated with that performed by inheritance agreements[9]. Indeed, they are prohibited not for the purposes of the

[6] See G. BIAGIONI, *Art. 1*, II), in FRANZINA and SALERNO (eds.), *Commentario al Regolamento n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali («Roma I»)*, in *Nuove leggi civ.*, 2009, 568, arguing that succession agreements are governed by the *lex successionis*.

[7] A. KÖHLER, *Agreements as to Succession Under the New European Private International Law*, in *Revija za evropsko parvo*, 2005, 25 ff., 30.

[8] See D. DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte*, Milan, 2013, 92, contending that common law contracts to make a will fall within the scope of the ESR. By these contracts a caregiver agrees to take care of an elderly person in return for the latter's commitment to appoint the former in his will; such undertaking may be supported by a contract not to revoke or not to alter a will, whose violation gives rise to compensation for damages or reparation in kind consisting in the acquisition of the property subject to the revoked will. On the application of the ESR to contracts to make or not to make or to revoke or not revoke a will see also A. DUTTA, *Art. 3 EuErbVo*, in *Kommentierung der europäischen Erbrechtverordnung*, in *Münchener Kommentar BGB*, 6th ed., X, München, 2015, para. 9.

[9] See V. BARBA, *I patti successori*, cit., 32 ff., criticizing the scholarly approaches which tend to bring all kinds of succession agreements within a unique function.

protection of testamentary freedom (the testator is free to dispose of his assets as he wishes[10]), but because the law seeks to prevent generous or incautious individuals from squandering their potential succession, or people in general from craving the death of the person whose succession is concerned (*votum captandae mortis*[11]). There is a sufficiently broad consensus that the wording of art. 3(1)(b) ESR speaks against the inclusion of renunciation or third-party succession agreements, because they do not require that the person whose succession is concerned be a party to them[12]; but the question remains as to whether these agreements are to be governed by the *lex contractus*, given their contractual nature, or the *lex successionis*, given their close connection with the deceased's succession[13]. However, where the person whose succession is

[10] Dissenting L.C. SCORDO, *La tutela giuridica dell'acquirente di un bene proveniente da donazione: una proposta interpretativa*, in *Vita not*., 2002, CXXXLX, on the ground that a renunciation agreement interferes with testamentary freedom in that the testator would not be able to dispose of his assets in favor of the renouncing party.

[11] A. LISERRE, *Disposizioni generali sulle successioni*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, 5, 2nd ed., Turin, 1997, 40; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, 3rd ed., I, Milan, 2009, 40. But see V. PUTORTÍ, *Il divieto dei patti successori istitutivi alla luce del Regolamento UE 650/2012*, in *Dir. succ. fam*., 2016, 845 ff., 851 fn. 21, arguing that third-party and renunciation agreements are prohibited because they hamper legal certainty. On one hand, the contracting heir relies on his designation as heir; on the other, it is unsure that the property the potential heir disposes of will remain with the testator until his death. Yet, the author makes some technical arguments to reconcile these kinds of agreements with the principle of legal certainty.

[12] See D. DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni*, cit., 92, advocating for the application of the *lex successionis*; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, *Article 25*, in CALVO CARAVACA, DAVÌ and MANSEL (eds.), *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge, 2016, 382, advocating for the application of the *lex contractus*; A. FUSARO, *Linee evolutive del diritto successorio europeo*, in *Giust. civ*., 2014, 510 ff., 538. For the opposite opinion see A. BONOMI, *Article 25*, cit., 432, yet without phrasing any arguments in support; and P. KINDLER, *La legge applicabile ai patti successori*, cit., 17, arguing that it is the broad formulation of art. 3(1)(b) ESR that supports the inclusion of third-party and renunciation agreements.

[13] B. BAREL, *La disciplina dei patti successori*, in FRANZINA and LEANDRO (eds.), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni* mortis causa, Milan, 2013, 114 fn. 17, cites the opinion (A. BONOMI, *Successions internationales: conflits de lois et de juridiction*, in *Recueil des cours*, 2010, 268 ff.) that a qualification of third-party succession agreements as contracts would bring about the undesirable consequence that these agreements may avoid the application of the parties' domestic legislation; thus, they should be subject to the *lex successionis*. However, Barel contends that art. 3(3), Rome I Regulation («where all other elements relevant to the situation at the time of the choice are located in a country other than the country whose law has been chosen, the choice of the parties shall not prejudice the application of provisions of the law of that other country which cannot be derogated from by agreement»), may prevent a more permissive *lex contractus* from outweighing the *lex successionis*. On the contrary, there should be

concerned is party to the renunciation or third-party agreement, the argument based on the wording of art. 3(1)(b) ESR does no longer hold true, so that kind of agreement is subject to the ESR.

Outside the scope of the ESR are «property rights, interests and assets created or transferred otherwise than by succession, for instance by way of gifts, joint ownership with a right of survivorship, pension plans, insurance contracts and arrangements of a similar nature» (art. 1(2)(g)). It appears that the ESR differentiates *mortis causa* acts from *post mortem* acts, in which the death of the person whose succession is concerned is not cause of the attribution of property, but the event upon which the effects of the agreement are dependent, namely a term or condition[14]. *Post mortem* acts are mostly contracts and, accordingly, are subject to «Rome I» Regulation[15]. They encompass: gifts made *si moriar* or *cum moriar*, whereby the giftor irrevocably transfers the property and the giftee immediately acquires an interest subject to a condition or term[16]; *post mortem* agencies, whereby the person whose succession is concerned confers upon the agent the power to carry out material activities (e.g. burial, publication of

little doubt that renunciation agreements are governed by the *lex successionis*, this being the law governing the «waiver of the succession or of a legacy» under art. 23(2)(e) ESR.

[14] For this subtle distinction see A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Naples, 1983, 50-51, arguing that in *post mortem* acts death is the event upon which the effects of a legal relation – which was already established – are dependent, while in *mortis causa* acts, notably wills and agreements as to succession, death originates a legal relation which did not exist before. *Mortis causa* acts govern economic and non-economic relations of a party for the time of his death, and do not take any effects, not even preliminary, before this event: G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milan, 1954, 37, with a definition which was widely applauded by Italian scholarship. The distinction seems to be known to French law too; see Cass., 30 May 1985, in *Dalloz*, 1986, J, 65, ruling that «*une promesse de vente déterminée dans son objet et dans son prix, engageant le promettant immédiatement et de façon irrévocable et faisant naitre au profit du bénéficiaire un droit actuel pur et simple et dont seule l'exécution est différée jusqu'au décès du promettant, constitue non un pacte sur succession future, mais une promesse post mortem valable comme n'ayant suspendu que l'exécution d'un droit déjà né*».

[15] Cf. B. BAREL, *La disciplina dei patti successori*, cit., 117; G. BIAGIONI, *Art. 1*, II), cit., 568.

[16] In Italian scholarship it is common ground that *si moriar* or *cum moriar* gifts do not infringe the prohibition of agreements as to succession because they are sound and irrevocable at the outset, although they take effect upon the giftor's death; the giftor does not dispose of his succession rights, but of his present assets. See B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. civ. it. Vassalli*, XII, 4, Turin, 1961, 520; A. PALAZZO, *I singoli contratti*, 2, *Atti gratuiti e donazion*i, Turin, 2000, 130; G. IUDICA, *La donazione a termine*, in BONILINI (ed.), *La donazione*, Turin, 2001, 871. By contrast, *mortis causa* gifts are invalid under Italian law because they amount to succession agreements; they qualify as such under the ESR and are subject to art. 25 thereof: P. KINDLER, *La legge applicabile ai patti successori*, cit., 15.

works) or legal activities other than the disposition of property (e.g. appointment of an executor tasked with sharing out the hereditary mass) upon his death[17]. Moreover, outside the scope of the ESR are the Italian *patto di famiglia* (art. 768-*bis* c.c.), whereby a person transfers his company or shares to one or more descendants to ensure the continuity of the family business and dodge disputes between his forced heirs[18] and the French *donation-partage* (artt. 1075 ff. *code civil*), which takes immediate and irrevocable effects, and concerns only present assets[19].

Art. 25(1) ESR submits succession agreements, as defined above, to the law that would have been applicable to the succession if the person concerned had died on the day on which the agreement was concluded, which, as a general rule, is the law of the State of his habitual residence (art. 21 ESR); different rules are set forth for agreements concerning the succession of several persons (art. 25(2) ESR)[20]. It stands out that the relevant moment is the habitual residence at

[17] G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 62-65. On the contrary, a *mortis causa* agency purporting to dispose of property upon death would clearly amount to a succession agreement and be prohibited under Italian law. See also G. PERLINGIERI and G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Naples, 2019, 192-193, advancing the plea for a restrictive interpretation of the prohibition of inheritance agreements under art. 458 c.c., in keeping with constitutional personalism and solidarism, that upholds agreements concerning non-pecuniary rights, such as provisions for burials, accounts on social media, the publication of works, the education of children etc.

[18] *Patto di famiglia* does not seem to be a succession agreement, neither an inheritance one, because it takes effect immediately, and not upon the ascendant's death: G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 47-48; nor a renunciation one, because the heirs who are parties to it may well accept or waive the inheritance upon the ascendant's death, and the effect consisting in the prohibition to bring actions to recover the reserved share depends on law, not on a conventional renunciation: C. CACCAVALE, *Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, in *Notariato*, 2006, 289 ff., 313; D. DAMASCELLI, *Il «patto di famiglia» nel diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, 619 ff., 626. Dissenting P. KINDLER, *La legge applicabile ai patti successori*, cit., 17; F. VISMARA, *Patti successori nel Regolamento UE 650/2012 e patti di famiglia: un'interferenza possibile?*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, 803 ff., 815, on the assumption that *patti di famiglia* amount to renunciation agreements and are subject to the ESR. Yet, whether *patti di famiglia* are renunciation agreements at all seems to be a moot point for the purposes of the ESR, if the view is accepted that those kinds of agreements still fall outside the ESR.

[19] B. BAREL, *La disciplina dei patti successori*, cit., 119. On the contrary, the French institution contractuelle (artt. 1082-1083 code civil), whereby, in the event of marriage, a party may dispose of his assets existing at the moment of his death in favor of the spouses or their children, retaining the power to transfer them for consideration, seems to qualify as succession agreements for the purposes of the ESR: *ibid*., 118; D. DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni*, cit., 93.

[20] As far as the admissibility is concerned, art. 25(2) ESR requires the cumulative application

the time the agreement was concluded, not the habitual residence at the time of death. Accordingly, art. 25 ESR relates to the the *hypothetical* succession law, which has been praised as the criterion that best serves the parties' interests, as well as those belonging to third parties.

Absent the rule laid down in art. 25 ESR, if the person whose succession is concerned transferred his habitual residence to a State which prohibits succession agreements, such a transfer would strike down the succession agreement previously concluded. That risk would instead concern other *mortis causa* dispositions (notably wills) to a lesser extent, because, unlike succession agreements, most legal systems share the same requirements for the validity and efficacy of those dispositions[21]. Moreover, should the person whose succession is concerned be allowed to shift his habitual residence to a jurisdiction unfriendly to succession agreements, the beneficiaries would be deprived of their rights by a unilateral decision. Yet, while the beneficiaries of a will may not entirely rely on its efficacy given the testator's power to revoke it until the very last moment of his life, the beneficiaries of a succession agreement may rely on its irrevocability and consequentially may dispose of their rights in favor of third parties, who would be prejudiced too by the change of habitual residence.

Art. 25 ESR addresses many of these problems by freezing the applicable law at the time the agreement was drawn up. Accordingly, the person whose succession is concerned can predictably arrange his succession in advance, without fearing that a change of his habitual residence may impinge on his own or his heirs' and legatees' plans[22]. It is the underlying reason of legal certainty that strongly militates against the application of the rule set forth in art. 21(2) ESR, which exceptionally prefers the law of the State with which the deceased was manifestly more closely connected over the law of his habitual residence[23].

of all the laws which, under the ESR, would have governed the succession of all the persons involved if they had died on the day on which the agreement was concluded. By contrast, the validity and binding effects are subject to only one law, that is the law, from among those referred to in the first subparagraph of art. 25(2) ESR, with which it has the closest connection. See D. DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni*, cit., 95.

[21] A. BONOMI, *Article 25*, cit., 440; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, *Article 25*, cit., 386-387; A. DAVÍ and A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Turin, 2014, 89.

[22] It is worth knowing that legal certainty is one of the objectives pursued by the ESR. See recital 7: «The proper functioning of the internal market should be facilitated by removing the obstacles to the free movement of persons who currently face difficulties in asserting their rights in the context of a succession having cross-border implications. In the European area of justice, citizens must be able to organise their succession in advance. The rights of heirs and legatees, of other persons close to the deceased and of creditors of the succession must be effectively guaranteed».

[23] This way B. BAREL, *La disciplina dei patti successori*, cit., 124, on the ground of the

The law so determined governs, firstly, the admissibility and validity of the succession agreement. The admissibility is nothing but an aspect of validity because, in most jurisdictions where the agreement is inadmissible, it is tainted by invalidity. Yet, it is an aspect that must be carefully scrutinized given the substantial discrepancies existing among States when it comes to succession agreements[24]. It covers issues related to the object (e.g., the Italian *patto di famiglia* can only concern business assets) or to the parties to the agreement (it may be the case that domestic law lets only spouses and partners enter into such agreements, or only relatives, forced heirs, determined individuals be their beneficiaries, as is the case with Austrian or French law). It also covers the matters listed in art. 26(1) ESR, i.e. the capacity to make or receive dispositions of property upon death; the admissibility of representation; the interpretation of the disposition; questions relating to the consent or intention of the person making the disposition[25].

Most importantly, while art. 25(1) ESR includes in terms only the agreements, it seems that the hypothetical law applies also to the (possibly unilateral) material dispositions of property upon death contained therein (e.g. appointment of heirs, grant of legacies, imposition of burdens, substitutions). A differentiating view purporting to apply the *lex pacti* to the agreement and the *lex successionis* to the material dispositions therein may well thwart the expectations of the person whose succession is concerned and his beneficiaries[26].

The hypothetical law also governs the «binding effects between the parties, including the conditions for [the] dissolution» of the agreement. These matters will include the irrevocability which, in jurisdictions admitting succession agreements, such as Germany, usually concerns only contractual provisions (*vertragsmäßige Verfügungen*), i.e. appointments of heir, legacies, impositions

exceptional nature of the rule and the silence in recital 51. In a similar vein, see A. DAVÍ and A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, cit., 99 ff.; A. BONOMI, *Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, 875 ff., 902. By contrast, see I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, *La ley aplicable a los pactos sucesorios*, Santiago de Compostela, 2014, 28; A. KÖHLER, *Agreements as to Succession Under the New European Private International Law*, cit., 34. However, it appears that the application of the law of the closest connection determined under art. 21(2) ESR would cast legal uncertainty on cross-border successions, which is exactly what the ESR wants to avoid.

[24] A. BONOMI, *Article 25*, cit., 435.

[25] D. DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni*, cit., 96.

[26] See A. BONOMI, *Article 25*, cit., 434, arguing that the admissibility and the binding effects of succession agreements often depend on the dispositions contained therein; moreover, the choice of a given act is often contingent on the dispositions it may contain (like, in the French donation-partage, on the liberal dispositions).

of burdens, choices of the applicable law[27]. The dissolution of the agreement may also depend on events other than its unilateral revocation, such as the parties' mutual consent, the failure to perform one or more obligations (e.g., paying out a lifetime annuity[28]), the occurrence of a cause of disinheritance for one of the beneficiaries, the divorce of the married parties[29].

In addition to the habitual residence criterion under art. 25(1) ESR, art. 25(3) ESR illustrates that the parties may choose as the law to govern their succession agreement the law which the person whose estate is involved could have chosen in accordance with art. 22 ESR, that is the law of the State whose nationality he possesses. It is true that art. 25(3) seems not to differentiate the law of nationality at the time of making the choice from the law of nationality at the time of death, but it is very consistent with the hypothetical succession law rule and the whole policy underlying the ESR that the moment to take into account is the time of making the choice, i.e. the time the agreement was concluded[30]. The person whose succession is concerned can choose no other law[31], not even

[27] For a detailed discussion of German law see P. KINDLER, *La legge applicabile ai patti successori*, cit., 13 ff. It may be worth adding that non-binding parts are still considered to be 'agreement', thus to be subject to the *lex pacti* determined under art. 25 ESR, and not the *lex successionis* determined under art. 21 ESR: M. WELLER, *Article 3*, in CALVO CARAVACA, DAVÌ and MANSEL (eds.), *The EU Succession Regulation. A Commentary*, cit., 117, citing A. DUTTA, *Art. 3 EuErbVo*, cit., para. 9.

[28] But see M. WELLER, *Article 3*, cit., 117-118, contending that «an obligation does not become part of the succession agreement merely because it is assumed as a consideration. Rather, such an obligation, even though part of the agreement but typically outside the material scope of the ESR since being assumed *inter vivos*, follows its own choice-of-laws rules, for example those of the Rome I Regulation or those dictated for maintenance obligations».

[29] A. BONOMI, *Article 25*, cit., 436; D. DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni*, cit., 96.

[30] B. BAREL, *La disciplina dei patti successori*, cit., 126-127; I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, *La ley aplicable a los pactos sucesorios*, cit., 34; A. DAVÍ and A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, cit., 119; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Granada, 2014, 232. Dissenting P. KINDLER, *La legge applicabile ai patti successori*, cit., 24, on the ground that there is no compelling reason against letting the person whose succession is concerned choose the law of nationality at the time of his death to govern the succession agreement; in this case, given that all parties to the agreement give consent, no question would arise of their protection against the uncertainty stemming from a potentially divergent *lex patriae*. In support, Kindler cites A. DUTTA, *Art. 24 EuErbVo,* in *Kommentierung der europäischen Erbrechtverordnung*, cit., no. 12; and *Art. 25 EuErbVo*, ivi, no. 5. However, what this view seems to overlook is the potential uncertainty that it would cast on people who are not parties to the agreement, e.g. creditors of the beneficiaries or subsequent buyers of the estate concerned, whose interests would be overridden by a changing *lex patriae* at the time of death.

[31] But see P. KINDLER, *La legge regolatrice delle successioni nella proposta di regolamento*

the law of nationality at the time of death, which would expose his expectations and the beneficiaries to undesirable uncertainty.

The choice of the *lex pacti* under art. 25(3) ESR should not be conflated with the choice of the *lex successionis* under art. 22 ESR. They share the same purpose of permitting, in lieu of the law of habitual residence, a choice of the *lex patriae*, with which the parties may be more familiar. However, it may be the case that a choice of the *lex pacti* is made even where no *lex successionis* is chosen; in that case, the *professio* only affects the admissibility, validity and effects of the succession agreement, while all the remaining succession matters, i.e. the other matters listed under art. 23 ESR, are governed by the *lex successionis* determined under artt. 21 and 22 ESR[32]. Accordingly, there might be instances in which the same succession is governed by the *lex pacti* determined under art. 25 ESR, applicable to the matters related to the succession agreement, and the *lex successionis* determined under art. 21 and 22 ESR, applicable to all the remaining matters[33], notably «the disposable part of the estate, the reserved shares and other restrictions on the disposal of property upon death as well as claims which persons close to the deceased may have against the estate or the heirs» (art. 23(2)(h) ESR)[34]. The two laws applicable to the succession may not match where the person whose succession is concerned changes the habitual residence which determined the applicable law under art. 25 ESR, or later choses the law of his nationality as the law applicable to his succession under art. 22 ESR.

The question remains as to the possibility of the parties to a succession agreement of choosing the law of nationality as the law applicable both to the agreement

---

dell'Unione europea. Qualche riflessione in tema di carattere universale, rinvio e professio iuris, in *Riv. dir. int.*, 2011, 422 ff., 431, criticizing the choice in the ESR to limit the *professio iuris* to the law of the State whose nationality the person whose estate is involved possesses, thereby excluding the choice of the law of the State of habitual residence. Such a choice would have made it easier for people who are established in the States of their habitual residence to arrange their succession in advance, with predictable provisions that would not collapse in the event of a change of residence. With respect, it appears that this conclusion is misguided when it comes to succession agreements because, absent a choice of law, they are indeed governed by the law of habitual residence 'crystallized' on the day the agreement was concluded, with no possible interference from a change of residence, so a professio iuris on the law of habitual residence would really make no sense.

[32] B. BAREL, *La disciplina dei patti successori*, cit., 127; A. BONOMI, *Article 25*, cit., 447, arguing that this partial choice would determine a functional split among a variety of aspects within a single succession.

[33] J. RODRÍGUEZ RODRIGO, *Article 25*, cit., 388.

