

# LEGGE DI RIFORMA DEL SISTEMA ITALIANO DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

## TITOLO I DISPOSIZIONI GENERALI

### 1 Oggetto della legge

La presente legge determina l'ambito della giurisdizione italiana, pone i criteri per l'individuazione del diritto applicabile e disciplina l'efficacia delle sentenze e degli atti stranieri.

#### SOMMARIO

1. Oggetto e struttura della legge di riforma. – 2. Criteri di collegamento.

**1. Oggetto e struttura della legge di riforma.** – La l. 31.5.1995 n. 218 di *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato* (G.U., 3.6.1995 n. 128) contiene una disciplina organica non soltanto del diritto internazionale privato in senso stretto (disponendo per tale effetto l'abrogazione delle norme di diritto internazionale privato di cui agli artt. 17-31 delle disposizioni sulla legge in generale preliminari al codice civile del 1942 – c.d. Preleggi), ma anche dei criteri internazional-processuali di determinazione dell'ambito della giurisdizione italiana (venendo in tal modo a sostituire, abrogandole, le norme originariamente contenute negli artt. 2-4 e 37, co. 1, del c.p.c. del 1940), nonché delle disposizioni in materia di riconoscimento ed esecuzione delle sentenze e atti stranieri (sostituendo a tal fine gli artt. 796-805 del c.p.c. del 1940). La legge di riforma si compone di 5 Titoli, rispettivamente dedicati alle disposizioni generali (Titoli I, artt. 1 e 2), alla giurisdizione italiana (Titolo II, artt. 3-12), al diritto applicabile (Titolo III, artt. 13-63, che in realtà, occupandosi delle singole fattispecie, contengono talora anche norme determinative della giurisdizione), dell'efficacia di sentenze ed atti stranieri (Titolo IV, artt. 64-71), mentre il Titolo V (artt. 72-74) contiene disposizioni transitorie e finali. Il Titolo III (diritto applicabile) è quello più articolato, componendosi di ben undici capi, di cui il primo dedicato alle disposizioni generali e dieci capi contenenti disposizioni speciali rispettivamente dedicate a capacità e diritti delle persone fisiche (artt. 20-24), persone giuridiche (art. 25), rapporti di famiglia (artt. 26-37), adozione (artt. 38-41), protezione degli incapaci e obblighi alimentari (artt. 42-45), successioni (artt. 46-50), diritti reali (artt. 51-55), donazioni (art. 56), obbligazioni contrattuali (art. 57) e

obbligazioni non contrattuali (artt. 58-63). Le varie disposizioni di cui al Titolo III svolgono la funzione propria delle norme di diritto internazionale privato, prefiggendosi di individuare il diritto nazionale applicabile a fattispecie che presentano elementi di estraneità rispetto all'ordinamento italiano sulla base della previsione di criteri di collegamento che consentano la sussunzione della fattispecie nell'ambito di un ordinamento le cui norme risulteranno applicabili.

**2. Criteri di collegamento.** – Quanto ai **criteri di collegamento** adottati dalla legge di riforma, anche se in maniera attenuata rispetto a quanto avveniva negli artt. 17-31 delle Preleggi, il criterio della legge nazionale (o della cittadinanza) continua ad avere un ruolo preminente, soprattutto con riguardo alle persone, ai rapporti di famiglia e alle successioni (si veda, ad esempio, l'art. 23, che fa riferimento alla legge nazionale con riferimento alla capacità di agire delle persone fisiche). In un numero rilevante di casi, tuttavia, al criterio della cittadinanza si affianca o si sostituisce quello del domicilio o residenza (è il caso, ad esempio, dell'art. 28, che fa riferimento alla comune residenza dei coniugi), mentre in altri casi il criterio di collegamento si fonda sulla determinazione di un luogo geografico diversamente determinato (è il caso, ad esempio, del riferimento al *locus commissi delicti*, di cui all'art. 62). Particolare importanza, peraltro, assume l'ampio riconoscimento della libertà di scelta della legge attribuita agli individui, non soltanto in ambito contrattuale (art. 57), ma anche nei rapporti tra coniugi (art. 30, co. 2), nonché nell'ambito della responsabilità civile (art. 62, co. 1, e 63).

## 2 Convenzioni internazionali

1. Le disposizioni della presente legge non pregiudicano l'applicazione delle convenzioni internazionali in vigore per l'Italia.
2. Nell'interpretazione di tali convenzioni si terrà conto del loro carattere internazionale e dell'esigenza della loro applicazione uniforme.

### SOMMARIO

1. Diritto internazionale privato e uniformazione. – 2. L'interpretazione uniforme delle convenzioni internazionali. – 3. L'interpretazione autonoma del diritto internazionale privato dell'Unione europea.

**1. Diritto internazionale privato e uniformazione.** – La norma in esame è stata ritenuta “superflua” da un punto di vista tecnico-giuridico, ma comunque espressione di un utile “sforzo pedagogico” del legislatore a fronte di una giurisprudenza che troppo spesso ignorava l'applicabilità delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia, in quanto parte integrante del diritto nazionale (MOSCONI e CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*. Vol. I. *Parte generale e obbligazioni*, Torino, 2017, p. 28). Quanto al rapporto tra diritto internazionale privato e uniformazione, va osservato che la funzione tradizionalmente attribuita al diritto internazionale privato è quella di risolvere il conflitto di leggi operando una selezione tra gli ordinamenti in conflitto e determinando quale ordinamento è chiamato a fornire le norme sostanziali applicabili al rapporto in questione. Il principale problema di un meccanismo siffatto, in assenza di regole di conflitto universali, consiste nella possibilità che molteplici ordinamenti giuridici, ciascuno dei quali affermi la propria giurisdizione, proceda autonomamente alla determinazione del diritto applicabile sulla base delle proprie norme di diritto internazionale privato nazionali. Risulta evidente, in questa ipotesi, che, nella misura in cui le norme di diritto internazionale privato differiscano nei diversi ordinamenti, il diritto sostanziale applicabile sarà anch'esso differente, con grave pregiudizio per la certezza del diritto e ampia possibilità di contrasto di giudicati. L'uniformazione sovranazionale del diritto può contribuire ad attenuare il problema descritto, sia laddove assuma la forma del diritto sostanziale uniforme, sia laddove assuma la forma del diritto internazionale privato uniforme, attraverso il quale gli Stati contraenti convengono di adottare gli stessi criteri di collegamento per determinare il diritto nazionale applicabile. L'art. 2 della l. n. 218/1995 fa primariamente riferimento a quest'ultima tipologia di convenzioni internazionali, alcune delle quali sono, peraltro anche individuate in modo espresso dalla legge di riforma (si vedano, in particolare, il riferimento alla convenzione di Bruxelles del 27.9.1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, contenuto all'articolo 3; il riferimento alla convenzione dell'Aja del 5.10.1961 sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori, contenuto all'art. 42; il riferimento alla convenzione dell'Aja del 2.10.1973 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari, contenuto all'art. 45; il riferimento alla convenzione di Roma del 19.6.1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, contenuto all'art. 57; i riferimenti alle convenzioni di Ginevra del 7.6.1930 e del 19.3.1931 sui conflitti di legge in materia di cambiali e di assegni bancari, contenuti all'art. 59). Le convenzioni in-

ternazionali richiamate sono applicabili “in ogni caso”: sono destinate, cioè, ad operare (anche) al di fuori dell'ambito di applicazione del testo internazionale e alle obbligazioni assunte fuori dei territori degli Stati contraenti o allorché esse designino la legge di un Paese non contraente. Va detto, peraltro che accanto alle convenzioni richiamate dalla l. n. 218/1995 ne esistono molte altre che non sono richiamate espressamente.

Una sicura e crescente incidenza sul diritto internazionale privato italiano va attribuita al diritto dell'Unione europea (v., *ex multis*, MALATESTA, *Principio dello Stato di origine e norme di conflitto dopo la direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno: una partita finita?*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 298), soprattutto a seguito dell'introduzione della competenza dell'Unione in materia di cooperazione giudiziaria in materia civile (di cui all'art. 65 Trattato CE, oggi art. 67 ss. TFUE), che ha portato alla produzione di numerosi strumenti normativi (anche) di diritto internazionale privato uniforme. Peraltro, la “comunitarizzazione” (oggi: “unionizzazione”) del diritto internazionale privato e processuale in Europa ha anche condotto ad un approccio sempre più diffusamente fondato sull'applicabilità *erga omnes* degli strumenti adottati, in forza del quale la disciplina risulta applicabile non soltanto nei rapporti intra-UE, ma anche nell'ambito di relazioni con paesi terzi, come avviene, ad esempio, con riguardo al Regolamento c.d. Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e, sia pure in misura limitata, con riguardo al Regolamento c.d. Bruxelles I-bis sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in forza dell'art. 6, co. 1 di tale Regolamento (BONOMI, *Sull'opportunità e le possibili modalità di una regolamentazione comunitaria della competenza giurisdizionale applicabile erga omnes*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, pp. 314-316).

**2. L'interpretazione uniforme delle convenzioni internazionali.** – Riprendendo una formula molto diffusa nell'ambito delle convenzioni internazionali (TORSELLO, *Common Features of Uniform Commercial Law Conventions. A Comparative Study Beyond the 1980 Uniform Sales Law*, Monaco di Baviera, 2004) e valorizzata anche dalla giurisprudenza nazionale (v., da ultimo, Cass. 25.1.2018, n. 1867), il co. 2 dell'art. 2 della l. n. 218/1995 dispone che le convenzioni internazionali debbano essere interpretate tenendo conto del loro carattere internazionale e dell'esigenza della loro applicazione uniforme. È noto, infatti, che l'esistenza di un testo normativo uniforme di per sé non garantisce l'uniformazione, in quanto è anche indispensabile che tale testo venga interpretato in modo

uniforme dalle corti dei diversi ordinamenti coinvolti (FERRARI, *Interpretation of the Convention and Gap-Filling: Article 7*, in FERRARI, FLECHTNER, BRAND (a cura di), *The Draft Uncitral Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention*, Londra, 2004, p. 138 ss.) e quindi, in termini **autonomi** rispetto ai criteri esegetici interni. La norma in esame fornisce all'interprete diversi criteri orientativi per risolvere gli inevitabili problemi interpretativi che, rispetto ad un testo di diritto internazionale uniforme, possono sorgere. In primo luogo, il riguardo al "carattere internazionale" della convenzione da applicare fornisce una chiara indicazione nel senso della necessità di interpretare **autonomamente** la convenzione internazionale, così risolvendo una disputa del passato sorta a fronte dell'opinione di alcuni autori secondo i quali le convenzioni, a seguito della loro introduzione negli ordinamenti nazionali, dovevano essere interpretate secondo i criteri ermeneutici nazionali (per ulteriori approfondimenti, v. BARIATTI, *L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padova, 1986, in particolare p. 159 ss.). La norma impone quindi all'interprete di avere riguardo della necessità di **"promuovere l'uniformità"** di applicazione della convenzione. A tal fine non è sufficiente che la convenzione da applicare venga considerata come un *corpus* normativo autonomo, ma è altresì necessario che ad essa sia data uniforme applicazione. Un ruolo determinante, in questo senso, deve essere attribuito alla conoscenza della giurisprudenza anche straniera, se non per attribuirvi un ruolo di precedente persuasivo (così: Trib. Vigevano 12.7.2000, in *Giur. it.*, 2000, p. 280; Trib. Rimini 26.11.2002, in *Giur. it.*, 2003, p. 896; Trib. Forlì 16.2.2009, in *Unilex database*). Ancora, un ruolo certamente importante al fine di promuovere l'uniformità di applicazione di una convenzione internazionale, anche se di gran lunga inferiore rispetto a quello da attribuire alla giurisprudenza straniera, deve essere attribuito ai **lavori preparatori**, alla **dottrina**, così come allo **studio comparato** delle soluzioni adottate nei diversi ordinamenti nazionali (FRIGNANI e TORSELLO, *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale*, Padova, 2010, *passim*, ma in particolare p. 462 ss.). Un ulteriore fondamentale riferimento è rappresentato dagli artt. 31-33 della convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 23.5.1969 (resa esecutiva in Italia con l. 12.2.1974 n. 112), che si occupano dell'interpretazione di convenzioni internazionali, sancendo, tra l'altro, anche la necessità di comparare il contenuto delle diverse convenzioni internazionali tra loro similari. La convenzione di Vienna del 1969, inoltre, affronta anche il problema del multi-linguismo legislativo dei trattati, stabilendo che, in caso di discordanza nell'interpretazione di trattati autenticati in due o più lingue, a nessuna di esse possa essere attribuita una funzione ermeneu-

tica prevalente, dovendosi invece ricercare di volta in volta il senso che, tenuto conto dell'oggetto e dello scopo del trattato, permetta di conciliare al meglio le varie versioni linguistiche (in questo senso anche: Cass., S.U., 18.5.1992 n. 5942).

### 3. *L'interpretazione autonoma del diritto internazionale privato dell'Unione europea.* – Se è vero che nei sistemi di

diritto internazionale privato la qualificazione della fattispecie – cioè la determinazione del significato della categoria astratta utilizzata dalla norma di conflitto – è comunemente compiuta nell'ambito di un singolo ordinamento (sulla base della *lex fori* o della *lex causae*) (BARIATTI, *Qualificazione e interpretazione nel diritto internazionale privato comunitario: prime riflessioni*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, p. 361), tale approccio va oggi rivisitato nell'ambito dell'Unione europea alla luce della "rivoluzione europea" che ha investito il diritto internazionale privato (POCAR, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una "European Conflict of Laws Revolution"?*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 873) realizzatasi, in particolare, in forza della "comunitarizzazione" della materia introdotta con il Trattato di Amsterdam (BONOMI, *Il diritto internazionale privato dell'Unione europea: considerazioni generali*, in BONOMI (a cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile, in Trattato di diritto privato dell'Unione europea* (a cura di AJANI e BENACCHIO), vol. XIV, Torino, 2009, p. 1 ss.). Anche se l'art. 2 della l. n. 218/1995 non menziona il diritto dell'Unione europea, non si può dubitare che l'esigenza di un'interpretazione autonoma e uniforme si estenda anche al diritto prodotto dalle istituzioni dell'Unione. È noto, d'altra parte, che al diritto dell'Unione europea (e già prima al diritto comunitario) è attribuita preminenza rispetto al diritto nazionale (C. giust. 4.6.2015, C-5/14) e tale "primauté" è oggi anche riconosciuta dal nuovo art. 117, co. 1, Cost., introdotto dalla L. costituzionale 18.10.2001, n. 3 (cfr. Cass. 22.9.2008, n. 23934). Peraltro, sin dall'adozione delle Convenzioni di Bruxelles del 1968 (sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale), e di Roma del 1980 (sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali), il tema dell'interpretazione uniforme del diritto internazionale privato e processuale di fonte comunitaria era stato avvertito in maniera così intensa da indurre gli Stati contraenti, mediante appositi Protocolli, ad assoggettare tali convenzioni all'interpretazione della Corte di Giustizia. Oggi, per i Regolamenti che hanno sostituito le predette convenzioni, il ruolo interpretativo della Corte di Giustizia discende dall'affermazione di cui all'art. 267 TFUE e la stessa Corte di Giustizia ha definito l'estensione del proprio dovere di pronunciarsi su una questione pregiudiziale (C. giust. 11.6.2015, cause C-226/13, C-245/13, C-247/13 e C-578/13).

## TITOLO II GIURISDIZIONE ITALIANA

### 3 Ambito della giurisdizione

1. La giurisdizione italiana sussiste quando il convenuto è domiciliato o residente in Italia o vi ha un rappresentante che sia autorizzato a stare in giudizio a norma dell'articolo 77 del codice di procedura civile e negli altri casi in cui è prevista dalla legge.
2. La giurisdizione sussiste inoltre in base ai criteri stabiliti dalle sezioni 2, 3 e 4 del titolo II della Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale e protocollo, firmati a Bruxelles il 27 settembre 1968, resi esecutivi con la legge 21 giugno 1971, n. 804, e successive modificazioni in vigore per l'Italia, anche allorché il convenuto non sia domiciliato nel territorio di uno Stato contraente, quando si tratti di una delle materie comprese nel campo di applicazione della Convenzione. Rispetto alle altre materie la giurisdizione sussiste anche in base ai criteri stabiliti per la competenza per territorio.

#### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ **Materia civile e commerciale** (Convenzione Bruxelles del 1968; Reg. n. 44/2001; Reg. n. 1215/2012)

#### SOMMARIO

1. Inquadramento. – 2. Campo di applicazione: la giurisdizione nelle fonti europee. – 3. Disciplina. Il primo comma. – 3.1. Il secondo comma.

**1. Inquadramento** – La disposizione in esame definisce l'ambito della giurisdizione italiana rispetto a controversie caratterizzate dalla presenza di un **elemento di estraneità**. A tale fine, essa prescinde completamente dalla cittadinanza delle parti in causa (Cass. 13.6.2011 n. 12907; Cass. 29.11.2006 n. 25275; Cass. 24.3.2006 n. 6585; Cass. 7.3.2005 n. 4807). Sotto questo profilo la disposizione in commento costituisce un'evidente novità rispetto al regime previgente (art. 4 c.p.c.) che definiva la giurisdizione italiana solo nei confronti degli stranieri, ritenendola invece sempre sussistente nei confronti dei cittadini italiani (Cass. 4.4.2011 n. 7599). L'equiparazione di stranieri e cittadini a fini giurisdizionali è un portato della Convenzione di Bruxelles e dell'intenzione del legislatore italiano di allineare le norme interne di riparto della competenza giurisdizionale al modello europeo (v. Relazione ministeriale).

**2. Campo di applicazione: la giurisdizione nelle fonti europee.** – La portata applicativa di questa come delle altre disposizioni interne in tema di giurisdizione è stata grandemente erosa a seguito della c.d. **comunitarizzazione del diritto internazionale privato** (sull'argomento *ex plurimis* v. POCAR, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una «European Conflict of Laws Revolution»*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 873 ss.; BASEDOW, *The Communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam*, in *Comm. Market L. Rev.*, 2000, p. 687 ss.; FOIS, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato e processuale. Perplessità circa il carattere «definitivo» del trasferimento di competenze degli Stati membri alla comunità*, in VENTURINI/BARIATTI (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009, p. 343 ss.). Di conseguenza, la competenza giurisdizionale in materia civile e commerciale – oltre al riconoscimento e all'esecuzione

delle relative decisioni – sono attualmente disciplinate dal Reg. n. 1215/2012 (c.d. **Regolamento Bruxelles I bis**) entrato in vigore il 10.1.2015 in sostituzione del precedente Reg. n. 44/2001 (c.d. Bruxelles I). Si noti, tuttavia, che sono espressamente escluse dall'**ambito di applicazione oggettivo** l'arbitrato nonché le controversie relative allo stato e alla capacità delle persone fisiche, al regime patrimoniale fra coniugi o derivante da rapporti che secondo la legge applicabile a questi ultimi hanno effetti comparabili al matrimonio; ai fallimenti, alle procedure relative alla liquidazione di società o altre persone giuridiche che si trovino in stato di insolvenza, ai concordati e alle procedure affini; alla sicurezza sociale; alle obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità; ai testamenti e alle successioni, comprese le obbligazioni alimentari *mortis causa* (art. 1). La qualificazione di "**materia civile e commerciale**" deve essere ricostruita in via autonoma, senza ricorrere alle discipline dei singoli Stati interessati. Essa mira a distinguere, escludendole dal campo di applicazione del Regolamento, le questioni di natura prettamente pubblicistica (*amplius* v. DICKINSON-LEIN (a cura di), *The Brussels I Recast Regulation*, Oxford University Press, 2015, p. 61 ss.). L'ambito di applicazione **oggettivo** del Regolamento Bruxelles I bis prescinde dalla cittadinanza della parti e presuppone invece, in via generale, il domicilio in uno Stato membro salvo per i casi di competenza esclusiva di cui all'art. 24, di scelta del foro *ex art.* 25 e per le azioni proposte dal consumatore (art. 18.1) o dal lavoratore (art. 21.2). In sintesi, si ricorda che il Regolamento prevede: all'art. 4, come **foro generale** quello dello Stato in cui il convenuto è domiciliato (c.d. *forum rei*); all'art. 7, una serie di **fori speciali** che concorrono con il *forum rei* individuando, in via alternativa, il giudice territorialmente competente in materia contrattuale (n. 1), in materia di

illeciti civili dolosi o colposi (n. 2), con riferimento ad azioni risarcitorie nascenti da reato (n. 3), con riferimento ad azioni di restituzione di beni culturali (n. 4), con riferimento a controversie concernenti l'esercizio di una successoria, agenzia o altra sede d'attività (n. 5), nonché di controversie in materia di *trust* (n. 6), come pure di cause aventi a oggetto il pagamento del corrispettivo per l'assistenza o il salvataggio di un carico o un nolo (n. 7); agli artt. 8 e 9, **ipotesi di connessione soggettiva e oggettiva** laddove vi siano una pluralità di convenuti (8.1), chiamata di terzo (8.2), domanda riconvenzionale derivante dal contratto o dal fatto su cui si fonda la domanda principale (8.3), in materia contrattuale, qualora l'azione possa essere riunita con altra in materia di diritti reali immobiliari proposta contro il medesimo convenuto (8.4), in materia di responsabilità e limitazione di responsabilità nell'impiego o nell'esercizio di una nave (art. 9); alle sezioni terza (artt. 11/16), quarta (artt. 17/19) e quinta (artt. 20/23), **competenze imperative** rispettivamente in materia di assicurazioni, di contratti individuali di lavoro e consumeristica; all'art. 24, **fori esclusivi** che individuano la giurisdizione – escludendo l'operatività di altri criteri – in materia di diritti immobiliari e di contratti di locazione immobiliare (n. 1), di validità della costituzione, nullità e scioglimento delle società o delle persone giuridiche nonché validità delle decisioni dei rispettivi organi (n. 2), di validità delle trascrizioni e iscrizioni nei pubblici registri (n. 3), di registrazione e validità dei titoli di proprietà industriale (n. 4), di esecuzione delle decisioni (n. 5). Sul Regolamento, v. *amplius*, DICKINSON-LEIN (a cura di), *The Brussels I Recast Regulation*, Oxford University Press, 2015; L. VOGEL, *Jurisdiction and Recognition of judgments since the Brussels I Recast Regulation*, Bruylant, 2015; FERRARI-RAGNO (a cura di), *Cross-border Litigation in Europe: the Brussels I Recast Regulation as a panacea?*, Padova, 2015; GUINCHARD (a cura di), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis. Règlement n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, Bruylant, 2014; NIELSEN, *The New Brussels I Regulation*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 503 ss.; NUYS, *La refonte du règlement Bruxelles I*, in *Rev. Crit. DIP*, 2013, p. 1 ss.; ROUCHARD-JOËT, *Le nouveau règlement Bruxelles I: nouvelles règles sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, in *J. Dr. Eur.*, 2014, p. 2 ss. Accanto al Regolamento Bruxelles I bis, si ricorda che **disposizioni specifiche** in materia di giurisdizione si trovano non solo nelle stessa l. n. 218/1995 ma anche, a livello europeo, nel Reg. n. 848/2015 relativo alle procedure di insolvenze (che sostituisce il Reg. 1346/2000 rispetto alle procedure d'insolvenza aperte successivamente al 26.6.2017), nel Reg. n. 2201/2003 (c.d. Bruxelles II bis) relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, nel Reg. n. 1896/2006 istitutivo del procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento, nel Reg. n. 861/2007 che istituisce un procedimento europeo per controversie di modesta entità, nel Reg. n. 4/2009 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, nel Reg. n. 650/2012 (c.d.

Roma IV) su competenza, legge applicabile e riconoscimento in materia di successioni.

**3. Disciplina. Il primo comma.** – Il legislatore del '95 ha precisato l'ambito della giurisdizione italiana attraverso un criterio di giurisdizione generale (art. 3, co. 1) e criteri di giurisdizione speciali volti a prevedere norme di conflitto specifiche in relazione a determinate materie (si pensi, ad esempio, all'art. 40 con riferimento all'adozione). La volontà del legislatore di valorizzare le soluzioni elaborate a livello europeo è evidente nel recepimento nel diritto c.d. comune del principio del *forum rei*. Analogamente a quanto disposto nel sistema di Bruxelles, infatti, il primo comma dell'art. 3 afferma la sussistenza della giurisdizione italiana – con evidente riferimento al processo di cognizione (sulla volontaria giurisdizione v. art. 9, sulla giurisdizione in materia cautelare v. art. 10) – allorché il convenuto abbia il proprio domicilio in Italia. Il legislatore italiano, tuttavia, va oltre il disposto della Convenzione di Bruxelles, accordando competenza giurisdizionale al giudice italiano anche nell'ipotesi in cui il convenuto abbia in Italia la propria residenza o un rappresentante autorizzato a stare in giudizio ai sensi dell'art. 77 c.p.c. Ai fini dell'applicazione della norma in esame, la sussistenza di domicilio e residenza in Italia andranno accertate *lege fori* (e quindi in base all'art. 43 c.c.: Cass. 29.11.2006 n. 25275; Cass. 27.5.1999 n. 309); laddove la lite sia stata promossa nei confronti di persone giuridiche, il criterio di collegamento *de quo* sarà soddisfatto laddove la loro sede (art. 19 c.p.c.) sia ubicata in Italia (Cass. 5.5.2006 n. 10312). In giurisprudenza si è precisato che un soggetto non può dirsi domiciliato ai fini del presente articolo allorché abbia la mera disponibilità di un immobile in Italia, ovvero ivi possa contare sulla ricezione, ad opera di un domestico, dell'atto di citazione in giudizio. Si tratta infatti di circostanze non significative ai fini dell'individuazione di un luogo elevato a centro dei propri affari ed interessi (Cass. 11.2.2003 n. 2060). La residenza del convenuto straniero in Italia, inoltre, non va esclusa in virtù della sua iscrizione anagrafica in un comune straniero, ma va valutata alla luce della sua relazione con un luogo desunta dalla consuetudine di vita e dal mantenimento di normali relazioni sociali e familiari in tale luogo (Cass. 29.3.1973 n. 863). Anche l'esistenza di un rapporto di rappresentanza *ex art. 77 c.p.c.* va valutata *lege fori*; il relativo potere si presume conferito al procuratore generale di chi non ha residenza o domicilio nello Stato, all'istitutore (Cass. 5.5.2006 n. 10312), al raccomandatario e al rappresentante generale di una società straniera convenuta (art. 288 cod. nav.) che sono autorizzati a stare in giudizio in nome dell'armatore e/o del noleggiatore (Cass. 8.4.1975 n. 1269) e all'ambasciatore in Italia di uno Stato estero (Cass. 22.11.1984 n. 5982), in quest'ultimo caso, ovviamente, sul presupposto che la controversia concerna un atto *iure gestionis* (Cass. 26.4.2012 n. 6489). Non può di contro essere considerato rappresentante autorizzato a stare in giudizio ai sensi dell'art. 77 c.p.c. il mero procuratore speciale (Cass. 7.5.2003 n. 6899). Dopo aver affermato la valenza del domicilio, della residenza e della disponibilità di un rappresentante autorizzato a stare in giudizio a fini giurisdizionali, il co. 1 della disposizione in esame afferma che la giurisdizione italiana sussiste anche **“negli altri casi previsti dalla legge”**. Tale precisazione ha, da una parte,

la funzione di chiarire che il criterio generale di giurisdizione precedentemente esposto concorre con i titoli di giurisdizione speciali rinvenibili, con riferimento a particolari materie, nella l. n. 218/1995 (si vedano gli artt. 22, 32, 37, 40, 42 e 46 della l. n. 218/1995) o in altre fonti normative (art. 14 cod. nav., art. 56, co. 1, decreto 21.6.1942 n. 929, art. 75, decreto 29.6.1939 n. 1127) e, dall'altra, ha la funzione di fare salva l'applicazione delle previsioni che disciplinano l'ambito della giurisdizione volontaria o della giurisdizione cautelare. Inoltre, conformemente a quanto previsto dall'art. 2, la giurisdizione italiana sussisterà anche ai sensi delle convenzioni internazionali di cui l'Italia è parte le quali prevalgono sulla regola generale di cui al presente articolo (BROGGINI *sub* art. 3, in AA.VV., *Commento alla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato* – L. 31 maggio 1995, n. 218, in CIAN, MAFFEI ALBERTI, SCHLESINGER, *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, 5/6, p. 907).

**3.1. Il secondo comma.** – Il co. 2 dell'art. 3 è composto da due distinte disposizioni: la **prima** – corrispondente alla proposizione iniziale – disciplina le materie che rientrano nel campo di applicazione materiale della Convenzione di Bruxelles del 1968; la seconda – di cui alla seconda frase – attiene invece alle materie che esulano dalla predetta Convenzione. Per quanto riguarda la prima, al fine di conferire all'interprete criteri uniformi in funzione dell'accertamento della giurisdizione italiana, il legislatore italiano ha cristallizzato – in termini subalterni ai titoli di giurisdizione previsti dal co. 1 – i criteri stabiliti dalla Convenzione di Bruxelles. In questo modo ha inteso superare i limiti di applicazione della Convenzione *ratione personae* così da applicarla a **prescindere dal domicilio del convenuto** (ovvero della circostanza che si trovi o meno in uno Stato membro della Convenzione) purché la fattispecie rientri nella sfera applicativa materiale della Convenzione. Pertanto sono esclusi dall'ambito di applicazione della prima parte del co. 2 le materie già escluse dalla Convenzione fra le quali, ad esempio, lo stato e la capacità delle persone fisiche, il regime patrimoniale dei coniugi, i testamenti e le successioni, ma an-

che i fallimenti (in concordati ed altre procedure affini), la sicurezza sociale e l'arbitrato (cfr. art 1 Convenzione di Bruxelles). Il legislatore italiano rinvia espressamente a tre diverse sezioni della Convenzione: la **sezione II** che prevede competenze speciali in materia contrattuale nonché in materia di obbligazioni alimentari, di delitti o quasi-delitti, di risarcimento danni da reato, di controversie concernenti l'esercizio di una succursale, di un'agenzia o di qualsiasi altra filiale, di trust, di salvataggio o assistenza di un carico o nolo; la **sezione III** in materia di assicurazione; la **sezione IV** in materia di vendita rateale e prestito con rimborso rateizzato. I criteri così richiamati operano in aggiunta a quello generale di cui al co. 1, senza pertanto limitarne la portata (CONETTI, *sub* art. 3, in CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, Torino, 2009, p. 15) La comunitarizzazione del diritto internazionale privato e l'entrata in vigore del Regolamento Bruxelles I, prima, e del Regolamento Bruxelles I *bis*, dopo, ha fatto sorgere dubbi sulla **natura del rinvio**. Nello specifico, il riferimento nel testo della disposizione alla Convenzione di Bruxelles "e successive modifiche" nonché la circostanza che il Regolamento Bruxelles I (ora a sua volta sostituito dall'*I bis*) dichiarò espressamente di sostituirsi alla Convenzione (v. art. 68) sembrerebbe far propendere per la natura mobile del rinvio stesso e, conseguentemente, per l'applicazione delle corrispondenti disposizioni dell'attuale Regolamento Bruxelles I *bis*. La Corte di Cassazione è tuttavia orientata in senso contrario e ritiene il rinvio fisso: continua dunque a ritenere applicabile la Convenzione di Bruxelles (così Cass. 2.12.2013 n. 26937, Cass. 21.10.2009 n. 22239. Nel senso di una possibile apertura, Cass. 20.2.2013 n. 4211 e Cass. 20.9.2013 n. 21589). La proposizione di chiusura dell'art. 3 si riferisce alle materie escluse dal campo di applicazione della Convenzione di Bruxelles ("**altre materie**"). Per esse il legislatore ha fatto coincidere la giurisdizione con la competenza per territorio così che la giurisdizione italiana sussiste laddove risulti la competenza del giudice italiano in base alle relative disposizioni.

## 4 Accettazione e deroga della giurisdizione

Quando non vi sia giurisdizione in base all'art. 3, essa nondimeno sussiste se le parti l'abbiano convenzionalmente accettata e tale accettazione sia provata per iscritto, ovvero il convenuto compaia nel processo senza eccepire il difetto di giurisdizione nel primo atto difensivo.

La giurisdizione italiana può essere convenzionalmente derogata a favore di un giudice straniero o di un arbitro estero se la deroga è provata per iscritto e la causa verte su diritti disponibili.

La deroga è inefficace se il giudice o gli arbitri indicati declinano la giurisdizione o comunque non possono conoscere della causa.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Arbitrato* (Convenzione di New York del 10.6.1958 concernente il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali estere, oltre che dalla Convenzione di Ginevra del 21.4.1961 sull'arbitrato commerciale internazionale e quella di Washington del 18.3.1965 per la composizione delle controversie relative agli investimenti fra Stati e cittadini d'altri Stati) ✓ *Scelta del foro* (Regolamento (UE) n. 1215/2012; Convenzione dell'Aja sulla scelta del foro del 30 giugno del 2005)

### SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Proroga della giurisdizione. – 3. Deroga della giurisdizione. – 4. Norme sovranazionali.