[34] P. KINDLER, *La legge applicabile ai patti successori*, cit., 20.

and to the remaining succession matters. In this event, the parties would make the choice of the *lex successionis* and the *lex pacti* binding and irrevocable. In 2015, the BGB was reformed to make provision for the possibility of the person whose succession is concerned of choosing, by contract, the law applicable to his succession, thereby making the choice irrevocable (§§2278 and 2290). Unlike the German civil code, the ESR is ambiguous on the matter. On one hand, it stipulates that «the substantive validity of the act whereby the choice of law was made shall be governed by the chosen law» (art. 22(3)); on the other, that «any modification or revocation of the choice of law shall meet the requirements as to form for the modification or revocation of a disposition of property upon death» (art. 22(4)). While it is true that the «substantive validity» is not inclusive of revocation – which properly affects the «effects» of the act[35], it is no less true that art. 22(4) seems to be a procedural rule, not a substantial rule on the general revocability of the choice of the *lex successionis*[36]. While the revocability may be supported in case of wills, which can be revoked at anytime, it cannot be advocated for choices of law made by contract, which cannot be revoked. Accordingly, it appears that where all parties to a succession agreement have opted for a law of nationality as *lex successionis* and *lex pacti*, and have unequivocally agreed that that choice shall be binding and irrevocable, its revocability would be at variance with the contractual nature of the agreement and run contrary to the purposes underlying the ESR[37].

[35] This argument is brought by P. KINDLER, *La legge applicabile ai patti successori*, cit., 25 in response to scholars contending that the «substantive validity» under art. 22(3) encompasses the revocability of the chosen law and is governed by the chosen law itself. So, where German law is chosen in a succession agreement, the choice must be irrevocable. Arguing, instead, this way: A. DUTTA, *Das neue Internationale Erbrechtsverfahrensgesetz*, in *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 2015, 493 ff., 494; C. DÖBEREINER, *(Bindende?) Rechtswahlen nach der EU-Erbrechtsverordnung*, in *Deutsche Notar-Zeitschrift*, 2014, 323 ff., 332; A. WYSOCKA, *How Can a Valid "*Professio Juris*" Be Made under the EU Succession Regulation?*, in *Ned. Int. Privaatrecht*, 2012, 569 ff., 574.

[36] Dissenting A. DAVÍ and A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, cit., 81.

[37] Cf. B. BAREL, *La disciplina dei patti successori*, cit., 129, stressing that this conclusion is acceptable only in the event the parties' intention can be construed, beyond doubt, as making the professio iuris irrevocable. More effective is A. KÖHLER, *Agreements as to Succession Under the New European Private International Law*, cit., 36, claiming that «admissibility of a subsequent modification of the choice of law cannot only lead to a – subsequent – invalidity of the otherwise validly constructed agreement as to succession, but also to an extinction of the validly developed binding effects. Such an outcome cannot be justified by saying that such a revocation or modification of the parties involved is made mutually: At least one party is restricted in its private autonomy – specifically in its testamentary liberty –, so that a Private International Law

3. Domestic vs international public policy

The *renvoi* to the hypothetical succession law makes it possible that a succession agreement is governed by a law of a State admitting it, while being enforced in a State which does not recognize it. As in the case outlined at the beginning of this essay, an *Erbvertrag* made by an Italian citizen having his habitual residence in Germany would be given effect in Italy, although the Italian legal system enshrines quite a radical prohibition on succession agreements. But that begs the question: could an Italian court appeal to public policy under art. 35 ESR to deny the recognition of the *Erbvertrag*? The European legislator might have considered a situation of this kind when it incorporated the public policy defence into the ESR. Yet, it is not sufficiently appropriate to say that art. 35 ESR was warranted by the Regulation's universal character, i.e. its application whether or not the law specified is that of a Member State (art. 20 ESR), which would lead to the application of laws that may be at odds with the (supposedly uniform) laws of Member States[38]. Indeed, it is precisely in the area of succession agreements that the most impressive differences between Member States exist. However, determining when a succession agreement may clash with public policy may be problematic, because public policy is a general clause, an indefinite fragment of a legal provision which requires to be filled up with content[39]. Continental legal systems with a Constitution on top of the hierarchy of sources demand that general clauses be completed with the very body of principles providing the cornerstone on which those systems are built[40]. No

implementing values of substantive law cannot thwart this substantive decision by granting party autonomy in this matter».

[38] D. DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni*, cit., 102.

[39] Cf. L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, I, 5 ff., claiming that general clauses are incomplete provisions, fragments of provisions, which are not autonomous but need to substantiate in other provisions; A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 1988, 631 ff., arguing that general clauses are just a component of a legal provision; V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, in *Giur. it.*, 2011, 1720 ff., contending that general clauses are vague and indeterminate, they must be completed by courts by using criteria which may be within or outside the legal system, and potentially conflict with each other.

[40] See P. PERLINGIERI and P. FEMIA, *Nozioni introduttive e princípi fondamentali del diritto civile*, 2nd ed., Naples, 2004, 33, arguing that general clauses must not be completed with considerations stemming from social conscience, but with constitutional principles, which secure pluralism and democracy. See also M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Turin, 2006, 25 ff. Courts seem to subscribe to this view. See Cass., sez. un., 7 July 1993, no. 7447, in *Riv. dir. int. priv.*

recourse shall be made to social conscience or morality[41] or, in general, to elements lying outside the legal system. Social and moral considerations do not necessarily align with law, and would leave the courts a large amount of leeway for imposing their personal views in ways that may not be reviewed or challenged[42]. Constitutional systems could not accept that morality completes general clauses to the detriment of cardinal principles. These principles make it possible for the systems to adapt to socio-economic changes[43] and for the courts to make decisions that can be scrutinized in terms of their compliance with predictable legal values[44].

It is not enough that foreign laws do not run afoul of public policy, they must also positively implement the values behind it. This means that the public policy scrutiny is not merely negative, but it implies affirmative implementation under the circumstances of the case[45]. The compatibility of foreign laws with

proc., 1994, 597 ff., holding that public policy principles must be drawn from the positive legal system in all its branches, especially from the Constitution.

[41] This seems to be the view accepted by the bulk of scholars: see, inter alia, S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 709 ff., 728, addressing fundamental principles, coupled with social elements and values; C. LUZZATTI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milan, 1990, 302, relating to good morals; P. RESCIGNO, *Una nuova stagione per le clausole generali*, in *Giur. it*., 2011, 1689 ff., 1690, mentioning the ideas widely shared by the social environment at the time the court has to decide the case; G. D'AMICO, *Clausole generali e controllo del giudice*, *ivi*, 2011, 1704 ff., 1705, advocating for extra-legal criteria, i.e. criteria which are to be found outside the legal system (e.g. social morality, commercial practice, technical rules etc.); S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra clausole generali e valori*, *ivi*, 2011, 1697 ff., 1698, criticizing the views that tend to uncouple general clauses from morality. This view is also accepted by private international lawyers; see P. MENGOZZI, *Il diritto privato internazionale italiano*, Naples, 2004, 340, mentioning elements stemming from international relations or social life, which have not been formally translated into State's laws. See also G. BARILE, *I princípi fondamentali della comunità statale e il coordinamento tra sistemi (l'ordine pubblico internazionale)*, Padua, 1969, 37 ff.; P. LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale*, Milan, 2005, 94 ff. Dissenting G. BADIALI, *Ordine pubblico*, III, *Diritto internazionale privato e processuale*, in *Enc. giur*., XII, Rome, 1990, 1, on the assertion that a tenet of public policy is its «positivity», i.e. for it to be relevant it is essential that its principles have been implemented, whether explicitly or not, in the legal system, while it is not sufficient that they lie in social conscience.

[42] V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 403 ff., 427.

[43] See P. RESCIGNO, *Una nuova stagione per le clausole generali*, cit., 1690, claiming that, while general clauses are met with skepticism by scholars due to their tendency to boost judicial discretion, they are indeed essential in contemporary, pluralist societies.

[44] The Court of Cassation has opined that any applications of general clauses by the lower courts can be reviewed by the Court in terms of their compliance with the law: Cass., 22 October 1998, no. 10514, in *Foro it*., 1999, I, 1891.

[45] See F. SBORDONE, *Contratti internazionali e* lex mercatoria, Naples, 2008, 56, contending

public policy must not be reviewed on an abstract, theoretical level, pursuant to syllogistic schemes[46]; public policy must be tailored to the requirements of each particular case, so that the same law may be found to be at times at odds with public policy, at times in keeping therewith[47]. Public policy is a relative and historically-conditioned concept, which varies when the principles of the legal system vary, irrespective of changes in public morality or social conscience[48]. That being said, it seems that public policy still lacks distinctiveness. Without further specification, public policy is likely to become an 'escape clause' for Member States that are not particularly eager to comply with the ESR. An Italian or French court may feel at liberty to invoke the domestic prohibitions on succession agreements to disregard an *Erbvertrag*. The variance in the approaches to public policy in Member States may jeopardize the scopes pursued by the ESR. It is true that it remains with national authorities to determine if and to what extent the application of foreign law is in accordance with public

that public policy is the main criterion to strike a balance between the forum and foreign laws, in ways which are not neutral at all but axiologically and functionally oriented. Indeed, public policy should urge jurists to choose the applicable law which is not at variance therewith, but positively implements it. See also L. LONARDO, *Diritto civile italiano e ordinamenti stranieri*, Naples, 1984, 209, claiming that public policy demands that jurists pick the applicable law that most implements the values which are historically tenable and functionally adjusted to the circumstances of the case.

[46] Cf. G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Naples, 2015, 49 ff., warning against apodictic syllogisms and subsumptions, that must always be weighed against functional and axiological reviews.

[47] Cass., 4 May 2007, no. 10215, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, 214 ff., holding that, in assessing the operation of public policy as a limit to a foreign law, consideration must not be given to the abstract wording of the rule, but to its specific applications. An example may be found in G. BADIALI, *Ordine pubblico*, cit., 4. The Italian authorities may lawfully decline to celebrate the marriage of a Muslim individual who is already married, thereby setting aside the foreign law, but they may reach a different conclusion when adjudicating on the right to child maintenance. This would not be tantamount to recognizing polygamy and its most repugnant effects, but awarding a status to a child that has every right to receive an allowance from his parents.

[48] U. VILLANI, *Diritto internazionale privato (in generale)*, in ID., M. DI FABIO and F. SBORDONE, *Nozioni di diritto internazionale privato. Parte generale e obbligazioni*, Naples, 2013, 56, reminds that back when divorce was introduced in Italy (1970), it was thought to be contrary to the international public policy principle of indissolubility of marriage, resulting in the impossibility of applying an alien divorce law. Once that divorce has been introduced, it appears that a new, opposite principle has come into force, which consists in the dissolubility of marriage. On the historical relativity of public policy see also L. LONARDO, *Diritto civile italiano e ordinamenti stranieri*, cit., 143 ff.; and, in case law, Corte cost., 2 February 1982, no. 18, in *Riv. dir. int.*, 1982, 688. On the (slow) evolution of succession law according to the evolution of social, political and economic conditions see R. CALVO and G. PERLINGIERI (eds.), *Diritto delle successioni*, Naples, 2008, VII.

policy[49], but it is no less true that the Court of Justice of the European Union has assigned itself the competence to police the boundaries within which a domestic court may appeal to public policy[50]. Further restrictions come from the *Inlandsbeziehung* doctrine, developed by German scholarship, which requires that sufficiently close connections exist between the forum and the legal relationship at issue[51]. Accordingly, to invoke the public policy defence in succession matters, it is necessary that the person whose succession is concerned had his last habitual residence, domicile or nationality in the forum, or most of the estate was located therein; on the contrary, criteria relating to the heirs or legatees, such as their nationality or residence, would bring about discriminatory consequences[52].

[49] «The specific circumstances which may justify recourse to the concept of public policy may vary from one Member State to another and from one era to another. The competent national authorities must therefore be allowed a margin of discretion within the limits imposed by the Treaty»: CJEU, 22 December 2010, C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, Rep. 2010, I-13693, § 87. See also P. KINDLER, *La legge applicabile ai patti successori*, cit., 30, remarking that it lies with Member States, and not the EU, to chart the contours of public policy; accordingly, recital 58 ESR relates to public policy of the Member State concerned and points to the Charter of Nice as the only limit to national public policy. Kindler adds that it is not a fundamental right of European citizens to dispose of their succession by contract; succession agreements are indeed prohibited in several Member States, and the EU is committed to respecting the different legal traditions of its Members.

[50] «While it is not for the Court to define the content of the public policy of a Contracting State, it is nonetheless required to review the limits within which the courts of a Contracting State may have recourse to that concept for the purpose of refusing recognition to a judgment emanating from a court in another Contracting State»: CJEU, 28 March 2000, C-7/98, *Krombach v. Bambersky*, Rep. 2000, I-1935, §23. See also CJUE, 14 October 2004, C-36/02, *Omega*, Rep. 2004, I-9609, §30, for the statement that the scope of public policy «cannot be determined unilaterally by each Member State without any control by the Community institutions».

[51] See, *inter alia*, F. KAHN, *Die Lehre vom ordre public (Proibitivgesetze)*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 1898, 13; M. WOLFF, *Das Internationale Privatrecht Deutschlands*, Berlin, 1954, 66; P. LEGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, 1959, 59 ff.; N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Paris, 2007; G. KHAIRALLAH, *La détermination de la loi applicable à la succession*, in ID. and REVILLARD (eds.), *Droit européen des successions internationales. Règlement du 4 juillet 2012*, Paris, 2013, 56 ff. The doctrine was transplanted into art. 21 of the Belgian code of private international law, whereby the incompatibility with public policy: «*s'apprécie en tenant compte, notamment, de l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge*». However, an opposite solution was adopted by art. 36 of the Tunisian code of private international law: «*Le juge invoque l'exception de l'ordre public, quelle que soit la nationalité des parties au litige. L'exception de l'ordre public ne dépend pas de l'intensité du rapport entre l'ordre juridique tunisien et le litige*».

[52] A. BONOMI, *Article 35*, in ID. and P. WAUTELET, *Le droit européen des successions*.

A dividing line must be then drawn between domestic and international public policy. While the former encompasses the principles enshrined in the most important legal institutions of the state order, the latter includes fundamental principles shared by many countries with a similar level of civilization which are instrumental in the protection of human rights[53]. Yet, their distinction is not only nominal, but also, and most importantly, functional[54]. A statist theory used to differentiate international and domestic public policy on the assumption that the former addressed situations which had no or very little connections with the forum[55], thereby attracting allegations that the relevant, disquieting criterion was the party being a foreigner or a citizen, and inviting suspicion that human rights were only a matter for foreigners. Setting aside the statist theory and searching for criteria other than citizenship, it appears that domestic public policy consists of rules and principles that parties cannot derogate from and poses a limit to party autonomy, whose infringement determines the nullity of the agreement concerned[56]. Conversely, international public policy amounts to a limit to the application of a foreign law which would result from the operation of conflict of laws rules, thereby seeking to prevent foreign laws at odds with the

Commentaire du Règlement UE 650/2012 du 4 juillet 2012, cit., 579; M. GRIMALDI, *Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire*, in *Defrénois*, 2012, 755 ff., 760. But see G. KHAIRALLAH, *La détermination de la loi applicable à la succession*, cit., 57, advocating for the nationality and the residence of the successors.

[53] Cass., sez. un., 8 January 1981, no. 189, in *Giust. civ.*, 1982, 279 ff., with commentary by P. BIANCHINI, *L'applicazione delle normative straniere richiamate in materia di rapporti personali tra i coniugi*.

[54] Emphasizing functions rather than structures in succession law, P. PERLINGIERI, *La funzione sociale del diritto successorio*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 121 ff., 131, points out that structure is not a prius, but a post of the effects the act has; accordingly, it cannot be determined in advance, but only taking into account the interests pursued by party autonomy.

[55] Cf. T. BALLARINO, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, 2nd ed., Padua, 2007, 15; L. FUMAGALLI, *L'ordine pubblico nel sistema del diritto internazionale privato comunitario*, in *Dir. comm. int.*, 2004, 635 ff., 636; and Cass., 30 May 1983, no. 3709, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1984, 371 ff. For a historical account of the concept see Cass., 15 April 2013, no. 9067, in *Foro it.*, 2013, 1909, lamenting that the statist theory gained momentum in the 30s, when the State enforced its moral and political views through public policy and contrasted any foreign laws that could even remotely clash with domestic legislation.

[56] See F. TOMMASEO and E. DE FEIS, *Contrarietà all'ordine pubblico del divieto islamico di riconoscere figli naturali (commentary to Cass., 28 December 2006, no. 27592)*, in *Fam. dir.*, 2007, 1117 ff., 1119, claiming that domestic public policy does not require disapplication of the foreign rule clashing therewith. Family law and the law of natural and legal persons are usually considered a touchstone for domestic public policy: Cass., 10 March 1995, no. 2788, in *Riv. dir. int.*, 1996, 1068.

fundamentals of the system from being enforced therein[57]. It may also include domestic provisions that are not sourced in international law[58].
Different functions entail that international public policy must have a narrower scope than its counterpart[59]. Otherwise, a foreign law would be made applicable in the forum only in as much as its content corresponds exactly to domestic law; if the answer to the same problem were even slightly different under foreign law, this could not be applied in the forum. Accordingly, international public policy does not cover all the mandatory principles in the forum, i.e. principles that parties cannot derogate from, but only those endowed with fundamentality[60], i.e.

[57] Cass., sez. un., 8 January 1981, no. 189, cit.; Cass., 28 December 2006, no. 27592, in *Giust. civ.*, 2007, I, 2131. See also G. BADIALI, *Ordine pubblico*, cit., 1, arguing that the distinction between international and domestic public policy should lie in their functions; F. MOSCONI, *Art. 16, in Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padua, 1996, 79. An argument to the contrary has been made by V. PUTORTÍ, *Il divieto dei patti successori istitutivi alla luce del Regolamento UE 650/2012*, cit., 868, claiming that public policy plays a 'substantially analogous' function in cases it prevents the application of foreign rules or judgments, and in cases it restricts party autonomy, that is, protecting the fundamental interests and institutions of the State, preserving the integrity and coherence of the system. This opinion draws on the previous view held by G.B. FERRI, *Ordine pubblico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milan, 1980, 1055, advocating for a unitary and homogeneous concept of public policy, as regards its function and contents, irrespective of the place in which the situation tackled by public policy has occurred. But see V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, cit., 440 ff., making several examples that point to the different functions served by the two kinds of public policy.

[58] Cf. E. BETTI, *Problematica del diritto internazionale*, Milan, 1956, 281, advancing the plea for the more effective notion of 'domestic public policy in its international relevance', thereby stressing that it does not narrow down to international instruments; R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Naples, 1969, 363, claiming that the 'international' part just points to its international relevance. See also P. PERLINGIERI, *Il rispetto dell'identità nazionale nel sistema italo-europeo*, in *Foro nap.*, 2014, 449 ff., 450, illustrating that public policy shall no longer be construed within the narrow perspective of the 1942 civil code and must include domestic, European and international principles. In case law, cf. Cass., 22 August 2013, no. 19405, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 143; Cass., 11 November 2014, no. 24001, in *Dir. fam. pers.*, 2015, 893, elucidating that international public policy does not come down to international or supranational values shared by the global community, but it also encompasses principles and values that belong exclusively to the forum, in so far as they are fundamental; and the recent Cass., sez. un., 5 July 2017, no. 16601, in *Foro it.*, 2017, I, 2613, concerning the recognition of foreign awards of punitive damages in Italy, arguing that principles of international public policy must be drawn from legislation of higher level than primary legislation, namely the Constitution and the Chart of Nice, which today has the same value as the Treaties (art. 6 TUE).

[59] See G. MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, 12th ed., Naples, 1986, 84. In case law, Cass., sez. un., 8 January 1981, no. 189, cit.

[60] See Cass., 1 April 1993, no. 3907, in *Giust. civ.*, 1994, I, 1080, comparing non-derogation with fundamentality; by the same token, Cass., 27 March 1996, no. 2756, in *Foro it.*, 1996, I, 2427; Cass., 13 December 1999, no. 13928, in *Foro it.*, 2000, I, 354.

those designed to protect human rights[61]. Not even Parliament could alter those principles[62], because their mutation or violation would put the fundamentals of the system in jeopardy.

Do these fundamental principles make up a legal system which is separate from the domestic system? Does a public policy of the *comitas gentium* separate from national public policies exist? Does a European public policy, consisting of principles enshrined in the Treaties and in the Charter of Fundamental Rights of the EU, exist apart from the public policies of individual Member States? It appears that the answer to these questions lies in the view that one may hold on the relations between domestic legislations and the legislation emanating from supranational entities, such as the European Union, international bodies, and so forth. Italian scholars have advocated for a single, complex and open legal system, where national, EU and international law are not to be intended as a multitude of separate systems, but mix up with each other to the extent that courts must combine provisions of different sources to determine the most adequate solution on the facts of each case[63].

The corollary that other scholars seem to establish is that international public policy is a 'domestic law concept', in that it is particular to each jurisdiction, so that the Italian concept is different from the French, the Spanish, the American, and the Cuban concepts, and no international public policy common to all

[61] See A. CERRI, *Ordine pubblico*, in *Enc. giur.*, XII, Rome, 1990, 4. In case law: Cass., 6 December 2002, no. 17349, in *Foro pad.*, 2003, 62 ff.; Cass., 11 November 2002, no. 15822, in *Foro it.*, 2003, I, 484, arguing that principles of international public policy cover the ethical structure of social coexistence; Cass., 7 December 2005, no. 26976, in *www.dejure.it*, contending that international public policy does not come down to mandatory rules, general principles, or constitutional provisions as such; Cass., 19 July 2007, no. 16017, *ivi*, claiming that international public policy provisions share the universal aspiration to protect human rights, whose violation would disrupt the fundamentals of the legal system; Cass., 25 July 2016, no. 15343, in *Foro it.*, 2016, I, 3476, considering that the view which equates international public policy with all the mandatory rules of the forum would wipe out the differences between legal systems and make conflict of laws rules totally pointless. But see V. PUTORTÍ, *Il divieto dei patti successori istitutivi alla luce del Regolamento UE 650/2012*, cit., 868, levelling criticism at the view that conceptualizes domestic public policy as as wider circle containing international public policy.

[62] The Italian Constitutional Court has articulated a hierarchy within constitutional provisions, isolating those that could never be subject to legislative review, such as human rights. The provisions form the groundwork on which the whole system is built: Corte cost., 29 December 1988, no. 1146, in *Foro it.*, 1989, I, 609.

[63] Cf. P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, Naples, 2006, 3 ff.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3rd ed., Naples, 2006, 265 ff. See also V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, cit., 418-420, differentiating organization and

jurisdictions, or to jurisdictions belonging to a certain area, or to jurisdictions sharing a given culture, would be tenable. That some principles of international public policy might be shared by several or some States would be just a historical coincidence and would not uncouple international public policy from individual jurisdictions. There would be no such thing as a European or international law adding to, say, Italian, French or Spanish law, but an Italo-European law, French-European law, Spanish-European law and so forth, and that is because the same European or international provisions take on different meanings in one system or the other and, most importantly, must be weighed against the principles forming the peculiar constitutional identities of the States. Accordingly, the reason why public policy is called 'international' is not to oppose it to domestic jurisdictions but to point to its scope of thwarting the application of foreign laws or the recognition of foreign acts in the forum[64].

---

regulation. While organization concerns the establishment and operation of the international body and justifies the idea of a European or international system separate from those of the individual States, regulation does not justify the idea of a European or international law which could be different, parallel, juxtaposed with national laws. Conversely, the theory of the plurality of legal orders was developed by S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 2nd ed., Florence, 1951, 104 ff.; ID., *Principii di diritto costituzionale generale*, Milan, 1947, 58-59. For an overview of the monistic and dualistic theories, see A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, Milan, 1999, 496 ff.; N. LIPARI, *Diritto privato e diritto privato europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2000, 7 ff.; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 426 ff.; V. SCALISI, *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ*., 2009, I, 413 ff.; ID., *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, *ivi*, I, 147 ff. The evolution of the Italian Constitutional Court's approach to the relation between national law and EU law is highlighted by I. NICOTRA, *Diritto pubblico e costituzionale*, Turin, 2010, 483. The Court has accepted that, after the ratification of the EU treaties, Italy is now part of a legal system that is «autonomous, integrated and coordinated» with the national one: Corte cost., 15 April 2008, no. 102, in *Giur. cost*., 2008, 2641.

[64] Arguing this way: R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, cit., 355 ff.; L. FUMAGALLI, *L'ordine pubblico nel sistema del diritto internazionale privato comunitario*, cit., 635 ff.; V. PUTORTÍ, *Il divieto dei patti successori istitutivi alla luce del Regolamento UE 650/2012*, cit., 866; V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, cit., 420-422, criticizing, in footnotes 59 and 60, the opposite views of F. MOSCONI, *Articolo 16 (ordine pubblico)*, in *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padua, 1996, 80, who singles out truly international public policy principles, which may be either of universal or particular application, that courts of all or some States should always bear in mind; and of F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I princípi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padua, 2007, 25 ff., who distinguishes public policy in national law, international law and EU law, although recognizing that the function is always the same. This idea is shared by A. MILLS, *The Dimensions of Public Policy in Private International Law*, in *J. Priv. Int. L*., 2000, 201 ff., 213, distinguishing internal public policy (applying purely to domestic cases); international public

With respect, this view seems to be partly misguided. The 'domestic view' entails that international public policy cannot encompass principles and rules that have not been implemented in the domestic legal system[65]. Although a principle or rule appears to be of fundamental nature, international public policy – construed under the domestic theory – cannot include it if, say, the country has not ratified the international treaty, has not transposed a European directive, or simply is not cognizant of a given human right or a given remedy.

The recent saga of the recognition of foreign awards of punitive damages in Italy[66], and of legal transplants in general, has shown that public policy is no longer an excuse to shut the forum out of the rest of the world; rather, it has grown into a useful instrument to open up the system to the global community, especially in cases where a human right or a fundamental legal remedy is alien to the system but this cannot really keep ignoring it[67]. The current separation between law and State, i.e. the production of law by sources that fall outside state sovereignty, warrants the opposite view of international public policy, the truly 'international view' of international public policy, whose contours get to be drawn by judicial activism seeking to establish an international reservoir of fundamental rights and liberties, and to set aside possible hurdles in domestic jurisdictions (such as domestic public policy[68]). That a given fundamental right is alien to the forum does not imply that it is at variance therewith; indeed, international public policy demands its transplant, along with the remedies

policy (applying in the context of private international law); 'truly international' public policy (public policy derived from international law). Dissenting P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 271, on the ground that EU law is not a self-standing legal system, but must be integrated with Member States' systems.

[65] See R. PALAIA, *L'ordine pubblico internazionale*, Padua, 1974, 15 f.; T. BALLARINO, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, cit., 79, contending that principles deriving from non-state instruments can be deemed of international public policy, in so far as the forum has implemented them, e.g. by means of the enforcement order of an international treaty or the automatic adaptation of the forum to international customary law rules and principles (under art. 10, para. 1, const.).

[66] Cass., sez. un., 5 July 2017, no. 16601, cit. For some insights into the issue, you may want to see L.E. PERRIELLO, *Polifunzionalità della responsabilità civile e atipicità dei danni punitivi*, in *Contr. impr./Eur*., 2018, 432 ff., arguing for the multitude of functions pursued by the Italian system of civil liability and the reasons why punitive damages may be awarded in cases which neither are cross-border nor are covered by explicit legal provisions.

[67] See M. GRONDONA, *L'auspicabile "via libera" ai danni punitivi, il dubbio limite dell'ordine pubblico e la politica del diritto di matrice giurisprudenziale (a proposito del dialogo tra ordinamenti e giurisdizioni)*, in *Dir. civ. cont*., 2016, 6.

[68] M. GRONDONA, *L'auspicabile "via libera" ai danni punitivi,* cit., 6-7, contending that the current legal system is not grounded on territory, nor on direct and strict political legitimacy, but

which support it. As long as the territory of fundamental rights and liberties may be expanded, international public policy requires that the forum accepts foreign ideas[69].

In a nutshell, international public policy embraces universal principles, endowed with absolute, international value[70]. This does not support the interference that international public policy is always uncoupled from national jurisdictions, nor that an allegedly autonomous international law/supranational common law looms over national States[71]. For it might be the case that a universal principle is alien to the forum, and public policy demands its implementation; yet it also might be the case (indeed, the most frequent case with most Western jurisdictions) that a fundamental and universal principle is known to the forum. This view does not compromise the unity and complexity of national legal systems, while at the same time being more consistent with the affirmative, promotional, axiological character of international public policy.

---

on judicial activism tending to build a transnational legal space, where the axiological primacy does no longer belong to Member States.

[69] Cass., 16 May 2016, no. 9978, in *Foro it*., 2016, I, 1973, held that the evolution of public policy marks a progressive relaxation of the hurdles that national systems build against alien institutions and values, as long as they are in accordance with fundamental principles drawn from the Constitution, the Treaties and the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the European Convention on Human Rights.

[70] In France it is commonly accepted that international public policy covers principles of universal justice, considered as being endowed with absolute international value: A. BONOMI, *Article 35*, cit., 576 fn. 2; 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, 879 ff., 902.

[71] Cf. G. BARILE, *Ordine pubblico (dir. int. priv.)*, in *Enc. dir*., XXX, Milan, 1980, 1114, contending that international public policy principles must have a universal aspiration, independent from the principles peculiar to state order; otherwise, the unacceptable consequence would be that even foreign laws implementing international public policy principles of the *lex fori* would not be given effect in the forum. This idea influenced several decisions of the Court of Cassation which urged to narrow the notion of public policy down to principles which are not peculiar to the Italian system, but are shared by the comitas gentium: Cass., 11 November, 2000, no. 14662, in *Giust. civ*., 2001, I, 2719; Cass., 27 September 2012, no. 16511, in *Corr. giur.*, 2013, 471; Cass., 15 April 2013, no. 9067, cit., praising a broader conception based on the higher level of participation of States to the *comitas gentium*, which tends to produce commonly shared principles. Public policy does not identify with individual systems. Its guidelines shall be principles shared by several state jurisdictions, thereby recognizing common legal civilizations, as well as principles which have not necessarily been translated in domestic legislation. But see V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, cit., 413, lamenting that this theory infringes the unity of the system, neglects that a complex and open system requires a new hermeneutics, and pushes international public policy out of the legal system, as if it was an autonomous, different and separate from national States.

4. The clash between succession agreements and public policy

Do cross-border succession agreements run contrary to (international[72]) public policy? In countries that prohibit succession agreements, the answer to the question tends to be negative[73]. At the outset, it is worth pointing to the wording

[72] According to V. PUTORTÍ, *Il divieto dei patti successori istitutivi alla luce del Regolamento UE 650/2012*, cit., public policy under art. 35 ESR is domestic public policy, on the ground that art. 35, unlike other private international law sources, mentions the «public policy of the forum», and on the ground that preparatory work shows that the EU legislator was aware that Member States still had different approaches to succession law, especially ex contractu succession, and a complete harmonization was not feasible. This view seems to concentrate on the wording of the article and its preparatory work, while overlooking that when it comes to conflict of laws, the public policy defence must be construed in its international dimension, given its radically different function from domestic public policy, as outlined above.

[73] Cf. R. LENZI, *Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Riv. not*., 1988, I, 1209 ff., 1245; P. RESCIGNO, *Trasmissione della ricchezza e divieto dei patti successori*, in *Vita not*., 1993, 1281; V. ROPPO, *Per una riforma del divieto di patti successori*, in *Riv. dir. priv*., 1997, 5 ff., 8; G. BONILINI, *Attualità del "divieto di patti successori"?*, in *Dir. succ. fam*., 2015, 343 ff., 348; a view shared by private international law scholars: A. MIGLIAZZA, *Successione (diritto internazionale privato e processuale)*, in *Enc. giur*., XXX, Rome, 1993, 6; R. CLERICI, *Sub art. 46*, in AA.VV., *Commento alla riforma del sistema italiano di diritto internazionale*, in *Riv. dir. int. priv. proc*., 1995, 1140; A. DAVÍ and A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, cit., 115 f.; P. DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, Padua, 2001, 171; E. CALÒ, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, Milan, 2007, 32 ff. Courts follow suit: Cass., 6 October 1955, in *Foro it*., *Rep. 1955, Successione, no. 8*; Trib. Bolzano, 8 March 1968, in *Riv. giur. Alto Adige*, 1968, 220; Cass., 5 April 1984, no. 2215, *ivi*, I, 1984, 2253. In Germany see J. HEINIG, *Rechtswahlen in Verfügungen von Todes wegen nach der EU-Erbrechts-Verordnung*, in *Rheinische Notar-Zeitschrift*, 2014, 197 ff., 213. In France see G. KHAIRALLAH, *La détermination de la loi applicable à la succession*, cit., 62; and App. Aix-en-Provence, 16 October 2003, in *Rev. critique droit int. privé*, 2004, 589. In Spain see E. CASTELLANOS RUIZ, *Sucesión hereditaria*, in CALVO CARAVACA and CARRASCOSA GONZÁLEZ (eds.), *Derecho internacional privado*, 13th ed., II, Granada, 2012, 521. In Belgium see H. CASIER, N. GEELHAND DE MERXEM, I. SCHUERMANS and B. VERDICKT, *Le pacte sur succession future prohibé n'est plus contraire à l'ordre public. Un nouvel arrêt-clé en matière de planification successorale*, in *Rev. notariat belge*, 2011, 385 ff., commenting the Cour de Cassation's decision of 31 October 2008. Dissenting M. CALOGERO, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-461*, in *Cod. civ. Comm*., founded by Schlesinger, continued by Busnelli, Milan, 2006, 111, 137 f., on the ground that the prohibition of succession agreements is a general principle of succession law upon which the whole system is based. For a similar view in France see M. GRIMALDI, *Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire*, cit., 757, 760, according to whom, where the person whose succession is concerned is French, public policy may be invoked to defend the prohibition of succession agreements; J. FOYER, *Reconnaissance, acceptation et exécution des jugements étrangers, des actes authentiques et des transactions judiciaires*, in KHAIRALLAH

of art. 35 ESR, which requires that the incompatibility between the applicable law and the public policy be *manifest*, so that a foreign law may be set aside only under exceptional, unequivocal, immediately apparent circumstances, and the reject must be well-argued[74]. Others submit that the prohibition of succession agreements either does not exist at all, or has been relaxed or cancelled altogether in several Member States[75]. However, there are even more compelling arguments against casting the variety of prohibitions of succession agreements in terms of international public policy.

In stipulating that ordinary legislation sets the rules of and limitations to testamentary and intestate succession (art. 42 const.), the Italian Constitution illustrates that the prohibition of contractual succession under the civil code (art. 458 c.c.) is not a fundamental rule and, most importantly, it is not covered by the Constitution. The prohibition of agreements as to succession does not amount to a universal principle, whose violation would disrupt the fundamentals of the forum[76]. Different reforms have been enacted over the past few years that have relaxed the prohibition in keeping with a change of heart in public opinion,

and REVILLARD (eds.), *Droit européen des successions internationales*, cit., 148; and Cass., 11 January 1933, in *Recueil périodique et critique mensuel Dalloz*, 1933, 10.

[74] Arguing this way V. BARBA, *Patti successori e diritto europeo*, in *Corti fior.*, 2016, 17 ff., 27, 37; see also B. BAREL, *La disciplina dei patti successori*, cit., 137, advocating for a restrictive interpretation of the public policy defence, in line with European judicial cooperation; F.P. TRAISCI, *Il divieto dei patti successori nella prospettiva di un diritto europeo delle successioni*, Naples, 2014, 388-389, connecting art. 35 with recital 58 which prevents domestic authorities from setting aside the law of another State when doing so would be contrary to the Charter of Fundamental Rights of the European Union, and in particular Article 21 thereof, which prohibits all forms of discrimination; G. CONTALDI and C. GRIECO, *Article 35*, in CALVO CARAVACA, DAVÌ and MANSEL (eds.), *The EU Succession Regulation*, cit., 505, remarking that public policy «cannot be called into play in the presence of a mere discrepancy in the material provisions that govern the facts in question». But see V. PUTORTÍ, *Il divieto dei patti successori istitutivi alla luce del Regolamento UE 650/2012*, cit., 873, claiming that the adverb 'manifestly', which can be found in many private international law instruments, is redundant and vague, and cannot be given any specific meanings.

[75] G. PETRELLI, *Sulla sicurezza degli acquisti da eredi e donatari*, in *Notariato*, 2005, 211 ff., 213 ff.; A. BONOMI, *Article 35*, cit., 601. However, according to V. BARBA, *Patti successori e diritto europeo*, cit., 36 fn. 42, that a prohibition is unknown to a relevant part of the European Union is not a decisive argument. This view would uncouple international public policy from the forum and would not pay due consideration to the axiology thereof.

[76] See G. PERLINGIERI and G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, cit., 190-191, 196, claiming that the reasons behind the prohibition do not identify with the core principles of constitutional legality. Indeed, it lies with the legislator's discretion to consider wills the only possible acts to dispose of property upon death, though a different option would not per se run contrary to the Constitution. See also R.

making it possible for the person whose estate is involved to plan his succession in advance with predictable, irrevocable provisions[77]. Quite on the contrary, what the Constitution covers is testamentary and intestate succession, which are indeed to be considered international public policy principles. Accordingly, a foreign law purporting to annihilate or belittle testamentary freedom blatantly, or a foreign law that does not recognize intestate succession, must be set aside in application of international public policy[78]. What is certainly contrary to international public policy is a foreign law that upholds succession agreements and stipulates that the remaining succession matters must be governed by law, not by will, or, vice versa, that the remaining succession matters must be governed by will, not by law, and, absent a will, the estate accrues to the State[79]. However, there is no denying that, in countries which prohibit them, succession agreements clash with *domestic* public policy. As has been observed, this different concept of public policy operates in purely domestic situations and performs the function of restricting party autonomy. Indeed, it is not open for Italians to enter into succession agreements, because this would clearly fall

LENZI, *Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*, cit., 1241, contending that the revocability justifying the prohibition of inheritance agreements is not a fundamental principle in the Italian legal system.

[77] Think about the Italian patto di famiglia, the recognition of trusts in civilian jurisdictions, or the possibility, under French law, of waiving the right to bring an action to recover the reserved share of the inheritance. On the transfer of wealth by means of will-substitutes see, *inter alia*, A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Naples, 1983; F. PADOVINI, *Fenomeno successorio e strumenti di programmazione patrimoniale alternativi al testamento*, in *Riv. not*., 2008, I, 1007 ff.; A. MUSTO, *Il profilo identitario degli strumenti alternativi al testamento: l'unità assiologica nella variabilità strutturale degli atti* inter vivos *con funzione successoria vietata*, in *Dir. fam. pers*., 2010, I, 1158 ff.; and for comparative remarks: A. RÖTHEL and A. BRAUN (eds.), *Passing Wealth on Death. Will-Substitutes in Comparative Perspective*, Oxford-Portland, 2016.

[78] See V. BARBA, *Patti successori e diritto europeo*, cit., 29. However, at 33, Barba argues that it is not sufficiently appropriate to say that, where the Constitution is silent as to contractual succession, it is implicitly permitting it; arguments based on *ubi lex voluit dixit*, *ubi noluit tacuis*, are inconsistent. Accordingly, he advocates for a broader analysis, which does not come down to the absence of a prohibition in the Constitution. See also M.R. MARELLA, *Il divieto dei patti successori e le alternative convenzionali al testamento*, in *Nuova giur. civ. comm*., 1991, II, 62, claiming that the prohibition of inheritance agreements is a matter of the ordinary legislator's taste; P. RESCIGNO, *La successione a titolo universale e particolare*, in ID. (ed.), *Successioni e donazioni*, Padua, 2010, 5, contending that art. 42 const. mentions the will due to its being a historically established and positively regulated category, but covers also contracts which, *per se*, do not run contrary to any constitutional provisions.

[79] V. BARBA, *Patti successori e diritto europeo*, cit., 30-31.

short of the prohibition laid down in the civil code[80]. Yet, it might be the case that a cross-border succession agreement infringes *international* public policy, i.e. fundamental principles of universal application; in that case, the foreign law must be set aside and the *lex fori* may be applied[81].

In this respect, it has been argued that cross-border succession agreements may be recognized in the forum only where they advance interests which prevail over the policy underlying the domestic prohibition, especially where succession agreements are made to protect disabled or severely ill people[82]. This view, however, seems to overlook that the Constitution protects other interests too, namely ownership and enterprise. Accordingly, there is no reason why a court should deny recognition to a cross-border agreement entered into by, say, a businessman passing his wealth to the one among his children who has shown the greatest potential for running the business.

[80] On art. 458 c.c. being a prohibition of domestic public policy see V. BARBA, *Patti successori e diritto europeo*, cit., 34, prioritizing party autonomy, that is testamentary freedom in succession law, over any other principles, including family protection. Other arguments concern the choice in the Constitution to consider only law and testament sources of succession, and the mandatory character of the prohibition. See also V. TAGLIAFERRI, *Il divieto di patti successori fra autonomia e ordine pubblico*, in *Notariato*, 2003, 431 ff., 447, claiming that, even if the prohibition were repealed, the Italian legal system would still resist to succession agreements; V. PUTORTÍ, *Il divieto dei patti successori istitutivi alla luce del Regolamento UE 650/2012*, cit., 871-872, contending that attempts have been made to reform renunciation and third-party succession agreements, while inheritance agreements have remained untouched. Dissenting F.P. TRAISCI, *Il divieto dei patti successori nella prospettiva di un diritto europeo delle successioni*, cit., 56 ff., on the ground that the prohibition is just a rule resulting from a legislative policy, which is not supported by incompatibility with public policy or morality.