**1. Premessa.** – L'art. 4 innova significativamente le regole del diritto internazionale privato interno rispetto al sistema previgente, come delineato dagli artt. 2 e 37 c.p.c. nella versione precedente alla riforma del 1995. Esso infatti amplia significativamente il grado di elasticità della giurisdizione italiana nei confronti del giudice straniero, sia con riferimento alla conoscibilità da parte del giudice italiano di controversie delle quali egli non sarebbe a rigore competente a conoscere, sia con riferimento alla possibilità di attribuire a un giudice straniero controversie che spetterebbero al giudice italiano. Questo mutamento si giustifica nella prospettiva della creazione di uno spazio unico europeo, rappresentando la ricaduta giuridica della creazione di un mercato unico degli scambi commerciali. I due profili – ampliamento della giurisdizione italiana e ampliamento della giurisdizione straniera – si esplicano nella riconoscendo alle parti la possibilità di incidere sulla giurisdizione con due diverse modalità: 1) c.d. **accettazione/proroga della giurisdizione**: le parti derogano alla giurisdizione straniera a favore di quella italiana; 2) c.d. **deroga della giurisdizione**: le parti derogano alla giurisdizione del giudice italiano, assoggettando la fattispecie alla cognizione di un giudice straniero o a un arbitrato estero.

**2. Proroga della giurisdizione.** – Il co. 1 dell'art. 4 disciplina le modalità attraverso le quali è possibile attribuire al giudice italiano la giurisdizione su una controversia in principio a lui non soggetta. Ciò può avvenire tramite deroga convenzionale o a seguito del comportamento del convenuto. Sotto il primo profilo, le parti possono concludere un **patto attributivo** al giudice italiano del potere di conoscere una controversia. La capacità delle parti in ordine alla stipulazione dell'accordo medesimo va valutata ai sensi della legge italiana (in questo senso, v. MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2017, I, p. 135). A garanzia del convenuto, il legislatore ha espressamente previsto la forma scritta *ad probationem* (v. *Relazione allegata allo schema di articolato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 951). La proroga può farsi valere anche rispetto a soggetti non firmatari che siano però parte del rapporto giuridico di riferimento. La Suprema Corte ha così affermato il carattere vincolante di una clausola di proroga contenuta nell'atto costitutivo di un trust anche rispetto ai gestori e beneficiari del trust che non abbiano sottoscritto la clausola (Cass. 20.6.2014 n. 14041). Oltre che tramite accordo, la giurisdizione del giudice italiano – pur in principio insussistente – si radica laddove il convenuto non l'abbia **sollevata nel primo scritto difensivo**. Il confronto tra art. 4 e art. 11 della l. n. 218/1995 ha suscitato dubbi in ordine alla possibilità per il convenuto di eccepire il difetto di giurisdizione in caso di costituzione tardiva. Le Sezioni Unite hanno tuttavia evidenziato che non è rilevante la tempestività della costituzione (Cass. 3.5.2005 n. 9107; Cass. 1.10.2009 n. 21053).

**3. Deroga della giurisdizione.** – La deroga della giurisdizione italiana a favore di un giudice straniero o di un arbitrato estero è regolata dal secondo e dal terzo comma della disposizione in commento. Il secondo comma limita l'efficacia della deroga rispetto alla forma dell'accordo e al suo contenuto, richiedendo la forma scritta e limitando la cedevolezza della giurisdizione italiana ai soli casi concernenti **diritti disponibili**. Nello specifico, l'accordo de-

ve rivestire la **forma scritta** ma non è necessario che risulti da un documento unico potendo, da un lato, risultare da uno scambio di e-mail o lettere e, dall'altro, essendo configurabile la c.d. formazione giudiziale del consenso, attraverso la produzione in giudizio dell'atto da parte del soggetto che non l'ha sottoscritto ma che intenda farne valere gli effetti quale valido equivalente della sottoscrizione mancante (Cass. 17.1.2005 n. 731; conf. Cass. 14.10.1992 n. 11213; Cass. 24.4.1990 n. 3440). In tema di effetti della clausola di deroga si segnala che in una controversia nella quale era stato adito il giudice italiano nonostante la presenza di una clausola contrattuale di scelta del foro straniero, la Corte di Cassazione ha affermato che la clausola attribuisce sì al giudice straniero il potere giurisdizionale in merito a una determinata controversia senza tuttavia escludere quella del giudice italiano. Infatti, essa attribuisce alla parte "la mera facoltà di avvalersene ma non lo priva della possibilità di optare per la giurisdizione italiana, giovandosi del disposto della L. n. 218 del 1995, art. 3, comma 1 a norma del quale la giurisdizione italiana sussiste quando il convenuto (come nella specie) è domiciliato o residente in Italia o vi ha un rappresentante che sia autorizzato a stare in giudizio" (Cass. 11.11.2015 n. 22992). Tale interpretazione sembra porsi in contrasto con il dettato legislativo il quale appare essere volto ad attribuire alle parti la possibilità di escludere la giurisdizione italiana (in questo senso v. *Relazione allegata allo schema di articolato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 950), ricollegando l'efficacia di una tale scelta all'**effetto attributivo della clausola convenzionale**. Sotto tale profilo, il terzo comma stabilisce che la deroga è **inefficace** laddove venga meno l'effettiva possibilità di esercizio della giurisdizione da parte del giudice straniero o degli arbitri.

**4. Norme sovranazionali.** – La portata applicativa dell'art. 4 risulta ora limitata dalla **disciplina europea**. Sulla conseguente necessità di una riforma dell'art. 4, v. VILLATA, *Sulla legge applicabile alla validità sostanziale degli accordi di scelta del foro: appunti per una revisione dell'Articolo 4 della legge n. 218/1995*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 973 ss. La proroga e la deroga della giurisdizione statale in materia civile e commerciale sono attualmente disciplinate dal Reg. n. 1215/2012 (c.d. **Bruxelles I bis**) che prevede la possibilità di scelta del foro espressa, tramite accordo tra le parti (art. 25), oppure tacita, mediante comparizione del convenuto (art. 26). Brevemente si ricorda che nel primo caso – **scelta espressa** – l'accordo potrà avere contenuto positivo (proroga) o negativo (deroga) e dovrà rivestire alternativamente: a) la forma scritta o, se stipulato oralmente, essere provato per iscritto; b) una forma ammessa dalle pratiche che le parti hanno stabilito tra di loro; c) oppure, nel commercio internazionale, una forma ammessa da un uso ampiamente conosciuto e regolarmente rispettato nel settore in cui le parti operano. Sul requisito della forma scritta v. Cass. 10.9.2009 n. 19447; Cass. 28.5.2012 n. 8404; Cass. 9.5.2012 n. 3693; Cass. 28.2.2007 n. 4634. Si ricorda che la validità della clausola prescinde dalla validità del contratto cui attiene (cfr. art. 25.5). A differenza di quanto previsto dal precedente Reg. n. 44/2001 (c.d. Bruxelles I). La scelta di un giudice appartenente a uno Stato UE può avvenire indipendentemente dal domicilio delle parti. Il giudice prescelto, salva diversa pattuizione, avrà competenza esclusiva sulla controversia. Il diverso caso di **scelta tacita** riguarda le ipo-

tesi in cui il convenuto davanti a un giudice diverso da quello competente in base alla legge o all'accordo di scelta del foro eventualmente stipulato dalle parti non eccepisca in giudizio *lege fori* il difetto di giurisdizione. Per approfondimenti v. fra gli altri MANKOWSKI, *The Role of Party Autonomy in the Allocation of Jurisdiction in Contractual Matters*, in FERRARI, RAGNO (a cura di), *Cross-border Litigation in Europe: the Brussels I Recast Regulation as a panacea?*, Padova, 2015, p. 97 ss.; VILLATA, *Choice-of-Courts Agreements and "Third Parties" in light of Refcomp and beyond*, in FERRARI, RAGNO (a cura di), *Cross-border Litigation in Europe: the Brussels I Recast Regulation as a panacea?*, Padova, 2015, p. 127 ss.; DICKINSON, LEIN (a cura di), *The Brussels I Recast Regulation*, Oxford University Press, 2015. A livello di **convenzioni internazionali**, particolare importanza riveste la **Convenzione dell'Aja sulla scelta del foro del 30 giugno del 2005** la quale è stata sottoscritta da Unione Europea, Messico, Singapore e, nel novembre 2017 dalla Cina ed è attualmente in vigore nei rapporti tra UE (a esclusione della Danimarca), Messico e Singapore. Per approfondimenti v. BRAND, HERRUP, *The 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements. Commentary and Documents*, Cambridge University Press, 2008; Briggs, *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law*, Oxford University Press, 2008; GARNETT, *The Hague Choice*

*of Court Convention: Magnum Opus or Much Ado About Nothing?*, in *J. Pr. Int'l L.*, 2009; KESSEDIAN, *La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for*, in *Clunet*, 2006. Sui rapporti tra la Convenzione dell'Aja e il Regolamento Bruxelles I bis, v. HARTLEY, *Choice-of-court agreements under the European and international instruments: the revised Brussels I Regulation, the Lugano Convention and the Hague Convention*, Oxford University Press 2013; RAGNO, *The Brussels I Recast Regulation and the Hague Convention: Convergences and Divergences in relation to the Enforcement of Choice-of-Courts Agreements*, in FERRARI, RAGNO (a cura di), *Cross-border Litigation in Europe: the Brussels I Recast Regulation as a panacea?*, Padova, 2015, p. 225 ss. Si sottolinea che sia il Regolamento Bruxelles I bis che la Convenzione dell'Aja riguardano esclusivamente la scelta di un foro statale in quanto l'**arbitrato** è espressamente escluso dall'ambito di applicazione oggettivo del regolamento. La materia è regolata a livello internazionale dalla Convenzione di New York del 10.6.1958 concernente il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali estere, oltre che dalla Convenzione di Ginevra del 21.4.1961 sull'arbitrato commerciale internazionale e quella di Washington del 18.3.1965 per la composizione delle controversie relative agli investimenti fra Stati e cittadini d'altri Stati.

## 5 Azioni reali relative ad immobili siti all'estero

La giurisdizione italiana non sussiste rispetto ad azioni reali aventi ad oggetto beni immobili situati all'estero.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ Unione Europea (Reg. (UE) n. 1215/2012)

### SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Ambito di applicazione. – 2.1. Regolamento Bruxelles I bis. – 3. Disciplina.

**1. Premessa.** – Il disposto dell'art. 5 conferma, meglio precisandolo, un principio già enunciato nel **codice di procedura civile del 1940** (art. 4, n. 1, c.p.c. ante riforma del '95): l'esclusione della giurisdizione italiana in presenza di azioni relative a beni immobili situati all'estero. La limitazione si giustifica sulla base di valutazioni di effettività, poiché si considera estremamente improbabile che una sentenza, relativa a un bene immobile ubicato all'estero, riesca a ottenerne il riconoscimento e l'esecuzione nell'ordinamento straniero di ubicazione del bene. Si vuole dunque evitare che, in spregio all'economia processuale, si arrivi all'emissione di una sentenza che risulti in concreto di difficile esecuzione e, quindi, *inutiliter data*. Di qui, la scelta di escludere *tout court* la giurisdizione italiana. La **ratio** viene ribadita espressamente anche nella relazione al progetto di riforma, ove si sottolinea la mancanza di "ogni interesse e convenienza all'esercizio della giurisdizione" (v. *Relazione allegata allo schema di articolato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 951).

**2. Ambito di applicazione.** – In coerenza con la **ratio** della disposizione, come indicata in premessa, l'ambito di applicazione dell'art. 5 è limitato esclusivamente ai **beni**

**immobili**. La stessa esigenza difatti non si pone rispetto ai beni mobili. Le criticità di esecuzione della pronuncia italiana che riguardi questi ultimi non si pongono infatti, in linea di principio, con riferimento ai beni mobili. Come è intuitivo, solo i beni immobili, a causa della loro tendenziale inamovibilità, sono destinati a rimanere permanentemente in un unico Stato. Solo per tali beni, dunque, esiste un criterio per lo più perpetuo di collegamento con l'ordinamento giuridico del Paese che li ospita. Pertanto sempre solo rispetto a loro si giustifica la sottrazione in via generale alla giurisdizione del giudice italiano. Ovviamente tutto ciò risulta vero in quanto i beni immobili siano **situati all'estero**: per gli immobili situati in Italia, non manca certo interesse e convenienza all'esercizio della giurisdizione; rispetto a essi, infatti, è la stessa autorità giudiziaria italiana a rivestire il ruolo determinante di giudice del *situs rei*. Tanto la rubrica quanto il testo della norma precisano espressamente che la limitazione della giurisdizione opera con riferimento alle sole **azioni reali** (ovvero quelle azioni caratterizzate dall'avere, come *causa petendi*, la lesione di un diritto reale. BIANCA, *Diritto civile – La proprietà* (vol. 6), Milano, 2017, p. 289 ss.). Entrambi fanno appunto riferimento alle "azioni reali". Non

vengono quindi sottratte alla giurisdizione italiana la **azione personale**. In tal senso la Suprema Corte ha evidenziato che l'art. 5 non assume alcun rilievo in caso di domanda di risoluzione di un contratto di locazione relativo a un immobile sito all'estero in quanto tale azione riveste carattere personale (Cass. 25.7.2002, n. 10994). Di contro, non vi è invece consenso unanime in merito all'inclusione o meno delle **azioni possessorie** nell'ambito della disposizione in esame. La dottrina maggioritaria le considera escluse dal campo di applicazione dell'art. 5, criticando la mancata inclusione. (CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, Torino, 2009, p. 20. Per una visione critica del mancato inserimento, v. MALATESTA, *sub art. 5*, in AA.VV., *Commento alla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato – L. 31 maggio 1995, n. 218*, in CIAN, MAFFEI ALBERTI, SCHLESINGER, *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, 5/6, pp. 936-937). A favore di tale opinione, oltre al dato letterale della norma, si noti che la stessa relazione al progetto di riforma precisa l'intenzione di riferire l'art. 5 alle sole azioni reali, applicando invece alle azioni aventi natura possessoria o personale i criteri generali di giurisdizione (v. *Relazione allegata allo schema di articolato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 951). In senso contrario si è sostenuto che, ai sensi e per gli effetti dell'art. 5, debbano essere considerate azioni reali anche quelle possessorie (CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile – Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale* (vol. 1), Torino, 2014, p. 433). Ciò detto, si noti come l'art. 5 non ammetta deroghe dirette. Vi sono, però, **deroghe indirette**. In particolare sono escluse dal campo di applicazione della norma in esame le azioni nelle quali i diritti immobiliari vengono in considerazione non di per sé, ma incidentalmente in quanto discendenti da una diversa vicenda successoria o contrattuale. Sotto questo profilo si riproduce in sostanza la distinzione tra acquisti a titolo originario e acquisti a titolo derivativo. Mentre nel primo caso – **acquisti a titolo originario** – si applica inderogabilmente il disposto dell'art. 5; nel secondo caso – **acquisti a titolo derivativo** – non si può prescindere dalla connessione dell'azione con il rapporto principale (ANCESCHI, voce *Diritti reali (diritto internazionale privato) – I aggiornamenti*, in *Digesto*, § 3). Pertanto nell'ipotesi, ad esempio, di successione ereditaria apertasi in Italia nel cui asse sia incluso anche un immobile situato all'estero, il giudice italiano potrà conoscere anche dell'azione di rivendica *iure successionis* del predetto bene immobile ai sensi dell'art. 4 del Reg. n. 650/2012.

**2.1. Il Regolamento Bruxelles I bis.** – Il 10.1.2015 è entrato in vigore il Reg. n. 1215/2012 (c.d. Regolamento Bruxelles I bis) concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale che prende il posto del precedente Reg. n. 44/2001 il quale aveva a sua volta sostituito la Convenzione di Bruxelles del 27.9.1968 (cui si riferisce ancora oggi la lettera dell'art. 3 della l. n. 218/1995. V. *sub art. 3*). Sul Regolamento Bruxelles I bis e il suo campo di applicazione si rimanda al commento *sub art. 3*; in questa sede si ricorda unicamente che l'**art. 24** stabilisce dei **fori esclusivi** rispetto ai quali la giurisdizione individuata in conformità alle relati-

ve norme risulta l'unica a operare in quanto è precluso il ricorso tanto al foro generale quanto ai fori speciali. I fori esclusivi hanno natura inderogabile e il conseguente difetto di giurisdizione è rilevabile anche d'ufficio. Il primo dei fori previsti è proprio quello in materia di diritti reali e contratti di locazione di immobili (rispetto a questi ultimi, peraltro, viene stabilita un'eccezione nel caso di contratti di locazione ad uso privato temporaneo di massimo sei mesi consecutivi nell'ipotesi in cui il conduttore sia una persona fisica ed entrambe le parti del contratto siano domiciliate nel medesimo Stato membro. In tale ipotesi viene ammessa anche in via alternativa la competenza del foro del convenuto. Al riguardo si parla in dottrina di “due fori esclusivi” o di “fori alternativi esclusivi”. MAGNUS, MANKOWSKI (a cura di), *Brussels I Regulation*, Sellier European Law Publisher, 2012, p. 419). Nello specifico “le azioni in materia di diritti reali immobiliari e di locazione di immobili” devono necessariamente essere radicate presso il giudice del luogo dove il bene immobile si trova (c.d. *lex rei sitae*). Ora, a prescindere dai campi di applicazione rispettivi dell'art. 24 del Regolamento e dell'art. 5 della legge di riforma del diritto internazionale privato, ciò che pare importante sottolineare è che le due disposizioni costituiscono espressione del medesimo principio. Così, se da un lato l'art. 5 esclude la giurisdizione italiana in presenza di beni immobili situati all'estero, dall'altro l'art. 24 del Regolamento ammette la competenza giurisdizionale esclusiva delle autorità giudiziarie dello Stato di ubicazione del bene immobile, escludendo che la controversia possa essere conosciuta dall'autorità giudiziaria di un luogo diverso. In questo modo, visto il collegamento stretto tra foro e controversia, si favorisce la buona amministrazione della giustizia nonché la prevedibilità *ex ante* del foro da parte del convenuto. Si rammenta, peraltro, che il Regolamento si applicherà in concreto solo laddove il bene immobile si trovi nel territorio di uno Stato membro. Laddove invece il bene sia ubicato all'interno del territorio nazionale di uno Stato non membro, si applicheranno le norme generali di cui alla presente legge (in tal proposito v. MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2016, II, p. 289).

**3. Disciplina.** – Come già visto, la norma in esame fonda un'ipotesi di esclusione della giurisdizione italiana. Il conseguente difetto di giurisdizione è **rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado** del processo in base a quanto stabilito dall'art. 11 (v. *sub art. 11*). Il momento determinante la giurisdizione è quello di **proposizione della domanda** ai sensi del combinato disposto degli artt. 8 della presente legge e 5 c.p.c. (v. *sub art. 8*). Peraltro, in concreto, saranno ovviamente più unici che rari i casi in cui risulterà decisivo il collegamento di carattere temporale che serve a individuare, o in questo caso a escludere, la giurisdizione. Difatti il mutamento di ubicazione di un bene immobile nel tempo è in concreto un'eventualità remota (si pensi a una modifica dei confini territoriali di uno Stato oppure a esigenze di importanza tale da indurre allo spostamento fisico di un bene immobile così come è avvenuto negli anni '60 con il tempio di Abu Simbel in Egitto).

## 6 Questioni preliminari

Il giudice italiano conosce, incidentalmente, le questioni che non rientrano nella giurisdizione italiana e la cui soluzione è necessaria per decidere sulla domanda proposta.

### SOMMARIO

#### 1. Premessa. – 2. Disciplina.

**1. Premessa.** – La locuzione “**questioni preliminari**” di cui all’articolo in esame si riferisce alle questioni la cui soluzione costituisce un passaggio logico obbligato nel ragionamento che il giudice deve compiere al fine di definire correttamente la controversia sottopostagli. Si tratta in sostanza di quelle che nel diritto processuale italiano prendono il nome di “**questioni pregiudiziali di merito**”. Infatti nell’ordinamento italiano le c.d. **questioni preliminari di merito** (le quali vengono introdotte da un’eccezione) attengono a singoli profili della fattispecie fatta valere in giudizio la cui decisione riveste carattere assorbente ed è pertanto in grado di per sé di definire il giudizio. Si pensi, ad esempio, all’eccezione di prescrizione. Nonostante la terminologia utilizzata in seno all’art. 6, non è certo a tale tipo di questioni che si rivolge il dettato normativo. Rispetto a esse, infatti, non può mai negarsi la sussistenza della giurisdizione in quanto sono parte integrante dell’unica *res iudicata* rispetto alla quale si pongono separatamente per ragioni puramente pratiche (CONSOLO, *sub art. 6*, in AA.VV., *Commento alla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato – L. 31 maggio 1995, n. 218*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, 5/6, p. 937). Diversamente, le **questioni pregiudiziali di merito** sono definibili come quelle questioni “che hanno per oggetto l’esistenza o meno di un diritto, rapporto o *status* giuridico (o eccezionalmente anche di un fatto giuridicamente rilevante) che, in quanto legato da un nesso di pregiudizialità-dipendenza con il diritto fatto valere con la domanda, deve dal giudice adito venire quanto meno risolto tutte le volte sul punto si riscontri contestazione fra le parti, ma può anche – virtualmente – divenire oggetto di un autonomo accertamento con efficacia di giudicato” (CONSOLO, *sub art. 6*, in AA.VV., *Commento alla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato – L. 31 maggio 1995, n. 218*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, 5/6, pp. 937-938). È proprio a tali questioni che si rivolge il dettato dell’art. 6. Il vincolo di pregiudizialità-dipendenza che le caratterizza traspare dal testo stesso della norma la quale parla infatti di soluzione “necessaria per decidere sulla domanda”. Si tratta in definitiva di profili esorbitanti la domanda senza la cui soluzione il giudice non è però in grado di decidere la questione principale. Si pensi, a titolo di esempio, allo storico caso *Ponnoucannamalle vs Nadimoutoupouille* in cui la Corte di Cassazione francese si è trovata a dover decidere, a seguito dell’apertura di una successione immobiliare di beni situati in Francia (di un cittadino inglese domiciliato in Indocina) in merito ai diritti successori del figlio legittimo di un figlio adottivo del *de cuius* (Cour de Cassation 21.4.1931, in *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1932, p. 526 ss.). In una siffatta ipotesi la validità o meno dell’adozione costituisce “questione preliminare” ai sensi e per gli effetti dell’art. 6.

**2. Disciplina.** – L’utilizzo atecnico della locuzione “que-

stioni preliminari” ha sollevato dubbi circa la reale portata applicativa della norma. Appare pacifico che ai sensi dell’art. 6 il giudice abbia il **potere/dovere di conoscere le c.d. questioni pregiudiziali di merito in via incidentale, senza efficacia di giudicato**. Infatti – considerato il nesso di pregiudizialità-dipendenza che lega la questione pregiudiziale alla principale – laddove si sostenesse il contrario, si arriverebbe in concreto a negare la possibilità al giudice di esprimersi in merito alla stessa questione principale. Così, in sede cautelare, il Tribunale di Milano si è espresso nel senso di poter valutare incidentalmente, al solo fine della sussistenza del *fumus boni iuris*, l’esistenza di diritti nascenti da un contratto sottratto alla giurisdizione del giudice nazionale (Trib. Milano 16.3.2009, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 112). Diversa è la questione in merito all’esistenza della potestà giurisdizionale con riferimento alle ipotesi di accertamento incidentale che il giudice debba compiere **con efficacia di giudicato** per legge o a seguito di esplicita domanda di una delle parti (c.d. domanda di accertamento incidentale) (cfr. art. 34 c.p.c.). L’utilizzo da parte del legislatore dell’avverbio “incidentalmente” sembra negare l’applicabilità dell’art. 6 in siffatti casi. In tal proposito, la Corte di Cassazione – pronunciandosi in merito ad una domanda di risarcimento extracontrattuale proposta in conseguenza di un sinistro avvenuto in Italia nel quale un aeromobile di proprietà dell’attrice (una società di diritto russo), dato in gestione in forza di un appalto per trasporto merci alla convenuta (anch’essa società di diritto russo), si era distrutto cadendo al suolo – ha ravvisato esistente la giurisdizione italiana sottolineando che la proprietà dell’aereo doveva essere dimostrata strumentalmente al solo fine di individuare nel titolare del bene stesso l’avente diritto al risarcimento, senza efficacia di giudicato (Cass. 5.9.2011 n. 14650). Ciò ovviamente non esclude che il giudice possa comunque, se necessario, decidere la predetta domanda con efficacia di giudicato qualora sussistano i requisiti per la giurisdizione. Ma laddove così non sia, la decisione potrà avere solamente natura incidentale, con effetto limitato al singolo giudizio (in questo senso v. *Relazione allegata allo schema di articolato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 951). Sotto questo profilo la scelta del legislatore appare funzionale, in un’ottica di economia processuale, ad inibire la conversione della questione pregiudiziale in una causa distinta e autonoma, evitando la altrimenti conseguente sospensione necessaria del giudizio. Questo costringerebbe infatti il giudice della causa principale ad attendere che detta questione venga decisa con provvedimento dell’autorità straniera competente passato in giudicato, prima di poter decidere della controversia, (v. CONSOLO, *sub art. 6*, in AA.VV., *Commento alla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato – L. 31 maggio 1995, n. 218*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, 5/6, p. 944 ss.).

## 7 Pendenza di un processo straniero

Quando, nel corso del giudizio, sia eccepita la previa pendenza tra le stesse parti di domanda avente il medesimo oggetto e il medesimo titolo dinanzi a un giudice straniero, il giudice italiano, se ritiene che il provvedimento straniero possa produrre effetto per l'ordinamento italiano, sospende il giudizio. Se il giudice straniero declina la propria giurisdizione o se il provvedimento straniero non è riconosciuto nell'ordinamento italiano, il giudizio in Italia prosegue, previa riassunzione ad istanza della parte interessata.

La pendenza della causa innanzi al giudice straniero si determina secondo la legge dello Stato in cui il processo si svolge.

Nel caso di pregiudizialità di una causa straniera, il giudice italiano può sospendere il processo se ritiene che il provvedimento straniero possa produrre effetti per l'ordinamento italiano.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ **Unione Europea** (Reg. n. 44/2001; Reg. n. 1215/2012)

### SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Disciplina. La litispendenza internazionale. – 2.1. La pregiudizialità. – 3. Ambito di applicazione. Norme sovranazionali.

**1. Premessa.** – L'art. 7 disciplina il fenomeno della c.d. **litispendenza internazionale** che ricorre quando un giudice (nella specie, il giudice italiano) sia chiamato a esprimersi in merito a una controversia già pendente di fronte a un giudice straniero. Il problema si pone naturalmente laddove il giudice italiano risulti avere giurisdizione sulla controversia. L'instaurazione di più giudizi relativi alla medesima vicenda contrasta non solo con le esigenze di economia processuale ma anche con quelle di uniformità delle decisioni, potendo dar luogo alla formazione di giudicati contrastanti. Servono quindi regole che stabiliscano i limiti entro cui la pendenza di un processo straniero può incidere sull'instaurazione di un identico processo in un altro Stato. Rispetto all'Italia, tali regole sono determinate, a livello di diritto interno, dall'art. 7 e, a livello europeo, dal Reg. n. 1215/2012 (c.d. Bruxelles I bis). È interessante ricordare che, **prima della riforma del 1995** del sistema italiano del diritto internazionale privato), la materia era disciplinata dall'art. 3 c.p.c., il quale sanciva un generale principio di irrilevanza della litispendenza internazionale affermando che “[l]a giurisdizione italiana non è esclusa dalla pendenza davanti a un giudice straniero della medesima causa o di altra con questa connessa”. L'attività giurisdizionale svolta all'estero risultava rilevante solo nell'ipotesi in cui le parti avessero stipulato un accordo di deroga della giurisdizione a favore di tale ordinamento. Conseguentemente, in assenza di una convenzione di deroga, la parte che stesse risultando soccombente in un procedimento estero poteva, in presenza di un valido criterio idoneo a fondare la giurisdizione del giudice italiano, instaurare la causa in Italia riuscendo in questo modo a precludere la delibazione della sentenza estera ai sensi dell'allora art. 797, n. 6, c.p.c. (Di BLASE, *sub* art. 7, in AA.VV., *Commento alla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato – L. 31 maggio 1995, n. 218*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, 5/6, p. 947 ss.).

**2. Disciplina. La litispendenza internazionale.** – L'art. 7 è una norma composita che disciplina **due diverse ipotesi di sospensione del processo**: **1)** sospensione necessaria in

presenza di litispendenza internazionale (primo comma); **2)** sospensione facoltativa laddove il giudice ritenga che una causa straniera sia pregiudiziale per la decisione di una causa di sua competenza. Si ha **litispendenza internazionale** ai sensi dell'art. 7 quando due procedimenti “tra le stesse parti” hanno “il medesimo oggetto” e “il medesimo titolo”. La nozione di “**identità**” ai fini della litispendenza internazionale è ampia, non ancorata a criteri formalistici e restrittivi. Infatti la disposizione mira ad evitare inutili duplicazioni di attività giudiziaria e a eliminare il rischio di conflitto tra giudicati (v. Cass. 23.3.2017 n. 7615). Si avrà, quindi, “identità” quando le parti processuali della prima lite sono le stesse della seconda lite a prescindere dalla posizione concreta assunta all'interno del processo e dall'eventuale scambio di ruoli attore/convenuto. Similmente, la Suprema Corte ha respinto il ricorso avverso il decreto di sospensione del giudizio interno sulla decadenza dalla potestà genitoriale, provvedimento motivato dall'antecedente pendenza di un giudizio estero tra i genitori sull'affidamento del minore. Nello specifico, la Cassazione ha sottolineato che “la contrarietà fra sentenze è ravvisabile quando si determinino risultati fra loro incompatibili ovvero gli effetti dell'una siano neutralizzati da quelli dell'altra, [pertanto] è da ritenere che, ove interpretato il citato art. 7 in relazione alla prescrizione dettata dall'art. 64, la nozione di litispendenza internazionale richieda (naturalmente oltre all'identità delle parti) l'identità dei risultati pratici perseguiti, e ciò indipendentemente dal “petitum” immediato delle singole domande e dal titolo specificamente fatto valere” (Cass. 28.11.2012 n. 21108). Quanto alla **rilevabilità della questione** sebbene la formulazione dell'art. 7 faccia intendere necessaria un'eccezione di parte, la Suprema Corte ha affermato che una tale interpretazione, da un lato, contrasterebbe con la *ratio* della riforma volta a favorire l'economia dei giudizi e, dall'altro, porterebbe a un irragionevole squilibrio tra le parti in quanto sarebbe sollevabile senza limite di tempo. Pertanto l'articolo in esame, “in assenza di più incisive specificazioni, deve essere interpretato non nel senso che sia rimesso alle sole parti del giudizio il potere di rileva-

zione, ma piuttosto in quello per cui la litispendenza deve essere dichiarata dal giudice, quando l'esistenza dei relativi presupposti emerga dagli elementi offerti dalle parti" (Cass. 28.11.2012 n. 21108). La **previa pendenza** del procedimento straniero deve essere verificata stabilendo il momento iniziale di ciascuno dei due processi determinato ai sensi della legge dello Stato in cui il processo si svolge. Accertata la litispendenza internazionale il giudice avrà l'**obbligo di sospendere** il giudizio qualora ritenga che il provvedimento straniero possa produrre effetti nel nostro ordinamento (cfr. art. 64). Si avrà quindi un effetto preclusivo a carattere provvisorio e sospensivo in attesa che il provvedimento straniero venga emesso, cui seguirà – con l'emanazione della sentenza straniera – la definitiva e permanente privazione della *potestas judicandi* del giudice italiano (CONETTI, *sub art. 7*, in CONETTI, TONOLO, VISMARÀ, *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, Torino, 2009, p. 24). Di conseguenza, "nell'ipotesi di litispendenza internazionale, non è necessaria una motivazione specifica in ordine alle ragioni della disposta sospensione, essendo sufficiente che il giudice dia conto dell'esistenza delle condizioni per essa normativamente previste" (Cass. 23.3.2017 n. 7615; conf. Cass. 28.11.2012 n. 21108). Sull'**individuazione dei rimedi** esperibili contro il provvedimento con il quale il giudice decide in merito all'eccezione di litispendenza internazionale, avverso l'ordinanza che sospende il giudizio è pacificamente esperibile il regolamento necessario di competenza. In caso di rigetto dell'eccezione stessa si è invece ritenuto non configurabile una questione di giurisdizione (che emergerebbe, invece, a seguito del passaggio in giudicato del provvedimento straniero) e pertanto si è negata la possibilità di ricorrere al regolamento preventivo di giurisdizione (Cass. 15.6.2005 n. 12792). Tale soluzione è stata posta in dubbio e rimessa nuovamente alle Sezioni Unite dalla VI Sezione con ordinanza n. 8619 del 2.5.2016 (v. 2016 PENASA, *La litispendenza internazionale integra una questione di giurisdizione? La parola (ancora una volta) alle sezioni unite*, in *Int'l Lis*, 2016, p. 65 ss.).

**2.1. La pregiudizialità.** – Il terzo comma dell'art. 7 costituisce norma speciale che disciplina i casi di pregiudizialità attribuendo al giudice la **facoltà di sospendere** il giudizio nelle more del procedimento straniero qualora, similmente a quanto previsto in materia di litispendenza, egli ritenga che l'esito di detto procedimento possa produrre effetti per l'ordinamento italiano. Tale disposizione lascia ampi margini di discrezionalità al giudice in merito all'opportunità della sospensione. La Corte di Cassazione ha sottolineato come nell'ipotesi di cui al terzo comma il giudice mantenga la propria *potestas judicandi* potendo sospendere il giudizio con provvedimento impugnabile con regolamento improprio di competenza (Cass. 13.6.2014, n. 13567).

**3. Ambito di applicazione. Norme sovranazionali.** – Restano al di fuori del perimetro applicativo dell'art. 7 le fattispecie che risultano regolate dalla Convenzione di Bruxelles (nei limitati casi in cui essa è ancora applicabile) e dalla normativa dell'Unione Europea. In particolare, la litispendenza internazionale in materia civile e commerciale risulta attualmente disciplinata dagli artt. 29 ss. del Reg. n. 1215/2012 (c.d. **Regolamento Bruxelles I bis**) entrato in vigore il 10.1.2015 in sostituzione del precedente Reg. n. 44/2001 (c.d. Bruxelles I). Su tale strumento in generale e sul suo campo di applicazione v. *sub art. 3*. L'art. 29 del Regolamento prevede che quando una identica causa fra le stesse parti venga proposta davanti a due giudici di differenti Stati membri, quello successivamente adito debba obbligatoriamente sospendere il procedimento in attesa che il primo si esprima in merito alla propria giurisdizione. Ove il giudice adito per primo si dichiari competente a decidere in merito alla controversia, il secondo dovrà dichiararsi incompetente. Ugualmente risultato si avrà quando il giudice non abbia dichiarato la propria incompetenza d'ufficio e le parti non abbiano sollevato l'eccezione anteriormente o fino al momento della presa di posizione considerata, dal loro diritto processuale nazionale, quale primo atto difensivo (Corte di Giustizia 27.2.2014, *Cartier parfums-lunettes v. Axa Corporate Solutions assurances*, C-1/13, ECLI:EU:C:2014:109). Nel caso di incompetenza del giudice previamente adito, invece, il giudizio iniziato in un momento successivo potrà riprendere il proprio svolgimento. Il criterio di prevenzione è superato nel caso di scelta del foro esclusiva a opera delle parti (art 31.2). Tale previsione costituisce una novità introdotta dal Regolamento Bruxelles I bis per far fronte alla prassi delle c.d. *Italian torpedos*: termine utilizzato per descrivere il fenomeno nel quale una parte al fine di ostacolare una causa avversaria propone azione di accertamento negativo davanti a un'autorità giudiziaria incompetente in modo da costringere il giudice competente ad attendere la dichiarazione di incompetenza del giudice previamente adito prima di potersi pronunciare. Tali cause venivano spesso proposte in Italia per avvantaggiarsi dei tempi lunghi necessari per ottenere la dichiarazione d'incompetenza. Da qui il nome di "*Italian torpedos*". V. Corte di Giustizia, 9.12.2003, *Erich Gasser GmbH v. MISAT Srl*, C-116/02, ECLI:EU:C:2003:657 (sull'argomento, v. NIELSEN, *The End of Torpedo Actions?*, in FERRARI, RAGNO (a cura di), *Cross-border Litigation in Europe: the Brussels I Recast Regulation as a panacea?*, Padova, 2015, p. 153 ss.). *Amplus v. MOSCONI, CAMPIGLIO, Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2017, I, p. 115 ss.; DICKINSON, LEIN (a cura di), *The Brussels I Recast Regulation*, Oxford University Press, 2015, p. 321 ss.

## 8 Momento determinante della giurisdizione

Per la determinazione della giurisdizione italiana si applica l'art. 5 del codice di procedura civile. Tuttavia la giurisdizione sussiste se i fatti e le norme che la determinano sopravvivono nel corso del processo.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Momento determinante della giurisdizione* (art. 5 c.p.c.)

## SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Nozioni. – 3. Disciplina. Art. 8, prima parte – 3.1. Art. 8, seconda parte.

**1. Premessa.** – L'art. 8 stabilisce il **criterio di determinazione temporale** della giurisdizione italiana, ossia il momento rispetto al quale devono esistere i presupposti che ne giustificano l'esistenza. La Commissione di esperti che fu incaricata l'8.3.1985 dal Ministro di Grazia e Giustizia di predisporre la riforma del diritto internazionale privato, aveva inizialmente proposto una formulazione diversa del presente articolo. Nello specifico l'art. 8 del **disegno di legge** recitava “[l]a giurisdizione italiana si determina con riguardo allo stato di fatto e alle norme esistenti al momento dell'atto introduttivo del processo. Successivi mutamenti non fanno venire meno la giurisdizione; questa peraltro sussiste se i fatti e le norme che la determinano sopravvivono nel corso del processo” (Disegno di legge n. 1192). Tale previsione avrebbe dovuto sostituire l'art. 5 c.p.c., al quale la formulazione attuale fa invece espresso rinvio (in questo senso v. *Relazione allegata allo schema di articolato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 952). Il cambio di rotta appare formale più che sostanziale. Nel senso che, in concreto, la versione attuale dell'art. 8 – così come pensato e approvato in via definitiva – predispone la stessa regolamentazione a cui mirava la versione originale. Infatti all'epoca del disegno di legge, il testo dell'art. 5 c.p.c. era diverso. In seguito l'art. 2 della l. 26.11.1990 n. 353 ne ha modificato la lettera così che si è ritenuto sufficiente inserire nell'art. 8 un rinvio al riformato art. 5, non ravvisandosi più la necessità di un'espressa indicazione del contenuto. Sul contenuto e la portata della modifica si dirà meglio in seguito, appariva però opportuno in via preliminare segnalare da subito i cambiamenti avvenuti in corso di stesura per poter, nel prosieguo del discorso, meglio comprendere la portata delle singole statuizioni e la loro rilevanza.

**2. Nozioni.** – In merito ai concetti richiamati dalla norma in commento, in estrema sintesi, si ricorda innanzitutto che il **momento di proposizione della domanda** è strettamente collegato alle modalità tramite le quali la domanda stessa è proposta e varia, dunque, a seconda del rito processuale prescelto. In via meramente esemplificativa, si ricorda che nel processo ordinario di cognizione la domanda si intende proposta con il perfezionamento della notifica dell'atto di citazione mediante consegna della stessa al destinatario o a chi sia abilitato a riceverla; mentre nel rito lavoro tale momento si attua con il deposito del ricorso in Cancelleria (Cass. 11.5.1984 n. 2874). Gli elementi dai quali, ex art. 5 c.p.c., discende o meno la giurisdizione delle autorità italiane sono “la legge vigente” e “lo stato di fatto esistente”. Con l'espressione “**legge vigente**” si fa chiaramente riferimento alle disposizioni di diritto che determinano la sussistenza o meno della giurisdizione nel caso concreto. Esulano invece da tale nozione i meri indirizzi giurisprudenziali. Diversamente ritenendo si arriverebbe a obbligare il giudice a conformarsi al precedente giurisprudenziale limitando il diritto di difesa nel prospettare una diversa interpretazione (in questo senso, Cons. Stato 8.3.2012 n. 1308). Per quanto riguarda lo “**stato di fatto esistente**”, con tale locuzione s'intende quell'insieme di circostanze che incidono direttamente sull'attri-

buzione della giurisdizione come, per esempio, l'ubicazione di un bene, la residenza di una persona o il luogo in cui ha sede una società.

**3. Disciplina. Art. 8, prima parte.** – La **prima parte** della norma in esame **richiama l'art. 5 c.p.c.** ai sensi del quale la “giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda, e non hanno rilevanza rispetto ad esse i successivi mutamenti della legge e dello stato medesimo”. In sostanza viene quindi confermato, anche per le controversie che presentano elementi di estraneità, la scelta del momento di proposizione della domanda quale criterio di determinazione temporale della giurisdizione. L'art. 5 costituisce un'eccezione al noto principio del *tempus regit actum* (in base al quale la norma processuale applicabile è quella del momento in cui l'atto è compiuto v. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, pp. 119-127) sancendo la **irrelevanza dei mutamenti successivi che facciano venir meno** i presupposti su cui la giurisdizione italiana si fondava (c.d. *perpetuatio iurisdictionis*). Sotto questo profilo si ha quindi una cristallizzazione della situazione di fatto e di diritto esistente al momento di proposizione della domanda sì che, qualora successivamente venisse meno la situazione (di fatto o di diritto) sulla base della quale si fondava la giurisdizione, quest'ultima continuerà a sussistere. Ai sensi dell'art. 5 sono infatti irrilevanti “i successivi mutamenti della legge e dello stato medesimo”. Resta ovviamente esclusa l'eventualità in cui sia lo stesso *ius superveniens* a prevedere un diverso **regime transitorio**. Inoltre il principio in esame non opera nel caso in cui il dettato normativo che fonda la giurisdizione venga dichiarato **costituzionalmente illegittimo**, in considerazione del carattere retroattivo delle pronunce della Corte Costituzionale, salvo il limite del giudicato sulla giurisdizione (Cass. 16.11.2004 n. 21635; Cass. 27.3.1997 n. 2739). La disciplina dell'art. 5 c.p.c. risponde innanzitutto a ovvie esigenze di economia processuale ma è al contempo volta a scongiurare iniziative delle parti finalizzate a modificare strumentalmente la situazione di fatto (quando non addirittura a influenzare l'emanazione di normative favorevoli) in modo tale da mutare *ex post* i presupposti della giurisdizione (in violazione del principio di cui all'art. 25 Cost.). Basti solo pensare alle conseguenze di un mutamento di residenza o alla chiusura dell'unica sede presente sul territorio nazionale di una società internazionale. Alla luce di tali finalità appaiono chiare le ragioni che hanno portato alla già citata modifica dell'art. 5 c.p.c. per opera dell'art. 2 della l. 26.11.1990 n. 353 il quale ha codificato l'irrelevanza, ai fini della determinazione della giurisdizione, anche delle sopravvenienze normative (laddove l'originaria versione dell'art. 5 considerava irrilevanti le sole modifiche della situazione di fatto). Peraltro si rammenta che, già prima della modifica del 1990, dottrina e giurisprudenza si erano espresse nel senso di equiparare l'evoluzione normativa ai mutamenti di fatto (in questo senso, in dottrina, v. GIULIANO, *La giurisdizione civile italiana e lo straniero*, Milano, 1970, p. 166; in giurisprudenza, ex plurimis, Cass. 12.2.1987 n. 1529).

**3.1. Art. 8, seconda parte.** – La seconda parte della norma in

commento introduce una specifica ipotesi in cui, in deroga alla regola generale dinanzi esposta, si attribuisce rilevanza alle sopravvenienze normative o fattuali. Si tratta dell'eventualità di **mutamenti successivi che fondino la giurisdizione originariamente mancante**. In tale ipotesi, viene attribuita efficacia sostanzialmente sanante al sopravvenuto mutamento dello stato di fatto o di diritto. La previsione codifica un orientamento che si era già affermato da tempo nella giurisprudenza applicativa dell'art. 5, in consi-

derazione del fatto che la *ratio* alla base della disposizione è quella di favorire e non impedire l'esercizio della giurisdizione (Cass. 20.2.1958 n. 528). Su tali basi, la Suprema Corte è arrivata ad affermare che in siffatte ipotesi è possibile esaminare nuovamente la questione di giurisdizione, anche in presenza di una precedente pronuncia negativa passata in giudicato ma basata sullo stato di fatto preesistente (Cass. 10.4.1965 n. 629. GIULIANO, *La giurisdizione civile italiana e lo straniero*, Milano, 1970, p. 167).

## 9 Giurisdizione volontaria

In materia di giurisdizione volontaria, la giurisdizione sussiste, oltre che nei casi specificatamente contemplati dalla presente legge e in quelli in cui è prevista la competenza per territorio di un giudice italiano, quando il provvedimento richiesto concerne un cittadino italiano o una persona residente in Italia o quando esso riguarda situazioni o rapporti ai quali è applicabile la legge italiana.

### SOMMARIO

1. Nozione. – 2. Ambito di applicazione. – 3. Disciplina.

**1. Nozione.** – Con la locuzione “**materia di giurisdizione volontaria**” ci si riferisce a quel complesso di procedimenti aventi scopo costitutivo di uno stato giuridico – che si svolgono davanti a organi giurisdizionali – caratterizzati dall'assenza di una pluralità di parti: vi possono essere più richiedenti ma non vi sono, neanche astrattamente, due parti contrapposte (di qui il concetto di *jurisdicio inter volentes*). Al riguardo Chiovena spiega come quest'ultimo profilo vada oltre all'assenza di contraddittorio, aspetto che non sarebbe di per sé in grado di distinguere la giurisdizione volontaria da quella contenziosa (si pensi alle ipotesi di provvedimenti emessi *inaudita altera parte*) (CHIOVENA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, p. 317), anche se è chiaramente avulsa dalla giurisdizione volontaria la finalità di accertare un diritto controverso (CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2014, I, p. 22). Si tratta di procedimenti che si svolgono in camera di consiglio e in cui il magistrato provvede con decreto, revocabile e modificabile e, come tale, idoneo a divenire cosa giudicata. Fra gli esempi più noti di provvedimenti di volontaria giurisdizione: l'autorizzazione all'alienazione dei beni del minore da parte del giudice tutelare, l'omologazione della separazione consensuale dei coniugi, l'adozione di maggiorenni. La **qualificazione** di un provvedimento come rientrante o meno nella giurisdizione volontaria, trattandosi di questione processuale, andrà operata con riguardo al diritto italiano in qualità di *lex fori* (cfr. SALERNO, *La giurisdizione volontaria nella legge di riforma di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 2005, 3, p. 627).

**2. Ambito di applicazione.** – L'art. 9 prevede i criteri determinativi della giurisdizione italiana in materia di volontaria giurisdizione in via generale. Valutazioni di opportunità hanno fatto propendere per la scelta di introdurre specifiche norme per determinati procedimenti “volontari” (v. *Relazione allegata allo schema di articolato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 952). In conseguenza, è la stessa norma a far riferimento agli “**altri casi specificamente contemplati dalla presente legge**” generalmente ricondotti alle ipotesi di: dichiarazioni di scomparsa, assenza e morte presunta (v.

*sub art. 22*); omologa della separazione consensuale dei coniugi (v. *sub art. 32*); autorizzazione del giudice tutelare (v. *sub art. 37*); dichiarazione di adottabilità e decreto di affidamento preadottivo (v. *sub art. 40*); responsabilità genitoriale (v. *sub art. 42*); interdizione, inabilitazione e atti collegati (v. *sub art. 44*) (HONORATI, *sub art. 9*, in AA.VV., *Commento alla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato – L. 31 maggio 1995, n. 218*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, 5/6, p. 972). Per quanto riguarda la giurisdizione in materia di protezione dei maggiori di età, la giurisprudenza non applica l'art. 44 all'amministrazione di sostegno, ma distingue a seconda che il provvedimento richiesto al giudice incida sui diritti inviolabili della persona o meno. Mentre nel primo caso si rientra nella giurisdizione contenziosa e, pertanto, la giurisdizione dovrà essere verificata in base alle norme generali in materia di giurisdizione, nella seconda ipotesi, si dovrà applicare l'art. 9 trattandosi di volontaria giurisdizione (Trib. Mantova 17.3.2007; Trib. Mantova 20.3.2007, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, 1, p. 190). L'utilizzo della locuzione “**oltre che nei casi ...**” in seno alla norma ha creato dei dubbi sull'effettivo campo di applicazione dell'art. 9 rispetto alle altre ipotesi specificamente disciplinate, sollevando il dubbio se sia siano criteri concorrenti o meno. Una **prima tesi** distingue a seconda delle varie discipline. In particolare sottolinea che solo alcune norme contengono esse stesse espressamente una clausola di salvezza a favore dell'art. 9. Di qui, ne deduce la distinzione fra: i criteri dettati dagli artt. 37 e 44, certamente concorrenti rispetto all'art. 9 (come risulta dallo stesso testo delle due disposizioni); e gli altri articoli nei quali non è presente una identica clausola di salvezza a favore dell'art. 9. Nello specifico, mentre gli artt. 32 e 40 fanno salve unicamente le ipotesi previste dall'art. 3, l'art. 22 è sprovvisto di qualsiasi clausola in tal senso. Conseguentemente si è affermato che le ipotesi di cui agli artt. 32 e 40 possono concorrere esclusivamente con l'art. 3, mentre i casi regolati dagli artt. 22 e 42 sarebbero sottoposti a criteri esclusivi (HONORATI, *sub art. 9*, in AA.VV., *Commento alla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato – L. 31 maggio 1995, n. 218*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, 5/6, p. 972). Una **seconda tesi**,

invece, afferma che i criteri stabiliti dall'art. 9 hanno valore generale e aggiuntivo dal momento che la possibilità di applicarli, ai sensi di altre disposizioni della l. n. 218/1995, a tutti i casi non contemplati è già autonomamente enunciata nel medesimo art. 9 che si configura, in definitiva, come clausola di chiusura del sistema. Ciò emerge dalla stessa relazione del disegno di legge che sottolinea la portata generale della disciplina con conseguente estensione dei criteri previsti pur in presenza di un'autonoma regolamentazione (*Relazione allegata al disegno di legge*, in GAJA (a cura di), *La riforma del diritto italiano privato e processuale*, Milano, 1994, p. 408). Al riguardo, è stato inoltre sottolineato che i criteri specifici spesso altro non sono che un adattamento *ratione materiae* di quelli di cui all'art. 9 (si pensi alla dichiarazione di morte presunta in cui pare più corretto il riferimento alla "ultima residenza della persona" dell'art. 22, rispetto alla semplice "residenza" dell'art. 9) (SALERNO, *La giurisdizione volontaria nella legge di riforma di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 2005, 3, p. 640). A ciò si aggiunge che la stessa relazione della commissione di esperti incaricata a predisporre la riforma, sembra in più punti dare per assodato il valore generale dei criteri della norma in esame. Nel dettaglio – oltre al riferimento che in presenza di tali criteri la "giurisdizione sussiste sempre" (p. 952) – nel commento all'art. 22 (allora, art. 20) afferma espressamente che "va [...] tenuto conto di quelle che dispone l'art. 9" (p. 957), e, parimenti, nel commento all'art. 40 (allora, art. 35) afferma che i titoli ivi elencati sono ad "integrazione delle previsioni degli artt. 2 e 9" (p. 964) (*Relazione allegata allo schema di articolato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989). Tale interpretazione appare conforme all'intento che si proponeva il legislatore ovvero sia quello di "assicurare che tutte le situazioni interessanti l'ordinamento italiano ricevano una definizione da parte del nostro giudice" (p. 952 della Relazione). Quanto detto, però, non pare potersi riferire anche all'ipotesi regolamentata dall'art. 42 la quale rinvia espressamente alla **Convenzione dell'Aja del 5 ottobre del 1961** sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori la quale

sola potrà stabilire i criteri di giurisdizione (in questo senso v. Cass. 9.1.2001 n. 1). Per concludere si segnala che quanto detto rispetto all'appena vista convenzione vale, in via generale, in presenza di norme che, a livello europeo o internazionale, prevedano specifici criteri così che il campo di applicazione della presente disposizione risentirà della loro esistenza, risultandone limitato. In tali ipotesi, infatti, non si applicherà la legge 128 ma direttamente la **norma sovranazionale** (cfr. *sub art.* 2).

**3. Disciplina.** – La previsione di una norma *ad hoc* in materia di giurisdizione volontaria, costituisce un'importante innovazione della riforma del diritto internazionale privato con la quale si è posto rimedio, colmandola, ad una lacuna del sistema. A seguito dell'entrata in vigore della riforma del '95, sussiste la giurisdizione volontaria italiana, oltre che in tutte le ipotesi in cui è prevista la **competenza per territorio** del giudice italiano (che, quindi, da norme sulla competenza diventano così norme fondanti la giurisdizione, in ossequio alla concezione della giurisdizione come risultante delle competenze territoriali interne, cfr. GIULIANO, *La giurisdizione civile italiana e o straniero*, Milano, 1970, p. 10 ss.), anche in presenza dei tre criteri di collegamento previsti dall'art. 9 **in via alternativa**. Detti criteri sono accumulati dall'essere indizio che la situazione concreta è tale da interessare direttamente l'ordinamento italiano. Nel dettaglio ciò avviene ogni qual volta il provvedimento richiesto concerne una persona avente **nazionalità italiana o residente in Italia** nonché qualora ai rapporti o alle situazioni oggetto del provvedimento stesso sia applicabile la **legge italiana**. In questo senso la giurisprudenza ha riconosciuto che un provvedimento di volontaria giurisdizione avente a oggetto la richiesta di sottoporre ad amministrazione di sostegno un cittadino italiano rientra nella sfera di giurisdizione dell'autorità giudiziaria italiana anche se il beneficiario risiede all'estero, purché lo stesso sia cittadino italiano (Trib. Mantova 20.3.2007, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, 1, p. 190).

## 10 Materia cautelare

In materia cautelare, la giurisdizione italiana sussiste quando il provvedimento deve essere eseguito in Italia o quando il giudice italiano ha giurisdizione nel merito

### SOMMARIO

1. Disciplina. – 2. Ambito di applicazione. Norme sovranazionali. – 3. Disciplina.

**1. Disciplina.** – Le esigenze sottese alla richiesta di un provvedimento cautelare sono tali da poter richiedere la scissione tra cognizione cautelare e quella di merito. Su tali basi, l'art. 10 attribuisce al giudice italiano il potere di decidere su una domanda cautelare non solo allorché abbia **giurisdizione nel merito** della causa ma anche quando, pur non avendola, il **provvedimento debba essere eseguito in Italia**. In tal modo vengono valorizzate le caratteristiche essenziali del provvedimento cautelare: da un lato, il suo carattere strumentale rispetto all'azione di merito; dall'altro, la sua valenza immediatamente esecutiva nel foro adito (SALERNO, *sub art.* 10, in AA.VV., *Commento alla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato – L. 31 maggio 1995, n. 218*, in CIAN, MAFFEI ALBERTI, SCHLESINGER, *Le nuove leggi*

*civili commentate*, 1996, 5/6, p. 984). Il primo profilo riflette l'obiettivo di assicurare che gli effetti del provvedimento cautelare siano compatibili con l'esito del procedimento di merito. Sotto il secondo profilo, la presenza di un foro esorbitante si spiega proprio in ragione delle esigenze di urgenza che caratterizzano la materia cautelare, esigenze che potrebbero rischiare di essere compromesse laddove i provvedimenti dovessero necessariamente essere richiesti al giudice competente nel merito ma sito in uno Stato diverso da quello in cui il provvedimento deve essere eseguito. In questo senso si ricordi che già il pre-vigente art. 4 c.p.c. stabiliva che "[l]o straniero può essere convenuto davanti ai giudici della Repubblica: [...] 3) se la domanda [...] riguarda provvedimenti cautelari da eseguirsi nella Repubblica o relativi a

rapporti dei quali il giudice italiano può conoscere”. In applicazione dell’art. 10 è stata affermata la giurisdizione italiana in relazione a un ricorso per sequestro conservativo da eseguirsi in Italia su partecipazioni societarie detenute da società lussemburghesi in società italiane sottolineando come a nulla rilevasse l’estero-vestizione delle società italiane la cui sede d’amministrazione effettiva era appunto in Italia (Trib. Savona 15.11.2012, in *Il Caso.it*, 2013. Su tale previsione, v. anche Trib. Bologna 29.8.2007).

**2. Norme sovranazionali.** – A livello sovranazionale, la materia cautelare ha trovato regolamentazione, in un primo momento, a opera della Convenzione di Bruxelles del 1968 e, in seguito, del Reg. n. 44/2001 (c.d. Bruxelles I) a sua volta sostituito dal Reg. n. 1215/2012 (c.d. Bruxelles I bis). La **nozione** di provvedimenti cautelari è stata precisata dalla Corte di Giustizia, la quale li definisce come misure volte alla conservazione di una situazione di fatto o di diritto al fine di preservare diritti l’accertamento della cui esistenza spetterà poi al giudice del merito (C. giust. 26.3.1992, *Reichert e Kockler v. Dresdner Bank*, C-261/90, ECLI:EU:C:1992:149, § 34). Tale definizione si riflette nel Regolamento Bruxelles I bis il cui considerando n. 25 dichiara che la “nozione di provvedimenti provvisori e cautelari dovrebbe includere, ad esempio, ordinanze cautelari dirette a ottenere informazioni o a conservare le prove di cui agli articoli 6 e 7 della direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29.4.2004, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale. Dovrebbero invece essere esclusi i provvedimenti che non hanno natura cautelare, come quelli che ordinano l’audizione di un teste. Dovrebbe essere fatta salva l’applicazione del regolamento (CE) n.1206/2001 del Consiglio, del 28.5.2001, relativo alla cooperazione fra le

autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell’assunzione delle prove in materia civile o commerciale”. Sull’impossibilità di ricomprendere nella nozione predetta un provvedimento che statuisce in merito all’audizione provvisoria di testimone prima dell’avvio di un procedimento di merito al fine di consentire all’attore di valutare l’opportunità di un’eventuale azione v. C. giust. 28.4.2005, *St. Paul Dairy Industries NV contro Unibel Exser BVBA*, C-104/03, ECLI:EU:C:2005:255. L’art. 35 del Regolamento stabilisce che i “provvedimenti provvisori o cautelari previsti dalla legge di uno Stato membro possono essere richiesti all’autorità giurisdizionale di detto Stato membro anche se la competenza a conoscere del merito è riconosciuta all’autorità giurisdizionale di un altro Stato membro”. Il legislatore europeo mantiene quindi in vigore le normative dei singoli Stati membri attribuendo la possibilità di richiedere un provvedimento cautelare previsto dalla legge di uno Stato membro ai giudici di tale Stato, a prescindere dalla circostanza che essi costituiscano l’autorità giudiziaria competente a decidere la causa nel merito (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2017, I, p. 126). Inoltre, la Corte di Giustizia ha sottolineato che tale possibilità deve essere riconosciuta anche qualora sia stato già instaurato il procedimento di merito e a prescindere dalla circostanza che esso abbia natura giudiziale o arbitrale (C. giust. 10.11.1998, *Van Uden Maritime v. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line e a.*, C-391/95, ECLI:EU:C:1998:543). Sebbene non espressamente prevista, si ritiene rimanga comunque salva la possibilità di adire in sede cautelare il giudice competente nel merito, in considerazione dell’evidente natura accessoria dei provvedimenti in questione (C. giust. 10.11.1998, cit., § 19 e 22).

## 11 Rilevabilità del difetto di giurisdizione

Il difetto di giurisdizione può essere rilevato, in qualunque stato e grado del processo, soltanto dal convenuto costituito che non abbia espressamente o tacitamente accettato la giurisdizione italiana. È rilevato dal giudice d’ufficio, sempre in qualunque stato e grado del processo, se il convenuto è contumace, se ricorre l’ipotesi di cui all’art. 5, ovvero se la giurisdizione italiana è esclusa per effetto di una norma internazionale.

### SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Disciplina. – 3. Regolamento preventivo di giurisdizione.

**1. Premessa.** – Con l’abrogazione del secondo comma dell’art. 37 c.p.c. (l’equivalente dell’art. 11, pre-l. n. 218/1995), la rilevabilità del difetto di giurisdizione italiana in rapporto a quella straniera è stata espunta dal codice di procedura civile per essere ricollocata, con alcune modifiche, nella legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato e, specificamente, nella norma in commento. Rimane invece immutato il primo comma dell’art. 37 c.p.c. in materia di rapporti tra giudice ordinario e giudici amministrativi o giudici speciali. La disciplina in esame risulta di particolare importanza alla luce del fatto che la **giurisdizione del giudice italiano** costituisce un necessario presupposto processuale, in assenza del quale il giudice sarà tenuto a rigettare la domanda in rito (v. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2014, I, p. 369, per la diversa qualificazione del difetto di giurisdizione qualora esso concerna, invece, il rapporto

tra giudice ordinario e giudici speciali o giudici amministrativi).