[81] The consequences of the violation of international public policy are not easy to grasp. The ESR does not impose the application of the *lex fori* in lieu of the foreign law, and Member States may use alternative methods, such as applying the foreign law without the challenged provision, applying other provisions of the foreign law by way of analogy, applying another foreign law which is more proximate than the *lex fori*: A. BONOMI, *Article 35*, cit., 579-580. See also G. CONTALDI and C. GRIECO, *Article 35*, cit., 518, claiming that a solution may consist in having recourse to a connecting factor other than the one that points to the inapplicable law; for example, under the ESR, the law of habitual residence in lieu of the national law chosen. Where the ESR gives no direction, the *lex fori* might simply declare as applicable its own rules. This seems to be the solution adopted under the general rules of private international law in Italy: E. CALÒ, *Vite (e morti) parallele di Michel Colombier e di Maurice Jarre*, cit., 886, applauding this eclectic method which does not emphasize the application of the law of the forum but rather puts it on equal footing with foreign law, as opposed to the Latin method which points to the *lex fori* and the German method which modifies or adjusts the applicable foreign law.

[82] V. PUTORTÍ, *Il divieto dei patti successori istitutivi alla luce del Regolamento UE 650/2012*, cit., 874.

It appears that what comes into play as a ground for potential conflict with international public policy is the system of forced heirship. Consider a cross-border succession agreement governed by English law whereby a person having his last habitual residence in Italy leaves his spouse and children out of the succession. The ESR targets the issue. Art. 27 of the Proposal for the ESR read that «the application of a rule of the law determined by this Regulation may not be considered to be contrary to the public policy of the forum on the sole ground that its clauses regarding the reserved portion of an estate differ from those in force in the forum»; but the rule did not make its way into the final text[83]. However, the current text of art. 23(2) elucidates that the *lex successionis* determined under arts. 21 and 22 ESR shall govern, *inter alia*, «(h) the disposable part of the estate, the reserved shares and other restrictions on the disposal of property upon death as well as claims which persons close to the deceased may have against the estate or the heirs; (i) any obligation to restore or account for gifts, advancements or legacies when determining the shares of the different beneficiaries»[84].

Accordingly, a succession agreement, valid under the *lex pacti* determined pursuant to art. 25 ESR, cannot override the reserved shares of the estate provided for by the *lex successionis*; where this happens, forced heirs who were not parties to the agreement, have an action to recover their reserved shares[85]. So, where an Italian citizen entered into an inheritance agreement governed by English law, which was the law of his habitual residence at the time of the

[83] This article was construed as preventing courts from relying on public policy against foreign laws which do not sufficiently protect forced heirs: H. DÖRNER, *Der Entwurf einer europäischen Verordnung*, cit., 227 ff. However, A. BONOMI, *Article 35*, cit., 593, advocates for the nuanced reading that art. 27 came into play where the applicable law did make provision for forced heirship, but contained different modalities for its protection compared to the *lex fori*; yet, it did not concern cases in which the applicable law did not know forced heirship at all. This opinion draws on the French text of the proposal, which mentioned the different «*modalités*» concerning forced heirship, but the English text seemed to be more straightforward. Contending that the suppression of art. 27 in the final text of the ESR should not be over-emphasized, see also K. LECHNER, *Die Entwicklung der Erbrechtsverordnung – Eine Einführung zum Gesetzgebungsverfahren*, in DUTTA and HERRLER (eds.), *Die Europäische Erbrechtsverordnung*, Munich, 2014, 11.

[84] Also, recital 50 reads that the law governing succession agreements «should be without prejudice to the rights of any person who, under the law applicable to the succession, has a right to a reserved share or another right of which he cannot be deprived by the person whose estate is involved». Accordingly, it is not sufficiently correct to claim that the ESR does not take a stance on the issue of whether the applicable law may ignore forced heirship at all, like E. CALÒ, *Vite (e morti) parallele di Michel Colombier e di Maurice Jarre*, cit., 896, does, supporting this silence on the ground that taking a stance on forced heirship would have been tantamount to transforming a law of conflict into a stance on the values behind each system.

[85] K. LECHNER, *Die Entwicklung der Erbrechtsverordnung*, cit., 28.

conclusion of the agreement, but later moved his habitual residence to Italy, the Italian law governing the remaining succession matters entitles the Italian forced heirs – that were not parties to the agreement – to challenge the agreement that left them out of the succession. It is suggested that provisions concerning the reserved shares apply only where they are part of the *lex successionis*[86], this conclusion being consistent with a framework of private international succession law working on account of the general connecting factor of habitual residence[87]. In weighing the testator's interest against the forced heirs' interest, it appears that the ESR prioritizes the former, i.e. the testator's decision to establish his residence in or choose the national law of a country that does not recognize forced heirship, or recognizes it only to a limited extent. On the contrary, where the forced heir was party to the agreement, he cannot later rely on the more advantageous *lex successionis* to tackle the agreement, because art. 25 ESR submits the «binding effects between the parties» to the *lex pacti*, which must prevail over the *lex successionis*. Claiming otherwise would frustrate the ESR's purpose of letting the person whose estate is involved to plan his succession in advance according to indisputable provisions, would create uncertainty for that person and the other parties to the agreement (who, in the meanwhile, may have relied on the binding effects of the agreement and undertaken subsequent obligations), would let the person whose succession is concerned (who is the master of the *lex successionis*) encroach on the rights of the forced heirs who were parties to the agreement[88].

[86] Cf. T. BALLARINO, *Le successioni nel diritto internazionale privato italiano*, in *Riv. not*., 1986, 1 ff., 6; M. REVILLARD, *Droit international privé et communautaire: pratique notariale*, 7th ed., Paris, 2010, no. 716 ; D. BUREAU and H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, II, Paris, 2007, no. 843.

[87] See G. CONTALDI and C. GRIECO, *Article 35*, cit., 509-510, claiming that «expectations of the heirs entitled to a forced share would in any event be poorly protected in a system» which lets the testator «establish residence in a country that makes no provision for reserved shares or recognises them only in part». Besides, the *professio iuris* could designate a law that «provides very little protection to the rights of the forced heirs. The decision of a person to submit the succession to his or her national law rather than to the law in force in the place of residence could be dictated precisely by the desire to choose a legislation that appears more flexible in this regard».

[88] Cf. B. BAREL, *La disciplina dei patti successori*, cit., 131-132, distinguishing forced heirs who were parties to the agreement from forced heirs who were not. But see F. ODERSKY AUFSATZ, *Der wirksam-wirkungslose Erb-und Pflichtteilsverzicht nach der EU-ErbVO*, in *Notar*, 2014, 139-141; I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, *La ley aplicable a los pactos sucesorios*, cit., 37 f., contending that the elimination of paragraph 4 within art. 25 ESR – which safeguarded the rights of forced heirs who were not parties to the agreement – makes it clear that now even those who were parties can rely on the *lex successionis* to override the agreement pursuant to art. 23(2)(h) ESR.

Still, where a more flexible law concerning reserved shares, say English law, is both *lex pacti* and *lex successionis*, can the deceased's children submit before an Italian or French court that the succession agreement tarnished their forced heirship rights, thereby running counter to public policy? Put differently, once it has been accepted that the remaining succession matters, including forced heirship, fall to the *lex successionis*, can the forum still rely on its international public policy to halt the succession agreement?

While some jurisdictions seem to be cautious[89], a couple of European Supreme Courts have found that an applicable law, which does not make provision for forced heirship, is not *per se* contrary to international public policy[90]. In Italy, the

[89] The German constitutional court ruled that forced succession of persons close to the deceased, irrespective of their financial conditions, is a constitutional principle: BVerfG, 19 April 2005, in BVerfGE, 112, 332. This has led some scholars to contend that public policy may be relied on against foreign laws which do not make provision for forced heirship or make it contingent upon need: H. DÖRNER, *Der Entwurf einer europäischen Verordnung zum internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht Überblick und ausgewählte Probleme*, in *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 2010, 221 ff., 227. However, the German case did not have cross-border elements. In France, a decision by the Tribunal de Grande Instance de Paris, 10 July 2013, RC no. 06/13502, in *Droit & patrimoine*, 2013, 82, rejected the view that forced heirship belongs to international public policy. But French scholarship is not unanimous. See M. GRIMALDI, *Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire*, cit., 758; J. FOYER, *Reconnaissance, acceptation et exécution des jugements étrangers*, cit., 157, arguing for the inclusion of forced heirship within public policy; dissenting M. REVILLARD, *Successions internationales: le règlement du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 en matière de successions*, in *Defrénois*, 2012, 743 ff., 749. What is more, in a resolution dated 21 February 2006, while the preparatory work for the ESR was underway, the French Senate urged the Government to make sure that the final text of the Regulation would not allow a French citizen to avoid the rules on the reserve héréditaire; with the Italian Senate following suit shortly after. For an overview of the resolutions see E. CALÒ, *Vite (e morti) parallele di Michel Colombier e di Maurice Jarre*, cit., 889 ff.

[90] In Spain see Tribunal supremo, 15 November 1996, *Lowenthal*, in *Rev. esp. der. int.*, 1997, 264 ff.; Tribunal supremo, 21 May 1999, *Denney*, *ivi*, 1999, 756. In Switzerland see Tribunal federal, 17 August 1976, *Hirsch v. Cohen*, in *Arrêts du Tribunal fédéral*, 102, II, 136. In Italy see Cass., 24 June 1996, no. 5832, in *Giust. civ.*, 1997, I, 1668 concerning the succession of an Italian citizen, naturalized Canadian, with his forced heirs being Italian citizens; Cass., 30 June 2014, no. 14811, with commentary by E. CALÒ, *La vedova non è piú allegra: la mancanza di reciprocità con Cuba preclude lo status di legittimario*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, 567 ff., which held that forced heirship is not covered by the Constitution and the legislator could well reform it, or even cancel it, anytime. The case concerned a Cuban citizen trying to recover the reserved share out of his Italian husband's estate; the Court ruled that the claimant had not met the principle of reciprocity, given that Cuban law does not make provision for forced heirship. A similar line was taken by lower courts: Trib. Termini Imerese, 15 July 1965, in *Giur. sicil.*, 1965, 784; Trib. Chiavari, 25 February 1974, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1977, 379. But see A. BONOMI, *Article 35*, cit., 591, arguing

policy underlying forced heirship has dramatically changed over the last years. German tradition had passed on the idea that forced heirship was designed to 'vertically' pass assets within a given bloodline, and preserve wealth therein. A tenet of this tradition was that patrimony belonged to family, so upon the death of an individual it had to accrue to the descendants in his bloodline that had contributed to its accumulation[91]. Today, this position is hardly tenable because family and wealth models have radically changed: on one hand, wealth is not only passed on through generations, but also, and mostly, results from individual initiative; on the other, nuclear families, including children born out of wedlock, have replaced patriarchal, extended families[92]. Higher life expectancies have made it possible for successions to open when the deceased's children have already built up their wealth and do not need resources to start their careers[93]. Accordingly, nowadays forced heirship seems to be instrumental in assisting a small circle of individuals who were 'horizontally' close to the deceased. The Roman concept of forced heirship as *officium pietatis*[94] has gained new

that the Spanish case is peculiar because several regional laws do not make provision for forced heirship or recognize merely formal reserved shares; accordingly, a foreign applicable law which does not recognize forced heirship could not be deemed contrary to public policy. The Italian decision of 1996 concerned the succession of a foreign citizen, but when it came to Italian citizens, the courts were ready to protects forced heirs, even in cases where the person whose succession was concerned had chosen the law of his habitual residence. See also V. BARBA, *Patti successori e diritto europeo*, cit., 30 fn. 28, clarifying that, under Italian law, forced heirship is just a domestic public policy principle, which entails the prohibition to waive the right to bring an action to recover the reserved share before the testator dies.

[91] French customary law followed German tradition, and isolated the propres from the remaining assets, which consisted in immovable property that had to be bequeathed to descendants. Thus, forced heirship was seen as a way to make sure that the closest relatives maintained their social status. For a historical overview see L. MENGONI, *Successioni per causa di morte*, *Parte speciale*, II, *Successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu and Messineo*, XLIII, Milan, 2000, 1 ff.

[92] See G. GABRIELLI, *Il regime successorio nella famiglia*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, 1285 ff., 1292, claiming that breadwinners felt morally obliged to pass their wealth onto the next generations; G. AMADIO, *La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di riforma*, in *Riv. not.*, 2007, 803 ff., contending that changes in family models (from extended to nuclear families) and wealth models (patrimonies are built through individual incomes, rather than through succession) have impacted on the transition of forced heirship to a solidarity-based concept.

[93] Cf. M.J. DE WAAL, *Comparative Succession Law*, in REIMANN and ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006, 1086, claiming that the fact that children now often inherit when they have grown up has made the 'maintenance function' of the law of succession less convincing; in a similar vein, see A. FUSARO, *I legittimari in Italia e negli ordinamenti stranieri. La riserva e altre tecniche di protezione successoria*, in AA.VV., *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, Naples, 2017, 1086; M. PARADISO, *Sulla progettata abrogazione della successione necessaria*, in PAGLIANTINI, QUADRI and SINESIO (eds.), *Scritti in onore di Marco Comporti*, III, Milan, 2008, 2066.

momentum and urged a reform of continental succession law, drawing on the idea that law should reserve shares of the estate out of charity and pity to individuals who were financially dependent on the person whose succession is concerned[95]. A solidarity-based concept of forced heirship bridges the gap between continental systems and English law[96], which does not allocate fixed shares to given beneficiaries, but gives courts a considerable amount of leeway[97]. Casting the policy underlying forced heirship in these terms makes it possible to narrow down the cases in which domestic courts can rely on international public policy to set aside the applicable law. Recourse to public policy shall be prohibited where the applicable law either differs in the extension and content of the reserved share[98], or neglects beneficiaries other than the spouse or the descendants[99], or makes provision for functional equivalents to forced heirship[100].

[94] Cf. G. COPPOLA BISAZZA, *La successione dei legittimari dal tardo-antico al post-moderno,* in *Teoria e storia del diritto privato*, 2016, 1 ff.

[95] See P. PERLINGIERI, *La funzione sociale del diritto successorio*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 131 ff., 145, advocating for a reform of forced heirship that determines beneficiaries on account of their need, how long and serious their relationship with the deceased was, the conducts that could justify disinheritance.

[96] On forced heirship being the main differentiating factor between continental and common law systems cf. U. MATTEI, *La successione contro la volontà del testatore: radici profane di una contrapposizione sacra fra common law e sistemi romanisti*, in *Scritti in Onore di Rodolfo Sacco*, 1994, I, Milan, 764 ff.; A. MIRANDA, *Il testamento nel diritto inglese. Fondamento e sistema*, Padua, 1995, 5 ff.

[97] Under s. (3)(1) Inheritance Provision for Family and Dependants Act 1975, in making provisions for the applicant, courts have to consider a variety of matters, such as the financial resources and financial needs which the applicant has or is likely to have in the foreseeable future, any obligations and responsibilities which the deceased had towards any applicant; the size and nature of the net estate of the deceased; any physical or mental disability of any applicant; the conduct of the applicant. Yet, J. HERRING, *Will-Substitutes and the Claims of Family Members and Carers*, in RÖTHEL and BRAUN (eds), *Passing Wealth on Death*, cit., 293, points out that the heir's need does not per se justify a claim; «more is needed such as evidence that the claimant suffered a loss as a result of caring for the testator or had relied on a premise of the testator».

[98] Consider the following scenarios: the reserved share under the foreign law is smaller than that established under domestic law; the foreign law secures a reserved share in the form of usufruct rather than ownership; the foreign law stipulates that the forced heir has a right to an indemnity rather than assets, or the successor is merely entitled to an allowance out of the estate; the methods to calculate the reserved and the disposable parts of the estate are different, especially as regards the duty to account for gifts made when the testator was alive; the actions to recover the reserved share are different. Cf. A. BONOMI, *Article 35*, cit., 595-596, albeit claiming that where the reserved share is symbolic or nominal (as is the case with the law of Navarre), the applicable law may be found to be contrary to public policy; G. CONTALDI and C. GRIECO, *Article 35*, cit., 511; F.M. WILKE, *Das internationale Erbrecht nach der neuen EU Erbrechtsverordnung*, in *RIW*, 2012, 605 ff., 607; G. KHAIRALLAH, *La détermination de la loi applicable à la succession*, cit., 57.

Conversely, an applicable law that does not make provision for forced heirship at all cannot be found to be per se contrary to international public policy; to this end, due consideration must be given to the status of beneficiaries, namely, to the fact that they are underage children, or children of full age and spouses who are not financially self-sufficient, or children and spouses affected by a physical or mental disability[101]. Acknowledging the operation of the international public policy defence against a cross-border succession agreement whenever a forced heir claims a violation of his rights, irrespective of an enquiry into his personal conditions, would be tantamount to applying the forced heirship rules as defined in the *lex fori* in cases in which they attain no scope of solidarity. Recourse to international public policy is not justified where the surviving spouse and children have sufficient resources to cater for themselves. International public policy requires that only truly universal values be considered as possible hurdles to applying a foreign law that would put the fundamentals of the system in jeopardy.

[99] Some systems which recognize forced heirship cater for ascendants and collateral relatives too, but only in the event there is no spouse or descendant. G. CONTALDI and C. GRIECO, *Article 35*, cit., 512, point out that «the very fact that such provisions generally have a subsidiary nature suggests that this is not a fundamental principle that might become relevant within the framework of the public policy exception».

[100] See A. BONOMI, *Article 35*, cit., 597-598, mentioning the «elective share» and the «surviving spouse standard» system under US or English law respectively. In Germany, against the application of public policy to set aside English law on family provision see A. RÖTHEL, *Englische family provision und ordre public*, in *Festschrift für Bernd von Hoffmann*, Bielefeld, 2011, 362 ff.

[101] Cf., P. LAGARDE, *Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions*, in *Rev. crit. dr. int. privé*, 2012, 691 ff., 709 ff.; G. PERLINGIERI and G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, cit., 183-184, contending that forced heirship provisions do not belong to international public policy, and due consideration must be given to the fact that the disinherited, excluded or damaged forced heir is in a state of need or financial difficulties; E. CALÒ, *Vite (e morti) parallele di Michel Colombier e di Maurice Jarre*, cit., 902-903, citing the decision by the Tribunal de Grande Instance de Paris I of December 2nd 2014, concerning the succession of musician Maurice Jarre, where the court ruled international public policy out on the ground that his children had not submitted they were in need; G. CONTALDI and C. GRIECO, *Article 35*, cit., 512, seemingly claiming that domestic courts can rely on international public policy whenever the applicable law does not adequately safeguard children not of age and the surviving spouse. However, this assumption should be weighed against the circumstances of each particular case. There might be instances in which even a child of age, that the inheritance cross-border agreement left out, has no financial resources to cater for himself; in these cases, provided that the applicable law does not make provision for functionally equivalents to forced heirship, recourse to international public policy shall be completely justified. See also A. BONOMI, *Article 35*, cit., 599, advocating for the operation of the defence whenever the persons close to the deceased, namely his spouse and children, «*sont touchés dans leurs besoins*»; yet, some proximity should exist with the forum, which is not usually met by the presence of the succession assets therein.

The concept of habitual residence in Italian jurisprudence

Isabella Martone
PhD in private Law, University of Sannio

This essay aims to reconstruct the concept of habitual residence through an analysis of some of the most important rulings of Italian jurisprudence in order to understand how the "mobile boundaries" of the criterion are able to adapt to the specific peculiarities of international cases. Against the background of European law, the analysis discusses the various sectors in which 'habitual residence' is applied, examining the legitimately configurable jurisdiction in cases of international succession.

Il presente articolo si propone di ricostruire il concetto di residenza abituale tramite l'analisi di alcune delle più importanti sentenze della giurisprudenza italiana, al fine di comprendere come i "confini mobili" di detto criterio riescano ad adattarsi alle specificità dei casi internazionali. All'interno della cornice del diritto europeo, l'analisi verte sui diversi ambiti nei quali si applica il concetto di residenza abituale, esaminando la competenza legittimamente configurabile in alcuni casi di successioni transfrontaliere.

Summary: 1. The concept of habitual residence in the european context: a notion of 'mobile borders'. – 2. Habitual residence as a synthesis of objective and subjective elements. – 3. The interpretation of the concept of habitual residence through the rulings of Italian law. – 4. Habitual residence and international succession. – 5. The criterion of habitual residence in regulating marriages. – 6. Habitual residence from the point of view of protecting the 'best interests of the child'.