**2. Disciplina.** – Il regime stabilito dall’art. 11 distingue le ipotesi in cui il difetto di giurisdizione costituisce eccezione di parte da quelle in cui può essere rilevato dal giudice. In particolare, la prima proposizione della norma in esame pone quale **regola generale** la necessaria rilevabilità del difetto di giurisdizione da parte del convenuto costituito. Essa è stata quindi concepita dal legislatore come una **eccezione in senso stretto, che resta preclusa in caso di previa accettazione della giurisdizione** da parte del convenuto stesso. Nello specifico, non sarà più possibile formulare l’eccezione e si consoliderà definitivamente la giurisdizione del giudice italiano ai sensi dell’art. 4 (Cass. 26.5.2011 n. 11559; Cass. 15.4.2010 n. 8988) in presenza di una manifestazione di volontà in tal senso, idonea ad

assumere rilevanza giuridica ex art. 4, sia essa espressa (convenzionalmente accettata per iscritto dalle parti) o tacita (il convenuto compare nel processo senza eccepire il difetto nel primo scritto difensivo). Sulla qualificazione di siffatto fenomeno quale accettazione presunta, v. ONNIBONI, *sub art. 11*, in AA.VV., *Commento alla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato – L. 31 maggio 1995, n. 218*, in CIAN, MAFFEI ALBERTI, SCHLESINGER, *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, 5/6, pp. 1001-1002. In tale contesto va letto l'inciso secondo cui il difetto può essere sollevato **“in ogni stato e grado del giudizio”**: ciò risulta vero solo nei limiti di cui all'art. 4 ai sensi del quale la giurisdizione comunque sussiste “se le parti l'abbiano convenzionalmente accettata e tale accettazione sia provata per iscritto, ovvero il convenuto compaia nel processo senza eccepire il difetto di giurisdizione nel primo scritto difensivo”. Come visto, infatti, l'onere di contestare la giurisdizione italiana nel primo scritto difensivo comporta, in difetto, la preclusione del relativo potere (Cass. 18.12.2014 n. 26658; Cass. 24.10.2006 n. 22818). La regola generale della rilevanza di istanza di parte fin qui esposta subisce però delle **eccezioni** a opera dalla seconda parte dell'art. 11. Nel dettaglio, la norma prevede la **rilevanza d'ufficio** del difetto di giurisdizione in tre specifiche ipotesi: **1)** La prima (già presente nella disciplina di cui all'abrogato art. 37 c.p.c.) discende dall'impossibilità pratica di applicare la regola generale, a causa della **contumacia del convenuto**. **2)** La seconda riguarda l'ipotesi regolata dall'art. 5, in tema di **azioni reali relativi a immobili siti all'estero**. Prima della riforma di cui alla presente legge, tale eccezione era più ampia in quanto l'allora art. 37, co. 2, c.p.c. la prevedeva non solo per le azioni reali ma, in via generale, per tutte le cause che avevano a oggetto beni immobili siti all'estero. Con l'entrata in vigore della l. n. 218/1995, la disciplina della rilevanza di azioni aventi a oggetto beni immobili ubicati all'estero viene fatta discendere dalla natura dell'azione esercitata: in presenza di un'azione reale, infatti, il difetto di giurisdizione è rilevabile d'ufficio e non viene riconosciuta alcuna efficacia giuridica a un'eventuale accettazione del convenuto; in presenza di un'azione personale, invece, l'eccezione sarà in senso stretto e pertanto il convenuto potrà sanare il difetto di giurisdizione tramite accettazione (ONNIBONI, *sub art. 11*, in AA.VV., *Commento alla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato – L. 31 maggio 1995, n. 218*, in CIAN, MAFFEI ALBERTI, SCHLESINGER, *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, 5/6, p. 998); con riferimento alle azioni possessorie si rinvia a quanto detto *sub art. 5*. **3)** La terza e ultima ipotesi di rilevanza d'ufficio concerne i casi in cui la **giurisdizione italiana è esclusa per effetto di una norma internazionale**. Si tratta di una previsione innovativa introdotta dall'articolo in commento. Secondo quanto esplicitato nella Relazione al Disegno di Legge, la *ratio* di questa previsione risiede nella circostanza che il “rispetto dell'obbligo internazionale assunto dallo Stato di non esercitare la giurisdizione non può essere rimesso alla disponibilità delle parti” (v. *Relazione allegata al disegno di legge*, in GAJA (a cura di), *La riforma del diritto italiano privato e processuale. Raccolta in onore di Edoardo Vitta*, Milano, 1994, p. 408). In coerenza con tale finalità, per **“norme internazionali”** devono intendersi le sole norme di **diritto internazionale pubblico** (BAREL, ARMELLINI, *Diritto*

*internazionale privato*, Milano, 2016, p. 311). In questo senso, la giurisprudenza ha affermato che la *ratio* dell'art. 11 deve ritenersi specifica e circoscritta alle sole ipotesi di limiti posti all'esercizio della potestà giurisdizionale dello Stato italiano da norme di natura consuetudinaria o pattizia, come quelle regolanti l'immunità dalla giurisdizione italiana delle organizzazioni internazionali e degli agenti diplomatici o consolari (v. Cass. 4.4.2011, n. 7599. Il caso al vaglio della Corte riguardava l'affidamento congiunto di due minori in sede di procedimento di separazione personale da effettuarsi ai sensi della Convenzione dell'Aja del 5.10.1962 sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori, in quanto richiamata dall'art. 42 della l. n. 218/1995. La Corte ha affermato che la predetta Convenzione non andava intesa come norma internazionale ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 11. Pertanto il difetto di giurisdizione doveva ritenersi coperto dal giudicato). Sono ovviamente salvi i casi in cui è la stessa norma internazionale a consentire di derogare alla giurisdizione. Così, ad esempio, la Convenzione di Vienna del 18.4.1961 sulle relazioni diplomatiche il cui art. 32 prevede, da un lato, che lo Stato accreditante possa rinunciare all'immunità e, dall'altro, che qualora sia lo stesso agente diplomatico ad azionare in giudizio una pretesa, egli non possa poi eccepire l'immunità di fronte a una eventuale domanda riconvenzionale che sia connessa alla domanda principale. In conclusione, quindi, il difetto di giurisdizione derivante da norme internazionali può essere rilevato con riferimento a: **a) Stati stranieri e loro organi** purché gli atti siano *iure imperii*. È stato considerato tale il mancato rilascio e la conseguente occupazione illegittima dell'immobile adibito a Ufficio Commerciale dell'Ambasciata della Repubblica Popolare Cinese in quanto – sebbene la vicenda fosse relativa a un rapporto tra un privato e l'Ambasciata Cinese – l'occupazione era in rapporto di “strumentalità necessaria con i poteri pubblicistici di esercizio del diritto di missione” e, come tale, esulante dal potere di apprezzamento del giudice italiano (Cass. 17.7.2008 n. 19600). È stata invece dichiarata la giurisdizione del giudice italiano nei confronti di una domanda di risarcimento del danno, derivante dall'annullamento di una gara decisa da un giudice portoghese, in quanto il Ministero dei lavori pubblici portoghese era stato convenuto non nella veste di esercente poteri sovrani ma quale soggetto inadempiente a obblighi imposti dalla normativa comunitaria (Cass. 15.4.2010 n. 8988). In ragione dell'assenza di una legislazione interna specifica sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, l'Italia applica unicamente la norma consuetudinaria nota con il broccardo latino *par in parem non habet iudicium*, che indica l'impossibilità di giudicare atti e comportamenti di uno Stato straniero in assenza di un consenso in tal senso da parte dello Stato medesimo e che viene recepita nel nostro ordinamento per il tramite dell'art. 10 Cost. (*amplius*, v. BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato*, Milano, 2016, pp. 311-312). In considerazione della lacuna di diritto positivo, il Parlamento ha autorizzato, con legge 14.1.2013, n. 5, il Presidente della Repubblica ad aderire alla Convenzione delle Nazioni Unite del 2.12.2004 sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni. Ai sensi dell'art. 30, tuttavia, essa è destinata ad entrare in vigore solo a seguito del deposito del trentesimo strumento di ratifica, accettazione, approvazione o adesione. Al mo-

mento si contano solo 22 Stati parti (28 firmatari); *b) agenti diplomatici stranieri*; *c) organizzazioni internazionali e loro funzionari*.

**3. Regolamento preventivo di giurisdizione.** – L’abrogazione dell’art. 37, co. 2, c.p.c. aveva fatto sorgere il dubbio circa l’esperibilità del regolamento preventivo di giurisdizione con riferimento al difetto di giurisdizione italiana poiché la norma che regola la materia (art. 41 c.p.c.) limita l’utilizzabilità dello strumento alle “questioni di giurisdizione di cui all’art. 37”. L’ammissibilità di siffatto strumento è da considerarsi, allo stato, pacifica. Giurisprudenza costante si è infatti espressa in tal senso, sostenendo che il rinvio non sia venuto meno per effetto dell’intervento legislativo. Nello specifico, partendo dal

carattere recettizio/formale del rinvio operato dall’art. 41 c.p.c., la Corte ha sottolineato che lo strumento tecnico del rinvio formale riflette l’esigenza di evitare “fastidiose ripetizioni” facendo sì che, una volta recepita nella norma rinviante il contenuto della norma oggetto di rinvio, l’eventuale modifica o abrogazione di quest’ultima risulti irrilevante. Pertanto, se nel caso concreto è possibile rilevare il difetto di giurisdizione in conformità all’art. 11 (che attualmente regola i mezzi e i limiti per far valere il difetto), la parte potrà chiedere alle Sezioni unite della Cassazione di risolvere in via preventiva la questione ex art. 41 c.p.c. (norma che disciplina il regolamento di giurisdizione) (*ex plurimis* Cass. S.U. 24.3.2006, n. 6585; Cass. 1.2.1999 n. 6; Cass. 19.6.2000 n. 448).

## 12 Legge regolatrice del processo

Il processo civile che si svolge in Italia è regolato dalla legge italiana.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Prove* (Reg. n. 1206/2001; Convenzione dell’Aja del 18.3.1970 sull’assunzione delle prove all’estero in materia civile o commerciale)

### SOMMARIO

1. Disciplina. – 1.1. Procura alle liti. – 1.2. Il regime delle prove.

**1. Disciplina.** – L’art. 12 è espressione del c.d. **principio di territorialità** il quale presenta due speculari profili: da un lato, la legge processuale di uno Stato ha un’efficacia limitata al territorio nazionale e, dall’altro, il processo che si svolge in uno Stato è necessariamente regolato dalle norme di diritto processuale di detto ordinamento (**c.d. *lex fori***). In sostanza, quindi, la legge processuale si pone al di fuori dei meccanismi propri del diritto internazionale privato, mancando l’esigenza di stabilire norme di conflitto che regolino la legge processuale applicabile. In questo senso la norma in esame ribadisce che ad un processo civile instaurato nel territorio italiano si applica la legge (processuale) italiana. Il principio in esame si fonda sulla natura eminentemente pubblicistica della legge processuale la quale regola un’attività propriamente pubblica (CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, p. 102; BARATTA, *sub art. 12*, in AA.VV., *Commento alla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato* – L. 31 maggio 1995, n. 218, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, 5/6, p. 1005 ss.). Infatti le norme di diritto processuale possono regolare tanto la formazione degli organi giurisdizionali quanto i modi di attuazione della legge, i diritti e doveri che si esplicano nel processo nonché gli effetti degli atti e fatti giuridici processuali. Rientrano ad esempio in tale ambito, fra le altre, le norme che regolamentano la **lingua del processo**, prevedendo nel nostro ordinamento l’uso della lingua italiana ex art. 122, co. 1, c.p.c., salvo il possibile ricorso alla lingua tedesca nella regione a statuto speciale del Trentino-Alto Adige (d.P.R. 31.8.1972 n. 670 e d.P.R. 15.7.1988 n. 574). Al riguardo, è interessante notare che la Corte di Cassazione ha affermato che la facoltà di utilizzare la lingua tedesca in

luogo dell’italiana è limitata esclusivamente ai cittadini italiani residenti nella provincia di Bolzano (Cass. 22.11.2012 n. 20715). Per l’effetto è stato dichiarato nullo l’atto introduttivo redatto in lingua tedesca di una cittadina di nazionalità tedesca non residente a Bolzano e, con esso, l’intero giudizio di primo grado (in considerazione del fatto che il convenuto non si era costituito e, pertanto, la nullità non poteva ritenersi sanata ex art. 156, co. 3, c.p.c.). Sulla questione il Tribunale di Bolzano ha sollevato domanda di pronuncia giurisdizionale alla Corte di Giustizia a seguito di una domanda di risarcimento instaurata in Italia da una cittadina tedesca. La Corte di Giustizia ha affermato che una normativa che limiti l’uso di una lingua potrebbe essere giustificata solo sulla base di considerazioni oggettive indipendenti dalla cittadinanza delle persone interessate e adeguatamente commisurate allo scopo legittimamente perseguito dall’ordinamento nazionale. Di qui la contrarietà agli artt. 18 e 21 TFUE di quelle norme che prevedono l’utilizzo di una lingua diversa da quella ufficiale dello Stato solo ai cittadini di quest’ultimo che siano residenti in questo stesso ente locale (C. giust. 27.3.2014, *Ulrike Elfriede Grauel Rüffer v. Katerina Pokorná*, C-322/13, ECLI:EU:C:2014:189).

**1.1. Procura alle liti.** – Il rapporto tra il luogo dove si svolge il processo e il luogo dove un singolo atto avente valore processuale viene posto in essere ha sollevato dubbi con riferimento alla legge in base alla quale valutare la validità della procura alle liti rilasciata all’estero. Sulla questione, il costante orientamento della Suprema Corte è nel senso di ritenere che la procura alle liti rientri nell’art. 12 e che pertanto, in presenza di un giudizio che si svolge in Italia, debba essere disciplinata dalla legge processuale

italiana (*lex fori*), sebbene risulti rilasciata all'estero. Peraltro la natura di atto pubblico o scrittura privata autenticata, richiesta ai fini della validità stessa, deve essere riscontrata ai sensi della c.d. *lex loci actus* (ovverosia la legge del luogo in cui l'atto è stato posto in essere) sempreché si tratti di istituti contemplati dall'ordinamento straniero e da esso disciplinati in maniera non contrastante con le linee fondamentali previste dall'ordinamento italiano (quali la dichiarazione del pubblico ufficiale che il documento è firmato in sua presenza da un soggetto di cui ha previamente accertato l'identità. Cass. 4.11.2015 n. 22559; Cass. 7.5.2014 n. 9862). Si noti, inoltre, che rispetto agli atti prodromici al processo – quale appunto la procura – si ritiene esistente un principio generale di traduzione in lingua italiana a mezzo di un esperto (Cass. 2.12.2013 n. 26937). Conseguentemente, è stata dichiarata nulla una procura speciale priva sia di traduzione che dell'attività certificativa del notaio (quest'ultima relativa all'identificazione del sottoscrittore e all'attestazione che la sottoscrizione è avvenuta in sua presenza) (Cass. 29.5.2015 n. 11165).

**1.2. Il regime delle prove.** – In mancanza di una espressa indicazione da parte del legislatore, particolarmente dibattuta risulta l'identificazione della legge applicabile in materia di prove. La questione è considerata di non facile soluzione a causa della natura duplice delle norme probatorie le quali presentano carattere sia processuale (come nel caso dei mezzi di assunzione) che sostanziale (si pensi alle presunzioni di diritto). Questa caratteristica fa sì che si possa ipotizzare, da un lato, l'applicabilità della legge italiana quale *lex fori* ai sensi dell'art. 12 e, dall'altro, l'applicabilità della c.d. *lex loci actus* nel caso in cui l'atto sia stato posto in essere all'estero (*amplius* v. BARATTA, *sub art. 12*, in AA.VV., *Commento alla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato – L. 31 maggio 1995, n. 218*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, 5/6, p. 1011 ss.). L'Unione Europea ha affrontato la

tematica in sede di Reg. n. 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (c.d. Roma I) e di Reg. n. 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (c.d. Roma II). Con riferimento al primo (**Roma I**), l'art. 18 distingue le norme che stabiliscono presunzioni legali o ripartiscono l'onere della prova (soggette alla legge che disciplina l'obbligazione contrattuale), da quelle attinenti all'ammissibilità dei mezzi di prova (che accanto alla *lex fori*, possono essere considerati con riferimento alla legge che disciplina la validità formale del contratto o dell'atto purché il mezzo adoperato possa essere impiegato davanti al giudice adito). Similmente, l'art. 22 del Regolamento **Roma II**, afferma che le presunzioni legali e il reparto dell'onere probatorio sono soggetti alla legge che disciplina l'obbligazione extracontrattuale, mentre gli atti giuridici possono essere provati non solo ai sensi della *lex fori* ma anche con qualsiasi mezzo ammesso dalla legge che disciplini i requisiti di validità dell'atto stesso sempreché il mezzo sia ammissibile davanti al giudice adito. Si segnala che al fine primario di garantire l'efficienza dei procedimenti giudiziari, è stato adottato il **Reg. n. 1206/2001** relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile o commerciale il quale disciplina le ipotesi in cui l'autorità di uno Stato necessita di assumere delle prove entro la giurisdizione di un altro Stato. Un tentativo in tal senso era già stato posto in essere dalla comunità internazionale con la **Convenzione dell'Aja del 18.3.1970 sull'assunzione delle prove all'estero** in materia civile o commerciale che al momento conta 61 stati membri. In ogni caso, in dottrina si è da più parti evidenziato che la questione non pare suscettibile di una soluzione unitaria (in questo senso MOSCONI, CAMPAGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2015, I, p. 159; CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, Torino, 2009, pp. 35-36).

## TITOLO III DIRITTO APPLICABILE

### CAPO I DISPOSIZIONI GENERALI

## 13 Rinvio

Quando negli articoli successivi è richiamata la legge straniera, si tiene conto del rinvio operato dal diritto internazionale privato straniero alla legge di un altro Stato: a) se il diritto di tale Stato accetta il rinvio; b) se si tratta di rinvio alla legge italiana.

L'applicazione del comma 1 è tuttavia esclusa: a) nei casi in cui le disposizioni della presente legge rendono applicabile la legge straniera sulla base della scelta effettuata in tal senso dalle parti interessate; b) riguardo alle disposizioni concernenti la forma degli atti; c) in relazione alle disposizioni del Capo XI del presente Titolo.

Nei casi di cui agli articoli 33, 34 e 35 si tiene conto del rinvio soltanto se esso conduce all'applicazione di una legge che consente lo stabilimento della filiazione.

Quando la presente legge dichiara in ogni caso applicabile una convenzione internazionale si segue sempre, in materia di rinvio, la soluzione adottata dalla convenzione.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Legge applicabile alle obbligazioni contrattuali* (Convenzione di Roma 19.6.1980) ✓ *Legge applicabile alle obbligazioni contrattuali* (Reg. CE 17.6.2008, n. 593 (Roma I)) ✓ *Legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali* (Reg. CE 11.7.2007, n. 864 (Roma II)) ✓ *Legge applicabile al divorzio e alla separazione personale* (Reg. UE 20.12.2010, n. 1259) ✓ *Legge applicabile in materia di regimi patrimoniali tra coniugi* (Reg. UE 24.6.2016, n. 1103) ✓ *Legge applicabile in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate* (Reg. UE 24.6.2016, n. 1104) ✓ *Legge applicabile alle obbligazioni alimentari* (Convenzione dell'Aja 2.10.1973) ✓ *Legge applicabile alle obbligazioni alimentari* (Protocollo dell'Aja 23.11.2007) ✓ *Legge applicabile in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori* (Convenzione dell'Aja 19.10.1996) ✓ *Legge applicabile in materia di successioni* (Reg. UE 4.7.2012, n. 650) ✓ *Conflitti di leggi in materia di cambiali e di vaglia cambiari* (Convenzione di Ginevra 7.6.1930) ✓ *Conflitti di leggi in materia di assegni bancari* (Convenzione di Ginevra 19.3.1931)

### SOMMARIO

#### 1. Accoglimento del rinvio. – 2. Limiti all'operatività del rinvio.

**1. Accoglimento del rinvio.** – Nell'ambito del diritto internazionale privato il termine "rinvio" può essere utilizzato **in senso ampio**, per indicare genericamente il richiamo operato dalle norme di conflitto ad una legge (materiale) straniera, ovvero **in senso stretto**, intendendosi con ciò il richiamo internazional-privatistico compiuto dalle norme di conflitto dell'ordinamento straniero designato dalle norme di conflitto del foro (BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato. Manuale breve*, Milano, 2017, p. 75), e tale è l'accezione a cui si riferisce l'art. 13, l. n. 218/1995. È evidente come la distinzione in questione, e dunque il problema di stabilire se il richiamo ad un ordinamento straniero, operato dalle nostre norme di conflitto, si riferisca alle sole norme materiali ovvero altresì alla normativa internazional-privatistica dello stesso, assuma rilevanza pratica soltanto quando quest'ultima non consideri competente a regolare la fattispecie il diritto del relativo ordinamento di appartenenza, bensì richiami a tal fine la legge di un altro Stato (BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato. Manuale breve*, cit., p. 76). Nel sistema di diritto internazionale privato previgente, l'art. 30 Preleggi sanciva un divieto generale ed assoluto del rinvio, in linea con la posizione di radicale esclusione in tal senso prevalentemente assunta in dottrina ed in giurisprudenza; soluzione cui peraltro si era attenuto anche l'originario disegno di legge di riforma (CONETTI, *sub art. 13*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, Torino, 2009, p. 42; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2017, I, p. 239). Ciò in considerazione del fatto che il meccanismo in questione introduce evidentemente un elemento di incertezza, sostituendo la valutazione ritenuta giusta dal diritto internazionale del foro circa l'ordinamento più idoneo a regolare la fattispecie con quella realizzata dalle norme di conflitto, almeno in partenza ignote, dell'ordinamento straniero richiamato (BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato. Manuale breve*, cit., p. 76 ss.). Abbandonate simili opposizioni di stampo teorico, la soluzione infine consacrata nell'attuale art. 13, l. n. 218/1995 rovescia completamente l'impostazione previgente, dando luogo ad un ampio **accoglimento del meccanismo del rinvio in senso stretto**, sebbene con la previsione di numerosi limiti ed eccezioni (CONETTI, *sub art. 13*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 42). Precisamente, la norma in esame ammette l'operatività del rinvio in due ipotesi: quella del c.d. **rinvio**

**altrove (o oltre) accettato**, che si ha quando le norme di conflitto dell'ordinamento straniero, richiamato dal diritto internazionale privato del foro, rinviano alla legge di un terzo Stato, che conferma la propria applicazione alla fattispecie, anche se in forza di un criterio di collegamento diverso da quello utilizzato dal richiamante, in tal senso accettando il rinvio; quella del c.d. **rinvio indietro**, quando cioè la normativa internazional-privatistica dell'ordinamento richiamato rinvii a sua volta, indietro, alla *lex fori*, ossia alla legge italiana. In quest'ultimo caso l'accoglimento del rinvio si conclude con l'applicazione alla fattispecie del diritto materiale italiano, interrompendo così l'interminabile catena di rimandi che, altrimenti, si verificherebbe tra i due ordinamenti (per un'applicazione giurisprudenziale v.: Trib. Pordenone 7.3.2002, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 1052) (BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato. Manuale breve*, cit., p. 77; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 238 ss.). Come anticipato sopra, è chiaro che, per quanto non espressamente indicato dalla norma, qualora l'ordinamento per primo richiamato non rinvii alla legge di un altro Stato ma confermi la propria competenza (c.d. **auto-rinvio**), non si pone il problema dell'operatività del rinvio in senso stretto, dovendo certamente il giudice italiano fare applicazione del diritto del medesimo ordinamento straniero (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 241). Ancora, nulla dice l'art. 13 in merito all'ipotesi di **mancata accettazione del rinvio altrove**, relativamente alla quale si sono proposte soluzioni alquanto divergenti in dottrina: l'opinione maggioritaria è quella per cui, in stretta aderenza al dato letterale, in tal caso il rinvio non opererebbe, di talché si dovrebbe semplicemente fare applicazione delle disposizioni materiali dell'ordinamento richiamato dalle nostre norme di conflitto (POCAR, *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, Milano, 1997, p. 33 ss.; MALATESTA, *Rinvio*, in BARATTA, *Diritto internazionale privato*, Milano, 2010, p. 427; BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato. Manuale breve*, cit., p. 77; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 241 ss.); tuttavia, ampiamente sostenuta è altresì la tesi per cui, non essendovi ragioni logiche per limitarsi ad una lettura restrittiva dell'art. 13, sarebbe più coerente tener conto anche dei rinvii successivi, fino a quando non si giunga ad un ordinamento che confermi l'applicazione del

proprio diritto, ovvero che rinvii indietro alla legge italiana, escludendo l'operatività del rinvio solo quando tali eventualità non si verificano (BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, 1996, p. 184 ss.; POCAR, *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, cit., p. 34; PICONE, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998, p. 157 ss.; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1999, p. 263; CONETTI, *sub art. 13*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 43). L'apertura al meccanismo del rinvio risponderrebbe, in definitiva, all'esigenza di favorire l'armonia delle soluzioni ai problemi internazional-privatistici nell'ambito dei vari ordinamenti collegati con la fattispecie, quale che sia il giudice adito. Non sempre, tuttavia, tale risultato viene adeguatamente raggiunto, essendo ciò possibile soltanto qualora il giudice del foro ragionasse esattamente come il giudice dell'ordinamento richiamato. Spesso, inoltre, il rinvio conduce all'esito negativo di compromettere la prevedibilità del diritto applicabile (BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato. Manuale breve*, cit., p. 77; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 241). È opportuno infine segnalare l'interferenza che si verifica tra il meccanismo del rinvio ed il fenomeno di **qualificazione** della fattispecie: la legge di riforma sancisce il principio per cui la legge straniera deve essere applicata ed interpretata dal giudice italiano secondo i criteri stabiliti dall'ordinamento di appartenenza (v. *sub art. 15*); ne deriva che, una volta operata la qualificazione della fattispecie alla luce della *lex fori* ed individuata la norma di conflitto del foro applicabile, dovendosi verificare l'operatività del rinvio a fronte di un richiamo ad un ordinamento straniero, il giudice italiano dovrebbe procedere ad una riquilibrata qualificazione della fattispecie alla luce delle categorie dell'ordinamento straniero richiamato, per sussumerla nell'ambito della pertinente norma di conflitto di quest'ultimo (si parla del c.d. **rinvio di qualificazione**) (BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato. Manuale breve*, cit., p. 79; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 244).

**2. Limiti all'operatività del rinvio.** – I commi successivi dell'art. 13 sanciscono ulteriori, importanti, **limitazioni** all'operatività del rinvio. Il co. 2, più precisamente, **esclude** il funzionamento del rinvio: *a*) quando la legge straniera sia richiamata per effetto di una **professio iuris** delle parti interessate (o della parte interessata), consentita dalle norme di conflitto del foro, poiché è evidente che, in tal caso, la volontà espressa dalle parti sia quella di conseguire l'applicazione al rapporto delle norme materiali della legge selezionata e sarebbe del tutto irrazionale, una volta riconosciuta tale possibilità di scelta, frustrare detta volontà consentendo il rinvio; *b*) in relazione alla legge regolatrice della **forma degli atti**, in quanto l'obiettivo perseguito in materia dal legislatore della riforma, attraverso il tipico meccanismo della previsione di plurimi criteri di collegamento tra loro alternativi, è quello di favorire la validità formale degli atti, che rischierebbe di essere vanificato dal funzionamento del rinvio, importando quest'ultimo maggiore incertezza nell'individuazione del diritto atto a consentire siffatto risultato (CONETTI, *sub art. 13*, in *Comm.*

*Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 43 ss.; MALATESTA, *Rinvio*, cit., p. 427 ss.; BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato. Manuale breve*, cit., p. 78; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 239 ss.); *c*) in materia di **obbligazioni non contrattuali**, posto che in tale ambito le norme di conflitto italiane adottano per lo più criteri incentrati sulla localizzazione della fattispecie, al fine di condurre all'applicazione materiale della legge ad essa più strettamente connessa (CONETTI, *sub art. 13*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 44; MALATESTA, *Rinvio*, cit., p. 428; BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato. Manuale breve*, cit., p. 78), ovvero criteri diretti a perseguire specifiche finalità materiali, come la protezione della parte debole del rapporto (MALATESTA, *Rinvio*, cit., p. 428); obiettivi, entrambi, che l'accoglimento del rinvio potrebbe frustrare. Il co. 3 dell'art. 13 prevede poi un caso di **funzionamento condizionato del rinvio**, stabilendo che questo operi in materia di **filiazione, legittimazione e riconoscimento di figlio**, di cui, rispettivamente, agli artt. 33, 34 e 35 della legge di riforma (si precisa che il primo e l'ultimo hanno subito modifiche rispetto alla stesura originaria, mentre l'art. 34 è stato abrogato) soltanto se conduca all'applicazione di una legge che consenta lo stabilimento della filiazione; si ritiene in particolare che in tal caso il rinvio, c.d. **in favorem**, sia ammissibile solo qualora nessuno dei collegamenti previsti dagli articoli menzionati garantisca il risultato voluto e che, tra tutti i rinvii ottenibili, sia da preferire quello che conduca al risultato più favorevole (PICONE, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, cit., p. 160 ss.; CONETTI, *sub art. 13*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 45; BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato. Manuale breve*, cit., p. 78). Il co. 4, infine, **pleonasticamente**, precisa che per le fattispecie regolate da **convenzioni internazionali** richiamate dalla l. n. 218/1995, in tal modo nazionalizzate, si debba seguire la soluzione in materia di rinvio dalle stesse prevista. La stessa conclusione vale ovviamente per le convenzioni applicabili **proprio vigore** (BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato. Manuale breve*, cit., p. 78). Si sottolinea, a tal riguardo, come la tendenza generalmente riscontrabile nei regimi convenzionali e comunitari sia quella di escludere l'operatività del rinvio in senso stretto: così avviene a norma della Convenzione di Roma del 1980 e del Reg. CE n. 593/2008 (c.d. Roma I), sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali; del Reg. CE n. 864/2007 (c.d. Roma II), in materia extracontrattuale; del Reg. UE n. 1259/2010, in tema di separazione e divorzio; dei più recenti Reg. UE n. 1103/2016, sui regimi patrimoniali tra coniugi, e Reg. UE n. 1104/2016, sugli effetti patrimoniali delle unioni registrate; della Convenzione dell'Aja del 1973 e del Protocollo dell'Aja del 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari; della Convenzione dell'Aja del 1996, salvo limitate eccezioni, in materia di responsabilità genitoriale e misure di protezione dei minori. Ammettono invece il rinvio il **Reg. UE n. 650/2012**, sulle successioni, nonché le **Convenzioni dell'Aja del 1930**, su cambiale e vaglia cambiario, e **del 1931**, sull'assegno bancario (BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato. Manuale breve*, cit., p. 79).

## 14 Conoscenza della legge straniera applicabile

L'accertamento della legge straniera è compiuto d'ufficio dal giudice. A tal fine questi può avvalersi, oltre che degli strumenti indicati dalle convenzioni internazionali, di informazioni acquisite per il tramite del Ministero di grazia e giustizia; può altresì interpellare esperti o istituzioni specializzate.

Qualora il giudice non riesca ad accertare la legge straniera indicata, neanche con l'aiuto delle parti, applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa. In mancanza si applica la legge italiana.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Ordinamento e funzioni degli uffici consolari* (d.lgs. 3.2.2011, n. 71) ✓ *Scambio di informazioni sul diritto straniero* (Convenzione di Londra 7.6.1968)

### SOMMARIO

1. Il principio *iura aliena novit curia*. – 2. I mezzi di accertamento. – 3. Impossibilità di accertamento del diritto straniero: rimedi.

**1. Il principio *iura aliena novit curia*.** – L'art. 14, co. 1, l. n. 218/1995 si ispira al principio *iura aliena novit curia*, disponendo chiaramente che l'**accertamento** del contenuto della legge straniera applicabile debba essere compiuto **d'ufficio** da parte del giudice; parimenti la norma in esame comporta il dovere del giudice di accertare, d'ufficio, le circostanze di fatto e di diritto, presenti nella fattispecie sottoposta alla sua attenzione, che possano assumere rilevanza quali criteri di collegamento e, quindi, comportare l'applicazione di norme di diritto internazionale privato (CARBONE, *sub art. 14*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, Padova, 1996, p. 61 ss.; CONETTI, *sub art. 14*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, Torino, 2009, p. 46). Il giudice assume quindi, nei confronti delle norme di diritto straniero richiamate dalle norme di conflitto italiane, la stessa posizione assunta rispetto alle norme nazionali, di talché entrambe risultano sottoposte al **medesimo trattamento processuale** (CARBONE, *sub art. 14*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 60; per la giurisprudenza v.: Cass. 12.11.1999 n. 12538; Cass. 30.5.2001 n. 7365; Cass. 17.11.2003 n. 17388; Cass. 24.6.2009 n. 14777). Alla luce della previsione in commento, si esclude con certezza che l'applicazione di una legge straniera sia subordinata all'iniziativa di una parte, diretta, appunto, a richiederla o a fornirne la conoscenza all'organo giudicante, superando così quel precedente indirizzo giurisprudenziale in tal senso orientato (per quest'ultimo v. Cass. 21.3.1980 n. 1906). Altra conseguenza di rilievo consiste nel fatto che la corretta individuazione ed applicazione della legge straniera, nonché la corretta rilevazione delle fattispecie che comportino la predetta applicazione, rappresentano **questioni di diritto**; l'errore del giudice in materia è pertanto ricorribile in Cassazione, integrando un'ipotesi di errata applicazione del diritto (CONETTI, *sub art. 14*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 47; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2017, I, p. 247 ss.; per la giurisprudenza v.: Cass. 21.4.2005 n. 8360). L'obbligo del giudice di procurarsi d'ufficio la conoscenza del diritto straniero applicabile incontra dei limiti: *a*) nel caso in cui si tratti di rapporti con riferimento ai quali le

norme di diritto internazionale privato riconoscono alle parti un potere dispositivo nella determinazione della legge applicabile; *b*) quando la disciplina sostanziale, ad essi relativa, si qualifica come derogabile dalle parti interessate alla sua applicazione. In tali casi sembra ragionevole riconoscere alle parti il potere di escludere qualsiasi intervento da parte del giudice in senso correttivo e/o integrativo dei loro comportamenti processuali, se convergenti ed inequivoci nel senso di evidenziare una loro sicura volontà di rendere applicabile una determinata disciplina al rapporto controverso o, comunque, di escludere al riguardo l'impegno di alcune circostanze, altrimenti rilevanti (CARBONE, *sub art. 14*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 63). Si precisa che la disposizione in esame trova applicazione in relazione non solo al diritto materiale, ma altresì al diritto internazionale privato straniero nell'ipotesi di rinvio in senso stretto (v. *sub art. 13*) (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 248 ss.).

**2. I mezzi di accertamento.** – Al fine di adempiere al potere-dovere di accertamento appena esaminato, ai sensi dello stesso co. 1 dell'art. 14, è riconosciuta al giudice la facoltà di avvalersi di **ogni mezzo idoneo** (Cass. 17.11.2003 n. 17388; Cass. 24.6.2009 n. 14777; Cass. S.U. 7.6.2012 n. 9189; Cass. 3.8.2017 n. 19428) ed in particolare, oltre ovviamente alla propria **scienza personale**, nonché agli **strumenti di acquisizione probatoria interni al processo**, ivi inclusa la consulenza tecnica (CARBONE, *sub art. 14*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 68; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 247), degli **ulteriori strumenti previsti dall'ordinamento italiano** (es. richiesta all'autorità consolare italiana all'estero, secondo quanto disposto dall'art. 52, lett. g, d.lgs. 3.2.2011, n. 71, che prevede espressamente la possibilità che i Consoli italiani all'estero rilascino attestazioni concernenti leggi e consuetudini del Paese ove risiedono; si precisa che la richiesta ad essi rivolta può solo riguardare il testo della legge straniera, scritta o consuetudinaria, e non anche altre questioni, come l'individuazione della legge straniera, la sua applicabilità ad una determinata fattispecie o la sua

interpretazione) ovvero da **convenzioni internazionali** (es. Convenzione di Londra del 7.6.1968), nonché delle informazioni acquisite tramite **istituzioni specializzate** (es. l'Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato o UNIDROIT) ed **esperti** (Trib. Venezia 6.7.1998, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 92), ovvero tramite il **Ministero della giustizia** (Cass. 11.12.2003 n. 18935). Nessuno dei mezzi indicati dalla norma in esame può essere trascurato dal giudice ai fini del raggiungimento del risultato di accertamento (CONETTI, *sub art. 14*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 47). Il co. 2 dell'art. 14 ammette inoltre la possibilità di una **collaborazione delle parti**, previsione posta nel rispetto del principio del contraddittorio, il che consentirebbe quindi di impedire al giudice di accertare ed applicare il diritto straniero senza aver consentito alle parti di esprimere adeguatamente le proprie valutazioni al riguardo; conseguenza ulteriore sarebbe la possibilità, per il giudice, di valutare negativamente l'atteggiamento processuale della parte che rifiuti ingiustificatamente la predetta collaborazione, quanto meno con riguardo alle materie relative ai diritti disponibili (CARBONE, *sub art. 14*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 69). Secondo un'altra opinione dottrinale, l'espedito di cui al co. 2 sarebbe da intendersi come sussidiario e residuale rispetto agli strumenti precedentemente individuati, difettando rispetto a questi delle caratteristiche di obiettività e neutralità, e nondimeno a cui ricorrere obbligatoriamente, prima di escludere l'accertabilità del diritto straniero, quando i mezzi predetti non portino ad un risultato conoscitivo adeguato (CONETTI, *sub art. 14*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 47).

**3. Impossibilità di accertamento del diritto straniero: rimedi.** – Quando, nonostante il ricorso a tutti i mezzi di accertamento suggeriti dall'art. 14, il giudice si trovi nell'impossibilità di conoscere il diritto straniero applicabile, a norma del co. 2 questi è tenuto ad accertare e, conseguentemente, ad applicare la legge straniera eventualmente richiamata dalla medesima normativa di conflitto attraverso l'impiego di **altri criteri di collegamento**. Tale soluzione si pone nell'intento di rispettare la caratteristica di estraneità della fattispecie, sottoposta all'attenzione del giudice, rispetto all'ordinamento italiano, garantendo l'applicazione di un'altra legge straniera ad essa connessa (CONETTI, *sub art. 14*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 47); a tal fine si tiene conto del modo di operare di numerose norme di conflitto, che prevedono più criteri di collegamento, in concorso successivo o alternativo tra loro, risultando così idonee a richiamare in sequenza diverse leggi straniere (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 248). È soltanto a fronte dell'impossibilità totale di accertare la legge straniera applicabile, stante l'inattuabilità dell'ipotesi rimediale appena esaminata, in presenza cioè di norme di conflitto monocratico, ovvero nonostante il ricorso alla stessa, che la parte finale del co. 2 prevede l'applicazione della **legge italiana**, quale *lex fori*, in deroga alla normativa di conflitto; *extrema ratio*, questa, che si impone per evitare l'esito inaccettabile di un diniego di giustizia (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 248). (Per un'analisi comparatistica in merito ai criteri di accertamento ed applicazione del diritto straniero nei sistemi internazional-privatistici nazionali in Europa v.: ESPLUGUES, IGLESIAS, PALAO, *Application of Foreign Law*, Sellier. European law publishers, 2011).

## 15 Interpretazione e applicazione della legge straniera

La legge straniera è applicata secondo i propri criteri di interpretazione e di applicazione nel tempo.

### SOMMARIO

1. Applicazione del diritto straniero. – 2. Il giudizio di costituzionalità.

**1. Applicazione del diritto straniero.** – Dal disposto dell'art. 15 l. n. 218/1995 si desume che le norme straniere, anche quando operanti nell'ordinamento italiano in virtù delle nostre norme di diritto internazionale privato, non devono essere inquadrate come fonti del diritto italiano, né, conseguentemente, interpretate sulla scorta dei principi del nostro ordinamento. La legge straniera richiamata rimane straniera e come tale deve essere applicata ed interpretata (BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, 1996, p. 22; CARBONE, *sub art. 15*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, Padova, 1996, p. 74; CONETTI, *sub art. 15*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, Torino, 2009, p. 48). Come palesato dalla norma in commento, la legge sopraccitata deve quindi essere applicata dal giudice italiano **come se fosse un giudice dello Stato cui la legge stessa appartiene**, facendo applicazione dei **canoni interpretativi generali** esistenti in quell'ordinamento, ed in particolare dei **criteri ermeneutici**, delle norme sulla **gerarchia delle fonti** e sull'**efficacia della legge nel tempo** dettati dalla legislazione straniera. Il diritto straniero deve dunque essere applicato

nella sua globalità e nella dimensione in cui esso si fa diritto vivente, senza tuttavia che ciò implichi un obbligo per il giudice di acquisire **fonti giurisprudenziali o dottrinarie** che corroborino l'una o l'altra delle possibili letture del testo normativo. Tale impostazione si giustifica, su un piano pratico, in ragione del fatto che nel sistema straniero potrebbe non essersi ancora formato o consolidato un orientamento giurisprudenziale o dottrinale sulla portata della norma da applicare e comunque un'attività di documentazione in tal senso, all'evidenza complessa e talora addirittura impossibile, rischierebbe sempre di essere insufficiente o incompleta o non aggiornata, così da condurre a risultati fuorvianti; su un piano logico, nella considerazione che una siffatta valorizzazione dell'interpretazione della legge nel Paese di riferimento postulerebbe in ogni caso l'attribuzione di un'efficacia vincolante al precedente nell'ambito di quell'ordinamento (Cass. 26.2.2002 n. 2791; Cass. 12.3.2014 n. 5708). Si precisa che la disposizione in esame trova applicazione in relazione non solo al diritto materiale, ma altresì al diritto internazionale privato straniero nell'ipotesi di rinvio in senso stretto (v. *sub art. 13*) (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Di-*

ritto internazionale privato e processuale, Torino, 2017, I, p. 250). (Per un'analisi comparatistica in merito ai criteri di accertamento ed applicazione del diritto straniero nei sistemi internazional-privatistici nazionali in Europa v.: ESPLUGUES, IGLESIAS, PALAO, *Application of Foreign Law*, Seller. European law publishers, 2011).

**2. Il giudizio di costituzionalità.** – A norma dell'art. 15, il giudice italiano, dovendo operare come il giudice straniero, deve altresì porsi il problema della **conformità della norma straniera da applicare rispetto alla Costituzione dello Stato di appartenenza**. È chiaro che, non potendosi inquadrare le norme straniere richiamate nell'ambito delle fonti italiane, non è possibile ricorrere innanzi alla Corte Costituzionale italiana affinché sia quest'ultima ad operare siffatto giudizio di costituzionalità. Più precisamente, dunque, la valutazione in questione può essere compiuta direttamente da parte del giudice italiano adito se, nel relativo ordinamento straniero, tale sindacato risulta affidato ad un controllo **diffuso**. Viceversa, se tale controllo di costituzionalità è **accentrato**, poiché riservato ad un'apposita

giurisdizione che si pronuncerà *erga omnes*, il giudice italiano deve tener conto dell'eventuale giudizio già operato all'interno di quell'ordinamento, ma, in mancanza, non può egli stesso provocarlo, mediante richiesta di pronuncia all'organo straniero preposto (CARBONE, *sub art. 14*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, Padova, 1996, p. 67; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1999, p. 292; CONETTI, *sub art. 15*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 48; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 250 ss.). Parte della dottrina assume una posizione di critica verso tale impostazione, evidenziando come alcuni Stati non prevedano, ad alcun livello, un simile ruolo di controllo sugli atti legislativi da parte dell'apparato giurisdizionale (es. Francia, Gran Bretagna), concludendo così per la soluzione di ammettere sempre la possibilità, per il giudice italiano, di operare il giudizio in questione (BADIALI, *Il ruolo del giudice sul controllo della costituzionalità delle norme straniere richiamate*, in *Riv. dir. int.*, 2006, III, p. 611 ss.).

## 16 Ordine pubblico

La legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico.

In tal caso si applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa. In mancanza si applica la legge italiana.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ **Salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali** (CEDU 4.11.1950) ✓ **Diritti del fanciullo** (Convenzione ONU di New York 20.11.1989) ✓ **Diritti umani** (Dichiarazione universale ONU 10.12.1984) ✓ **Unione Europea** (TUE) ✓ **Funzionamento dell'Unione Europea** (TFUE) ✓ **Diritti fondamentali dell'Unione Europea** (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) ✓ **Legge applicabile alle obbligazioni contrattuali** (Reg. CE 17.6.2008, n. 593 (Roma I)) ✓ **Legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali** (Reg. CE 11.7.2007, n. 864 (Roma II)) ✓ **Legge applicabile in materia di obbligazioni alimentari** (Reg. CE 18.12.2008, n. 4) ✓ **Legge applicabile al divorzio e alla separazione personale** (Reg. UE 20.12.2010, n. 1259) ✓ **Legge applicabile in materia di successioni** (Reg. UE 4.7.2012, n. 650) ✓ **Legge applicabile alle obbligazioni contrattuali** (Convenzione di Roma 19.6.1980)

### SOMMARIO

1. Funzionamento della clausola di ordine pubblico. – 2. Ordine pubblico interno e internazionale. – 3. L'ordine pubblico nel panorama comunitario.

**1. Funzionamento della clausola di ordine pubblico.** – L'art. 16, l. n. 218/1995 individua un limite fondamentale all'applicazione del diritto straniero, presente in tutti i sistemi di diritto internazionale privato (per una rassegna v.: LAGARDE, *Public Policy*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Tübingen-Boston, III, ch. 11, 1994), costituito dall'**ordine pubblico del foro**. Se infatti il nostro ordinamento, da un lato, attraverso le norme di diritto internazionale privato si apre ai valori giuridici esterni, dall'altro predispone strumenti diretti ad operare nella direzione opposta, e tale è appunto la clausola (o eccezione) di ordine pubblico, allo scopo di preservare l'armonia interna del medesimo, precludendo l'**applicazione** da parte del giudice italiano di quelle **norme straniere** che comportino la produzione di effetti incompatibili con i principi etici, economici, politici e sociali caratterizzanti essenzialmente l'ordinamento giuridico italiano (MOSCONI,

CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2017, I, p. 257). Nella medesima funzione, l'ordine pubblico è contemplato dalla legge di riforma altresì come limite al **riconoscimento delle sentenze** (v. *sub art. 64*, lett. g) e dei **provvedimenti stranieri** (v. *sub art. 65*). Si nota come l'art. 16, l. n. 218/1995 presenti una formulazione certamente più concisa rispetto a quella, più complessa ed infelice, di cui al previgente art. 31 Preleggi, eliminando ogni riferimento al "buon costume", nonché agli "atti di uno Stato estero", agli "ordinamenti", agli "atti di qualunque istituzione o ente" ed alle "private disposizioni", così evitando duplicazioni rispetto ad altre aree di operatività dell'ordine pubblico (CONETTI, *sub art. 16*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, Torino, 2009, p. 50; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 257 ss.). La clausola di ordine pubblico è destinata ad operare solo **successivamente** all'in-

dividuaione, da parte della norma di conflitto, della legge straniera materialmente applicabile. Ai fini della disapplicazione della legge in questione, il giudice non deve valutarne la (in)compatibilità con l'ordine pubblico guardando agli astratti contenuti generali della medesima, bensì è a questi richiesto di compiere un **giudizio concreto** delle **conseguenze**, verificando cioè se i risultati concreti, che deriverebbero nel nostro ordinamento dall'applicazione della norma straniera, debbano ritenersi intollerabili alla luce dei principi cardine dello stesso (BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1999, p. 303 ss.; CONTALDI, *Ordine pubblico*, in BARATTA, *Diritto internazionale privato*, Milano, 2010, p. 279; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 269 ss.). Sono dunque questi effetti applicativi a costituire l'elemento di raffronto con l'ordine pubblico, di talché può accadere che, nonostante l'apparente contrarietà risultante dalla lettera della norma straniera, i risultati pratici conseguibili con la stessa non siano ripugnanti, facendone così salva l'applicazione presso l'autorità giudiziaria italiana (CONETTI, *sub art. 16*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 51). Considerata la funzione di fondamentale importanza della clausola di ordine pubblico, di tutela dell'armonia interna all'ordinamento, l'accertamento ad essa sotteso deve essere compiuto d'**ufficio** da parte del giudice, anche nell'inerzia delle parti processuali (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 261). È da evidenziare come i principi integranti il limite in questione siano in continua evoluzione, al punto che si parla in tal senso di **relatività dell'ordine pubblico nel tempo e nello spazio**; l'individuazione degli stessi costituisce una **questione di diritto**, sindacabile in Cassazione (BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato. Manuale breve*, Milano, 2017, p. 88). Nelle ipotesi di operatività del rinvio in senso stretto (v. *sub art.13*) il giudizio di compatibilità con l'ordine pubblico investe anche le **norme di conflitto straniere** (CONETTI, *sub art. 16*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 51 ss.; BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato. Manuale breve*, cit., p. 88). Diversamente da quanto previsto in varie leggi di diritto internazionale privato, convenzioni internazionali e regolamenti comunitari, la norma italiana non richiede che l'incompatibilità con l'ordine pubblico del foro debba essere "manifesta"; in realtà tale espressione, presente nel progetto iniziale della Commissione ministeriale e poi eliminata in quanto ritenuta pleonastica, ha il solo significato di sottolineare l'eccezionalità dell'intervento della clausola di ordine pubblico, a fronte dunque non della mera diversità, ma dell'effettiva incompatibilità dei valori giuridici esteri rispetto a quelli del foro, sicché non può dirsi che nel nostro sistema internazional-privatistico il limite in questione presenti un diverso grado di rilevanza rispetto ai regimi sopramenzionati (CONETTI, *sub art. 16*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 51; CONTALDI, *Ordine pubblico*, cit., p. 274; BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato. Manuale breve*, cit., p. 85 ss.; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 261). L'attenzione verso un'applicazione moderata del limite ha costituito la base per lo sviluppo di una concezione di **ordine pubblico attenuato**, in virtù del quale, pur non essendo possibile per il giudice italiano costituire rapporti giuridici *ex novo* facendo applicazione di norme stra-

niere contrarie all'ordine pubblico, sarebbe possibile riconoscere presso il foro italiano gli effetti di quelle identiche situazioni giuridiche (in particolare *status* personali e familiari) che si siano già costituite nell'ordinamento di appartenenza (CONETTI, *sub art. 16*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 51; BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato. Manuale breve*, cit., p. 46 ss.). L'accertato contrasto della legge straniera con i principi irrinunciabili del foro comporta la totale **disapplicazione** della stessa da parte del giudice italiano, senza che a questi sia richiesto di compiere operazioni di adattamento del diritto straniero per eliminarne i profili di contrarietà (CONETTI, *sub art. 16*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 51). A fronte di tale circostanza, il co. 2 dell'art.16, in stretta analogia con quanto già previsto dalla legge di riforma per il caso di impossibilità di cognizione del diritto straniero (v. *sub art. 14*, co. 2), dispone che il giudice debba allora verificare la possibilità di applicazione di una diversa legge straniera in base agli **ulteriori**, eventuali, **criteri di collegamento** previsti dalla medesima norma di conflitto, e che solo in mancanza, ossia in assenza di tali criteri o nell'impossibilità di accertare il diritto così richiamato o ancora nel persistente conflitto con l'ordine pubblico del foro, trovi applicazione la **legge italiana** (Trib. Milano 17.7.2000, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, p. 659) (CONETTI, *sub art. 16*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 52; CONTALDI, *Ordine pubblico*, cit., p. 285; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 272). La scelta di relegare il subentro della *lex fori* ad un'ipotesi residuale risponde chiaramente allo scopo di evitare ricorsi di comodo, da parte dell'autorità giudiziaria italiana, all'eccezione di ordine pubblico (BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 311; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 272).

**2. Ordine pubblico interno e internazionale.** – Estremamente complessa è la definizione dell'ordine pubblico. Si tratta infatti di una nozione generica ed elastica, per le già citate caratteristiche di relatività nel tempo e nello spazio, in ordine alla quale ogni sforzo di concretizzazione in via certa ed esaustiva risulta difficile, se non addirittura impossibile; è un concetto funzionale, il cui contenuto si precisa in relazione alla funzione cui lo stesso è preordinato e che pertanto è inevitabilmente rimesso all'apprezzamento del giudice (FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, p. 9 ss.). Non è dunque possibile definire aprioristicamente i principi di ordine pubblico, ma è solo possibile procedere ad un'elencazione di quelli che sono stati considerati tali dalla giurisprudenza (BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 309). È da precisare, in ogni caso, come la nozione di ordine pubblico accolta dall'art. 16, l. n. 218/1995, quale limite internazional-privatistico all'ingresso nell'ordinamento del diritto straniero, sia quella del c.d. **ordine pubblico internazionale**, da distinguere rispetto al c.d. **ordine pubblico interno**. Precisamente, l'ordine pubblico internazionale individua quell'insieme di principi irrinunciabili, posti dalla Carta Costituzionale o, comunque, ancorché non desumibili dalla stessa, fondanti l'intero assetto ordinamentale, ivi inclusi i principi di derivazione internazionale e sovranazionale condivisi dalla comunità degli Stati (ad es. sanciti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950, nella Con-

venzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989, nei Trattati comunitari, nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, etc.), tali da caratterizzare l'atteggiamento dell'ordinamento stesso in un determinato momento storico e da formare il cardine della struttura giuridica, etica, sociale ed economica della comunità nazionale, che devono sempre essere rispettati, anche nell'ipotesi di applicazione di una legge straniera in fattispecie a portata **transnazionale**. L'ordine pubblico interno si compone invece di quelle norme imperative dell'ordinamento italiano che, sebbene non possano essere derogate dall'**autonomia privata** dei soggetti in situazioni meramente **interne**, possono tuttavia cedere il passo all'applicazione di una disposizione straniera, in un rapporto dotato di rilevanza internazionale-privatistica (sulla distinzione tra ordine pubblico interno ed internazionale, per la giurisprudenza v.: Cass. 13.12.1999 n. 13928; Cass. 6.12.2002 n. 17349; Cass. 26.11.2004 n. 22332; Cass. 7.12.2005 n. 26976; Cass. 23.2.2006 n. 4040; Cass. 26.4.2013 n. 10070; in particolare Cass. 28.12.2006 n. 27592; per la dottrina v.: BARILE, *Ordine pubblico (diritto internazionale privato)*, in *Enc. dir.*, Milano, XXX, 1980, p. 1106 ss.; BOSCHIERO, *sub art. 16*, in *Comm. Bariatti*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1996, p. 1046 ss.; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 304 ss.; FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, cit., p. 27 ss.; BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato. Manuale breve*, cit., p. 84 ss.; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 258); le norme che formano quest'ultimo, pertanto, esauriscono la loro funzione nell'ambito del diritto interno (FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, cit., p. 29). L'ordine pubblico internazionale ha dunque un contenuto più ristretto rispetto all'ordine pubblico interno, quale insieme delle norme non derogabili dai privati (BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 305); è evidente che, se il limite di cui all'art. 16 si identificasse nell'ordine pubblico interno appena descritto, le norme di conflitto risulterebbero sostanzialmente inutili, in quanto capaci di operare soltanto in presenza di falsi conflitti di leggi, ossia solo quando conducessero all'applicazione di norme materiali straniere aventi il medesimo contenuto di quelle della *lex fori* (Cass. 4.5.2007 n. 10215) (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 258). In passato, la dicotomia in questione è stata fortemente dibattuta, anche in ragione dell'ambiguo tenore letterale del previgente art. 31 Preleggi ed in assenza di qualificazioni legislative dell'ordine pubblico (v. sul punto: SPERDUTI, *Ordine pubblico internazionale e ordine pubblico interno*, in *Riv. dir. int.*, 1954, p. 82 ss.; PALAIA, *L'ordine pubblico "internazionale"*, *Problemi interpretativi sull'art. 31 delle disposizioni preliminari al codice civile*, Padova, 1974, p. 3 ss.; per la giurisprudenza v.: Cass. 15.3.1984 n. 2215); ancora, la distinzione è stata utilizzata dalla giurisprudenza, in termini del tutto criticabili ed in senso completamente diverso, per giustificare la diversa graduazione del limite a seconda della maggiore o minore intensità del collegamento della fattispecie con il foro (Cass. S.U. 8.1.1981, n. 189) (BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 306; CONTALDI, *Ordine pubblico*, cit., p. 276; FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, cit., p. 29 ss.). Oggi la distinzione tra ordine pubblico interno ed internazionale è pacificamente accolta.

### 3. L'ordine pubblico nel panorama comunitario. – La

clausola di ordine pubblico compare, oltre che in sistemi nazionali e convenzionali di diritto internazionale privato e processuale, altresì nei **regolamenti comunitari**, quali, in materia di legge applicabile: il Reg. n. 593/2008 (c.d. Roma I) sulle obbligazioni contrattuali (art. 21); il Reg. n. 864/2007 (c.d. Roma II), sulle obbligazioni extracontrattuali (art. 26); il Reg. n. 4/2009, sulle obbligazioni alimentari (art. 24); il Reg. n. 1259/2010, sul divorzio e sulla separazione personale (art. 12); il Reg. n. 650/2012, sulle successioni (art. 35). L'art. 21 del **Regolamento Roma I**, ad es., prevede che l'applicazione di una norma della legge di un Paese, designata dallo stesso Regolamento, possa essere esclusa solo quando tale applicazione risulti manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico del foro. Occorre innanzitutto evidenziare come tale disposizione, riprodotiva della formulazione dell'art. 16 della precedente Convenzione di Roma del 1980, non fornisca alcuna indicazione in merito alle **conseguenze dell'operatività dell'eccezione di ordine pubblico**. In tale circostanza, stante il silenzio del legislatore europeo, appare preferibile l'applicazione di un meccanismo analogo a quello di cui all'**art. 16, co. 2, l. n. 218/1995**, sostituendo la legge in contrasto con l'ordine pubblico con altra legge richiamata da ulteriori criteri di collegamento, ovvero, solo residualmente, con la *lex fori* (in tal senso, nel regime della Convenzione di Roma, v.: Cass. 11.11.2002 n. 15822; Cass. 9.5.2007 n. 10549) (FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, cit., p. 265 ss.; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 273 ss.). Si nota inoltre come il Regolamento richiami esplicitamente l'ordine pubblico del foro, omettendo qualsiasi riferimento ad un potenziale **ordine pubblico comunitario**, nonostante i suggerimenti di modifica in tal senso proposti dalla dottrina sulla precedente proposta della Commissione (FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, cit., p. 263 ss.). Ciò conformemente al fatto che un ordine pubblico dell'Unione Europea, composto dall'insieme dei valori giuridici fondamentali del sistema comunitario, non sarebbe in realtà ricostruibile nei termini di una categoria concettuale compiuta ed autonoma rispetto all'ordine pubblico degli Stati membri (CONTALDI, *Ordine pubblico*, cit., p. 277 ss.). La stessa Corte di Giustizia non ha mai fornito una definizione esaustiva di ordine pubblico comunitario, limitandosi piuttosto a qualificare specifici principi dell'ordinamento europeo come di ordine pubblico: così ad es. il diritto all'equo processo ed il diritto di difesa (C. giust. CE 28.3.2000, in causa C-7/98, *Krombach*; C. giust. CE 2.4.2009, C-394/07, *Gambazzi*), nonché le norme comunitarie in materia di concorrenza (C. giust. CE 1.6.1999, in causa C-126/97, *Eco Swiss*). La Corte menzionata, in particolare, se, da un lato, ha statuito che gli Stati contraenti restino in linea di principio liberi di determinare, conformemente alle loro concezioni nazionali, le esigenze del proprio ordine pubblico e che non spetti alla Corte definire il contenuto dell'ordine pubblico di uno Stato membro, dall'altro, ha affermato la propria competenza a sindacare i limiti entro i quali sia consentito, agli Stati membri, ricorrere all'ordine pubblico. La Corte ha inoltre dichiarato che certamente i giudici nazionali, nel valutare la compatibilità di leggi straniere con l'ordine pubblico, debbano considerare anche i valori e i principi superiori, comuni agli Stati membri stessi, riconosciuti nell'ordinamento comunitario (C. giust. CE 28.3.2000, in

causa C-7/98, *Krombach*). La Corte di Giustizia ha dunque scelto di non fornire un'interpretazione autonoma della nozione di ordine pubblico, che non ha ancora acquistato un contenuto unitario a livello europeo, ma conserva una primaria dimensione nazionale (FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, cit., p. 191 ss.); nondimeno non si può negare l'esistenza di principi fondamentali di origine comunitaria, in tal senso di ordine pubblico europeo, che **integrano** necessariamente i contenuti

dell'ordine pubblico del foro degli Stati membri e che **condizionano** altresì il **modo di operare** di quest'ultimo, per effetto del principio di preminenza del diritto dell'Unione Europea sul diritto nazionale (CONTALDI, *Ordine pubblico*, cit., p. 278 ss.; FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, cit., p. 82 ss.; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 265).

## 17 Norme di applicazione necessaria

È fatta salva la prevalenza sulle disposizioni che seguono delle norme italiane che, in considerazione del loro oggetto e del loro scopo, debbono essere applicate nonostante il richiamo alla legge straniera.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Matrimonio dello straniero nello Stato* (art. 116, co. 2, c.c.) ✓ *Condotta del genitore pregiudizievole ai figli* (art. 333 c.c.) ✓ *Tutela delle condizioni di lavoro* (art. 2087 c.c.) ✓ *Modificazioni alle norme sulla cambiale e sul vaglia cambiario* (r.d. 14.12.1933 n. 1669) ✓ *Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche* (d.lgs. 30.3.2001 n. 165) ✓ *Diritto del minore ad una famiglia* (l. 4.5.1983 n. 184) ✓ *Riduzione della penale* (art. 1384 c.c.) ✓ *Requisiti dell'oggetto del contratto* (art. 1346 c.c.) ✓ *Legge applicabile alle obbligazioni contrattuali* (Convenzione di Roma 19.6.1980) ✓ *Legge applicabile alle obbligazioni contrattuali* (Reg. CE 17.6.2008, n. 593 (Roma I)) ✓ *Unione Europea (TUE)* ✓ *Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE)* ✓ *Clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori* (Direttiva CEE 5.4.1993, n. 93/13) ✓ *Aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo* (Direttiva CEE 25.5.1999, n. 1999/44) ✓ *Coordinamento dei diritti degli Stati Membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti* (Direttiva CEE 18.12.1986, n. 86/653)

### SOMMARIO

1. La categoria delle norme di applicazione necessaria. – 2. Norme di applicazione necessaria straniera. – 3. Norme di applicazione necessaria e diritto comunitario.

**1. La categoria delle norme di applicazione necessaria.** – La norma in esame individua un ulteriore limite tradizionale all'applicazione del diritto straniero presso le autorità giudiziarie italiane, oltre cioè a quello dell'ordine pubblico (v. *sub art.* 16), costituito dalle c.d. **norme di applicazione necessaria del foro**, intendendosi per tali quelle norme materiali del nostro ordinamento che, in ragione del loro oggetto o dello specifico fine a cui tendono, debbono inderogabilmente applicarsi alle fattispecie da esse contemplate, sia che si tratti di rapporti giuridici meramente interni ovvero di situazioni a portata transnazionale, in quest'ultimo caso indipendentemente dal richiamo ad una legge straniera (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2017, I, p. 275). Più precisamente, le norme di applicazione necessaria operano in **deroga** al normale funzionamento delle stesse **norme di diritto internazionale privato** (come si evince dall'espressione "è fatta salva la prevalenza sulle disposizioni che seguono"), imponendo la propria applicazione a prescindere dall'individuazione, da parte delle norme di conflitto, della legge straniera eventualmente applicabile al rapporto e dunque indipendentemente dal contenuto di quest'ultima, anche se conforme o coincidente con la disciplina delle stesse; in tal senso, le norme di cui all'art. 17, l. n. 218/1995 integrano un **limite di tipo preventivo** all'applicazione del diritto straniero (CONETTI, *sub art.* 17, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, Torino, 2009, p. 53), con ciò differenziandosi dal modo di operare, in via suc-

cessiva, dell'ordine pubblico (v. *sub art.* 16) (Cass. 28.12.2006 n. 27592). Si precisa che l'effetto preclusivo non si estende alla restante disciplina straniera richiamata, non coperta dai contenuti della norma di applicazione necessaria (CONETTI, *sub art.* 17, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 53; BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato. Manuale breve*, Milano, 2017, p. 90); spesso, peraltro, tali norme si limitano a disciplinare aspetti del tutto circoscritti ed addirittura marginali di una fattispecie (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 280). È proprio in ragione di questo diverso funzionamento rispetto all'ordine pubblico che le norme di applicazione necessaria, a differenza di quest'ultimo, non sono previste dalla legge di riforma come limite autonomo al riconoscimento di decisioni straniere, sebbene possa ritenersi che i principi irrinunciabili della *lex fori* ad esse sottostanti siano assorbiti, in tale ambito, dalla nozione di ordine pubblico (BONOMI, *Norme di applicazione necessaria*, in BARATTA, *Diritto internazionale privato*, Milano, 2010, p. 236). L'art. 17, pur fornendo elementi di definizione della categoria delle norme di applicazione necessaria, non indica specificamente quali disposizioni materiali dell'ordinamento italiano vi rientrino; è dunque compito dell'interprete, e del giudice in particolare, identificarle (BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato. Manuale breve*, cit., p. 91; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 279), facendo applicazione di **criteri di tipo contenuti-**

**stico e teleologico**, che considerano unitamente l'intensità valutativa della disciplina, l'importanza della materia regolata in ragione di interessi generali da salvaguardare e la *ratio legis* (CONETTI, *sub art.* 17, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 54). Certamente le norme di applicazione necessaria debbono presentare i caratteri dell'**imperatività** e, dunque, dell'**inderogabilità per volontà delle parti private**; nondimeno non è questo un elemento sufficiente ad identificarle (Cass. 14.2.2013 n. 3646), dovendo essere distinte, similmente a quanto accade tra ordine pubblico internazionale ed interno (v. *sub art.* 16), rispetto alle c.d. **norme imperative interne o semplici**, ossia norme non derogabili dall'autonomia privata in fattispecie domestiche, ma la cui applicazione è normalmente esclusa quando il rapporto sia regolato da una legge straniera (BONOMI, *Norme di applicazione necessaria*, cit., p. 237). In via di massima può dirsi che le norme di applicazione necessaria sono quelle che esprimono l'esigenza di assoggettare tutte le situazioni dalle stesse considerate, che in qualche modo siano collegate con l'ordinamento giuridico italiano, ad una disciplina uniforme, posta dalle norme medesime, preservando la coerenza interna del nostro sistema giuridico (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 279). Non sempre esse si basano sui principi generali e fondamentali dell'ordinamento, rispondendo alcune ad esigenze, comunque ritenute irrinunciabili, di carattere strettamente pratico ed organizzativo: tali ad es. le norme relative agli orari di apertura dei negozi (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 276). Spesso le norme di applicazione necessaria vengono anche indicate come c.d. **funzionalmente autolimitate o spazialmente condizionate** (Cass. S.U. 5.7.2011, n. 14650), poiché puntualmente delimitano da sé il proprio ambito di applicazione (così ad es. stabilendo la propria applicazione nei confronti di tutti e soli i soggetti residenti in Italia); in realtà si tratta di una differente, sia pur finitima, categoria concettuale (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 276), potendo una norma presentare tale caratteristica pur non dovendo applicarsi a prescindere dal richiamo alla legge straniera, e tuttavia l'autolimitazione può spesso costituire un elemento indiziario della natura di applicazione necessaria della prescrizione (TREVES, *sub art.* 17, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, Padova, 1996, p. 85). Norme ad oggi indicate dalla **giurisprudenza** come di applicazione necessaria sono, ad es.: quelle richiamate dall'art. 116, co. 2, c.c. (Trib. min. Bologna 9.2.1990, in *Stato civile it.*, 1990, p. 410); l'art. 333 c.c. (Trib. min. Torino 23.2.1973, in *Dir. fam.*, 1973, p. 780; Trib. min. Napoli 3.4.1989, in *Riv. dir. int.*, 1990, p. 150); la normativa in materia di lavoro, salvo che i lavoratori distaccati siano tutelati in via analoga nello Stato di origine (C. giust. CE 19.6.2008, in causa C-319/06), ed in particolare la disciplina antinfortunistica italiana in base alla quale deve essere valutata la colpa per gli incidenti sul lavoro di dipendenti di ditte italiane avvenuti all'estero (Trib. Torino 20.7.2010, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 151); gli artt. 1 e 2 della legge uniforme sulla cambiale (App. Milano 5.3.1996, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1996, p. 343); le norme sull'accesso al pubblico impiego mediante concorso (App. Roma 10.3.2009, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 721); alcune norme sull'adozione legittimante di

minori di cui al titolo III della l. n. 184/1983 (v. *sub art.* 38, co. 1, l. n. 218/1995); l'art. 1384 c.c., sulla riducibilità della clausola penale eccessivamente onerosa (Trib. Rovereto 15.3.2007, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 179); l'art. 1346 c.c. (Trib. Napoli 13.7.2000, in *Riv. not.*, 2001, p. 1198) (BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato. Manuale breve*, cit., p. 91). Ulteriori qualificazioni in tal senso provengono dalla **dottrina** e riguardano, ad es.: norme sul diritto d'autore; norme c.d. di diritto pubblico dell'economia; norme sugli orari di apertura dei negozi e dei mercati; norme in materia di locazione di immobili urbani; norme relative ai controlli sanitari; norme che sanciscono divieti all'esportazione ed all'importazione di beni quali opere d'arte, armamenti e prodotti ad alta tecnologia; c.d. leggi uniformi di derivazione sovranazionale a contenuto imperativo, come le norme interne antitrust e la disciplina a tutela dei consumatori (BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato. Manuale breve*, cit., p. 91 ss.). È infine lo stesso **legislatore**, talvolta, a qualificare esplicitamente talune disposizioni come norme di applicazione necessaria, come, ad es., accade all'interno della stessa legge di riforma (v. *sub art.* 32 *ter*), sia pure, a volte, secondo un significato parzialmente diverso da quello accolto all'art. 17, indicando come tali norme che in realtà non si sostituiscono completamente a quelle straniere, ma si aggiungono, in via correttiva, a queste ultime (v. *sub art.* 33; art. 36 *bis*) (BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato. Manuale breve*, cit., p. 90 ss.).