1. The concept of habitual residence in the european context: a notion of 'mobile borders'

Since its introduction, the concept of habitual residence has had significant impact on the unified ordering system[1]. Its elaboration, against the background of a logic that is more attentive and sensitive to both the European and international perspectives, constitutes the first step towards a possible harmonization of the law, in relation to the complex issue of jurisdiction[2]. In line with the general trend of private international law[3], the European legislator, by means of the

[1] On the unitariness of the order system based on its actual single ordering function, see: P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 188 ss.; ID., *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in P. FEMIA (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, collana «Cinquant'anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana», Napoli, 2006, 1 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, 159 ss.

[2] As discussed in *Etude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union européenne*, edited by Deutches Notarinstitut, *Les Successions Internationales dans l'UE – Perspective pour une Harmonisation*, Würzburg, 2004, 44, the aim pursued by the legislator is to realise the «*unitè de competence jurisdictionelle*».

[3] The concept of habitual residence is referred to in various Hague Conventions: that of October 24, 1956 on the law applicable to maintenance obligations to minors; that of November 15, 1965 on the jurisdiction of the authorities, the applicable law and the recognition of judgments on adoption; that of 2 October 1973 on the law applicable to maintenance obligations; finally that of October 25, 1980, on the civil aspects of international child abduction. In the wake of the trend that emerged at a European level, the concept of habitual residence has begun to be introduced in national regulations, including Italian law: this is what happened with the reform of family law implemented with Legislative Decree 28 December 2013, n. 154, which introduced the reference to the 'habitual residence' of the minor, established jointly by the parents with parental responsibility (articles 316 c.c. and 337-*ter* c.c.). It establishes jurisdiction for the territory of the judge, for example, for the causes promoted by relatives who are prevented from maintaining relationships with relatives who are minors, to request that the most suitable measures be adopted in the exclusive interest of the same (Article 317-*bis* of the Italian Civil Code). There is evident parallelism with the expressions used by international conventions.

criterion in question, aims to achieve a perfect synchronisation (*Gleichlauf*) between *forum* and *ius*[4] in all those subjects which, by regulating the operation of the legal relationships identified by elements of internationality, need to be given particular attention in terms of the applicable law. How the concept of habitual residence was first used is well-known, in the context of marriages, along with the complex relationships between parents and children, with it considering both their physiology as well as pathology. Subsequently, it was then applied through EU Regulation 650/2012[5], when dealing with matters of succession.

[4] For further details, see: C. CONSOLO, F. GODIO, *Profili processuali del Regolamento UE 650/2012 sulle successioni transazionali: il coordinamento tra le giurisdizioni*, in *Riv. dir. civ*., 2018, 18 ss., spec. 18-19; G. VEROLA, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, in G. IACCARINO (diretto da), *Trattato successioni e donazioni*, 2667 ss., spec. 2708-2709; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, 4ª ed., Milano, 2015, 1685 ss.; A. DAVÌ, A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione europea*, Torino, 2014, 27 ss.; D. DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte*, Milano, 2013, 47 ss., according to which «the realisation of the coincidence between *forum* and *ius* constitutes a characterising element of the new discipline»; A. LEANDRO, *La giurisdizione nel regolamento dell'Unione europea sulle successioni* mortis causa, in AA.VV., *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni* mortis causa, edited by P. Franzina e A. Leandro, Milano, 2013, 59 ss.

[5] Regulation issued by the European Parliament and Council of 4 July 2012, also known as Brussels IV, «on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession», in GUUE, L. 201, dated 27 July 2012.
For an initial discussion, see: M.G. ANTOCI, *Le successioni transfrontaliere e il diritto internazionale privato europeo*, in *Successioni per causa di morte, Esperienze e argomenti*, edited by V. Cuffaro, Torino, 2015, 710 ss.; T. BALLARINO, *Il nuovo regolamento europeo sulle successioni*, in *Riv. dir. int*., 2013, 1116 ss.; A. BONOMI, *Il regolamento europeo sulle successioni*, in *Riv. dir. int. priv. e proc*., 2013, 293 ss.; L. SARTORI, *Successioni transfrontaliere: il nuovo regolamento europeo di diritto internazionale privato*, in *Riv. not*., 2013, 1251 ss.; U. TACCONI, *Prime osservazioni sul Regolamento UE 650/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio in materia di successioni*, in *Vita not*., 2013, 85 ss.; K. BERGAMI, *Le principali novità del Regolamento UE 650/2012: i criteri di collegamento nella individuazione della legge regolatrice della successione* mortis causa *e l'introduzione del certificato successorio europeo*, *ivi*, 1131 ss.; S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Timidi tentativi di armonizzazione della disciplina successoria in Europa*, in *Rass. dir. civ*., 2013, 495 ss.; D. DAMASCELLI, voce *Successioni* (*dir. int. priv. e proc. eu*.), in *Enc. dir.*, Annali IV, Milano, 2013, 941 ss.; ID.; *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte*, cit.; A. DAVÌ, A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato,* cit., 5 ss.; AA.VV., *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, edited by P. Franzina and A. Leandro, cit.; *Regolamento UE 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 luglio 2012, in materia di successioni*, edited by D. Boulanger, E. Calò, C. Foekherer, G. Liotta, R. Sus, P. Pasqualis, in *Studi e materiali*, 2012, 1309 ss.; C. MARIOTTINI, *Successione di cittadino straniero: questioni di diritto internazionale privato e*

In this perspective, there is sufficient space for a consideration aimed at understanding, on one hand, the actual scope and meaning that the term 'habitual residence' implies on both European and international levels, while on the other, the precise role that it assumes on a national level, together with the numerous reconstructions potentially configurable on an operational level, as can be deduced from case law.

Moreover, what immediately emerges from the legislative sources on the matter is the unequivocal choice not to provide any definition of the concept of 'habitual residence'[6], thus making the criterion adaptable to the specific peculiarities of individual concrete cases, by virtue of an interpretation capable of enhancing its elasticity and flexibility[7] in the absence of punctual and stringent parameters that are generally set by the legislator. This approach underlies a very precise

processuale alla luce della proposta di regolamento europeo sulle successioni internazionali, in *Fam. pers. e succ.*, 2012, 110 ss.

In the French doctrine, see: F. BOULANGER, *Révolution juridique ou compromis en trompe d'oeil? A propos du nouveau règlement européen sur les successions internationales*, in *Sem. jur.*, 2012, 1903 ss.; S. GODECHOT-PATRIS, *Le nouveau droit international privé des successions: entre satisfactions et craintes*, in *Rec. Dalloz*, 2012, 2462 ss.; P. LAGARDE, *Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions*, in *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2012, 691 ss.; M. REVILLARD, *Succesions internationales: le règlement du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 en matière de successions*, in *Defrénois*, 2012, 743.

In the German doctrine, see: M. BUSCHBAUM, U. SIMON, *EuErbVO: das Europäische Nachlasszeugniss*, in *ZEV*, 2012, 525 ss.; H. DÖRNER, EuErbVO: *Die Verornung zum Internationalen Erb – und Erbverfahrensrecht ist in Kraft!*, *ivi*, 505 ss.; R. SÜß (ed.), Erbrecht in Europa, 3ª ed., Bonn, 2015. Among the first comments of the Regulation, see: A. BONOMI, P. WAUTELET, A. OZTÜRK, I. PRETELLI, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruxelles, 2013, and the Italian version: A. BONOMI, P. WAUTELET, *Il Regolamento europeo sulle successioni. Commentario al Regolamento UE 650/2012 in vigore dal 17 agosto 2015*, Milano, 2015; U. BERGQUIST, R. FRIMSTON, F. ODERSKY, D. DAMASCELLI, P. LAGARDE, B. REINHARTZ, *Commentaire du règlement européen sur les successions*, Parigi, 2015; H. HÜßTEGE, N. MANSEL (eds.), *NomosKommentar-BGB*, VI, 2ª ed., Baden-Baden, 2015; A.L. CALVO CARAVACA, A. DAVÌ, H.P. MANSEL, *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge University Press, 2016.

[6] Among others, see: J. THIBAULT, *La notion de "résidence habituelle" dans les affaires de divorce a' l'épreuve des interprétations anglaise et francaise: une harmonisation en danger?*, in *MBDE/Coopération judiciaire internationale et européenne*, 2008, 5; A. RICHEZ-PONS, *Note sous l'arrêt C. Aix-en-Provence, 18 November 2004*, in *Journal dr. int.*, 2005, 806 ss.

[7] Along the same lines, see: P. ROGERSON, *Habitual residence: the New Domicile?*, in *Int'l Comp. Law Quarterly*, 2000, 87, according to who «What is the meaning of "habitual residence"? It has been deliberately not defined in any of the statutes or Conventions in order to prevent the rigidity associated with the alternative concepts of domicile and nationality. Therefore, it has been left to judicial interpretation»; L. COLLINS, C.G.J. MORSE, D. MCCLEAN, A. BRIGGS, J. HARRIS, C. MCLACHLAN, J. HILL, *Dicey, Morris & Collins. The Conflict of Laws*, London, 1993, 162.

logic. The idea of a notion 'of mobile borders' lends itself to a functionally oriented reading, capable of identifying, from an applicative perspective, the most coherent and appropriate solution in relation to the actual existing connection between the subject and territory as well as the set of interests and values involved in the specific event taken into consideration[8]. Through the criterion in question, it is intended to ensure that the evaluation of each concrete case is carried out not on the basis of the single national legislation, but rather in functional terms, according to a common and unitary perspective at European and international levels. In this perspective and unlike the connection criteria traditionally used in various national systems, 'habitual residence' fits perfectly into the current social and economic context, adapting to the specific needs dictated by the now constant and enduring internationalization process[9]. On the other hand, how the way of life in the world has radically changed cannot be denied. The sense of belonging to a populace has become a form of global belonging, with the automatic consequence that the classic limitations on travel and the possibility of permanently settling in countries other than those of origin, have increasingly given way to the freedom to move beyond national borders. From this point of view, the development of the concept of 'habitual residence' comes from the need to protect the effective freedom of movement of citizens of the European Union within the territory of the Member States (Article 3,

[8] On the point, consider P. LAGARDE in the *Explanatory Report* to the Hague Convention of 13 December 2000 on the international protection of adults published by the Bureau Permanent de la Conférence: «*Aucune définition n'a été donnée de la résidence habituelle qui, en dépit des importants effets juridiques qui lui sont attachés, doit rester une notion de fait. Toute définition dans une Convention déterminée de la résidence habituelle, que ce soit par des éléments qualitatifs ou quantitatifs, aurait l'inconvénient de remettre en cause l'interprétation donnée à cette expression dans les autres Conventions, très nombreuses, où elle est utilisée*» (n. 49). Along the same lines, see: S. MARINO, *Le legittime aspettative delle parti nel diritto internazionale privato*, in *Contr. impr. EU*, 2015, 331 ss., who highlights the suitability of the concept to be used in a perspective of respect for the legitimate expectations and interests of the parties.
On the role assumed by the values in the defining of controversies, with particular reference to the centrality of the person as the cardinal principle of the entire legal system, and to the consequences that this perspective can bring about on an operational level, even more so in succession, see: V. BARBA, *I nuovi confini del diritto delle successioni*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, 333 ss., spec. 339; ID., *I patti successorî e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Napoli, 2015, 220; G. PERLINGIERI, *Il «Discorso preliminare» di Portalis tra presente e futuro del diritto delle successioni e della famiglia*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, 671 ss., spec. 676.

[9] In international practice, the need to develop a criterion capable of conforming to the needs arising from the widespread movement of people, no longer limited to narrow national borders, had been felt for some time. On the point, see: *Actes et documents de la Deuxième session de la Conférence de La Haye de droit international privé*, La Haye, 1894, 94.

§ 2, TEU and Article 21 and Titles IV and V TFEU)[10], promoting their social integration and, at the same time, avoiding possible regulatory disparities which would result from the use of categories of domestic law[11]. This presents elements of connection with foreign legislation, both in the context of complex family relationships as well as that of succession[12]. This aspect is becoming extremely frequent especially in those countries with significant levels of immigration, with this consequently leading to the problem of identifying which of the various regulations can reasonably be applied in operational terms. According to the legislative draft, 'habitual residence' would be the only instrument capable of identifying the most suitable regulation for those concrete cases that present elements of internationality, so as to effectively pursue a sought-after authentic harmonization[13].

From this point of view, the attempt to define the exact content of the phrase has made progress over time, so as to understand the assumptions in the presence of which it was susceptible of application. In this sense, in addition to the absence of a specific definition of 'habitual residence', there is general agreement that

[10] A. DAVÌ, *Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni*, in *Riv. dir. int*., 2005, 297 ss., spec. 313.

[11] This is supported, among others, by H.P. MANSEL, *The Impact of the European Union's Prohibition of Discrimination and the Right of Free Movement of Persons on the Private International Law Rules of Member States – with Comments on the Sayn-Wittgenstein Case before the European Court of Justice*, in K. BOELE-WOELKI, T. EINHORN, D. GIRSBERGER, S. SYMEONIDES eds., *Convergence and Divergence in Private International Law* – Liber Amicorum *Kurt Siehr*, Zurigo, The Hague, 2010, spec. note 1, 210 and 298; P. KINDLER, *La legge regolatrice delle successioni nella proposta di regolamento dell'Unione europea: qualche riflessione in tema di carattere universale, rinvio e* professio iuris, in *Riv. dir. int*., 2011, 426.

[12] D. DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte*, cit., 47 ss.; ID., *Règles de conflit de loi*, in ID. (a cura di), *Réponses au questionnaire en matière de successions et testaments – Livre vert de la Commission européenne, avec un avant projet de règlement communautaire concernant les conflits de lois et de juridictions, et l'institution du certificat successoral européen*, Milano, 2005, 9 ss., spec. 12; P. KINDLER, *La legge regolatrice delle successioni* ..., cit., 422 ss.; E. CALÒ, *Verso una disciplina europea delle successioni internazionali*, in *Fam. e dir*., 2010, 527 ss.; A. BONOMI, *Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni*, in *Riv. dir. int. priv. e proc*., 2010, 875 ss.; A. DUTTA, *Successions and Will in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation*, in *Rabels Z*, 2009, 547 ss., spec. 565; E. LEIN, *A Further Step Towards a European Code of Private International Law: The Commission Proposal for a Regulation on Succession*, in *Yearbook of Private International Law*, 2009, 107 ss.

[13] As highlighted by the Etude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union européenne, edited by Deutches Notarinstitut, *Les Successions Internationales dans l'UE – Perspective pour une Harmonisation*, cit., 99 ss.

it should be identified in the place where the affairs, interests, emotional and social life of the person are established. Where these factors are distributed throughout various countries, it will be necessary to evaluate where they are principally carried out. Essentially, the criterion would indicate the territory in which the person concerned has consciously established the permanent or habitual centre of their interests, with a will of stability. Notwithstanding, that for the purpose of determining the place, it will be necessary to take into consideration all the factual elements that, to some extent, may have contributed to its establishment[14].

2. Habitual residence as a synthesis of objective and subjective elements

The absence of a unifying definition of the concept of habitual residence, if on the one hand, makes it possible to enhance the versatility of the criterion in relation to the peculiarities of individual concrete cases. On the other, it could lead to the opposite problem of subordinating the operation of the same to the mere discretion of the judge, i.e., an evaluation, detached from any normative engagement and only referred to his personal interpretation, with all the consequences that this inevitably would entail in terms of legal certainty and substantial justice as well as in terms of equality (Article 3 of the Constitution). In this perspective, the numerous studies on the subject, aimed at definitively removing the risk represented, have attempted to outline the identifying traits of 'habitual residence', *rectius* the assumptions in the presence of which it can be considered legitimately configurable to apply the criterion.

In addition to the importance that the identification of the determining factors varies according to the investigated normative context, and more precisely of the specific interests involved[15], it is widely held that the nature of habitual residence can be derived from the combination of objective and subjective

[14] On this point, the orientation of the EU Court of Justice has been significantly consolidated over the years. Ex multis, cfr. EU Court of Justice 11 November 2004, C-372/02, *Adanez-Vega*, in *Raccolta*, 2004, I-10761 ss., spec. § 37; EU Court of Justice 25 February 1999, C-90/97, *Swaddling c. Adjudication officer*, *ivi*, 1999, I-1075 ss., spec. § 30; EU Court of Justice 15 September 1994, C-452/93, *Magdalena Fernández c. Commissione*, *ivi*, 1994, I-4295 ss., spec. § 22; EU Court of Justice 8 July 1992, C-102/91, *Knoch c. Bundesanstalt für Arbeit*, *ivi*, 1992, I-4341 ss., spec. § 23.

[15] It is worth considering the numerous indications coming from European law in relation to the *modus operandi* of the criterion of habitual residence whenever it involves the interests of a minor.

elements[16], generally complementary to each other[17]. The synthesis of these factors would explain a factual link[18] of the subject with a determined State that, if on the objective level, can be defined stable and enduring, on the subjective level, is able to express the perfect integration of the person in the social and cultural environment of reference.

In detail, while the objective element reflects the characteristics of stability and duration of habitual residence, the subjective element can be defined, indifferently, both in the voluntary nature of the subject to remain in a certain place as well as in the sense of belonging and affinity between the interested party and the place. The objective element therefore reflects an effective link between the subject and State, objectively assessable on the basis of quantitative

[16] See: G. SCUDIERI, *I profili problematici del concetto di residenza abituale in materia matrimoniale*, in *Contr. impr. EU*, 2017, 591 ss., spec. 591-593, 613 ss.; D. DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte*, cit., 50 ss.; A. LEANDRO, *La giurisdizione nel regolamento dell'Unione europea sulle successioni* mortis causa, cit., 62 ss.; M. MELLONE, *La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2010, 685 ss.; C. CAMPIGLIO, *Il foro della residenza abituale del coniuge nel regolamento (CE) n. 2201/2003: note a margine delle prime pronunce italiane*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, II, 247 ss. Extremely critical of the identification of the identifying elements of the concept of habitual residence is I. RIVA, *Certificato successorio europeo. Tutele e vicende acquisitive*, Napoli, 2017, 79 ss. The Author focuses on the analysis of problematic cases, in which the common valorization of the subjective and objective elements would not allow to arrive at the identification of the reasonably applicable discipline.

[17] «*Ce serait une illusion de croire (que la résidence) est une notion purement objective, faisant abstraction de tout élément intentionnel*». Along these line M. MALAURIE commented Cour de Cassation civil, 24 November 1964 and 24 June 1965, in *Journal de droit international privé*, 1966, 90.

[18] The factual nature of the criterion is highlighted in detail by M. ÁLVAREZ TORNÉ, *La autoridad competente en materia de sucesiones internacionales: el nuevo Reglamento de la UE*, Madrid, 2013, 143 ss.; P. KINDLER, *From Nationality to Habitual Residence: Some Brief Remarks on the Future EU Regulation on International Successions and Wills*, in *Convergence and Divergence in Private International Law*, cit., 251 ss.; E. LEIN, *Les compétences spéciales*, in *Successions internationales – Réflexions autour du futur règlement européen et de son impact pour la Suisse*, Actes de la 22ème Journée du droit international privé du 19 mars 2010 à Lausanne, Schulthess, 90 ss.

It is a profile that is also valorised in European law. Among others, see: EU Court of Justice 2 April 2009, C-523/07, in *Raccolta*, 2009, I-2805 ss., § 44; in Riv. dir. proc., 2010, 467 ss., spec. 469 ss., with note by S. MARINO, *Nuovi criteri interpretativi per la determinazione della giurisdizione in materia di responsabilità genitoriale: la nozione di residenza abituale dei minori in una recente sentenza della Corte di giustizia CE*. The factual nature does not exclude, however, that the individual circumstances on the basis of which to determine habitual residence imply legal inquiries.

and qualitative factors. The subjective element, on the other hand, describes a different side of the relationship, closely related to the sole intentional profile of the subject. With this in mind, for the purposes of qualifying the concept of habitual residence, on one hand, and the period of permanence of a subject in a given territory, on the other, the irrefutable *animus* of that person to establish in that place, the main centre of his social and economic interests. This, obviously, without ever leaving aside the component of stability, potentially inferable from unequivocal data such as the opening of a bank account, the taking out of medium or long-term loans or, moreover, the request of a residence permit or nationality of the host State.

From this perspective, the existence of habitual residence must therefore be excluded in all cases in which the stay in a given place is due to a prolonged holiday, studying or a temporary work assignment. In these cases, residence, while continuing for an appreciably long period, would not reveal a permanent link between the territory and the subject, nor the intention of the latter to permanently settle there.

At this point, the reconstruction described should lead to a widely shared univocal interpretation of the concept of habitual residence, with a consequent punctual determination of the exact value to be attributed to the respective identifying elements, *nulla quaestio*. However, things are different. In the absence of a specific legal characterization of 'habitual residence', the numerous attempts to define it have exclusively contributed to mitigating the vagueness of the concept[19], without providing valid indications on the assumptions in the presence of which the criterion could operate and, above all, to the specific

[19] There seems to be no definitive definition of habitual residence in any of the conventions drawn up by the Hague Conference on Private International Law. This, according to P. LAGARDE, *Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes, Rapport explicatif*, in *Actes et documents de la Commission spéciale à caractère diplomatique (1999)*, La Haye, 2003, 38, due to its prediction «*aurait l'inconvénient de remetre en cause l'interprétation donnée à cette expression dans les autres Conventions, très nombreuses, où elle est utiliséè*». Among the various attempts made, during the work of the 1960 Hague Conference, ninth session (5-26 October 1960), E. VON STEIGER, in *Conférence de la Haye de droit international privé, Actes et documents de la neuvième session*, IV, *Protection des mineurs*, La Haye, 1960, 226, defines habitual residence as «centre effectif de la vie». Furthermore, in the Explanatory Report to the Hague Convention of 1989 on the law applicable to succession due to death drafted by D.W. WATERS, it is explained how «It is a regular physical presence, enduring for some time, and a clearly stronger association than 'ordinary' or 'simple' residence, of which the *de cujus* may have had two or more. However, the manifest hopes and plans of the *de cujus* are also elements that may be legitimately considered by the person who would have to know which State is the habitual residence».

value attributable to them[20]. More precisely, if the notion of habitual residence is to be understood as the synthesis of objective and subjective elements, no normative data can determine how these factors should coexist, if compliant and, moreover, vice versa, which of the two profiles should prevail in the reconstruction formulated by the judge, in the case of substantial discrepancy[21]. It is worth considering the case of a subject who, for professional or economic reasons, has gone to live abroad for a long period, but nevertheless has continued to maintain a close and stable connection with the State of origin, as well as the case of a subject who has lived alternately in several States or has moved from one State to another without having established himself permanently in any of them. In the first case, an overall interpretation of the reported data would lead to a tendential prevalence of the subjective elements over the objective ones as relevant to the professional activity; whereas, in the second, it would be the contrary, with the objective elements would be considered the most significant. In this case, the mere allocation of the greater number of assets of the subject could end up constituting the decisive element for the identification of the applicable discipline, differently from the first case in which the focus would be placed on the State that is the centre of the interests of the family and social life of the subject.

From this point of view, it is worth considering the specific value that the objective and subjective elements assume. First of all, in relation to the definition of habitual residence and, secondly, in the relationship between them, so as to avoid that the original vagueness of the concept – never definitively outlined – combined with the lack of interpretation provided by the doctrine, can negatively affect the casuistry, creating the conditions for unjustified differentiated treatments and similar distortions in terms of substantial justice (Article 3 of the Constitution).

---

[20] In order to avoid this problem along with that of carrying out of complex investigations on the subject's life habits, it was suggested at an early stage to introduce a presumption of habitual residence, for example in the case of residence registered for more than a decade in the place where death had occurred. However, this solution was not accepted by the legislator. On the point, see: M.H. TEN WOLDE, *Will professionals in other countries be able to rely on a European Certificate of Inheritance for all purposes?*, in *Proceedings of the Brussels Conference*, 10 and 11 May 2004, in www.successions.org, 508.

[21] Among others, the problem is dealt with by G. SCUDIERI, *I profili problematici del concetto di residenza abituale in materia matrimoniale*, cit., 613 ss.; I. RIVA, *Certificato successorio europeo*, cit., 76 ss.

3. The interpretation of the concept of habitual residence through the rulings of Italian law

In Italian jurisprudence, the transposition of the concept of habitual residence has taken place gradually. The first concrete applications of the criterion are recorded in matrimonial matters and parental responsibility[22], with the entering into force of Regulation 2201/2003[23] and, at a later date, following the issuing of Regulation 1259/2010[24], with specific reference to the divorce and separation procedures that have elements of internationality. In this framework, Regulation 650/2012 extends for the first time the operating area of habitual residence to matters of succession. Its issuance is preordained to define the applicable law and the competent court for all international successions starting from 17 August 2015. In a sector that is static and resistant to change as well as intrinsically characterised by precise ideological choices[25], it is important to avoid that a situation of greater uncertainty be sustained whenever the laws of all the various States involved can be potentially applied. It is worth considering the following case: Tizio, an Italian citizen, dies in England, leaving behind French heirs and property in Germany. In this case, given the large number of transnational elements involved – the place of death, the nationality of the heirs, the location of the property of the *de cuius* – which law is applicable to the succession seems to be highly complex. With the adoption of the criterion of habitual residence, the legislator aims to ensure, also in matters of succession, as has already applied to the context of marriages and family relationships in

[22] In the doctrine, on the topic, see among others: L. BENINCASA, *Il giudice del divorzio non è competente a decidere su questioni attinenti alla responsabilità genitoriale se il figlio minore ha la propria residenza abituale in un altro Stato membro*, in *Studium iuris*, 2018, 683 ss.; F. CAROCCIA, *Responsabilità genitoriale e obblighi alimentari in contesto transfrontaliero: questioni di giurisdizione*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2017, 1560 ss.
For the orientation taken by European law, see, *ex multis*, EU Court of Justice 2 April 2009, C-523/07, cit.; EU Court of Justice 16 July 2015, C-184/14, at www.eur-lex.europa.eu; EU Court of Justice 15 February 2017, C-499/15, in *DPCE online*, with a note by F. SANTOLINI, *La competenza giurisdizionale in materia di responsabilità e obblighi dei genitori: il criterio della residenza abituale del minore come garanzia del suo migliore interesse*.
[23] Regulation EU 2201/2003 of 27 November 2003 'concerning the jurisdiction, recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and matters of parental responsibility', which repeals Regulation EU 1347/2000.
[24] Regulation EU 1259/2010 of 20 December 2010 'on the implementation of enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation'.
[25] See: P. SCHLESINGER, voce *Successioni (diritto civile). Parte generale*, in *Nss. D.I.*, XVIII, Torino, 1971, 748; R. NICOLÒ, voce *Codice civile*, in *Enc. dir*., VII, Milano, 1960, 245.

general, a largely universal jurisdiction. This is because 'habitual residence' could constitute the general criterion of jurisdiction for determining the judicial authority called upon to decide on the specific issue as well as the objective connecting factor for the identification of the law best suited to its regulation, respecting the effective link between the subject, the territory of the State and the peculiarities of the dynamics.

Faced with the need expressed at an international level to resort to a criterion of general and unitary jurisdiction that is more objective than those traditionally used in the various national systems, the approach taken by Italian jurisprudence appears to be substantially uniform. Nevertheless, a preliminary clarification should be carried out before focusing on the most significant, confirmatory rulings of this orientation.

By limiting the analysis to the matters of succession and family relationships in a broad sense – areas in which the concept of habitual residence can give rise to an innumerable series of issues, interfacing with profiles that also affect the patrimonial assets of the subject, along with the personal sphere – there is a widespread tendency in the jurisprudence of merit and legitimacy to valorise the effective and substantial scope of the term 'habitual residence', compared to its mere formal or personal nature. in addition to the peculiarities of individual concrete cases, the analysis aims to bring the hypotheses presented together, albeit with a plurality of accents and nuances: the identification of the applicable discipline takes place in relation to the actual residence of the subject involved – coinciding with the place where most of his assets are located or, at least, the most significant economic component[26] – in other words, at the territorial hub of the concrete and continuous with the development of his personal life, as well as his business and interests, also possibly working and economic, regardless of the mere indication of personal data[27]. Moreover, it is an interpretation that responds

[26] CASTELLANETA, in *Réponses au questionnaire en matière de successions et testaments – Livre vert de la Commission européenne [COM (2005) 65 final du 1er mars 2005] avec un avant-projet de règlement communautaire concernant les conflits de lois et de juridictions, et l'institution du certificat successoral européen* (edited by Consiglio Nazionale del Notariato), Milano, 2005, 34; 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 a European Certificate of Succession*, in *Rabels Zeitschrift*, 2010, §§ 132 ss.; R. HAUSMANN, *Community Instrument on International Successions and Wills*, in *Le nuove competenze comunitarie – Obbligazioni alimentari e successioni*, edited by M.C. Baruffi and R. Cafari Panico, Padova, 2009, 158.

[27] For some examples, see, among others, on the subject of family relationships, Cass., sez. un., 17 february 2010, n. 3680, in *Foro it*., I, 2011, 1536, followed by Trib. Belluno, 24 june/5 november

perfectly to the precise choice of legislative policy to ensure the applicability of the criterion in an appropriately diversified manner depending on the legal context in which it performs its function and, as such, fully in line with the functional reading that has been offered in various sectors at both European and international levels[28]. From the subject of work and social security, where the approach adopted takes into account the «duration and continuity of residence» regarding «the reasons that led the person to move»[29] as well as the family relationships in general, in the area of which there is the constant valorisation of the place in which the couple's life has been concrete and effective, regardless of their regular registration[30], jurisprudence has always reconstructed the concept of habitual residence in functional terms.

In this context, when focusing specifically on the value attributed to 'habitual residence' in the Italian system, there seems to be a flexible and dynamic nature of the criterion. In all the rulings taken into consideration, this identifying and, at the same time, distinctive feature of the instrument is clearly evident, capable of combining the need to bring jurisdiction to the State in which the parties have effectively established the centre of their business and interests, with the need to outline, in parallel, the corresponding discipline among those that are abstractly applicable[31].

2010, n. 221, in *Fam. min*., 2011, 45 ss.; Cass., sez. un., 25 june 2010, n. 15328, in *Dejure*; on the subject of international child abduction, Cass., sez. I, 18 september 2014, n. 19695, in *Riv. giur. sarda*, 2017, 26 ss., with note by E.M. MAGRONE, *La procedura per il ricorso del minore a seguito di sottrazione internazionale tra prassi giurisprudenziale ed esigenze di modifica*; Cass., sez. I, 28 june 2017, n. 16186, in www.ilfamiliarista.it, 2017, with note by E. VELLETRI, *La residenza abituale del minore non coincide con la sua residenza anagrafica;* on the subject of jurisdiction over the provisions of potestate, Cass., sez. un., 18 march 2016, n. 5418, in *Dir. e giust*., 2016, with note by A. DI LALLO, *Come definire la giurisdizione nei provvedimenti de potestate?*

[28] P. KINDLER, *La legge regolatrice delle successioni*, cit., 423.

[29] For further details, see: EU Court of Justice 8 july 1992, C-102/91, *Knoch c. Bundesanstalt für Arbeit*, cit.; EU Court of Justice 25 February 1999, C-90/97, *Swaddling c. Adjudication officer*, cit., §§ 29-30. Along the same lines, see: EU Court of Justice 15 February 1989, C-32/88, *Mulox*, in *Raccolta*, 1989, I-341; EU Court of Justice 27 February 2002, C-37/00, Weber, ivi, 2002, I-2013, where with the aim of correctly establishing the judgment in the field of work, the concept of habitual work place is interpreted extensively, in the sense of the place where the main activity was carried out or of a prevalent nature.

[30] Among others, see: House of Lords, Mark v Mark, (2005) UKHL 42, with note by J. THIBAULT, *La notion de "résidence habituelle"*, cit., 1-2.

[31] E. LEIN, *A Further Step Towards a European Code of Private International Law*, cit., 116; P. LAGARDE, *Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions*, cit., 696, 698 ss.

Thus reconstructed, however undoubtedly rational and just[32], the criterion of habitual residence lends itself to an interpretation that, even if it retains its function and essence intact, is declined in a partially different way with regard to the subjects involved in the individual concrete cases and specific reference area. By shifting the analysis to an applicative level, the logic recognisable in succession takes on facets that are inevitably different from those typical of family relationships, examined not only in the pathological phase of separation or divorce, but also – expanding the field of investigation – in the complex relationships between parents and children, given all the problems that the protection of minors notoriously poses in relation to the measures adopted in their interest[33].

4. Habitual residence and international succession

As highlighted, the attempt to clarify the meaning of the concept of habitual residence and, simultaneously, outline the contours that are still unclear, proves to be more necessary than ever in a context such as the current one of intense international mobility. Subjects are more often induced to alternating their residence in different States for reasons related to the needs of both work and family, with them also transferring the location of their business. As can be guessed, this does not only affect the regulation of any patrimonial relations as well as the personal ones, but also, inevitably, the regulation of successor relationships, even more so given the substantial differences existing in this sector between the various national legal systems[34]. Moreover, as long as the subject can continue to maintain close emotional and economic relations with his country of origin, he cannot revoke doubts that the change of the centre of interests «of a personal, family, professional and economic nature»[35] coincides,

[32] V. BARBA, *I patti successorî e il divieto di disposizione della delazione*, cit., 195.

[33] A. RICHEZ-PONS, *La notion de "residence"*, in H. FULCHIRON, C. NOURISSAT (a cura di), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Parigi, 2005, 154.

[34] It is worth considering, for all of them, how the inheritance of family members varies in the various national systems, with the admissibility of joint and reciprocal wills and succession agreements varying only in some countries. For an extensive study on this point, see: V. BARBA, *I patti successorî e il divieto di disposizione della delazione*, cit., *passim*; V. PUTORTÌ, *Il divieto dei patti successori istitutivi alla luce del Regolamento UE 650/2012*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, 845 ss.

[35] A. DAVÌ, *Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni*, cit., 307;

basically, with the place where most of his patrimony will be located or, at least, the most important assets and, consequently, most of them, the majority of his creditors and potential heirs.

Therefore, in order to avoid the application of rules of domestic law, potentially a harbinger of uncertainties and conflicts in the presence of elements of internationality, Regulation 650/2012 determines a veritable change of direction[36], replacing the traditional criterion of nationality with that of habitual residence[37]. This has been done with the aim of aligning the national system with the principles ratified at a supranational level, with the immediate effect of promoting a greater uniformity of the treatment between the subjects, equating citizens and non-citizens, to the detriment of the constraints of belonging, vice-versa significantly less rigid[38]. All the legislation, as a whole, inspired by the principle of unity must be added to this. The criterion of habitual residence could be applicable to the succession, without any distinction in relation to either the nature of the patrimony or their specific location[39]. In other words, in the case of international succession, the applicable regulations, identified on the basis of the 'habitual residence' of the *de cuius*, i.e. the centre of their socio-economic interests established with a will of stability, will govern the whole succession, considering both the nature (mobile or property) of the inherited property and the respective location (in Member States and/or in third States), in all the phases of the succession process, from the opening to the effective division of the inheritance. Therefore, the habitual residence will coincide with the place in which the subject is more rooted, on the basis of a balanced

ID., *L'autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2004, 474.

[36] See: R. BATTILORO, *Le successioni transfrontaliere ai sensi del Regolamento UE 650/2012 tra residenza abituale e certificato successorio europeo*, in *Dir. fam. e pers.*, 2015, 658 ss., spec. 666 ss.

[37] In reality, the criterion of nationality is not definitively put aside, representing, in concrete terms, the only possible alternative to the general criterion in the context of the *professio iuris* (art. 22 Regolamento 650/2012).

[38] See: E. CALÒ, *L'inarrestabile declino della cittadinanza altrui: il Regolamento UE 650/2012 del 4 luglio 2012*, in *Corr. giur.*, 2013, 550.

[39] On the contrary, according to the opposite principle of demerger, typical of the common law countries as well as several States such as France, Belgium and Luxembourg, the applicable discipline should be distinguished according to the nature of the inherited assets. Thus, the law of the domicile of the deceased would be applied to mobile assets and the lex rei sitae to any property. See: A. DAVÌ, A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione Europea*, cit., 27 ss.; A. LEANDRO, *La giurisdizione nel regolamento dell'Unione europea sulle successioni* mortis causa, cit., 64; A. BONOMI, *Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni*, cit., 908 ss.

and objective evaluation of all the profiles that constitute fundamental and determining aspects in his existence.

In addition to the indisputable advantages that the logic of harmonization determines in terms of substantial justice, Regulation 650/2012, however, has a limited application in practice. Since coming into force up until today, even if the scope of operation of the legislation is limited to successions from 17 August 2015 onwards, there seems to be no hypothesis of succession regulated by 'habitual residence' in Italian law. There is a partial reference to the criterion in only two rulings, one of merit and the other of legitimacy but, in both cases, even for different reasons, the reference made by the judges is devoid of any effect on the applicative level.

In the first case[40], the Court of Belluno declared that the succession of the Italian citizen M.M. – deceased on 15 February 2010 – concerning a set of inherited assets located partly in Italy and partly in Belgium, must be regulated by Italian law, pursuant to art. 46 of Law 31 May 1995, n. 218, with consequent application of the provisions on legitimate succession pursuant to *ex* art. 565-586 c.c. Since it is a succession characterized by elements of internationality, it is evident how both the Italian and Belgian legislative systems could have regulated it, with a series of implications of little importance on the operational level. Unlike the Italian legal system, in which the unity of the succession is guaranteed, the Belgian one provides for a differentiated criterion depending on whether they are movable assets (habitual residence) or property (*lex rei sitae*). In this case, however, the fact that the succession included property located abroad does not in itself entail the jurisdiction of a foreign court, since, according to consolidated jurisprudence[41], «when at least one of the connection criteria foreseen by art. 50 of law 218/1995 is configurable», as in this case of the citizenship of the *de cuius*, the jurisdiction of the Italian judge must be declared. In the course of the case, however, certain exceptions were raised that required a reference to Regulation 650/2012. The judges, focusing on the applicability of *ratione temporis* of the legislation, pointed out that «if the provisions of the Regulation were in force at the time of the opening of the succession of M.M., in the dispute under consideration, the Italian jurisdiction would be excluded, in virtue of the general criterion of habitual residence in Belgium of the deceased (Article 4 Reg.), and the whole succession would be governed by Belgian law, since it is the law of the State in which the *de*

[40] Trib. Belluno, 29 december 2015, in *Riv. dir. int. priv.*, 2016, 1096 ss.

[41] See: Cass., sez. un., ord. 12 july 2011, n. 15233, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 1047; in *Giust. civ.*, I, 2012, 1552.

cuius had his habitual residence at the time of death (Article 22 Reg.)»[42]. In this case, the application of the criterion of habitual residence was automatically excluded *ratione temporis*, given that the death occurred on February 15, 2010 and, therefore, to a moment chronologically earlier than the one that (August 17, 2015) the European legislator had specified as the dies a quo of the coming into force of the Regulation.

The adoption of the habitual residence criterion is automatically excluded, even if for different reasons, also in the second case taken into consideration[43]. Even if it is a case of succession with elements of internationality, the Joint Sections declared the Italian jurisdiction. The judges of legitimacy affirmed that «all the disputes relating to the succession *mortis causa* of an Italian citizen who died in Switzerland – arising between his heirs, legatees or other subjects interested in the dynamics of succession – must indiscriminately be attributed to the judge of the last domicile that the *de cuius* had in his country of origin, according to the Convention between Italy and Switzerland of July 22, 1868, made enforceable in Italy with r.d. May 5, 1869, n. 5052 and the subsequent protocol of execution of May 1, 1869»[44]. From a practical point of view, the fact that the subject had died in Switzerland and, therefore, in a country other than the one of origin, while inserting an element of internationality in the case in point, it does not affect the applicable law. This is due to the fact Regulation 650/2012 is intended to produce effects exclusively towards the Member States of the European Union. Consequently, the fact that Switzerland does not belong to it inevitably renders the criterion of habitual residence unavailable, leaving the regulations agreed between the two countries unchanged.

These findings lead to several brief considerations on the subject of the law. Even if the criterion of habitual residence favours harmonization between the various national legislative systems, it also lends itself to certain criticisms[45] and, probably, it is precisely these reasons which determine its poor application in practice. Moreover, the major drawback of habitual residence can be undoubtedly attributed to the difficulties that are frequently encountered in the exact identification and specification of the criterion. This is less certain and defined, but also in itself more changeable than that of citizenship, which, on

[42] See: Trib. Belluno, 29 december 2015, cit.

[43] Cass., sez. un., 15 may 2018, n. 11849, in *Dejure*.

[44] See: Cass., sez. un., 15 may 2018, n. 11849, cit. Along the same lines, see: Cass., sez. un., 1 july 1992, n. 8081, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1993, 406 ss.

[45] For a more detailed discussion, see: P. KINDLER, *La legge regolatrice delle successioni*, cit., 424 ss.

the other hand, is a relatively objective and easy to determine fact[46]. In addition, as previously mentioned, in the absence of a specific definition, it is not easy to understand the presuppositions under which habitual residence can be considered legitimately configured and, even more, the value it assumes for the purposes of classification of the criterion.
In summary, these are interpretative nodes that are difficult to solve for which neither the indications contained in *Articles* 23 and 24 (EU Regulation 650/2012) nor the common interpretations recognizable in practice, with particular reference to the matter of matrimonial and family relationships in general, even if the criterion is used, appear to be definitively resolutive.