**2. Norme di applicazione necessaria straniere.** – L'art. 17, l. n. 218/1995 prende in considerazione unicamente le norme italiane di applicazione necessaria, nulla stabilendo in merito alle norme, dotate delle medesime caratteristiche, proprie della legge straniera richiamata dalle nostre norme di conflitto, ovvero della legge di un diverso ordinamento che comunque presenti una qualche connessione con la fattispecie. La Relazione ministeriale si sofferma sulle **norme di applicazione necessaria della lex causae**, ammettendo la possibilità per il giudice italiano di riconoscerne il carattere imperativo in forza del principio per cui la legge straniera va applicata secondo i propri criteri di interpretazione (v. *sub art.* 15); è dunque possibile farne applicazione, essendo parte integrante del diritto materiale oggetto del richiamo internazionale-privatistico, purché nel rispetto dei relativi criteri di autolimitazione e fermo restando la possibilità di **disapplicarle** se incompatibili con l'**ordine pubblico internazionale del foro** (TREVES, *sub art.* 17, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 85 ss.; BONOMI, *Norme di applicazione necessaria*, cit., p. 240 ss.). La relazione si limita poi ad indicare come un "utile riferimento per l'interprete" la soluzione accolta dall'art. 7 della Convenzione di Roma del 1980, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, che riconosce all'autorità giudiziaria la possibilità di fare applicazione delle **norme di applicazione necessaria di un ordinamento terzo rispetto a quello richiamato**, che nell'ottica di quell'ordinamento dovrebbero applicarsi alla fattispecie, aprendo spazi per un apprezzamento discrezionale in tal senso da parte del giudice italiano (TREVES, *sub art.* 17, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 85 ss.; CONETTI, *sub art.* 17, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 55).

**3. Norme di applicazione necessaria e diritto comunitario.** – Il limite delle norme di applicazione necessaria del foro è fatto salvo anche dai regolamenti comunitari di diritto internazionale uniforme, prevalenti sulla l. n. 218/1995 nei rispettivi limiti di applicazione. Ad es., si occupa delle norme di applicazione necessaria l'**art. 9 del Reg. CE n. 593/2008 (c.d. Roma I)**, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, definendole come le "disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica, al punto da esigerne l'applicazione a tutte le situazioni che rientrano nel loro campo di applicazione, qualunque sia la legge applicabile al contratto secondo il presente regolamento", ispirandosi alla definizione precedentemente accolta dalla giurisprudenza comunitaria (C. giust. CE 23.11.1999, in causa C-369/96 e C-376/96, *Arblade e Leloup*) (FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, p. 285; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 275). La norma menzionata prosegue stabilendo che le disposizioni del Regolamento non pregiudicano l'applicazione delle **norme di applicazione necessaria del foro** (art. 9, § 2°, reg.), confermando la prevalenza delle stesse sul diritto designato dalle norme di conflitto comunitarie (BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato. Manuale breve*, cit., p. 93). Ancora, viene ammessa la possibilità per l'autorità giudiziaria di dare efficacia altresì alle **norme di applicazione necessaria dello Stato in cui l'obbligazione contrattuale debba essere o sia stata eseguita**, nella misura in cui queste rendano illecito l'adempimento (art. 9, § 3°, reg.). Più precisamente, dunque, possono essere valorizzate le norme di applicazione necessaria non di un qualsiasi Paese diverso da quello del foro, bensì del solo Stato del *locus destinatae solutionis* e nei soli termini indicati; viene inoltre chiarito che l'applicazione di tali norme è facoltativa ed è rimessa ad una valutazione discrezionale del giudice, tenendo conto della natura e dello scopo delle stesse, nonché delle conseguenze della relativa applicazione o mancata applicazione (FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, cit., p. 296 ss.; BAREL, ARMELLINI, *Diritto inter-*

*nazionale privato. Manuale breve*, cit., p. 94). Occorre poi evidenziare come, talvolta, sia il diritto comunitario ad opporsi all'operatività delle norme di applicazione necessaria nazionali, in ragione della prevalenza del primo sul diritto interno degli Stati membri: come chiarito dalla Corte di Giustizia (C. giust. CE 23.11.1999, in causa C-369/96 e C-376/96, *Arblade e Leloup*; C. giust. CE 15.3.2001, in causa C-165/98, *Mazzoleni*; C. giust. CE 30.9.2003, in causa C-167/01, *Inspire Art*; C. giust. CE 19.6.2008, in causa C-319/06), infatti, la mera qualificazione delle norme di uno Stato membro come irrinunciabili non esenta le stesse dal **rispetto dei principi comunitari**, sicché quando queste costituiscano un ostacolo all'esercizio delle libertà fondamentali sancite nei Trattati istitutivi, la loro applicazione può dirsi legittima soltanto quando riflettano un'esigenza imperativa nel rispetto del principio di proporzionalità (BONOMI, *Norme di applicazione necessaria*, cit., p. 242; FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, cit., p. 106 ss.; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 280 ss.). Infine, è altresì possibile ravvisare all'interno dello stesso diritto comunitario delle norme qualificabili come di applicazione necessaria (c.d. **norme comunitarie di applicazione necessaria**), dovendo applicarsi a prescindere dalla legge nazionale regolatrice del rapporto ed in deroga alla stessa scelta di legge eventualmente operata dalle parti private; norme di questo genere perseguono la finalità di garantire degli **standard minimi di tutela** all'interno del mercato comune, sicché viene meno l'esigenza di prevalenza quando la legge applicabile permetta di assicurare un risultato uguale o migliore (FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, cit., p. 124), e sono ravvisabili nelle varie direttive a protezione dei consumatori (ad es. l'art. 6, § 2°, della Direttiva CEE n. 93/13; l'art. 7, § 2°, della Direttiva CEE n. 1999/44) ed, ancora, nella Direttiva CEE n. 86/653, a tutela dell'agente commerciale in caso di cessazione anticipata del contratto (C. giust. CE 9.11.2000, in causa C-381/98, *Ingmar*; C. giust. CE 17.10.2013, in causa C-184/12, *Unamar*) (BONOMI, *Norme di applicazione necessaria*, cit., p. 243).

## 18 Ordinamenti plurilegislativi

Se nell'ordinamento dello Stato richiamato dalle disposizioni della presente legge coesistono più sistemi normativi a base territoriale o personale, la legge applicabile si determina secondo i criteri utilizzati da quell'ordinamento. Se tali criteri non possono essere individuati, si applica il sistema normativo con il quale il caso di specie presenta il collegamento più stretto.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Legge applicabile alle obbligazioni contrattuali* (Reg. CE 17.6.2008, n. 593 (Roma I)) ✓ *Legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali* (Reg. CE 11.7.2007, n. 864 (Roma II)) ✓ *Legge applicabile al divorzio e alla separazione personale* (Reg. UE 20.12.2010, n. 1259) ✓ *Legge applicabile in materia di successioni* (Reg. UE 4.7.2012, n. 650)

### SOMMARIO

1. Conflitti di leggi interne. – 2. Meccanismo sussidiario: il collegamento più stretto. – 3. Regolamenti comunitari.

**1. Conflitti di leggi interne.** – La disposizione in questione tiene conto del fatto che, all'interno degli ordinamenti na-

zionali, possono sussistere più legislazioni civilistiche, e dunque più discipline per uno medesimo rapporto, a causa

di una situazione di fatto territoriale, ovvero per la presenza di un gruppo sociale determinato, contraddistinto da una specifica religione o appartenenza etnica (CARBONE, *sub art. 18*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, Padova, 1996, p. 88 ss.). Si parla a riguardo dei c.d. **conflitti di leggi interne** e, specificamente, di **conflitti interlocali**, quando nelle varie zone territoriali in cui uno Stato è suddiviso vigono normative differenti (situazione riscontrabile nelle ipotesi di Stati federali, di Stati politicamente unitari ma legislativamente differenziati, ovvero di Stati in cui, a seguito, ad es., dell'annessione di nuovi territori, vigono temporaneamente normative differenti), e di **conflitti interpersonali**, quando in un medesimo ordinamento vigono contemporaneamente più legislazioni, ciascuna tuttavia applicabile soltanto ad una determinata categoria di persone (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2017, I, p. 252). Per far fronte all'ipotesi in cui le norme di conflitto italiane richiamino nel suo insieme un simile ordinamento plurilegislativo, ponendosi il problema di determinare quale tra le molteplici leggi in esso coesistenti il giudice italiano debba materialmente applicare alla fattispecie concreta, l'art. 18, co. 1, l. n. 218/1995 prevede, come soluzione principale, che si faccia riferimento ai **criteri utilizzati all'interno dello stesso ordinamento richiamato** per la soluzione del conflitto di legge interna, dunque alle apposite relative norme di diritto interlocale o interpersonale. La Relazione ministeriale chiarisce che i criteri secondo cui l'ordinamento complessivo distribuisce le varie fattispecie tra i sotto-ordinamenti possono essere esplicitamente previsti dal legislatore straniero, o semplicemente elaborati dalla giurisprudenza e messi in luce dalla dottrina, modellandosi spesso sul sistema di diritto internazionale privato dello Stato nel suo complesso (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 254). Il giudice italiano può tener conto di tali criteri anche quando questi rinviino non ad un sotto-ordinamento all'interno dell'ordinamento plurilegislativo richiamato, bensì all'ordinamento di uno Stato terzo, purché nel rispetto dei limiti previsti per l'accoglimento del **rinvio in senso stretto** (v. *sub art. 13*) (CONETTI, *sub art. 18*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, Torino, 2009, p. 58; FUMAGALLI, *Rinvio ad ordinamenti plurilegislativi*, in BARATTA, *Diritto internazionale privato*, Milano, 2010, p. 436; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 254).

**2. Meccanismo sussidiario: il collegamento più stretto.** – Il co. 2 dell'art. 18 prevede un **meccanismo sussidiario**, disponendo che, nell'ipotesi in cui il giudice italiano non riesca a stabilire il modo in cui l'ordinamento straniero provvede a determinare la legislazione interna applicabile in specie, si applichi il sistema normativo con il quale la

fattispecie presenti il **collegamento più stretto**. La norma riconosce un certo margine di **discrezionalità** all'autorità giudiziaria, essendo affidato a quest'ultima il compito di ricostruire il suddetto collegamento più stretto, prendendo in considerazione, a tal fine, le circostanze del caso concreto e tutti gli elementi che ritenga significativi. Non si esclude, in tal senso, la possibilità di valorizzare i criteri di collegamento fatti propri dalle norme di conflitto italiane (CONETTI, *sub art. 18*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 58; FUMAGALLI, *Rinvio ad ordinamenti plurilegislativi*, cit., p. 436). Si discute in dottrina sulla possibilità, ammessa in relazione alla disposizione di cui al comma precedente, di rinviare alla legge di un ordinamento terzo ai sensi dell'art. 18, co. 2 (in senso contrario v.: CARBONE, *sub art. 18*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 93; CONETTI, *sub art. 18*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 58; in senso favorevole v.: RICCI, *Il richiamo di ordinamenti plurilegislativi nel diritto internazionale privato*, Padova, 2004, p. 143 ss.; FUMAGALLI, *Rinvio ad ordinamenti plurilegislativi*, cit., p. 437). Evidentemente, la soluzione qui accolta dal legislatore della riforma, sia pure con inevitabili indeeterminatezze, consente di essere maggiormente aderente alle specificità del caso concreto (CARBONE, *sub art. 18*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 93).

**3. Regolamenti comunitari** – Si segnala come diverse, rispetto all'art. 18, l. n. 218/1995, siano le soluzioni adottate dal legislatore comunitario per l'ipotesi di richiamo di ordinamenti plurilegislativi nei più recenti regolamenti di uniformazione delle norme di conflitto, prevalenti, nei rispettivi limiti di applicazione, sulla legge internazionalprivatistica italiana. Precisamente, l'art. 22 del **Reg. CE n. 593/2008 (c.d. Roma I)** ed ugualmente l'art. 25 del **Reg. CE n. 864/2007 (c.d. Roma II)**, se da un lato non considerano l'ipotesi di conflitto interpersonale, dall'altro stabiliscono che, qualora uno Stato si componga di più unità territoriali, ciascuna con una propria normativa, ogni unità territoriale debba essere considerata come Paese a sé stante ai fini della determinazione della legge applicabile. Per tale via, i criteri di collegamento accolti dalle relative norme di conflitto acquisiscono diretta capacità di localizzazione territoriale ed irrilevanti divengono le eventuali norme di conflitto interlocale proprie dell'ordinamento plurilegislativo richiamato (FUMAGALLI, *Rinvio ad ordinamenti plurilegislativi*, cit., p. 438). Più complesse ed articolate sono invece le disposizioni di cui agli artt. 13-14 del **Reg. UE n. 1259/2010** ed agli artt. 36-37 del **Reg. UE n. 650/2012**, che si preoccupano di disciplinare anche il caso di richiamo ad ordinamenti plurilegislativi a base personale (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 256).

## 19 Apolidi, rifugiati e persone con più cittadinanze

Nei casi in cui le disposizioni della presente legge richiamano la legge nazionale di una persona, se questa è apolide o rifugiata si applica la legge dello Stato del domicilio o, in mancanza, la legge dello Stato di residenza.

Se la persona ha più cittadinanze, si applica la legge di quello tra gli Stati di appartenenza con il quale essa ha il collegamento più stretto. Se tra le cittadinanze vi è quella italiana, questa prevale.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ **Statuto dei rifugiati** (Convenzione di Ginevra 28.7.1951) ✓ **Statuto degli apolidi** (Convenzione di New York 28.9.1954) ✓ **Divieto di discriminazione in base alla nazionalità** (art. 18 TFUE)

### SOMMARIO

#### 1. Apolidi e rifugiati. – 2. Pluricittadinanza.

**1. Apolidi e rifugiati.** – In considerazione dell'evidente rilevanza attribuita dal sistema internazional-privatistico della l. n. 218/1995 all'elemento della **cittadinanza**, quale criterio di collegamento principale, il legislatore della riforma si è preoccupato, all'art. 19 della stessa legge, di porre soluzione ad una serie di situazioni in cui, dovendosi fare applicazione del criterio di collegamento citato, emergano delle criticità (CLERICI, *sub art. 19*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, Padova, 1996, p. 95 ss.). Il co. 1 dell'art. 19, innanzitutto, equipara la situazione propria dei **rifugiati**, i quali pur avendo cessato ogni rapporto con il proprio Stato di appartenenza potrebbero aver mantenuto formalmente la relativa cittadinanza, a quella di totale carenza della qualità di cittadino (**apolidia**); ciò trova giustificazione nell'assenza di effettività nella cittadinanza dei rifugiati, nonché nelle difficoltà pratiche di avvalersi della stessa una volta interrotti i rapporti con lo Stato di origine. In entrambi i casi è prevista la sostituzione del criterio della cittadinanza con quello del **domicilio** o, in mancanza, con quello della **residenza**. Si precisa che la norma in esame costituisce in realtà una conforme riformulazione delle norme, già precedentemente operanti nell'ordinamento italiano, di cui alla **Convenzione di Ginevra del 1951**, sullo statuto dei rifugiati, ed alla **Convenzione di New York del 1954**, sullo statuto degli apolidi; se, tuttavia, tali regole pattizie operavano al solo scopo di individuare la legge applicabile allo statuto personale di rifugiati ed apolidi, l'art. 19 l. n. 218/1995, non contenendo alcun riferimento in tal senso, non si applica solo in tale materia, ma in tutti i casi in cui le norme di conflitto italiane facciano ricorso al criterio della cittadinanza (CLERICI, *sub art. 19*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 96 ss.; CONETTI, *sub art. 19*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, Torino, 2009, p. 59). Si nota, inoltre, come, ai sensi dell'art. 19, la qualità di rifugiato o di apolide non debba essere valutata secondo i parametri previsti dalle Convenzioni di cui sopra, bensì sulla base della legge dello Stato di domicilio o di residenza, quale *lex causae*, che si intenda applicare. Ne consegue la possibilità che la norma di funzionamento italiana trovi applicazione anche nei confronti di rifugiati o apolidi esclusi dall'ambito delle suddette Convenzioni (CLERICI, *sub art. 19*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 97; CONETTI, *sub art. 19*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 60; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2017, I, p. 218). Si precisa che altresì la qualificazione dei criteri di collegamento di cui all'art. 19, co. 1, deve essere condotta sulla base della *lex causae*, con conseguente possibilità di individuare il domicilio o la residenza sulla base della *lex fori* soltanto quando l'individuo risulti per tale via collegato con lo Stato italiano (CLERICI, *sub art. 19*, in *Comm.*

*Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 97).

**2. Pluricittadinanza.** – Il co. 2 dell'art. 19 prevede innanzitutto che, nel caso in cui un soggetto abbia **più cittadinanze straniere**, si applichi la legge di quello tra gli Stati, di cui il soggetto abbia la nazionalità, con cui quest'ultimo abbia il **collegamento più stretto**. Si fa così ricorso ad un criterio strettamente analogo a quello già previsto dal precedente art. 18, co. 2 (v. *sub art. 18*) (CLERICI, *sub art. 19*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 101), rimettendo alla discrezionalità del giudice l'individuazione e la valutazione degli elementi comprovanti il suddetto collegamento più stretto. In particolare, ai fini della determinazione della c.d. **cittadinanza effettiva o prevalente**, possono venire in rilievo il domicilio o la residenza della persona, la durata, la continuità e l'attualità degli stessi, nonché altri elementi di fatto o di diritto significativi quali, ad es., la lingua parlata ed il comportamento complessivo del soggetto (CLERICI, *sub art. 19*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 101; CONETTI, *sub art. 19*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 60; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 220). Per il caso in cui, tra le molteplici cittadinanze possedute dal soggetto, vi sia anche quella **italiana**, la parte seconda dell'art. 19, co. 2, in deroga alla soluzione accolta nel periodo precedente, impone sempre la **prevalenza** di quest'ultima e, conseguentemente, l'applicazione della legge italiana. Se, da un lato, tale norma risponde ad un consolidato indirizzo giurisprudenziale (Cass. 25.2.1993 n. 2311) e trova giustificazione nel fatto che risulterebbe forzato sottoporre ad una legge straniera, in virtù del criterio della cittadinanza, un soggetto comunque considerato cittadino italiano dal nostro ordinamento (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 219), dall'altro, profonde critiche sono state mosse dalla dottrina, risultando incoerente l'applicazione esclusiva della legge italiana ad un pluricittadino, ancorché in assenza di collegamenti significativi con il nostro ordinamento, con esclusione, invece, della legge dello Stato di cittadinanza effettiva: ciò può accadere, ad es., per la seconda generazione di italiani all'estero, nati e residenti nello Stato straniero e privi dunque di qualsiasi connessione con lo Stato italiano al di fuori dell'elemento formale della cittadinanza (CLERICI, *sub art. 19*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 102; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1999, p. 276; BARIATTI, *Cittadinanza*, in BARATTA, *Diritto internazionale privato*, Milano, 2010, p. 47). È da precisare come tale meccanismo abbia subito un **ridimensionamento**, non potendo trovare applicazione in caso di concorso di cittadinanze di Stati membri

dell'Unione Europea, a fronte delle pronunce della **Corte di Giustizia**, con cui si è dichiarata la contrarietà delle norme nazionali, che prevedano la prevalenza della cittadinanza del foro, con i **principi comunitari di non discriminazione in base alla nazionalità**, oggi sanciti all'art. 18 TFUE (C. giust. CE 2.10.2003, in causa C-148/2002, *Garcia Avello*; conformemente, per la giurisprudenza italiana, v.: Cass. S.U. 9.1.2011 n. 1) (BARIATTI, *Cittadinanza*, cit., p. 49 ss.; BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato. Manuale breve*, Milano, 2017, p. 95; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 219 ss.). Parimenti, risultando dalla giurisprudenza comunitaria che uno Stato membro non sia legittimato a limitare gli effetti dell'attribuzione della cittadinanza di un altro Stato membro, in particolare mediante la pretesa di un requisito ulteriore per il riconoscimento di tale cittadinanza ai fini dell'esercizio delle libertà fondamentali previste dal Trattato (C. giust. CE 7.7.1992, in causa C-369/90, *Micheletti*; C. giust. CE 2.10.2003, in causa C-148/02, *Garcia Avello*; C. giust. CE 19.10.2004, in causa C-200/02, *Zhu e Chen*), anche il criterio del collegamento più stretto non potrebbe in questi termini trovare applicazione nei confronti del soggetto pluricittadino avente anche la cittadinanza di uno Stato membro dell'Unione Europea (BARIATTI, *Cittadinanza*, cit., p. 48 ss.). Infine,

occorre evidenziare come, se non si pongono difficoltà all'applicazione dell'art. 19 quando il criterio della cittadinanza è impiegato in relazione ad un singolo individuo, fatto salvo quanto fin qui esposto, maggiori perplessità sorgono quando le norme di conflitto richiamino la **legge nazionale comune a più persone**, come accade in materia di rapporti tra coniugi (v. *sub* artt. 29-30) o di adozione (v. *sub* artt. 38-39). In tali casi l'art. 19 non opererebbe, sicché, quando anche uno solo dei soggetti coinvolti fosse apolide o rifugiato, dovrebbe farsi applicazione dei criteri di collegamento successivi previsti dalla norma di conflitto; nell'ipotesi di pluricittadinanza, potrebbe farsi applicazione del criterio della cittadinanza comune quando tale sia una soltanto; viceversa, in mancanza di una cittadinanza comune ovvero quando ve ne sia più di una, si dovrebbe ricorrere, come sopra, ai criteri di collegamento successivi (così, ad es., a norma dell'art. 29, co. 2, l. n. 218/1995, dovrebbe applicarsi la legge del luogo in cui la vita matrimoniale risulta prevalentemente localizzata). Certamente è esclusa in tali situazioni la prevalenza della cittadinanza italiana ai sensi dell'art. 19, co. 2, parte seconda (Trib. Venezia 14.11.1996, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, p. 158) (BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato. Manuale breve*, cit., p. 96; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 220 ss.).

## CAPO II

### CAPACITÀ E DIRITTI DELLE PERSONE FISICHE

## 20 Capacità giuridica delle persone fisiche

La capacità giuridica delle persone fisiche è regolata dalla loro legge nazionale. Le condizioni speciali di capacità, prescritte dalla legge regolatrice di un rapporto, sono disciplinate dalla stessa legge.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Capacità giuridica* (art. 1 c.c.)

### SOMMARIO

1. Criterio di collegamento: nazionalità. – 2. Ambito di applicazione. – 3. Capacità giuridica ed ordine pubblico. – 4. Le condizioni speciali di capacità.

**1. Criterio di collegamento: nazionalità.** – L'art. 20, l. n. 218/1995 dedica un'apposita norma all'individuazione della legge applicabile in materia di **capacità giuridica delle persone fisiche**, prevedendo, quale criterio di collegamento, quello della **nazionalità** delle stesse: è la legge nazionale della persona a disciplinare i requisiti per l'idoneità di quest'ultima ad essere titolare di situazioni giuridiche in generale ed è la medesima legge a dettare la regolamentazione relativa alle modifiche della capacità giuridica. Parimenti, anteriormente alla riforma, l'art. 17 Preleggi sottoponeva "lo stato e la capacità delle persone" alla disciplina della rispettiva legge nazionale; la relativa formulazione, tuttavia, risultava eccessivamente generica, non essendo specificato se il riferimento valesse tanto per la capacità giuridica quanto per la capacità di agire, con il conseguente sviluppo di diverse interpretazioni tra loro discordanti. La legge di riforma ha permesso il superamen-

to di tali problematiche, distinguendo chiaramente tra capacità giuridica e capacità di agire (v. *sub* art. 23) (DI BLASE, *sub* art. 20, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, Padova, 1996, p. 106; ANNIBALE, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato* (Legge 31 maggio 1995, n. 218), Padova, 1997, p. 134 ss.).

**2. Ambito di applicazione.** – Ai sensi della norma in commento, precisamente, per capacità giuridica si intende l'idoneità della persona a divenire titolare di diritti, di obblighi e di altre situazioni giuridiche soggettive (BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1999, p. 319). Si ritiene che alla materia della capacità giuridica, di cui all'art. 20, l. n. 218/1995, e dunque alla relativa disciplina internazional-privatistica, siano riconducibili anche gli aspetti dell'**esistenza in vita della persona e**

dell'identità personale, trattandosi di questioni preliminari alla titolarità di situazioni giuridiche (BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 319; TONOLO, *sub art. 20*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, Torino, 2009, p. 66). La prova della nascita e dell'identità personale di un soggetto deve quindi essere data mediante atti dello stato civile e documenti di riconoscimento rilasciati dal Paese di cui l'interessato abbia la cittadinanza. La prova della morte, se non avvenuta in Italia, dev'essere data in base agli atti dello stato civile del luogo in cui è avvenuta, purché riconosciuti dalla legge nazionale del soggetto deceduto (ANNIBALE, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato (Legge 31 maggio 1995, n. 218)*, cit., p. 135 ss.; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 320 ss.).

**3. Capacità giuridica ed ordine pubblico.** – Il riconoscimento della capacità giuridica ad ogni persona vivente rappresenta un principio fondamentale dell'ordinamento giuridico italiano, sicché le norme che disciplinano la suddetta capacità integrano il limite internazionale-privatistico dell'**ordine pubblico** (v. *sub art. 16*); la conseguenza è quella per cui non potrebbe essere riconosciuta efficacia a disposizioni o provvedimenti di un ordinamento giuridico straniero che escludessero totalmente tale capacità, o la limitassero in maniera incompatibile con l'ordine pubblico italiano, nel qual caso, non essendo contemplati ulteriori criteri di collegamento, la capacità giuridica andrebbe disciplinata conformemente alla legge italiana e, più precisamente, a norma dell'art. 1 c.c. (DI BLASE, *sub art. 20*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 107; TONOLO, *sub art. 20*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 66). Si ritengono non incompatibili con l'ordine pubblico le disposizioni di legge straniera che, per l'attribuzione della capacità giuridica, richiedano la sopravvivenza del neonato per un periodo di tempo estremamente breve (LOTTI, *sub L. 218/1995*, n. 218, in *Comm. Cendon*, Milano, 2009, I, p. 385; per una ricostruzione sugli ordinamenti che adottano tale soluzione v. UBERTAZZI, *La capacità delle persone fisiche nel diritto internazionale privato*, Padova, 2006, p. 152 ss.).

**4. Le condizioni speciali di capacità.** – La seconda parte della norma in esame sottrae al criterio di collegamento della cittadinanza, previsto in via generale per l'individuazione della legge applicabile in materia di capacità giuridica, la disciplina delle **condizioni speciali di capacità**, prescritte

per la titolarità di posizioni giuridiche attive o passive in relazione ad istituti o rapporti determinati, assoggettandole alla **stessa legge regolatrice dell'istituto o del rapporto** in questione, quale *lex causae* (DI BLASE, *sub art. 20*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 107; ANNIBALE, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato (Legge 31 maggio 1995, n. 218)*, cit., p. 136; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 322; TONOLO, *sub art. 20*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 67). Così, a titolo esemplificativo, si ritiene che la capacità di ricevere per donazione o per successione, nonché le eventuali indegnità in materia, siano soggette alla legge di disciplina, rispettivamente, della donazione (v. *sub art. 56*) e della successione *mortis causa* (v. *sub art. 46*) (DI BLASE, *sub art. 20*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 109; TONOLO, *sub art. 20*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 68). Tale soluzione si spiega per il fatto che spesso le capacità speciali sono così strettamente connesse alla materia cui si riferiscono da non poter essere dissociate dalla disciplina della stessa senza il rischio di generare incertezze e contraddizioni, rendendo dunque necessaria una regolamentazione uniforme (TONOLO, *sub art. 20*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 68). La previsione appena esaminata deve poi essere integrata con una serie di altre disposizioni, contenute nella stessa legge di riforma, che, in deroga all'art. 20, seconda parte, adottano appositi criteri di collegamento per la disciplina di particolari capacità, principalmente rinviando alla **legge nazionale** del soggetto; ciò accade per la **capacità di contrarre matrimonio** (v. *sub art. 27*), per la **capacità di effettuare il riconoscimento del figlio** (v. *sub art. 35*, co. 2), per la **capacità di adottare** (v. *sub art. 38*) e per la **capacità di testare** (v. *sub art. 47*), in ragione del fatto che, in tali ipotesi, la necessità di regolare le condizioni di capacità o di incapacità si pone in vista di esigenze fondamentali legate alla situazione del soggetto, piuttosto che non al rapporto, che talvolta deve ancora instaurarsi (DI BLASE, *sub art. 20*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 108 ss.; TONOLO, *sub art. 20*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 69 ss.). In altri termini, nelle suddette fattispecie la capacità si configura come una qualità inerente alla persona e non come un elemento integrativo del rapporto (DI BLASE, *sub art. 20*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 109).

## 21 Commorienza

Quando occorre stabilire la sopravvivenza di una persona ad un'altra e non consta quale di esse sia morta prima, il momento della morte si accerta in base alla legge regolatrice del rapporto rispetto al quale l'accertamento rileva.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Commorienza* (art. 4 c.c.) ✓ *Norme per l'accertamento dei decessi avvenuti per causa del terremoto del 28.12.1908* (r.d. 17.1.1909, n. 23) ✓ *Legge applicabile in materia di successioni* (Reg. UE 4.7.2012, n. 650)

### SOMMARIO

1. Deroga al criterio della nazionalità. – 2. Critiche. – 3. Commorienza e norme di applicazione necessaria. – 4. Reg. UE 4.7.2012, n. 650.

**1. Deroga al criterio della nazionalità.** – A norma dell'articolo che precede risulta che la capacità giuridica di una persona fisica, e con essa le questioni concernenti l'inizio ed il termine dell'esistenza in vita della medesima, sono disciplinate dalla **legge nazionale** della persona di cui si tratta (v. *sub art.* 20). In deroga a tale previsione generale, l'art. 21 della legge di riforma fa rinvio alla **legge regolatrice del rapporto**, rispetto al quale si renda necessario l'accertamento di premorienza, per la disciplina di fattispecie di commorienza (DI BLASE, *sub art.* 21, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, Padova, 1996, p. 110; TONOLO, *sub art.* 21, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, Torino, 2009, p. 72). Così, a titolo esemplificativo, qualora, a fini successori, si ponga l'esigenza di stabilire quale, tra più persone, sia deceduta prima, si dovrà porre soluzione alla questione sulla base di quanto disposto dalla *lex successionis* (v. *sub art.* 46); si precisa come, pur essendo il contesto delle successioni *mortis causa* quello in cui principalmente si pone il problema della commorienza, la questione possa assumere rilevanza anche in relazione a differenti rapporti giuridici, ad es. contrattuali (BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1999, p. 325). Solitamente, i diversi ordinamenti giuridici nazionali risolvono quelle situazioni in cui l'analisi dei fatti non consenta di stabilire con certezza quale, tra più persone, sia morta prima, facendo ricorso a finzioni giuridiche, come le **presunzioni di commorienza** (v. *sub art.* 4 c.c.) o di **premorienza** di un soggetto ad un altro sulla base dell'età o del rapporto di discendenza esistente tra gli individui interessati (DI BLASE, *sub art.* 21, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 110).