5. The criterion of habitual residence in regulating marriages

Unlike what occurs in matters of succession, the criterion of habitual residence finds a wide and consolidated confirmation in national jurisprudential practice in the vast area of family relationships. Its application is indispensable in the pathological phase of marriage. If it is true that the more subjects – either together or separately – move from one country to another for the most varied reasons, this tendency increases, with an even greater frequency, when the couple has problems and one of the two or both spouses decides to return to their country of origin or, at most, to move to a different place. In such cases, 'habitual residence' represents a clear indication for the identification of the applicable law. The criterion is the only legislative instrument among the various proposals over time – often rendered ineffective by the resistance encountered at a local level – capable of harmonizing the law at both European and international levels[47]. This is the case, at least to the extent that it is intended – in a sense common to succession matters – in the sense of «place where the person concerned has established, with a will of stability, the permanent or habitual centre of his own interests» and, therefore, as a perfect synthesis of reconciliation between the objective and subjective elements. On the contrary, the discrepancy between

[46] Citizenship is rarely changed during the lifetime of a subject. It therefore presents characteristics of greater stability and certainty. See: I. RIVA, *Certificato successorio europeo*, cit., 76 ss.; G. VEROLA, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, cit., 2713 ss.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 1698 ss.
[47] S. ZIINO, *La giurisdizione nelle cause tra coniugi secondo la normativa europea*, in *Civil Procedure Review*, 2014, 103-106; I. QUEIROLO, *Lo scioglimento del vincolo matrimoniale tra Regolamento 2201/2003 e proposte di modifica della disciplina comunitaria*, in *I quaderni europei*, 2009, 11.

the aforementioned elements could give rise to a series of interpretative misalignments, with the further effect of inducing the interpreter, in the absence of a specific definition, to give prevalence to one instead of the other.
From this point of view, the jurisprudential case studies regarding the dissolution of the bond of marriage are emblematic. In the hypotheses taken into consideration, the approach taken by the judges is expressed in the valorisation of the factual and objective component of the criterion. An analysis of some concrete events can help to understand the issue.
The first case taken into consideration concerns the personal separation of a married couple[48]. Specifically, the wife initiates the proceedings before the Court of Verbania. The husband, appearing in court, objected to choosing the jurisdiction of the Italian court rather than that of the French court, on the assumption that his spouse would have acquired her habitual residence in Italy following a period of less than six months as required by EU legislation (Article 3, Regulation 2201/2003). In support of his position, among the multiple factual elements reported, he also highlighted the considerable amount of mail received by his wife at the marital home in France and the data deriving from the access report (carried out in a period immediately preceding the trial) of a French judicial officer at the French residence, where there was evidence of personal effects of daily use of the woman as well as their daughter. In the opposite direction, the wife, arguing that after the conjugal union, she and her husband had continued to reside permanently in the respective home of the family of origin, with her job as a teacher in an Italian state secondary also supporting her claim. Secondly, there is an indication of the separated residences of the two spouses (one French and the other Italian) both in the wedding invitation as well as the joint registration of the birth of their daughter in an Italian hospital. Thirdly, further evidence was provided by the fact that during her pregnancy, she was followed by Italian doctors. Therefore, as a result of an analytical evaluation of all the elements that emerged, the Joint Sections declared in this case the jurisdiction of the Italian judge. This decision was made on the assumption that «the habitual residence of the woman should be reasonably considered as being in Italy, since the occasional and sometimes continuous periods during which the same stayed at the conjugal house of the husband do not make it the opposite»[49], in adherence to the orientation now consolidated in the internal jurisprudence[50], by virtue of which «the notion of habitual residence

[48] Cass., sez. un., 25 june 2010, n. 15328, cit.
[49] Cass., sez. un., 25 june 2010, n. 15328, cit.
[50] *Ex multis*, cfr. Cass., sez. un., 17 february 2010, n. 3680, cit.

refers not to the formal or personal residence» of the subject, but to the place of the concrete and continuous development of his personal and eventually working life[51].

This logic has been highlighted by the judges of legitimacy in another chronologically antecedent case[52]. In this case, in relation to a request for separation proposed by an American couple, the Joint Sections declared the Italian jurisdiction on the assumption that «the wife, by voluntary and lasting choice, placed the centre of her needs in Pozzuoli and in the conjugal home her daily habits and life relationships»[53]. In the objective phase of the ongoing conjugal crisis, she decided to establish the family home in Italy, with the precise intent of identifying exactly in that place her *de facto* residence. The judges, therefore, on the basis of this evidence, functionally coloured by the specific will of one of the parties, resolved the jurisdictional regulation by favouring the objective and factual criterion. Moreover, the judges of merit also shared this opinion. In 2010[54], the Court of Monza confirmed the jurisdiction of the Italian court in a trial to dissolve the marriage of the parties in question, both of Moroccan nationality, by virtue of the habitual residence of the spouses to be understood, in this case, «as the main centre of their business, life, work and economic interests».

6. Habitual residence from the point of view of protecting the 'best interests of the child'

An event that is undoubtedly clearer than the concept of habitual residence in the internal system is to be found in the extensive case law on the subject of minors. In all the decisions taken into consideration, a reconstruction of the criterion is significantly influenced by the specific aim of protecting the '*best interest of the child*'[55]. The minor, falling into the category of weak subjects, is considered as deserving special protection. From this perspective, whenever

[51] See: Cass., sez. un., 25 june 2010, n. 15328, cit.

[52] Cass., sez. un., 3 february 2004, n. 1994, in *Foro it*., 2004, 1063 ss.; in *Giust. civ.*, 2004, 900.

[53] Cass., sez. un., 3 february 2004, n. 1994, cit.

[54] Trib. Monza, 9 june 2010, n. 1743, in *Dejure*.

[55] See, among others: G. CORAPI, *La tutela dell'interesse superiore del minore*, in *Dir. succ. fam*., 2017, 777 ss.; F. FALCONI, *Il trasferimento di competenza nell'interesse del minore alla luce dell'interpretazione della Corte di giustizia*, in *Riv. dir. int. priv. e proc*., 2017, 662 ss., article and notes; C. HONORATI, *La proposta di revisione del Regolamento Bruxelles II*-bis*: piú tutela per i minori e piú efficacia nell'esecuzione delle decisioni*, *ivi*, 247 ss.

a specific case involving a minor is marked by the presence of elements of internationality, the factual and objective profile of habitual residence must be taken into consideration so as to identify the applicable law. This is the case when both the subject of the dispute is the exercise of parental responsibility and, therefore, the competence in order to take the measures in its favour, as well as when the hypothesis is the even more delicate one of international abduction. In both cases, the orientation according to which the notion of habitual residence corresponds to a *de facto* situation is widely shared, with it being as intended «the place where the minor, by virtue of a permanent and stable permanence, has the centre of his affective ties, not just parental ones, deriving from the development of his daily life relationships»[56]. More precisely, the child's habitual residence would coincide with «the place of the concrete and continuous development of his personal life and not *simplistically* with that resulting from a purely arithmetic calculation of experience»[57]. Therefore, «on the subject of jurisdiction over the provisions de potestate, in order to establish the jurisdiction of a Member State, the criterion of the habitual residence of the child at the time of the application must be necessarily declared»[58], without considering any insignificant space-time intervals. In one of the cases examined[59] and in light of these findings, the Joint Sections denied the jurisdiction of the Italian court, on the assumption that the short period spent by the minor in Italy could not be considered significant, unlike the period from three to six years of age in Brazil where, on the contrary, the minor had established a series of emotional, cognitive and environmental bonds, such as to make it presumable that his 'habitual residence' should be considered there.

[56] See: Cass., sez. un., 18 march 2016, n. 5418, cit.; Cass., sez. un., 18 september 2014, n. 19664, in *Dir. e giust*., 2014, 4, with note by A. FANELLI, *La nozione di residenza abituale del minore vittima di sottrazione da parte di un genitore*; previously, also see: Cass., sez. I, 19 october 2006, n. 22507, in Mass. Giust. civ., 2006, 10 ss. Along the same lines, Cass., sez. VI, 31 october 2018, n. 27741, in Dejure; Cass., sez. un., 5 june 2017, n. 13912, in Guida dir., 2017, 40, points out that the criterion of habitual residence is placed to protect the affective-relational continuity of the minor; Cass., sez. un., 22 march 2017, n. 7301, in Dejure, specifies that the connection criterion constituted by the place of habitual residence, as interpreted, does not coincide with the civil and administrative notions of domicile and/or registered residence.

[57] See. Cass., sez. un., 13 february 2012, n. 1984, in *Dejure*. Our italics. Along the same lines, Cass., sez. un., 7 september 2016, n. 17676, in *Riv. dir. int*., 2017, 279 ss.; Cass., sez. un., 18 march 2016, n. 5418, cit.; Cass., sez. un., 22 july 2014, n. 16648, in *Dejure*; Cass., sez. I, 19 october 2006, n. 22507, cit.

[58] See: Cass., sez. un., 18 march 2016, n. 5418, cit. Our italics.

[59] Cass., sez. un., 18 march 2016, n. 5418, cit. There is a similar ruling also in Cass., sez. un., 18 september 2014, n. 19664, cit.

A partially similar reasoning can be found in another case examined by the judges of legitimacy[60]. In this case, the Joint Sections declared the lack of jurisdiction of the Italian judge called upon to decide on the custody of a minor. This is due to a series of concrete data – nursery school attendance, being registered with the registry office and public health service, etc. – unequivocally highlighting how the habitual residence of the minor was in Spain, the temporary removal from the State by the parents was completely irrelevant. The ruling offers the opportunity to return to the concept of habitual residence, highlighting how the criterion underlies «a certain integration of the minor in a specific social and family environment»[61]; a deducible integration from a series of concrete and objective factors such as duration, regularity and reasons for residence, school attendance, etc.[62]

Finally, two other cases[63] allow to describe further the facets that the criterion in question assumes in the presence of minors. Identifying the habitual residence could give rise to more problems when the minor is particularly young since, in this case, he is not physically able to develop his social life and, consequently, it would be more difficult to understand when dealing with cases of international abduction[64]. In the first hypothesis, the father of a young child appeals to the Court complaining about the international abduction of his son from his habitual residence in England by his mother who, without any consent, took him to Italy. In this case, the judges of legitimacy reject the appeal, given that there does not seem to be the conditions for international abduction. Given that the habitual residence must be interpreted as a function of the «best interests of the child»[65],

[60] Cass., sez. un., 10 february 2017, n. 3555, in www.ilfamiliarista.it, 2017, with note by M. CIRESE, *Residenza abituale e tutela del minore*.

[61] See: E. LAMARQUE, *Residenza abituale del minore, criterio della vicinanza del giudice e* "best interest of child", in *Fam. e dir.*, 2017, 1095 ss.

[62] Cass., sez. un., 30 march 2018, n. 8042, in www.ilfamiliarista.it, 2018, with note by C. CASALE, *Sezioni Unite: per individuare la residenza abituale del minore servono indicatori proiettivi*; in *Dir. e giust.*, 2018, 5, with note by A. DI LALLO, *Figlia di soli 2 anni. Per individuare la residenza abituale si usano gli indicatori 'proiettivi'*; Cass., sez. un., 10 february 2017, n. 3555, cit.; Cass., sez. un., 18 march 2016, n. 5418, cit.

[63] Cass., sez. un., 30 march 2018, n. 8042, cit., e Cass., sez. I, 14 december 2017, n. 30123, in *Foro it.*, 2018, 529 ss., with note by G. CASABURI, *In tema di sottrazione internazionale di minori*; in www.ilfamiliarista.it, 2018, with note by C. CASALE, *La futura residenza del genitore non è automaticamente la residenza abituale del minore*.

[64] See, among others: A. CARRATTA, *Provvedimenti urgenti a tutela dei minori e sottrazione internazionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 1258 ss.; C. HONORATI, *Sottrazione internazionale dei minori e diritti fondamentali*, *ivi*, 2013, 5 ss.

[65] This term can be traced back to G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, spec. 52. The Authors

«with the aim of identifying it and neither the registered residence, the domicile nor the residence chosen by 'agreement between the parents'[66] being taken into consideration, examining only the factual situation that is independent from the eventually agreed life projects of the adults»[67]. Consequently, in order for a case to be determined as involving international abduction, it is essential that the child be removed from his habitual residence, i.e., «from the place where he consolidated, consolidates or will consolidate a network of affections and relationships, ensuring a harmonious psychophysical development»[68].

This notion is then further clarified in the second case taken into consideration[69], where the Supreme Court was called upon to decide on the assignment of jurisdiction on matters relating to the exercise of parental responsibility of a young child, *de facto* with his mother, an Italian citizen but resident in the United Kingdom. In this case, the Joint Sections denied the jurisdiction of the Italian judge in favour of the English one, valorising, for the purposes of determining the habitual residence of the minor, the projective indices. In detail, given that according to a consolidated approach[70], the habitual residence corresponds to the place that denotes «a certain integration of the minor in a specific social and family environment», the determination of jurisdiction cannot ignore this element. In this case, the factual data of the prolonged cohabitation with the maternal grandparents in Italy could have assumed importance in this sense, only if it is likely to contribute to determining the actual settling of the minor in the Italian State. This does not seem to be the case according to the judges for which, conversely, the periods of time, sometimes even extended, spent with his grandparents, appear recessive in the identification of habitual residence

highlight how it is not sufficient to point out that the interests of the minor are generally higher, but it must also be achieved in the 'best' way possible, in the sense that the judge must carry out in this case the «best interest of the child» among the various practical solutions, taking into account all existing circumstances. See: G. PERLINGIERI, *Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 114 ss. In giurisprudenza, cfr. UE Court of Justice 8 June 2017, C-111/17, in www.eur-lex.europa.eu

[66] «The intention of the parents is merely an indication of the idea of habitual residence», Cass., sez. I, 14 december 2017, n. 30123, cit.

[67] See: Cass., sez. I, 14 december 2017, n. 30123, cit.; Cass., sez. I, 2 february 2005, n. 2093, in *Dejure*; Cass., sez. I, 19 december 2003, n. 19544, in *Foro it.*, I, 2004, 2166.

[68] See: Cass., sez. I, 14 december 2017, n. 30123, cit., re-proposing the notion of Cass., sez. VI, 20 october 2015, n. 21285, in *Fam. e dir.*, 2017, 528 ss., with note by F. ASTIGGIANO, *Competenza funzionale e territoriale per i provvedimenti in materia di responsabilità genitoriale*, and of Cass., sez. VI, 29 july 2015, n. 15971, in *Dejure*.

[69] Cass., sez. un., 30 march 2018, n. 8042, cit.

[70] See: retro, note 61.

and, therefore, in the determination of legitimately configurable jurisdiction. Considering how young the child actually is, the Supreme Court opted, quite reasonably, for the valorisation of the projective indices, such as enrolled at a London nursery school and registered with the British pediatric health system, as the only factual elements able to express, objectively, the actual link between the child and the place of habitual residence in which, also in perspective, will mainly be where he lives.

Verso la riforma degli acquisti dall'erede apparente?

Alessandro Ciatti Càimi
Ordinario di Diritto civile, Università di Torino

Dopo una breve analisi storico-comparativa sul problema di determinare la legittimazione a disporre in capo a chi si afferma erede (o legatario), si studia come la questione sia stata affrontata e risolta dalla novellazione del *code civil* francese del 2001 e nel Regolamento UE 650/2012 e come l'introduzione del certificato successorio europeo abbia causato una grave distonia con il diritto italiano, tutte le volte in cui la successione sia priva di elementi transfrontalieri, indagando i possibili interventi per superarla, tenendo conto dell'annunciata revisione del codice civile.

After a brief historical-comparative analysis on the problem of determining the legitimacy to dispose of whoever claims to be heir (or legatee), the essay concentrates about the novellation *of the French civil code of 2001 and in the Regulation EU 650/2012. Moreover, the introduction of the European succession certificate has caused a serious dystonia with Italian law, whenever the succession is lacking of cross-border elements, investigating possible interpolations to overcome it, taking into account of the announced revision of the* codice civile.

Sommario: 1. Breve premessa storico-comparativa. – 2. La prassi francese dell'atto di notorietà e la novellazione del *code civil*. – 3. Il certificato successorio europeo. – 4. Le distonie con la successione priva di elementi transfrontalieri.

1. Breve premessa storico-comparativa

Il recente disegno di legge delega al Governo per la «revisione» di una parte del codice civile[1], oltre a prevedere interventi prevedibili e auspicati per mitigare il divieto dei patti successori e per a trasformare in un diritto di credito la quota la quota di riserva a favore dei legittimari, vorrebbe pure «introdurre misure di semplificazione ereditaria, in conformità al certificato successorio europeo». Come avevamo avuto modo di evidenziare a suo tempo infatti[2], l'emanazione del Regolamento UE 650/2012, intitolato alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alle creazione di un certificato successorio europeo, ha riproposto all'attualità l'eccesso di complicazione (e perciò di insicurezza) che il nostro sistema successorio interno impone al traffico giuridico, specialmente immobiliare, quando intende proteggere la posizione dell'erede che esperisce la petizione ereditaria contro che si trovi a possedere beni a titolo di erede o senza titolo.

Il testo vigente del codice civile anzitutto, senza intraprendere un'opera di rivisitazione dal profondo del complicato tema, si era limitato a rassettare la brillante (ma complessa) soluzione congegnata nella codificazione del 1865 (art. 933). Probabilmente non si trattò di trascuratezza quanto piuttosto della difficoltà di migliorare un apparato di regole che il primo codificatore unitario aveva creato senza poter fidare su altri modelli o contesti meglio consolidati. Quell'apparato infatti era del tutto originale e non aveva antecedenti prossimi nelle codificazioni pre unitarie (v. art. 694 cod. civ. sic.; art. 879, cod. civ. parmense, art. 987 cod. civ. sardo e pure § 824 ABGB) e (nonostante quanto taluno mostra di ritenere) neppure poteva ritenersi discendere dal diritto giustinianeo, volta che qui semplicemente si limitava la responsabilità dell'erede apparente in buona fede nei limiti dell'arricchimento ricevuto dalle cose ereditarie (D.

[1] Disegno di legge n. 1151, comunicato alla Presidenza il 19 marzo 2019; l'uso del termine «revisione» in luogo di «novellazione» o «riforma» sembra manifestare la prudenza, o forse la timidezza con la quale il Governo intenderebbe muoversi nel riformare un testo fondamentale quale il codice civile.

[2] V. nostro *La tutela degli acquirenti di beni ereditari e il certificato successorio europeo, in Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, Atti dell'XI Convegno Nazionale Sisdic, Napoli, 2017, 423 ss.

5, 3, 20, 6)[3]. Si facevano (come si fanno oggi) salvi i diritti acquistati dai terzi «per effetto di convenzione a titolo oneroso» quando erano state «fatte di buona fede» coll'erede apparente. Assai discusso era tuttavia se si dovesse pure prendere in considerazione, quale elemento della fattispecie già di per sé assai complessa, lo stato psicologico (di buona o di mala fede) dell'erede apparente[4]. La *Relazione ministeriale* (n. 259) chiarisce che si è inteso «risolvere un punto dubbio, e cioè se la prova della buona fede debba essere data dal terzo che ha acquistato dall'erede apparente o se piuttosto debba presumersi in buona fede, salva la prova contraria da parte dell'erede», optando per ritenere la buona fede come fatto costituivo dell'acquisto[5].

Alcuni dettagli dipendono invece dal fatto che la codificazione vigente (a differenza di quella abrogata che seguiva pedissequamente la tradizione belga e francese[6]) abbia previsto la trascrizione degli atti di acquisto a causa di morte (2648) di guisa che prima si facevano salvi – trattandosi di immobili – non soltanto gli acquisti pubblicati dopo la trascrizione della domanda giudiziale di petizione, ma anche quelli pubblicati successivamente alla trascrizione dell'acquisto da parte dell'erede o del legatario vero.

Per la verità, l'art. 534, comma 3, non consente di capire (si parla di "o" e non di "e") se la condizione indispensabile per la salvezza dell'acquisto del terzo sia l'anteriorità della trascrizione di questo tanto rispetto alla trascrizione dell'acquisto dell'erede vero quanto rispetto alla trascrizione della domanda di petizione, di guisa che l'acquisto del terzo non sarebbe salvo se trascritto dopo la trascrizione della domanda di petizione, ma prima che l'erede vero avesse trascritto il suo atto di acquisto *mortis causa*. La trascrizione della domanda di petizione farebbe cioè cadere il requisito dell'apparenza[7].

La soluzione del codice italiano è in sostanza originale perché nel *code civil*

[3] V. ampiamente, E. BETTI, *Appunti di diritto civile*, *Diritto di successione*, anno 1928–1929, Milano, 1929, 409.

[4] G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Delle successioni*, in *Tratt. dir. civ.*, I, trad. 3a ed., con appendice di P. Bonfante, Milano, s.a., 738, con copia di indicazioni bibliografiche e soprattutto N. COVIELLO, *Delle successioni*, *Parte generale*, 4a ed. rif. da L. Coviello, Napoli, 1935, 317.

[5] L. FERRI, *Successioni in generale*, in *Comm. cod. civ.*, *Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1968, 218 ss.