**2. Critiche.** – La norma in commento è stata oggetto di **critiche** da parte della dottrina, rilevandosi come l'applicazione di una legge piuttosto che di un'altra, per la disciplina della fattispecie, avvenga in maniera totalmente accidentale, in dipendenza del fatto che il problema assuma rilevanza rispetto ad un determinato rapporto giuridico piuttosto che ad un altro; peraltro, una medesima situazione potrebbe trovare soluzioni profondamente differenti, ad es. risultando ora la premorienza dell'uno, ora dell'altro dei soggetti coinvolti, in relazione ai diversi tipi di rapporto giuridico rispetto ai quali la fattispecie assuma rilevanza e, dunque, alla luce delle rispettive differenti leggi sostanziali, il che appare contraddittorio, a maggior ragione quando ciò accada d'innanzi ad un medesimo giudice (TONOLO, *sub art.* 21, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 73). Si è evidenziato, inoltre, come il criterio di cui all'art. 21 non consenta di risolvere il problema dell'accertamento della sopravvivenza di una persona ad un'altra quando le leggi richiamate, regolatrici di un medesimo

rapporto o di rapporti strettamente interconnessi, siano più di una e portino ad esiti confliggenti: si pensi al caso in cui le successioni *mortis causa* delle persone decedute, chiamate reciprocamente all'eredità, siano regolate da leggi nazionali differenti, ricorrenti a presunzioni di segno opposto. A fronte di un simile conflitto, non fornendo la norma in esame alcun rimedio per il superamento dello stesso, si ritiene possibile richiamare la **lex fori**; soluzione questa che parte della dottrina avrebbe preferito, in generale, per la disciplina di tutte le fattispecie di commorienza (VITTA, *Diritto internazionale privato*, Torino, 1973, II, p. 18; DI BLASE, *sub art.* 21, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 111 ss.; TONOLO, *sub art.* 21, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 73).

**3. Commorienza e norme di applicazione necessaria.** – Si esclude l'applicazione della legge straniera, regolatrice del rapporto, quando la *lex fori* sancisca **presunzioni assolute di commorienza**, in quanto simili prescrizioni, solitamente adottate in conseguenza di grandi catastrofi naturali (si veda, ad es., l'art. 6 r.d. 17.1.1909, n. 23), sono considerate **norme di applicazione necessaria** (v. *sub art.* 17). Disposizioni di questo tipo possono essere considerate altresì qualora appartengano ad un ordinamento straniero avente significativi contatti con la questione (BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 326; UBERTAZZI, *La capacità delle persone fisiche nel diritto internazionale privato*, Padova, 2006, p. 358; TONOLO, *sub art.* 21, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 74).

**4. Reg. UE 4.7.2012, n. 650.** – L'ipotesi della commorienza è altresì considerata, in materia successoria, dal Reg. UE 4.7.2012, n. 650, prevalente sull'art. 21, l. n. 218/1995 nei limiti *ratione materiae* e *ratione temporis* di applicazione del Regolamento stesso. Precisamente, l'art. 32 reg. detta una **norma di diritto materiale**, in forza della quale in caso di commorienza di due o più persone, le cui successioni siano regolate da leggi diverse che disciplinino la questione in maniera differente o non la regolino affatto, nessuna di tali persone ha diritto di succedere all'altra (DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte: dalla L. n. 218/1995 al Reg. UE n. 650/2012*, Milano, 2013, p. 82). La norma non troverebbe applicazione qualora le diverse successioni fossero regolate dalla medesima legge, che estenderebbe la sua disciplina anche alla questione della commorienza (DAVÌ, ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione Europea*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013, V, II, p. 20 ss.).

## 22 Scomparsa, assenza e morte presunta

I presupposti e gli effetti della scomparsa, dell'assenza e della morte presunta di una persona sono regolati dalla sua ultima legge nazionale.

Sussiste la giurisdizione italiana per le materie di cui al comma 1: a) se l'ultima legge nazionale della persona era quella italiana; b) se l'ultima residenza della persona era in Italia; c) se l'accertamento della scomparsa, dell'assenza o della morte presunta può produrre effetti giuridici nell'ordinamento italiano.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

**Provvedimenti conservativi nell'interesse dello scomparso** (art. 721 c.p.c.) ✓ **Domanda per dichiarazione di assenza** (art. 722 c.p.c.) ✓ **Curatore dello scomparso** (art. 48 c.c.)

## SOMMARIO

## 1. Legge applicabile. – 2. Criteri speciali di giurisdizione.

**1. Legge applicabile.** – L'art. 22, l. n. 218/1995 disciplina uniformemente le fattispecie della scomparsa, dell'assenza e della morte presunta di una persona, afferendo ugualmente al medesimo problema dell'incertezza circa l'esistenza in vita del soggetto (TONOLO, *sub art. 22*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, Torino, 2009, p. 76), e ciò indicando come applicabile, per tutte e tre le ipotesi, l'ultima **legge nazionale** della persona di cui si tratta. Tale è quindi la legge destinata a regolare i **presupposti** e gli **effetti** dei suddetti istituti e, più precisamente: le condizioni per la constatazione della scomparsa e per la dichiarazione di assenza o di morte presunta, i conseguenti provvedimenti destinati ad interferire nella sfera patrimoniale della persona di cui si tratta, gli eventuali diritti del coniuge ad ottenere un assegno alimentare e dei potenziali successori ad immettersi nel possesso temporaneo dei beni, nonché gli effetti giuridici derivanti dall'eventualità che lo scomparso dia nuovamente notizia di sé (DI BLASE, *sub art. 22*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, Padova, 1996, p. 110 ss.; TONOLO, *sub art. 22*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 75). Si precisa come i requisiti di forma relativi alla domanda per la dichiarazione di assenza e le modalità concernenti l'adozione di provvedimenti per la conservazione del patrimonio, trattandosi di **aspetti di natura processuale**, non siano soggetti alla legge nazionale di cui alla norma in commento, bensì alla **lex fori** (v. *sub art. 12*) (DI BLASE, *sub art. 22*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 111; UBERTAZZI, *La capacità delle persone fisiche nel diritto internazionale privato*, Padova, 2006, p. 366 ss.; TONOLO, *sub art. 22*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 76). Gli accertamenti della qualità di coniuge o di erede, quali presupposti necessari per ottenere i provvedimenti menzionati relativi, rispettivamente, alla concessione di un assegno alimentare ed all'immissione nel possesso dei beni, rappresentano delle **questioni preliminari**, in relazione alle quali la legge di riforma non contiene alcuna disposizione; nel silenzio normativo, in dottrina si sono sviluppate due diverse soluzioni: la c.d. **soluzione congiunta**, per cui la questione preliminare dovrebbe essere regolata dalla stessa legge individuata come competente a disciplinare la questione principale, e la c.d. **soluzione disgiunta**, ritenuta preferibile, per cui, al contrario, questione preliminare e questione principale dovrebbero essere risolte separatamente ed autonomamente, in base ai diversi criteri indicati, per le rispettive materie, dal diritto internazionale privato del foro (PICONE, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998, p. 271 ss.; TONOLO, *sub art. 22*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 76 ss.).

**2. Criteri speciali di giurisdizione.** – L'art. 22 non si limita ad individuare la legge regolatrice, sotto il profilo sostanziale, degli istituti della scomparsa, dell'assenza e della morte presunta di una persona, ma, al co. 2, indica altresì dei **criteri di giurisdizione speciali** in materia, tra loro in concorso alternativo. Di questi, quelli di cui alle lett. *a* e *b*, per cui, rispettivamente, sussiste la giurisdizione italiana quando l'ultima legge nazionale della persona, di cui al co.

1, sia quella italiana, soluzione che evidentemente favorisce la **coincidenza tra forum e ius**, ovvero quando in Italia la persona abbia avuto la sua ultima residenza, corrispondono a quelli indicati all'art. 9 della stessa legge di riforma in materia di volontaria giurisdizione (v. *sub art. 9*) (DI BLASE, *sub art. 22*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 114; TONOLO, *sub art. 22*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 77). La lett. *c* della norma in esame attribuisce, inoltre, competenza giurisdizionale al giudice italiano quando l'accertamento della scomparsa, dell'assenza o della morte presunta possa produrre effetti giuridici nell'ordinamento italiano; in altri termini, si richiede al giudice italiano di applicare anticipatamente la legge nazionale, di cui al co. 1, per verificare se, dalla conseguente disciplina della fattispecie, possano derivare effetti giuridici dotati di connessione con l'ordinamento italiano, confermando in tal modo la propria competenza a conoscere della questione, senza che, tuttavia, a tal fine, venga fornita alcuna indicazione in ordine alla tipologia o all'entità degli effetti stessi (TONOLO, *sub art. 22*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 78). La dottrina ha quindi delineato alcuni **criteri precisi di interpretazione** della norma, per cui potrebbe affermarsi la giurisdizione italiana, a norma dell'art. 22, co. 2, lett. *c*: quando la persona di cui si tratta abbia avuto il suo ultimo domicilio in Italia (TONOLO, *sub art. 22*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 78); quando in Italia si trovino beni dello scomparso, in relazione ai quali possano essere richiesti provvedimenti conservativi o di attribuzione temporanea, ovvero provvedimenti finalizzati alla conservazione dei diritti successori della persona scomparsa (BADIALI, *Personalità e capacità nel diritto internazionale privato e processuale*, in *Scritti degli allievi in memoria di G. Barile*, Padova, 1995, p. 144; DI BLASE, *sub art. 22*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 114; TONOLO, *sub art. 22*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 78); in ordine a controversie promosse contro la persona, di cui si debba accertare la scomparsa, l'assenza o la morte presunta, aventi ad oggetto prestazioni contrattuali o obblighi extracontrattuali da eseguirsi in Italia (BADIALI, *Personalità e capacità nel diritto internazionale privato e processuale*, in *Scritti degli allievi in memoria di G. Barile*, cit., p. 144; DI BLASE, *sub art. 22*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 114; TONOLO, *sub art. 22*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 78); in ordine ad una domanda di garanzia prestata relativamente ad un contratto oggetto di una causa di inadempimento iniziata in Italia (DI BLASE, *sub art. 22*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 114); quando all'accertamento della scomparsa, dell'assenza o della morte presunta, farebbe seguito una successione ereditaria di un cittadino italiano, ovvero l'apertura di una successione in Italia (TONOLO, *sub art. 22*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 78); quando seguirebbe la cancellazione della persona di cui si tratta da un albo professionale, ovvero la decadenza da una licenza commerciale, in Italia (BADIALI, *Personalità e capacità nel diritto interna-*

zionale privato e processuale, in *Scritti degli allievi in memoria di G. Barile*, cit., p. 138; TONOLO, *sub art. 22*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 78). Ne risulta, evidentemente, un'ampia affermazione della giurisdizione italiana. In considerazione del carattere di volontaria giurisdizione dei procedimenti diretti ad accertare la scomparsa, l'assenza o la morte presunta di una persona, come precisato nella relazione ministeriale alla legge di riforma, parte della dottrina sostiene un'applicazione concorrente dei criteri speciali di giurisdizione, di cui alla norma in esame, con quelli generali di cui all'art. 9 (v. *sub art. 9*) (ANNIBALE, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato (Legge 31 maggio 1995, n. 218)*, Padova, 1997, p. 139; PICONE, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, cit., p. 195; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1999, p. 329 ss.; SALERNO, *La giurisdizione volontaria nella legge di riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 2005, III, p. 640); di conseguenza, in ragione del richiamo da quest'ultimo operato alle norme sulla competenza territoriale, e dunque in forza dell'art. 48 c.c., sarebbe possibile

presentare il ricorso per la nomina del curatore dello scomparso, o per ottenere la dichiarazione di assenza o di morte presunta, anche presso il tribunale dell'ultimo domicilio o dell'ultima residenza (ANNIBALE, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato (Legge 31 maggio 1995, n. 218)*, Padova, 1997, p. 139; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 330); ancora, l'applicazione del titolo di giurisdizione da ultimo menzionato dall'art. 9, fondato sull'applicabilità della legge italiana al rapporto cui il provvedimento si riferisce, permetterebbe di estendere la giurisdizione italiana anche ad alcuni casi non coperti dall'art. 22, co. 2, lett. c (BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 330). Altra parte della dottrina respinge tale conclusione, poiché il risultato sarebbe il riconoscimento, in capo al giudice italiano, di una competenza esorbitante (TONOLO, *sub art. 22*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 77); si nota, in ogni caso, come la previsione di cui alla lett. c della norma in commento finisca per assorbire gran parte dei criteri che si possono desumere dal richiamo dell'art. 9 (BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 330).

## 23 Capacità di agire delle persone fisiche

La capacità di agire delle persone fisiche è regolata dalla loro legge nazionale. Tuttavia, quando la legge regolatrice di un atto prescrive condizioni speciali di capacità di agire, queste sono regolate dalla stessa legge.

In relazione a contratti tra persone che si trovano nello stesso Stato, la persona considerata capace dalla legge dello Stato in cui il contratto è concluso può invocare l'incapacità derivante dalla propria legge nazionale solo se l'altra parte contraente, al momento della conclusione del contratto, era a conoscenza di tale incapacità o l'ha ignorata per sua colpa.

In relazione agli atti unilaterali, la persona considerata capace dalla legge dello Stato in cui l'atto è compiuto può invocare l'incapacità derivante dalla propria legge nazionale soltanto se ciò non rechi pregiudizio a soggetti che senza loro colpa hanno fatto affidamento sulla capacità dell'autore dell'atto.

Le limitazioni di cui ai commi 2 e 3 non si applicano agli atti relativi a rapporti di famiglia e di successione per causa di morte, né agli atti relativi a diritti reali su immobili situati in uno Stato diverso da quello in cui l'atto è compiuto.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Maggiore età. Capacità di agire* (art. 2 c.c.) ✓ *Capacità processuale* (art. 75, co. 2, c.p.c.) ✓ *Mezzi istruttori e provvedimenti provvisori* (art. 419, co. 3, c.c.) ✓ *Riconoscimento delle sentenze penali straniere* (art. 12 c.p.) ✓ *Legge applicabile alle obbligazioni contrattuali* (Convenzione di Roma 19.6.1980) ✓ *Legge applicabile alle obbligazioni contrattuali* (Regolamento CE 17.6.2008, n. 593 (Roma I)) ✓ *Conflitti di leggi in materia di cambiali e di vaglia cambiari* (Convenzione di Ginevra 7.6.1930) ✓ *Conflitti di leggi in materia di assegni bancari* (Convenzione di Ginevra 19.3.1931)

### SOMMARIO

1. Legge nazionale ed ambito di applicazione. – 2. Condizioni speciali di capacità. – 3. Capacità e tutela del contraente in buona fede. – 3.1. Convenzione di Roma del 1980 e Regolamento Roma I. – 3.2. Convenzioni di Ginevra del 1930 e del 1931.

**1. Legge nazionale ed ambito di applicazione.** – Come già anticipato (v. *sub art. 20*), la legge di riforma, dedicando chiaramente apposite norme alla capacità giuridica e alla capacità di agire, ha permesso il superamento delle divergenze interpretative generatesi in dottrina a fronte della generica formulazione del previgente art. 17 Preleggi (DI BLASE, *sub art. 20*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, Padova, 1996, p. 106; ANNIBALE, *Riforma del sistema italiano di diritto interna-*

*zionale privato (Legge 31 maggio 1995, n. 218)*, Padova, 1997, p. 134 ss.). Il co. 1 dell'art. 23, l. n. 218/1995, riproduce, in materia di capacità di agire delle persone fisiche, il medesimo schema adottato dal precedente art. 20 in relazione alla capacità giuridica (v. *sub art. 20*), indicando, quale legge regolatrice della **capacità di agire generale**, la **legge nazionale** della persona di cui si tratta e sottoponendo le **condizioni speciali di capacità**, eventualmente richieste per il compimento di un atto dalla legge di disci-

plina di quest'ultimo, alla medesima *lex causae* (DI BLASE, *sub art. 23*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, Padova, 1996, p. 115). È quindi in base alla legge nazionale che si determinano: l'età di conseguimento della capacità di agire, le cause che possono determinarne l'abbassamento (ad es. l'emancipazione), gli effetti derivanti dal difetto di capacità, nonché le autorizzazioni e gli altri interventi necessari al compimento di determinati atti da parte di soggetti non pienamente capaci (BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1999, p. 331). Si precisa come il possesso della capacità di agire debba essere valutato sulla base della legge dello Stato di cui la persona interessata abbia cittadinanza al momento in cui il giudice prenda in considerazione il relativo problema, a nulla rilevando l'eventuale differente stato di capacità precedentemente sussistente in base ad una diversa legge nazionale: in tal senso la persona, considerata maggiorenne in base alla legge dello Stato nel quale ha avuto cittadinanza fino ad una certa data, non conserva tale *status* se, nel momento in cui la questione giunge all'attenzione dell'autorità giudiziaria, risulta dotata di nazionalità in un diverso Paese, la cui legge preveda il raggiungimento della capacità di agire al compimento di un'età superiore (DI BLASE, *sub art. 23*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 115 ss.; TONOLO, *sub art. 23*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, Torino, 2009, p. 81), fermo restando, tuttavia, la validità degli atti compiuti in base alla prima legge (TONOLO, *sub art. 23*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 81). Posto che numerosi Stati condividono la fissazione della maggiore età a 18 anni, più frequentemente il problema di cui sopra si riscontra a fronte, ad es., del diverso regime di emancipazione del minore adottato nelle diverse legislazioni statali (DI BLASE, *sub art. 23*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 116; TONOLO, *sub art. 23*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 81). Si discute in dottrina se la **capacità di stare in giudizio** debba ricondursi alla norma in commento, quale forma di applicazione della capacità di agire in materia processuale, e dunque alla legge nazionale del soggetto, ovvero se rimanga di competenza dalla *lex fori* (v. *sub art. 12*), che, tuttavia, opera pur sempre un rinvio alla legge nazionale (art. 75, co. 2, c.p.c.), giungendo così ad analoga soluzione (TONOLO, *sub art. 23*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 82). Occorre ricordare come lo stato d'incapacità generale ad agire della persona possa conseguire anche all'adozione di determinati provvedimenti giurisdizionali, di accertamento dell'ineidoneità della stessa a compiere atti giuridici, quali l'**interdizione** e l'**inabilitazione**. A norma dell'art. 23 della legge di riforma, è la legge nazionale a determinare le circostanze che giustificano simili misure (ad es. l'infermità mentale), nonché i soggetti legittimati a richiederle ed ancora le conseguenze sullo stato dell'incapace (BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 331). Il giudice italiano, se competente ex art. 9 della legge di riforma (v. *sub art. 9*), può quindi adottare provvedimenti di interdizione ed inabilitazione purché nel rispetto della legge nazionale della persona di cui si tratta, fermo restando la regolamentazione della relativa procedura in base alla legge italiana, quale *lex fori*; l'interdicendo o inabilitando può stare in giudizio, ma in tal caso il giudice può nominare un tutore o un curatore provvisorio (v. *sub art. 419*, co. 3, c.c.) e si ritiene che

a ciò debba provvedere secondo i criteri stabiliti dalla legge nazionale dell'interdicendo, o inabilitando, stesso (BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 331; TONOLO, *sub art. 23*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 82) (per il riconoscimento di simili provvedimenti adottati da un'autorità straniera v. *sub art. 65-66*). L'incapacità di agire può infine derivare da una **sentenza penale di condanna** e, anche in tale ipotesi, appare riconducibile alla previsione di cui all'art. 23 (DI BLASE, *sub art. 23*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 117; BARUFFI, *sub art. 23*, in *Comm. Bariatti*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1996, p. 1100; TONOLO, *sub art. 23*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 83); detta sentenza può essere pronunciata tanto da un giudice italiano, quanto da un giudice straniero e, per questo secondo caso, hanno effetto automatico le statuizioni contenute in sentenze pronunciate dal giudice dello Stato di cui la persona ha la cittadinanza, ovvero dello Stato la cui legge è applicabile al rapporto; diversamente, la sentenza dovrà essere riconosciuta ai sensi dell'art. 12 c.p. (BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 333; TONOLO, *sub art. 23*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 83).

**2. Condizioni speciali di capacità.** – Analogamente a quanto disposto dall'art. 20 (v. *sub art. 20*), le **condizioni speciali di capacità**, eventualmente prescritte per il compimento di determinati atti, sono sottratte alla legge nazionale della persona, per essere sottoposte alla **legge regolatrice degli atti medesimi**. Così come per l'articolo precedente, in assenza di precise indicazioni circa quali siano fattispecie riconducibili alla seconda parte dell'art. 23, co. 1, si ritiene necessario indagare la **ratio** sottostante alle diverse ipotesi di capacità speciale ad agire, con il risultato di sottoporre alla *lex causae*, in base alla norma in esame, quelle condizioni speciali che si giustificano per il contenuto o le caratteristiche dello specifico atto cui si riferiscono, rappresentando, dunque, un requisito inerente al singolo rapporto; viceversa, quelle fattispecie di capacità che si configurano come **qualità inerenti alla persona**, piuttosto che non ad uno specifico rapporto, sono da ricondurre alla *lex personae*, così come accade, a norma della stessa legge di riforma, per la **capacità di contrarre matrimonio** (v. *sub art. 27*), per la **capacità di effettuare il riconoscimento del figlio** (v. *sub art. 35*, co. 2), per la **capacità di adottare** (v. *sub art. 38*) e per la **capacità di testare** (v. *sub art. 47*) (DI BLASE, *sub art. 23*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 117; TONOLO, *sub art. 23*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 83 ss.). La legge di riforma, così come le Preleggi previgenti, non contiene alcuna disposizione specificamente dedicata all'**incapacità naturale o di fatto**. Se, in passato, tale lacuna tendeva essere colmata, da parte della giurisprudenza, operando un richiamo alla *lex fori* (Cass. 28.4.1992 n. 5059), oggi appare preferibile la tesi che, alla luce di quanto previsto dalla norma in commento per le condizioni speciali di capacità, sostiene l'applicabilità della **legge regolatrice dell'atto** in relazione al quale si manifesti l'incapacità di intendere e di volere (DI BLASE, *sub art. 23*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 117 ss.; BARUFFI, *sub art. 23*, in *Comm. Bariatti*, cit., p. 1098; TONOLO, *sub art. 23*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p.

84 ss.). Quest'ultima soluzione, evidentemente, contribuirebbe ad assicurare l'unitarietà della disciplina rispetto alle questioni di capacità naturale in materia di responsabilità civile per fatto illecito (DI BLASE, *sub art. 23*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 118).

**3. Capacità e tutela del contraente in buona fede.** – Una soluzione tradizionale del diritto internazionale privato dei sistemi continentali, affermata per la prima volta dalla Corte di Cassazione francese nel caso *Lizardi* (Cour de Cass. 16.1.1861, *Lizardi c. Chaize at autres*, in *Dalloz-Jurisprudence générale*, 1861, p. 193), consiste nel sottoporre in via preferenziale la capacità di agire alla *lex loci actus*, piuttosto che alla *lex patriae*, per far fronte all'esigenza di tutelare quei soggetti che abbiano fatto **affidamento sulla validità di un negozio giuridico**, in base alla legge del luogo di compimento dello stesso, senza poter sapere dell'incapacità dell'autore della disposizione, e dunque dell'invalidità dell'atto, in base alla relativa *lex patriae*. Più precisamente, lo scopo originario della regola giurisprudenziale era quello di tutelare l'imprenditore locale, che spesso non sa quale sia la nazionalità straniera della controparte e, a maggior ragione, non conosce la disciplina concernente la sua capacità di agire (UBERTAZZI, *La capacità delle persone fisiche nel diritto internazionale privato*, Padova, 2006, p. 288 ss.). Tale principio, favorendo la certezza dei rapporti giuridici e l'efficienza in genere degli scambi internazionali, è stato recepito da numerosi legislatori, nazionali ed internazionali, e così pure nell'ordinamento italiano all'art. 17, co. 2, Preleggi, oggi abrogato, in forza del quale lo straniero veniva considerato capace, nonostante la sua *lex patriae* disponesse diversamente, se per l'atto che egli avesse compiuto in Italia la legge italiana considerasse capace il cittadino italiano (BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 337 ss.). Dalla relazione ministeriale alla legge di riforma si evince chiaramente come le disposizioni di cui ai commi dal 2° al 4° dell'art. 23 abbiano la funzione di sostituire la previsione di cui al previgente art. 17, co. 2, Preleggi (BARUFFI, *sub art. 23*, in *Comm. Bariatti*, cit., p. 1100). Così, in **materia contrattuale**, l'art. 23, co. 2, stabilisce che, nelle ipotesi in cui una persona sia incapace in base alla propria legge nazionale, ma sia considerata capace dalla *lex loci actus*, la relativa capacità di agire debba essere disciplinata in forza di quest'ultima, a condizione che **il contratto sia stato concluso tra persone presenti nello stesso Stato e che la controparte non fosse a conoscenza dell'incapacità**, né l'abbia ignorata per propria colpa (DI BLASE, *sub art. 23*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 118; TONOLO, *sub art. 23*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 85). Requisito implicito di tale disposizione è che i contraenti abbiano cittadinanza diversa, poiché, avendo ciascuno l'onere di conoscere la propria legge nazionale, se questa coincidesse con quella della controparte, non sarebbe possibile ignorarne l'incapacità incolpevolmente (UBERTAZZI, *La capacità delle persone fisiche nel diritto internazionale privato*, cit., p. 291). Il co. 3 dell'art. 23 estende tale tutela anche all'area degli **atti unilaterali**, ammettendo la possibilità per la persona, capace in base alla legge del luogo di compimento dell'atto ed incapace in base alla propria legge nazionale, di invocare quest'ultima soltanto se ciò **non**

**rechi pregiudizio** a coloro che, **senza colpa**, abbiano fatto **affidamento** sulla relativa capacità (TONOLO, *sub art. 23*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 85). Evidentemente, a confronto con le Preleggi, la disciplina attuale appare maggiormente flessibile, non essendo espressamente orientata a tutelare il cittadino italiano che concluda il negozio in Italia (DI BLASE, *sub art. 23*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 118 ss.; TONOLO, *sub art. 23*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 85). In conclusione, il co. 4 dell'art. 23, riproducendo quasi integralmente la formula finale di cui al previgente art. 17, co. 2, Preleggi, esclude che le deroghe alla legge nazionale, contemplate nei due commi precedenti, si applichino ad una determinata cerchia di atti e, più precisamente, agli atti relativi a **rapporti di famiglia**, a **successioni a causa di morte**, nonché a **diritti reali su beni immobili situati in uno Stato diverso da quello di compimento dell'atto** (BARUFFI, *sub art. 23*, in *Comm. Bariatti*, cit., p. 1102).

**3.1. Convenzione di Roma del 1980 e Regolamento Roma I** – Si rileva come l'art. 23, co. 2, della legge di riforma riproduca quasi letteralmente la disposizione di cui all'art. 11 della **Convenzione di Roma del 19.6.1980**, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali; Convenzione a cui l'art. 57 della stessa legge n. 218/1995 fa rinvio (v. *sub art. 57*). Si evidenzia inoltre come la Convenzione di Roma, se da un lato parimenti non si applica ad atti relativi a rapporti di famiglia e a successioni *mortis causa*, dall'altro **non contempli l'eccezione concernente gli atti di disposizione di immobili situati all'estero**, di cui al co. 4 dell'art. 23. Questa mancanza di coincidenza ha determinato **problemi di coordinamento** tra le due normative internazionale-privatistiche, per la soluzione dei quali parte della dottrina ha sostenuto la prevalenza dell'art. 23, l. n. 218/1995, in quanto *lex posterior* e valorizzando un'interpretazione "nazionalizzante" del richiamo di cui al menzionato art. 57 (BARUFFI, *sub art. 23*, in *Comm. Bariatti*, cit., p. 1101 ss.; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 340); all'opposto altri autori hanno dichiarato applicabile in via prevalente l'art. 11 della Convenzione, in ragione della cedevolezza della legge nazionale rispetto a simili normative internazionali (v. *sub art. 2*), con conseguente estensione della tutela in favore del contraente in buona fede anche in relazione a contratti aventi ad oggetto beni immobili situati in un luogo diverso da quello di compimento dell'atto (DI BLASE, *sub art. 23*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 122; UBERTAZZI, *La capacità delle persone fisiche nel diritto internazionale privato*, cit., p. 295; TONOLO, *sub art. 23*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 87). Occorre evidenziare come la Convenzione di Roma del 1980 sia stata sostituita dal Regolamento CE del Parlamento e del Consiglio del 17.6.2008, n. 593/2008, noto come **Regolamento Roma I**, entrato in vigore il 17.12.2009; precisamente, l'art. 13 reg. riprende integralmente il contenuto dell'art. 11 della precedente Convenzione. Con l'entrata in vigore del Regolamento Roma I possono dirsi superate le incertezze di cui sopra, dovendosi concludere per la certa prevalenza dell'art. 13 reg. sull'art. 23, co. 2 e 4, della legge di riforma (TONOLO, *sub art. 23*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 87), non potendosi ammettere una frustrazione dell'obiettivo di uniformazione del diritto internazionale privato, all'interno

del territorio dell'Unione Europea, perseguito dal legislatore comunitario.

**3.2. Convenzioni di Ginevra del 1930 e del 1931** – La norma di cui all'art. 23, co. 3, della legge di riforma, rivolta, come detto sopra, a tutelare il contraente in buona fede anche in relazione ad atti unilaterali, deve coordinarsi con la previsione di cui all'art. 2, co. 2, rispettivamente delle **Convenzioni di Ginevra del 7.6.1930** e del **19.3.1931**, in materia di cambiali, di vaglia cambiari e di assegni bancari, a cui l'Italia ha aderito e a cui l'art. 59, l. n. 218/1995 fa esplicito rinvio in materia di titoli di credito (v. *sub art.* 59). La normativa convenzionale esclude totalmente la possibilità per colui che ha sottoscritto il titolo di invocare l'incapacità derivante dalla propria legge nazionale se è considerato capace dalla legge del luogo di sottoscrizione,

**senza che assuma in alcun modo rilevanza la diligenza adottata dai soggetti che abbiano fatto affidamento sulla validità dell'atto.** Anche in tal caso, si conclude per l'applicazione prevalente di tale disciplina su quella di cui alla norma in commento, in forza dell'art. 2 della legge di riforma. Il richiamo, "in ogni caso", di cui all'art. 59 consente inoltre di estendere l'applicazione delle Convenzioni al di fuori dei limiti soggettivi delle stesse e, quindi, anche alle obbligazioni cambiarie o derivanti da assegni bancari che siano collegate con ordinamenti di Stati non contraenti (DI BLASE, *sub art.* 23, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 123; UBERTAZZI, *La capacità delle persone fisiche nel diritto internazionale privato*, cit., p. 296; TONOLO, *sub art.* 23, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 87 ss.).

## 24 Diritti della personalità

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.

Le conseguenze della violazione dei diritti di cui al comma 1 sono regolate dalla legge applicabile alla responsabilità per fatti illeciti.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (CEDU 4.11.1950) ✓ *Legge applicabile ai nomi e ai cognomi* (Convenzione di Monaco di Baviera 5.9.1980)

### SOMMARIO

1. Esistenza e contenuto dei diritti della personalità. – 2. Violazione dei diritti della personalità. – 3. Diritti della personalità ed ordine pubblico. – 4. Convenzione di Monaco di Baviera del 1980.