[6] Da ult., si può vedere nostro, *Della trascrizione degli atti relativi ai beni immobili*, in *Cod. civ.*, *Comm.*, fond. da Schlesinger e cont. da Busnelli, Milano, 2018, 308 ss.

[7] L. FERRI, *La trascrizione degli acquisti* «mortis causa» *e problemi connessi*, Milano,1951, 166; nonché ID., *Successioni in generale*, cit., 224; *contra* da ultimo L. SITZIA (C. CICERO), *Petizione di eredità*, in *Cod. civ., Comm.*, fond. da Schlesinger e cont. da Busnelli, Milano, 2013, 147 ss.

(come del resto nel codice spagnolo del 1888) neppure la petizione ereditaria vi viene evocata e men che meno ci si preoccupa dei terzi aventi causa dall'erede apparente[8]. Chi sostiene – e ve ne sono ancora – che il codice civile italiano del 1865 fosse la traduzione del codice di Napoleone trova, se ancora ve ne fosse bisogno, una clamorosa ulteriore smentita anche in questa materia.
Una soluzione analoga a quella italiana si rinviene invece nel codice portoghese del 1966 – per rimanere all'ambito dei paesi di Notariato latino – che contiene una disciplina che è poco dire ispirata a quella italiana (è sostanzialmente la traduzione con qualche precisazione ulteriore).

2. La prassi francese dell'atto di notorietà e la novellazione del *code civil*

In Francia quindi – o meglio nelle zone francesi ove non si applica la disciplina successoria ispirata dal *mos gallicus* (dipartimenti dell'Alto Basso Reno e Mosella) – per risolvere il problema di cui ci stiamo occupando si doveva far appello alla giurisprudenza dottrinale e forense, che proponeva soluzioni in genere ispirate da quelle italiane.

Era tuttavia invalsa la prassi di provare la qualità di erede apparente – legittimato perciò a disporre nei confronti del terzo avente causa in buona fede – attraverso l'atto di notorietà rilasciato dal notaio (previo giuramento); atto che di quando in quando veniva utilizzato non soltanto per manifestare la legittimazione a ricevere somme di denaro ma pure la legittimazione appunto a disporre (attraverso una sorta di meccanismo presuntivo)[9]. In parte ma solo in parte ciò è accaduto anche da noi ma l'atto notarile di notorietà è rimasto nella prassi solamente quale prova stragiudiziale (meglio sarebbe dire attestazione) verso banche e pubblica amministrazione debitrici[10].
Nel 2001, il legislatore francese ha rotto gli indugi e ha previsto che «La qualità di erede possa risultare da un atto di notorietà rilasciato dal notaio a domanda di uno o più avanti causa» (art. 730–1).
Si precisa che l'atto di notorietà non fa presumere l'accettazione (730–2)

---

[8] V., ad esempio, M. GRIMALDI, *Droit civil. Successions*, 6e éd., Paris, 2001, n. 519 ss., 509 ss.; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les successions. Les libéralités*, 6e éd. par Malaurie e Brenner, Paris, 2014, n. 295 ss., 146 ss.
[9] Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les successions. Les libéralités*, cit., n. 297, 147.
[10] V. M. DI FABIO, *Manuale di Notariato*, 2a ed., Milano, 2007, 138 ss. nonché E. PROTETTÌ e C. DI ZENZO, *La legge notarile; Commento con dottrina e giurisprudenza delle leggi notarili*, 5a ed., Milano, 2009, 60 ss.

e che esso faccia fede sino a prova contraria (730–3) poiché viene rilasciato previa presentazione di "pezze giustificative" come atti dello stato civile ed eventualmente documenti che riguardano l'esistenza di atti liberali e a causa di morte tali da aver incidenza sulla devoluzione ereditaria (730–1). La classe notarile è così chiamata a svolgere un'attività che consiste anche nell'accertare la verità di fatti e circostanze Quale conseguenza l'art. 730–4 prevede che gli eredi designati nell'atto di notorietà sono reputati, riguarda ai terzi detentori di beni ereditari, come se ne avessero la libera disponibilità[11].

3. Il certificato successorio europeo

Il già evocato Regolamento UE 650/2012 è intervenuto in questa delicata materia[12].
Si tratta infatti sì di un testo di impostazione internazionale privatistica: e non potrebbe essere diversamente perché altrimenti esso si troverebbe privo di base giuridica, giacché il diritto successorio non rientra nelle attribuzioni normative dell'Unione. Nel *considerandum* 37 si parla quindi della necessità di assicurare ai cittadini i benefici dei vantaggi offerti dal mercato interno, consentendo loro di conoscere in anticipo la legge applicabile alla loro successione ma è soprattutto nella necessità di mantenere e sviluppare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia e libera circolazione delle persone che il regolamento stesso rinviene la propria base giuridica (*considerandum* 1) in consonanza con l'art. 81 del TFUE.

Il regolamento ha tuttavia in sé il potere di sovvertire alcune regole fondamentali del diritto successorio dei singoli paesi membri (eccettuati quelli che non ne sono destinatari, cioè la Danimarca, la Repubblica di Irlanda e, se e per quanto riterrà di restare nell'Unione, il Regno Unito).
Il regolamento introduce agli art. 62 ss. il certificato successorio europeo, affinché una successione con implicazioni transfrontaliere all'interno dell'Unione sia regolata in modo rapido, agevole ed efficace, così che l'erede, il legatario,

[11] Ampi ragguagli in Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les successions. Les libéralités*, cit., n. 298, 148 ss.
[12] In argomento v. P. FRANZINA e A. LEANDRO, *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni* mortis causa, Milano, 2013, 3 ss.; A: BONOMI e P. WAUTELET, *Il Regolamento europeo sulle successioni. Commentario al Regolamento UE 650/2012 in vigore dal 17 agosto 2015*, Milano, 2015, 3 ss.; A. DAVÌ e A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Torino, 2014, 1 ss. e ora I. RIVA, *Certificato successorio europeo. Tutele e vicende acquisitive*, Napoli, 2017, 13 ss. e soprattutto 55 ss.

l'esecutore o l'amministratore possano dimostrare con facilità la loro qualità e/o i loro diritti in un altro stato membro, ad esempio quello in cui si trovano beni della successione (*considerandum* 67).

Importante, come si dirà, è proprio l'aver insistito sulle implicazioni necessariamente transfrontaliere della successione e quindi sull'efficacia inevitabilmente limitata dal certificato. Lo evidenzio perché una parte della dottrina internazionale civilistica ritiene (a mio giudizio non correttamente) che il certificato potrebbe essere ottenuto anche quando la successione non presentasse profili di estraneità con l'ordinamento interno.

Viceversa, l'art. 62 del regolamento chiaramente dice che il certificato è rilasciato per essere utilizzato in un altro stato membro.

Viene in particolare richiesto e rilasciato da un'autorità (almeno nei paesi di Notariato latino da un notaio; in Italia lo ha previsto l'art. 32 della l. 30 ottobre 2014, n. 161[13]) il quale deve svolgere una serie di accertamenti (art. 66) anche d'ufficio: egli quindi non si limita a compiere un'attestazione ma svolge un'attività di accertamento della verità di fatti (come appunto accadeva già in Francia[14]).

La principale conseguenza si trova nel quarto comma dell'art. 69: la persona menzionata nel certificato, se dispone dei beni ereditari a favore di un'altra, si considera come legittimata a farlo, a meno che si dimostri che sapeva che il contenuto del certificato non corrispondeva al vero o che il fatto di non saperlo derivi da negligenza grave.

In sostanza, l'erede vero che agisce contro il terzo acquirente soccomberà se non riesce a dimostrare che il contenuto del certificato fosse inveritiero e che il terzo conoscesse o dovesse conoscerne quel carattere.

Non è necessario, osserviamo incidentalmente, che il contenuto del certificato venga contestato davanti al notaio ai sensi dell'art. 71 (come pure è stato affermato). In sede di petizione ereditaria, sarà invece sufficiente chiedere al giudice di disapplicare, cioè di dichiarare inefficace, il certificato, a causa dell'erroneità delle attestazioni in esso contenute secondo quanto prevedono gli artt. 3 e 4 dell'all. E alla l. n. 2248 del 1865. Si tratta infatti di un atto amministrativo a tutti gli effetti, sia in quanto proviene da un soggetto legato da un rapporto di servizio con la pubblica amministrazione sia in quanto assolve

---

[13] Sulla scelta, v. F. PADOVINI, *Certificato successorio europeo e autoirtà di rilascio italiana*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 1102 ss. e ora I. RIVA, *Certificato successorio europeo ...*, cit., 62 ss.

[14] Cass., 25 mars 2009, in *Bull. civ.*, I, n. 70, riconosce responsabile il notaio che non aveva consultato una sentenza dalla quale avrebbe potuto apprendere l'esistenza di un discendente.

la funzione di attestare la verità di un fatto. Lo stesso si potrà dire quando il certificato sia stato rilasciato al di fuori delle condizioni richieste dell'art. 62, cioè quando la successione non presenti profili transfrontaliere.
Ne viene che, in Italia, il notaio potrà rilasciare il certificato successorio quando si tratti di *de cujus* (cittadino o non italiano) che vi avesse avuta l'ultima residenza ma fosse titolare di diritti su cose situate all'estero, oppure, alle stesse condizioni, fosse cittadino italiano, ma non risiedesse in alcuno Stato membro (Regno Unito, Irlanda e Danimarca ad esempio) oppure avesse avuto la residenza in Italia ma l'avesse trasferita da meno cinque anni. Difficilmente mi pare che il potere notarile di rilasciare il certificato potrebbe trovare nel *forum necessitatis* dell'art. 11 la propria fonte di legittimazione[15].

4. Le distonie con la successione priva di elementi transfrontalieri

Ognuno vede che il sistema, grazie al regolamento, da un lato si sia semplificato in modo molto significativo: quando appunto la successione presenti quei profili transfrontalieri. Oltre tutto, una volta che sia stato legittimamente formato, il certificato produce gli effetti dell'art 69 anche nello Stato membro ove è stato rilasciato (art. 62, comma 3). Si vede allo stesso modo però che la tutela dei terzi acquirenti di un bene situato in Italia, ad esempio, trovasi differenziata in modo significativo, a seconda che si verta nelle ipotesi in cui poteva essere rilasciato il certificato successorio oppure no.

Anzitutto potrebbe darsi che, pur essendo possibile conseguirlo, il certificato non fosse stato richiesto (per ragioni che non appaiono condivisibili ma non è il caso di discutere qui, alcuni tendono a sconsigliare di ricorrere a questo strumento): Tizio, residente in Italia, ha alcuni beni all'estero e altri in Italia. Questi vengono alienati a Caio. Tizio è erede apparente, erede vero è Sempronio. Il terzo fa salvo l'acquisto in base alle solite regole dell'art. 534: potrebbe esigere il certificato successorio da Tizio dante causa, non dal notaio (in caso di inerzia di Caio stesso). L'art. 65 del regolamento prevede che questo possa essere rilasciato dalle persone indicate all'art. 64, eredi, legatari ed esecutori testamentari o amministratori dell'eredità: non terzi aventi causa.
Del resto, l'uso del medesimo non è obbligatario (art. 62, comma 2; anche se, come si è detto, sarebbe ben auspicabile che i notai si orientassero a consigliarlo vivamente).
Quando la successione di Tizio sia priva invece di rilevanza transfrontaliera, il

[15] V. in argomento, I. RIVA, *Certificato successorio europeo* ..., cit., 85.

certificato non può essere rilasciato e non può quindi assolvere la sua funzione, dovendosi allora applicare inevitabilmente l'art. 534 c.c.

Qui – come avevamo segnalato – è possibile intravedere fondatissimi profili d'illegittimità costituzionale per violazione del principio di eguaglianza, dell'art. 24 cost. dell'art. 8 CEDU e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in riferimento all'art. 117 cost.[16]

Due situazioni identiche ricevono un trattamento nettamente differente l'una dall'altra, mentre non pare che nell'enunciato dell'art. 534 sia possibile rinvenire una norma coerente con il disposto del regolamento europeo[17].

Neppure è possibile immaginare di applicare l'art. 14-*bis* della l. 4 febbraio 2005, n. 11, (come novellata) che impone alle norme italiane di recepimento e di attuazione di norme e princìpi della Comunità europea e dell'Unione europea di assicurare la parità di trattamento dei cittadini italiani rispetto ai cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea residenti o stabiliti nel territorio nazionale, impedendo un trattamento sfavorevole dei cittadini italiani.

La discriminazione non riguarda infatti i cittadini nei riguardi degli altri appartenenti all'UE. Riguarda invece cittadini italiani residenti in Italia.

Potrebbe invece la giurisprudenza dottrinale, con uno sforzo interpretativo importante, sostenere che le regole dell'art. 534 c.c. possano ritenersi superate in favore del terzo acquirente in base a un certificato rilasciato dal notaio, il quale dovrebbe compiere gli accertamenti di cui si è detto? Come accadeva in Francia, il certificato assumerebbe in tal modo il ruolo di presunzione giurisprudenziale di legittimazione a disporre.

Vi sono molti ostacoli tra i quali soprattutto uno che appare non sormontabile. Si tratta di attribuire al notaio poteri ch'egli in genere non ha: quelli di accertamento. Neppure si può confidare in un intervento della Corte di giustizia: non sembra possibile impugnare la validità di un atto europeo a causa della violazione del principio di eguaglianza indotta dalla legislazione interna dello Stato membro. Il legislatore UE non avrebbe potuto disciplinare del resto le

---

[16] V. R. BARONE, *Il certificato successorio europeo*, in *Notariato*, 2013, 427; D. RESTUCCIA, *Il certificato successorio europeo. Un esempio di discriminazione alla rovescia?*, *ivi*, 2015, 142 ss.; S. PATTI, *Il certificato successorio europeo nell'ordinamento italiano*, in *Contr. impr.*, 2015, 470 e ora, sul tema, I. RIVA, *Certificato successorio europeo* ..., cit., 70 ss.

[17] Con il fine di pervenire a un simile esito, si è ipotizzato di riconoscere al notaio il potere di rilasciare il certificato successorio anche quando si tratti di successioni prive di elementi transfrontalieri; v. D. RESTUCCIA, *Il certificato successorio europeo* ..., cit., 146 e ancora più decisamente A. LIOTTA e A. BARONE, *Il certificato successorio europeo (CSE): uno strumento nuovo per tuti i cittadini italiani o una discriminazione a rovescio?*, in *Federnotizie*, 26 gennaio 2015, criticati ora da I. RIVA, *Certificato successorio europeo* ..., cit., 72 ss., cui si rinvia.

successioni puramente interne perché la legislazione sarebbe stata priva di base giuridica. La scelta UE era necessitata e la violazione delle regole dipende dalle disposizioni interne dello Stato, che è del resto difficile ipotizzare come superate o incompatibili per il principio di prevalenza del diritto UE. Esse sono infatti compatibilissime (come ricorda lo stesso regolamento del resto – art. 62, comma 3 – il certificato non intende sostituire i documenti interni).

Non restava allora che confidare nell'intervento della corte costituzionale, la quale avrebbe dovuto dichiarare illegittima la disciplina dell'art. 534 (e forse di quella di cui agli artt. 2652, n. 7 e 2690, n. 4) nella parte in cui non prevede che, in caso di successioni privi di elementi transfrontalieri, non è salvo l'acquisto del terzo a qualunque titolo, quando l'alienante abbia mostrato la propria qualità di erede o di legatario in base a un certificato, rilasciato dal notaio, che abbia previamente verificate le informazioni e le dichiarazioni e o documenti e mezzi di prova forniti dal richiedente.

Un intervento perciò tipicamente additivo che aggiungerebbe quindi alla tutela consueta del terzo quella portata dal certificato successorio fino forse a superarla: si tratta di una soluzione che ben difficilmente la Corte si sentirebbe di prendere, preoccupata quale si mostra (specie negli ultimi tempi) a non travalicare le proprie attribuzioni invadendo quelle proprie del legislatore.

Bisognava altrimenti auspicare un intervento di quest'ultimo, il quale è chiamato anzitutto a compiere una scelta di campo: quella di mantenere l'art. 534 e aggiungervi la disciplina del certificato successorio oppure sostituirla del tutto. Tale ultima soluzione ha il difetto di esporre il terzo acquirente comunque a un rischio ogni volta in cui abbia acquistato in mancanza di un certificato o quando questo sia falso o erroneo. Miglior partito sembrerebbe allora quello di armonizzare la disciplina del certificato con il meccanismo del 534 che ha per ora funzionato in maniera tutto sommato soddisfacente.

Si tratta di un compito delicato, anzi delicatissimo, che nelle intenzioni tutt'altro che nascoste del Governo (se dovesse essere realmente delegato dal Parlamento) dovrebbe realizzarsi con la collaborazione fattiva delle associazioni tra professori di diritto civile, in tal guisa ponendo (anche) in capo agli studiosi di professione (e non soltanto) in capo a quanti applicano per professione il diritto, la responsabilità di scrivere i testi legali. Gli esiti diranno se era nel vero chi scrisse che *Doctrina iuris mere empirica (velut caput ligneum in fabula Phaedri) caput est, quod pulchrum quidem esse potest, sed cerebrum non habet*[18].

[18] I. KANT, *Institutio in ius § B*.

Note

Note

Note

Note

Note

Note

Note

Note

Per la legge italiana la fotocopia di una pubblicazione (o parte di essa) coperta da diritto d'autore (Copyright) è illecita. Quindi ogni fotocopia che né eviti l'acquisto è reato.
Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume 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.
Le riproduzioni ad uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, fax 02 89280864, e-mail: autorizzazioni@aidro.org.

Periodico semestrale registrato presso il Tribunale di Roma al n. 39/2018 del 22 febbraio 2018

I testi e l'elaborazione dei testi, anche se curati con scrupolosa attenzione, non possono comportare specifiche responsabilità dell'Editore per involontari errori e/o inesattezze; pertanto il lettore è tenuto a controllare l'esattezza e la completezza del materiale utilizzato. Le opinioni espresse negli scritti firmati impegnano solo gli Autori, non riflettendo necessariamente quelle della rivista. Questo numero è stato chiuso in redazione il 10 luglio 2019.

La Direzione della rivista è presso la Fondazione Italiana del Notariato, via Flaminia, 160 - 00196 Roma - tel. 06. 36.209.410 - fax 06.32.20.479 - Internet: http://www.fondazionenotariato.it - e-mail: info.fondazione@notariato.it

L'Amministrazione è presso la casa editrice Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A., via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano - tel. 02.38.089.200 - fax 02.38089432 - Internet: http://www.giuffre.it - e-mail: vendite@giuffre.it

Pubblicità: Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. - Servizio Pubblicità, via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano - tel. 02.38.089.335 - fax 02.38089426 - e-mail: periodici@giuffre.it

Direttore responsabile: Antonio Delfino
R.O.C. n. 6569 (già RNS n. 23 vol. 1 foglio 177 del 2/7/1982)
Pubblicità inferiore al 45%

rivista associata all'Unione della Stampa Periodica Italiana

CONDIZIONI DI ABBONAMENTO PER IL 2019

Unione europea ..... € **50,00**

Paesi extra Unione europea ..... € **100,00**

Prezzo di un singolo numero ..... € **25,00**
(Extra U.E. € 50,00)

Il pagamento può effettuarsi direttamente all'Editore:
- con versamento sul c.c.p. 721209, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento;
- a ricevimento fattura (riservata ad enti e società);
- acquisto on-line tramite sito "shop.giuffre.it";
- oppure tramite gli Agenti Giuffrè a ciò autorizzati (cfr. pagine gialle).

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.
Per ogni effetto l'abbonato elegge domicilio presso Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano.

I contributi pubblicati in questa rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

La Fondazione, costituita per volontà del Consiglio Nazionale del Notariato e della Cassa Nazionale del Notariato, ha per scopo la valorizzazione e la diffusione della conoscenza del ruolo storico e sociale della cultura notarile e del notariato italiano, a garanzia dei diritti dei cittadini e del pubblico interesse.

BIBLIOTECA DELLA FONDAZIONE ITALIANA DEL NOTARIATO

INSIGHTS AND PROPOSALS RELATED TO THE APPLICATION OF THE EUROPEAN SUCCESSION REGULATION 650/2012

The present volume aims at collecting contributions to the research carried out under the GoinEU Project "Governing Inheritance Statutes after the Entry into Force of the EU Succession Regulation" founded by the European Union Justice Program 2014-2020. The purpose is herewith to spread knowledge on the 650/2012 Succession Regulation and build new insights on the difficulties related to the application of succession law in an international dimension, also taking into account past progress towards the draft of the Regulation. The research is finally aimed at identifying several problems and gaps that require the intervention of European policymakers.

FONDAZIONE ITALIANA DEL NOTARIATO

Via Flaminia, 160 - 00196 Roma
www.fondazionenotariato.it

21101229