**1. Esistenza e contenuto dei diritti della personalità.** – Già precedentemente alla riforma, la materia dei diritti della personalità, ritenendosi inclusa nel campo di applicazione dell'art. 17 Preleggi, risultava assoggettata alla **legge nazionale** del titolare dei diritti medesimi (BARUFFI, *sub art.* 24, in *Comm. Bariatti*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1996, p. 1104), pur riscontrandosi sul punto alcune perplessità in dottrina (per una ricostruzione: DI BLASE, *sub art.* 24, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, Padova, 1996, p. 124). La norma in commento conferma tale soluzione, prevedendo tuttavia immediatamente un'**eccezione** alla suddetta regola generale per quanto concerne i **diritti derivanti da un rapporto di famiglia**, ai quali si applica la **legge di disciplina sostanziale del rapporto** in questione (v. *sub art.* 26 ss.). A tal riguardo, è la stessa relazione al disegno di legge a precisare, in via esemplificativa, come il diritto al nome rientri nell'ambito dei diritti della personalità, e dunque sia sottoposto alla *lex patriae* della persona interessata, ma come, qualora derivi da un rapporto di filiazione, sia la legge regolatrice di quest'ultimo a doversi applicare (BARUFFI, *sub art.* 24, in *Comm. Bariatti*, cit., p. 1104 ss.). In via generale, al di fuori dell'ipotesi eccezionale considerata, è la legge nazionale della persona a disciplinare l'**esistenza** ed il **contenuto**, ad es., del diritto alla vita, del diritto all'integrità psico-fisica, del diritto alla salute, del diritto all'onore, del diritto alla *privacy*, del diritto alla libertà, del diritto alla libertà sessuale, del diritto al

nome (in cui rientrano lo pseudonimo ed il predicato nobiliare), del diritto morale d'autore (con esclusione degli aspetti attinenti allo sfruttamento economico dell'opera intellettuale, per cui v. *sub art.* 54), del diritto di stabilire rapporti patrimoniali con altri, nonché del diritto a creare rapporti famigliari (TONOLO, *sub art.* 24, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, Torino, 2009, p. 90). Appare opportuno rilevare come, ai fini della disciplina del **diritto al nome**, in caso di **pluricittadinanza** del soggetto, la giurisprudenza italiana (Trib. Bologna 9.6.2004, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 759 ss.; Trib. Roma 15.10.2004, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 760 ss.) tenda ad escludere l'operatività del meccanismo di cui all'art. 19, co. 2, della legge di riforma (v. *sub art.* 19), in osservanza delle indicazioni fornite dalla Corte di giustizia delle (allora) Comunità europee nel caso *Garcia Avello* (C. giust. CE 2.10.2003, in causa C-148/2002, *Garcia Avello*), per cui la prevalenza della nazionalità del foro dovrebbe escludersi quando si traduca in una violazione del **divieto di discriminazione** (TONOLO, *sub art.* 24, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, Torino, 2009, p. 93 ss.). Si precisa infine come la disciplina dei diritti della personalità di cui alla norma in commento sia completata dall'art. 65 della legge di riforma, che dispone in materia l'**automatica efficacia**, in Italia, del provvedimento estero quando l'autorità che l'ha adottato appartenga all'ordinamento la cui legge è richiamata dalle norme di conflitto italiane (dunque se pronunciata dal giudice dello Stato di nazionalità della

persona titolare del diritto, ovvero, in ragione del richiamo di cui all'art. 24, co. 1, parte 2°, dal giudice dell'ordinamento competente a regolare i rapporti di famiglia, il che consente di riconoscere automaticamente efficacia anche a provvedimenti stranieri riguardanti cittadini italiani), o quando il provvedimento produca effetti nel suddetto ordinamento, ancorché sia pronunciato dall'autorità di un diverso Stato, a condizione che siano rispettati il limite dell'ordine pubblico ed i diritti essenziali della difesa (v. *sub art. 65*) (DI BLASE, *sub art. 24*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 129 ss.; TONOLO, *sub art. 24*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 90).

**2. Violazione dei diritti della personalità.** – Se il co. 1 dell'art. 24 individua la legge destinata a disciplinare l'esistenza ed il contenuto dei diritti della personalità, il co. 2 considera separatamente la questione della **violazione** di tali diritti, facendo rinvio, per la regolamentazione delle relative conseguenze, alla **legge applicabile in materia di responsabilità per fatti illeciti**, che l'art. 62 della legge di riforma individua nella *lex loci commissi delicti*, o, a scelta del danneggiato, nella legge dello Stato nel quale si è verificato il fatto che ha causato il danno, ovvero, quando il fatto illecito coinvolga soltanto cittadini di un medesimo Stato in esso residenti, nella legge di quest'ultimo (v. *sub art. 62*) (DI BLASE, *sub art. 24*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 129). Si precisa come la legge così richiamata sia competente a regolare il profilo della **responsabilità** derivante dalla violazione e, dunque, l'identificazione degli elementi della fattispecie configurata come violazione (DI BLASE, *sub art. 24*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 129; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1999, p. 349; TONOLO, *sub art. 24*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 95), nonché l'eventuale tutela risarcitoria conseguente (DI BLASE, *sub art. 24*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 129; BARUFFI, *sub art. 24*, in *Comm. Bariatti*, cit., p. 1108), ma non sia competente a risolvere la **questione preliminare** concernente l'esistenza dei diritti di cui si denunci la violazione, e la conseguente legittimità o meno del comportamento posto in essere da colui che venga convenuto in giudizio; presupposti, questi ultimi, che restano disciplinati dalla legge nazionale del soggetto (DI BLASE, *sub art. 24*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 129). Il **frazionamento** della fattispecie che ne deriva appare criticabile, posto che, paradossalmente, potrebbe richiamarsi la legge di un ordinamento straniero per disciplinare le conseguenze della violazione di un diritto che secondo quell'ordinamento non sussiste (DI BLASE, *sub art. 24*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 129). Appare opportuno rilevare come, ai fini dell'individuazione della legge applicabile alle conseguenze della violazione dei diritti della personalità, non operi il **rinvio in senso stretto**, espressamente escluso in relazione alle disposizioni del Capo XI della legge di riforma (v. *sub art. 13*), ammesso, invece, rispetto al profilo dell'esistenza e del contenuto dei diritti medesimi (TONOLO, *sub art. 24*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 94).

**3. Diritti della personalità ed ordine pubblico** – Sotto il regime della l. n. 218/1995, l'applicazione di una legge straniera incontra sempre i due limiti generali di diritto internazionale privato costituiti dalle norme di applicazione necessaria (v. *sub art. 17*) e dall'**ordine pubblico del foro** (v. *sub art. 16*). Quest'ultimo assume particolare importanza in materia di diritti della personalità, considerati diritti privati fondamentali (TONOLO, *sub art. 24*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 90) la cui disciplina coinvolge certamente aspetti di carattere pubblicistico (DI BLASE, *sub art. 24*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 131). A tal riguardo, già la giurisprudenza anteriore alla riforma ha considerato confliggente con l'ordine pubblico la legge straniera che comporti un mutamento del cognome del coniuge separato, in contrasto con la prevalente esigenza di salvaguardare l'unità familiare (Cass. 21.10.1955, n. 3399) e ancora la legge che, in conseguenza all'adozione, preveda l'attribuzione di un diverso nome in capo all'adottato, essendo il nome di battesimo espressione fondamentale della propria identità personale (Trib. min. Bologna 4.2.1988, in *Dir. fam.*, 1988, III, p. 1367 ss.) (per una ricostruzione v. DI BLASE, *sub art. 24*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 131 ss.). In vigenza della l. n. 218/1995, si è poi dichiarata la necessità di consentire all'interessato di ottenere un trattamento medico-chirurgico di modifica dei propri caratteri sessuali, nel rispetto dei valori di ordine pubblico di dignità e di libertà della persona umana, nonostante la diversa previsione della legge straniera applicabile alla fattispecie (Trib. Milano 14.7.1997, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1998, p. 568 ss.; Trib. Milano 17.7.2000, in *Fam. e dir.*, 2000, p. 608 ss.); tale conclusione si pone in linea con l'orientamento espresso dalla **Corte europea dei diritti dell'uomo**, per cui gli Stati non possono ignorare il problema della **transessualità** senza incorrere in una violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (TONOLO, *sub art. 24*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 91).

**4. Convenzione di Monaco di Baviera del 1980.** – A norma dell'art. 2 della legge di riforma (v. *sub art. 2*), sulle disposizioni della stessa, in materia di diritto al nome, prevale la **Convenzione di Monaco di Baviera** del 5.9.1980, in vigore per l'Italia dal 1.1.1990. Questa, all'art. 1, dispone che l'attribuzione del nome e del cognome di una persona debba avvenire sulla base della legge dello Stato di **cittadinanza** della stessa; a tal proposito, non solo non viene in alcun modo richiamata la *lex causae* per l'ipotesi, di cui all'art. 24, co. 1, parte 2°, l. n. 218/1995, in cui detta attribuzione dipenda da rapporti di famiglia, ma, seguendo un'impostazione diametralmente opposta, viene ulteriormente precisato che, unicamente allo scopo dell'attribuzione di nome e cognome, sono le situazioni dalle quali questi ultimi dipendono a dover essere valutate sulla base della già menzionata *lex patriae*. Ne consegue l'ineoperatività del rinvio eccezionale previsto dalla legge italiana, in favore di una maggiore unitarietà, ed uniformità tra i Paesi contraenti, nella disciplina della materia. Tuttavia, in ragione della genericità del richiamo alla legge nazionale eseguito dalla Convenzione, si ritiene che questo operi non solo rispetto alle norme di diritto materiale, ma altresì in relazione alle **norme di conflitto**, di talché, qualora il di-

ritto internazionale privato dello Stato di appartenenza della persona stabilisca un diverso criterio di collegamento per la disciplina dell'attribuzione del nome, si dovrà applicare tale regolamentazione; per tale via può ritrovare applicazione la previsione dell'art. 24, co. 1, parte 2° della

legge di riforma (DI BLASE, *sub art. 24*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 126 ss.; BARUFFI, *sub art. 24*, in *Comm. Bariatti*, cit., p. 1105 ss.; TONOLO, *sub art. 24*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 92 ss.).

### CAPO III PERSONE GIURIDICHE

## 25 Società ed altri enti

Le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione. Si applica, tuttavia, la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti.

In particolare sono disciplinati dalla legge regolatrice dell'ente: a) la natura giuridica; b) la denominazione o ragione sociale; c) la costituzione, la trasformazione e l'estinzione; d) la capacità; e) la formazione, i poteri e le modalità di funzionamento degli organi; f) la rappresentanza dell'ente; g) le modalità di acquisto e di perdita della qualità di associato o socio nonché i diritti e gli obblighi inerenti a tale qualità; h) la responsabilità per le obbligazioni dell'ente; i) le conseguenze delle violazioni della legge o dell'atto costitutivo.

I trasferimenti della sede statutaria in altro Stato e le fusioni di enti con sede in Stati diversi hanno efficacia soltanto se posti in essere conformemente alle leggi di detti Stati interessati.

#### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Procedure di insolvenza* (Reg. CE 29.5.2000, n. 1346) ✓ *Procedure di insolvenza* (Reg. UE 20.5.2015, n. 848) ✓ *Trattamento dello straniero* (art. 16, co. 2, Preleggi) ✓ *Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative* (d.lgs. 17.1.2003, n.6) ✓ *Società costituite all'estero* (artt. 2507-2510 c.c.)

#### SOMMARIO

1. Legge del luogo di costituzione ed ambito di applicazione. – 2. Applicazione della legge italiana. – 3. Trasferimenti di sede e fusioni. – 4. Rinvio.

**1. Legge del luogo di costituzione ed ambito di applicazione.** – Il sistema di diritto internazionale privato previgente alla riforma non contemplava alcuna norma generale sugli enti collettivi; uniche disposizioni rilevanti erano quelle contenute agli artt. 2505-2509 c.c., il primo e l'ultimo dei quali riguardavano, rispettivamente, le società costituite all'estero, sottoposte globalmente alla legge italiana se avevano in Italia la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale dell'impresa, e le società costituite nel territorio dello Stato italiano, sottoposte alla legge italiana anche qualora l'oggetto della loro attività fosse localizzata all'estero (BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1999, p. 352). La l. n. 218/1995 ha rimediato a tale lacuna, con ciò ponendo fine agli ampi dibattiti dottrinali che precedevano, abrogando espressamente i sopra menzionati artt. 2505 e 2509 c.c. (v. *sub art. 73*), ed introducendo l'apposita norma di conflitto in materia di cui all'art. 25 (TONOLO, *sub art. 25*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, Torino, 2009, p. 100). Occorre preliminarmente indagare l'**ambito di applicazione soggettivo** della disposizione in commento. Se, da un lato, è palese lo specifico riferimento della rubrica a "società ed altri enti", dall'altro lato deve sottolinearsi come il Capo III, in cui l'art. 25 si inserisce, sia dedicato più genericamente alle persone giuridiche, ed ancora come il co. 1 del medesimo

articolo, nell'indicare le fattispecie a cui si rivolge la sottostante normativa di conflitto, menzioni "**le società, le associazioni, le fondazioni**" nonché "**ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa**", categoria, quest'ultima, in cui, come precisato nella relazione ministeriale, possono ritenersi inclusi anche gli enti non personificati, nonché quegli altri enti di controversa personalità, per i quali dubbia era in passato la riconducibilità alla *lex societatis*, quali l'impresa fiduciaria e le *Anstalten* (per la giurisprudenza sulle *Anstalten*, v. dopo l'entrata in vigore della l. in esame, Cass. 16.11.2000 n. 14870). Alla luce di tali considerazioni è da concludersi che la disciplina di cui all'art. 25, l. n. 218/1995 si estenda, in realtà, **alle persone giuridiche in generale** (TONOLO, *sub art. 25*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 100); si tiene conto, in tal modo, della funzione propriamente "internazionale" delle norme di conflitto, ricomprendendovi anche quegli istituti di diritto straniero disciplinati diversamente dal diritto italiano, ovvero privi di corrispondenza in quest'ultimo (SANTA MARIA, *sub art. 25*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, Padova, 1996, p. 135). Analizzando nel merito la norma, si evince come questa riproduca sostanzialmente i contenuti degli abrogati artt. 2505 e 2509 c.c., dei due generalizzando la prescrizione di cui al secondo ed

accogliendo come regola eccezionale quella del primo (BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 352). Ai sensi del co. 1 dell'art. 25 viene infatti adottato come criterio di collegamento, per l'individuazione della legge applicabile, quello del **luogo di costituzione dell'ente**, per poi prevedere, nella seconda parte, l'applicazione della legge italiana quando, alternativamente, la **sede dell'amministrazione** sia situata in Italia, ovvero ivi si trovi l'**oggetto principale** dell'ente. Il criterio generale del luogo di costituzione, se da un lato presenta radici profonde nell'ordinamento italiano, trovando degli antecedenti già nelle leggi degli Stati sardi del 1853, n. 1564, e del 1860, n. 4387 (SANTA MARIA, *sub art. 25*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 136), dall'altro è frutto di un'uniformazione alle analoghe soluzioni adottate in materia da altri ordinamenti giuridici (la c.d. *incorporation* dei sistemi di *common law*) (TONOLO, *sub art. 25*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 107). Il criterio può presentare delle difficoltà applicative, posto che il perfezionamento del procedimento di costituzione può integrare situazioni profondamente diverse in relazione al differente tipo di ente considerato, nonché in relazione ai diversi sistemi giuridici nazionali (TONOLO, *sub art. 25*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 107). Si ritiene che la valutazione delle condizioni per la valida costituzione della società debba essere condotta sulla base della stessa legge del (presunto) luogo di costituzione (SANTA MARIA, *sub art. 25*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 136). Il co. 2 dell'art. 25 opera una precisazione, indicando una serie di materie che cadono sotto la regolamentazione della *lex societatis*, ossia: "a) la **natura giuridica**; b) la **denominazione o ragione sociale**; c) la **costituzione, la trasformazione e l'estinzione**; d) la **capacità**; e) la **formazione, i poteri e le modalità di funzionamento degli organi**; f) la **rappresentanza dell'ente**; g) le **modalità di acquisto e di perdita della qualità di associato o socio** nonché i **diritti e gli obblighi inerenti a tale qualità**; h) la **responsabilità per le obbligazioni dell'ente**; i) le **conseguenze delle violazioni della legge o dell'atto costitutivo**". Questa elencazione non esaurisce in realtà le questioni inerenti allo statuto societario e deve pertanto ritenersi puramente **indicativa**, con conseguente possibilità che la *lex societatis* si applichi ad ulteriori fattispecie non menzionate (SANTA MARIA, *sub art. 25*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, cit., p. 138; BENEDETTELLI, *sub art. 25*, in *Comm. Bariatti*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1996, p. 1113; TONOLO, *sub art. 25*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 101). In tal senso si è affermata la soggezione alla suddetta legge: dei requisiti sostanziali e formali del **contratto di società**, ancorché preliminare e logicamente distinto rispetto alla creazione dell'ente; della c.d. **società preliminare**, con esclusione invece degli accordi preliminari diretti unicamente a creare obblighi reciproci tra i contraenti in vista della futura costituzione della società; dell'**ammissibilità e della vincolatività dei patti parasociali**, nella misura in cui incidano sulla vita sociale, con esclusione degli aspetti afferenti alla disciplina generale dei contratti, sottoposti alla *lex contractus* (v. *sub art. 57*); dei **conferimenti**; delle **azioni**, per i soli aspetti concernenti la loro natura di titoli rappresentativi del capitale sociale, nonché di strumenti di partecipazione alla vita degli organi sociali

(ad es. modalità di emissione, natura nominativa o al portatore, alienabilità, frazionabilità), fermo restando quindi l'applicazione, ad es., della *lex contractus* ai contratti aventi ad oggetto le azioni, ovvero della legge di cui all'art. 59, l. n. 218/1995 quando la partecipazione all'ente si configuri come un titolo di credito (BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 377 ss.; TONOLO, *sub art. 25*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 101 ss.). Altra questione ricondotta dalla giurisprudenza (Trib. Genova 11.9.1997, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1998, p. 576 ss.), alla legge regolatrice dell'ente è quella dell'esistenza e della validità della delibera di autorizzazione dei legali rappresentanti dell'ente all'azione di responsabilità contro gli amministratori (TONOLO, *sub art. 25*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 101). Puntualizzazioni sono state operate dalla dottrina e dalla giurisprudenza anche in merito alle materie esplicitamente indicate all'art. 25, co. 2; così si è affermato che è in base alla *lex societatis*, regolando questa la natura giuridica dell'ente, che deve essere valutato il possesso della personalità giuridica (Cass. 29.3.2001, n. 6757). A norma dell'art. 25, co. 2, lett. b, è la *lex societatis* a disciplinare l'esistenza e la trasferibilità dei diritti dell'ente sui segni distintivi, con la precisazione per cui, in caso di violazione degli stessi, la legge in questione prevale su quella individuata dall'art. 24 (v. *sub art. 24*) solo quando contenga disposizioni relative alla violazione del diritto al nome nell'ambito della disciplina dell'ente (BENEDETTELLI, *sub art. 25*, in *Comm. Bariatti*, cit., p. 1114; TONOLO, *sub art. 25*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 103). In specificazione della previsione di cui all'art. 25, co. 2, lett. c, si è sostenuta la soggezione alla *lex societatis*: del procedimento di costituzione dell'ente, ivi inclusi gli atti posti in essere da promotori o amministratori precedentemente alla formale costituzione dello stesso; delle modifiche dell'atto costitutivo e dello statuto (BENEDETTELLI, *sub art. 25*, in *Comm. Bariatti*, cit., p. 1114 ss.; TONOLO, *sub art. 25*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 103); delle condizioni di trasformazione della società nonché delle tipologie societarie in cui detta trasformazione può realizzarsi (Trib. Alessandria 19.8.1995; App. Torino 1.12.1995, entrambe in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, p. 855 ss.); dello scioglimento dell'ente e della liquidazione del patrimonio, disciplinando, sotto questo profilo, non solo le cause previste dalla legge, ma altresì i provvedimenti di soppressione dell'ente sociale disposti dall'autorità pubblica (BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 376; TONOLO, *sub art. 25*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 104). Come dichiarato dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. 15.1.1996, n. 264), nell'ambito della "capacità" disciplinata dalla legge di cui all'art. 25 rientra anche la capacità dell'ente di stare in giudizio. In merito alla rappresentanza dell'ente menzionata all'art. 25, co. 2, lett. f, occorre distinguere tra la rappresentanza inquadrabile in una situazione istituzionalizzata, sottoposta alla *lex societatis*, e l'ipotesi di rappresentanza conferita per il compimento di un singolo atto, riconducibile alla previsione dell'art. 60 l. n. 218/1995 (v. *sub art. 60*) (BENEDETTELLI, *sub art. 25*, in *Comm. Bariatti*, cit., p. 1116; TONOLO, *sub art. 25*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 105). Se, da un lato, è espressamente prevista l'applicazione della *lex societatis* alla responsabilità per le obbligazioni dell'ente, sicché è questa a stabilire se delle suddette obbligazioni

siano chiamati a rispondere, oltre al patrimonio sociale, i soci o gli amministratori, in via esclusiva o solidale, dall'altro lato problematica è la regolamentazione della responsabilità del socio unico azionista, dovendosi operare un coordinamento con la disciplina dettata in materia di procedure d'insolvenza dal Reg. CE del 29.5.2000, n. 1346/2000 (TONOLO, *sub art. 25*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 106) e dal Reg. UE del 20.5.2015, n. 848/2015, abrogativo del primo ed applicabile dal 26.6.2017. Infine, sebbene l'art. 25 includa nel suo ambito di applicazione gli effetti delle violazioni della legge o dell'atto costitutivo, e così, ad es., le conseguenze dell'infrazione, da parte degli amministratori, degli obblighi e dei divieti inerenti alla propria qualifica, non può escludersi l'interferenza di diverse norme di conflitto quando la fattispecie sia riconducibile a forme di responsabilità contrattuale o extracontrattuale considerate da altri specifici criteri di collegamento (TONOLO, *sub art. 25*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 106).

**2. Applicazione della legge italiana** – L'art. 25, co. 1, parte 2°, come anticipato sopra, riprende il contenuto del previgente art. 2505 c.c., temperando l'operatività del criterio di collegamento del luogo di costituzione ed indicando come applicabile allo statuto societario anche la **legge italiana** quando l'ente in questione, costituito all'estero, presenti almeno uno dei due fattori alternativi di contatto con l'ordinamento italiano di seguito indicati: quando la **sede dell'amministrazione sia situata in Italia** o ivi si trovi l'**oggetto principale dell'attività dell'ente** (TONOLO, *sub art. 25*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 109). Per "sede dell'amministrazione" si intende il luogo da cui provengono gli impulsi volitivi inerenti all'attività sociale (BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 363), mentre, per quanto concerne "l'oggetto principale dell'ente", la disposizione è da intendersi in senso non formalistico, interessando unicamente gli enti che svolgano prevalentemente in Italia la propria attività, intesa come direzione e non come impresa, ed abbiano quindi un'effettiva relazione con l'ordinamento italiano (BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 365 ss.), da verificarsi nell'ambito di un'indagine concreta, in cui l'atto costitutivo assume certamente un ruolo rilevante (TONOLO, *sub art. 25*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 110). Più precisamente, quando tali requisiti siano soddisfatti si assiste ad un cumulo tra la legge italiana e la *lex societatis* di cui alla prima parte dell'art. 25, co. 1 (TONOLO, *sub art. 25*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 109), o, che dir si voglia, ad un fenomeno di **applicazione cumulativa di due statuti**: l'applicazione della legge italiana non esclude infatti la possibilità di applicare le norme dello statuto personale straniero (BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 363 ss.). La norma in esame risponde all'esigenza di impedire che enti operanti all'interno del sistema economico nazionale, sebbene costituiti all'estero, possano sfuggire al controllo statale in ragione dell'applicazione agli stessi di una legge straniera (TONOLO, *sub art. 25*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 109 ss.). L'applicazione della presente disposizione, e quindi della legge italiana, comporta l'**obbligo di iscrizione dell'ente nel registro delle imprese**, mediante omologazione dell'atto costitutivo e dello statuto, con conse-

guente assunzione della nazionalità italiana ed ammissione alle attività che la legge riserva ai soggetti nazionali; tuttavia il mancato adempimento di tali oneri non preclude comunque alle persone giuridiche già costituite all'estero la possibilità di svolgere la propria attività in Italia, secondo quanto previsto dall'art. 16, co. 2, Preleggi (v. *sub art. 16* Preleggi) (BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 362; TONOLO, *sub art. 25*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 110). Per un esame più approfondito della disciplina riservata dalla legge italiana alle società costituite all'estero, si rinvia alla normativa dedicata introdotta nel codice civile dal d.lgs. 17.1.2003, n.6, in sede di riforma del diritto societario (v. *sub artt. 2507 ss. c.c.*).

**3. Trasferimenti di sede e fusioni.** – Il co. 3 dell'art. 25 detta una **norma di diritto materiale**, stabilendo che i **trasferimenti di sede statutaria** da uno Stato ad un altro, nonché le **fusioni internazionali** di enti, abbiano efficacia solo se posti in essere conformemente alle **leggi degli Stati interessati**. Si precisa come i fenomeni in questione siano pur sempre disciplinati dalla *lex societatis*, rientrando nella materia di cui all'art. 25, co. 2, lett. c, sicché la norma in esame non ha la funzione di derogare all'applicazione del criterio dell'incorporazione, bensì unicamente quella di fissare i requisiti affinché tali vicende siano riconosciute come **efficaci** nell'ordinamento italiano (BENEDETTELLI, *sub art. 25*, in *Comm. Bariatti*, cit., p. 1139; TONOLO, *sub art. 25*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 112). Per quanto concerne il fenomeno della fusione, si ritiene che le leggi dei diversi Stati interessati debbano applicarsi in via **distributiva** in relazione alle questioni riguardanti singolarmente le diverse società coinvolte, di talché a ciascun ente è richiesta l'osservanza delle sole disposizioni della propria legge regolatrice, ed in via **cumulativa** relativamente alle vicende comuni, come ad es. l'atto di fusione, sicché rispetto a queste ultime dovranno rispettarsi le condizioni poste dal diritto di entrambi gli ordinamenti (BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 375; TONOLO, *sub art. 25*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 113 ss.).

**4. Rinvio.** – È appena il caso di evidenziare come l'operatività del meccanismo del **rinvio** (v. *sub art. 13*) in materia, per quanto teoricamente ammessa, sia **quasi totalmente esclusa dalla dottrina prevalente**. Si pensi all'ipotesi in cui la normativa di conflitto del Paese di costituzione di una società non adotti il criterio dell'incorporazione, bensì indichi come applicabile la legge dello Stato in cui la società in questione abbia la propria sede, rinviando così alla legge di uno Stato terzo, che confermi la propria competenza, ovvero alla legge italiana. Ebbene se, nell'ipotesi in cui una società abbia sede in Italia, già è prevista l'applicazione della legge italiana a norma dell'art. 25, co. 1, parte 2°, rendendo inutile il rinvio in senso stretto, dall'altro lato la situazione per prima considerata appare di difficile verifica, in considerazione del fatto che la maggior parte degli ordinamenti giuridici esclude la creazione, al proprio interno, di società con sede al di fuori del proprio territorio, e dunque del proprio potere d'imperio, rendendo concretamente possibile il rinvio soltanto in caso di **trasferimento della sede successivo alla costituzione** (BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 366 ss.; TONOLO, *sub art. 25*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, cit., p. 109).

CAPO IV  
RAPPORTI DI FAMIGLIA

## 26 Promessa di matrimonio

1. La promessa di matrimonio e le conseguenze della sua violazione sono regolate dalla legge nazionale comune dei nubendi o, in mancanza, dalla legge italiana.

### Estremi Normativa di riferimento

✓ *Promessa di matrimonio* (art. 79 ss. c.c.)

### SOMMARIO

1. Origine della norma. – 2. Ambito di applicazione. – 3. La disciplina vigente.

**1. Origine della norma.** – L'art. in commento riguarda un particolare aspetto delle relazioni prematrimoniali, di non ampia applicazione pratica. Esso disciplina per la prima volta nel nostro ordinamento la promessa di matrimonio sotto il profilo internazionalprivatistico, vale a dire conclusa da nubendi di diversa cittadinanza (BOSCHIERO, *Art. 26*, in BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995 n. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Commentario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1996, p. 1149; *amplius*, DI STEFANO, *Il matrimonio nel nuovo diritto internazionale privato italiano*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1998, p. 374). L'unico precedente giurisprudenziale esistente risale però alla vigenza delle preleggi e riconduceva l'obbligazione da fatto lecito derivante dalla violazione della promessa di matrimonio alla legge del luogo in cui si realizza la rottura, in base al disposto dell'art. 25 delle preleggi (Trib. Sondrio 21.2.1953, in *Foro it.*, 1954, I, c. 407; sul dibattito dottrinale precedente all'entrata in vigore della l. n. 218/1995, OBERTO, *Promessa di matrimonio*, in *Tratt. Zatti*, I, I, Milano, 2011, p. 325).

**2. Ambito di applicazione.** – Il rapporto disciplinato dalla norma *de qua* corrisponde a quello tratteggiato dall'art. 81 c.c., vale a dire la promessa di matrimonio fatta vicendevolmente (sulla promessa unilaterale, v. *sub art. 58* della presente legge). La qualificazione della promessa di matrimonio dipende dalla legge straniera richiamata. Rientrano nell'ambito di applicazione della norma sia le **promesse qualificate** (note al nostro ordinamento) che, pur lasciando la libertà di non addivenire alla conclusione del negozio matrimoniale, comportano l'obbligo risarcitorio a favore di chi subisce la rottura del fidanzamento, sia quelle (note ad alcuni ordinamenti stranieri) che fanno sorgere un vero e proprio **obbligo vincolante** alla conclusione del matrimonio e che pertanto qualificano la rottura della promessa come fatto illecito (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, II, Torino, 2016, quarta ed., p. 85), contrattuale o extracontrattuale (BAREL, ARMELLINI, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, Milano, 2016, p. 139). In quest'ultimo caso, tuttavia, l'applicazione della normativa straniera potrebbe essere bloccata dalla clausola di **ordine pubblico** di cui all'art. 16 della l. n. 218/1995. Sono **regolati dall'art. in commento** i requisiti di validità della promessa di matri-

monio, sia sotto il profilo formale che sostanziale (in base alla consolidata impostazione che vuole i profili formali dell'atto regolati dal diritto che disciplina la sostanza dello stesso), nonché le conseguenze della violazione della promessa, sia risarcitorie che restitutorie. I **requisiti di capacità** del soggetto che manifesta la promessa soggiacciono alla legge richiamata dagli artt. 20 e 23 della l. n. 218/1995, relativi alla capacità giuridica e alla capacità di agire. A tale riguardo è dubbia la possibilità di ritenere capace di formulare una promessa di matrimonio il **minore degli anni sedici**: pur essendo esclusa la possibilità di contrarre matrimonio, non è esclusa la possibilità di un eventuale impegno in tal senso, se riferito a nozze da celebrare dopo il sedicesimo anno di età (CORBETTA, *Stranieri e matrimonio: il diritto applicabile*, Piacenza, 2004, p. 78). La legge straniera richiamata, sulla base del disposto dell'art. 13, potrebbe poi **rinvviare** ad altro ordinamento straniero che accetti il rinvio o al medesimo ordinamento italiano (BOSCHIERO, *op. cit.*, p. 1152). Ciò grazie alla qualificazione dell'istituto come attinente alle relazioni familiari; a diversa conclusione si sarebbe giunti se il legislatore avesse optato per una lettura dell'istituto in chiave extracontrattuale, perché in tal caso il rinvio sarebbe stato escluso dal co. 2 della norma. Analogamente se l'istituto fosse stato qualificato in termini contrattuali in virtù del combinato disposto degli artt. 13, co. 4 e 57 della l. n. 218/1995 e 15 della Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, oggi comunitarizzata dal regolamento 593/2008 (su tali aspetti, MUNARI, *Art. 13*, e BENEDETTELLI, *Art. 57*, in BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995 n. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Commentario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1996, pp. 1018 e 1360). Non è indicato il **momento** al quale occorre far riferimento per individuare la *lex causae*, dovendosi di conseguenza far riferimento quello in cui sorge la questione da risolvere.

**3. La disciplina vigente.** – Sono previsti due criteri di collegamento. In via principale si rinvia alla **legge nazionale comune dei nubendi e, in via sussidiaria**, in mancanza di una legge comune, **alla legge italiana**. Tale scelta ha sollevato critiche in quanto può portare ad un eccessivo spazio per la legge italiana anche quando i legami tra il nostro

ordinamento e i nubendi, di nazionalità diverse, non sono così forti (FACCI, *Diritto internazionale privato*, Padova, 2000, p. 45; BOSCHIERO, *op. loc. cit.*). In presenza di una legge applicabile diversa da quella italiana, non è da escludere la possibilità di risarcimenti più ingenti rispetto a quelli consentiti dall'art. 81 c.c., purché commisurati al pregiudizio patito. Ancora una volta, pur nella qualificazione della promessa matrimoniale come qualificata, al pari di quanto avviene nel nostro ordinamento, potrebbe in ogni caso rilevare il **limite dell'ordine pubblico** a tutela della libertà matrimoniale, il quale dovrebbe operare nel caso in cui la legge straniera non consenta di riequilibrare, secondo equità, una situazione patrimoniale lesa dalla rottura della promessa (OBERTO, *op. cit.*, p. 200). Il limite dell'ordine pubblico interviene dunque a garanzia della spontaneità e incoercibilità del consenso dei nubendi rispetto alla conclusione del matrimonio a norma dell'art. 79

c.c. (per l'operatività di tale limite a fronte della qualificazione della rottura della promessa come fatto illecito, v. *supra*, *sub par.* 2). Alcuni autori hanno sottolineato la qualificazione dell'art. 79 c.c. in termini di **norma di applicazione necessaria** ai sensi dell'art. 17 della l. di riforma, destinata pertanto ad essere applicata nonostante il richiamo ad altra legge. Nel caso di **pluralità di cittadinanze condive**, prevale quella con cui gli interessati presentino il collegamento più stretto oppure quella italiana, se presente, *ex art.* 19 della presente legge. Si deve peraltro notare che la automatica prevalenza della cittadinanza italiana rispetto ad un'altra cittadinanza appare ridimensionata nel caso in cui la seconda cittadinanza sia quella di uno Stato membro dell'Unione europea, perché ciò integrerebbe una violazione del principio di non discriminazione (C. giust. 2.10.2003, C-148/02, *Garcia Avello*).

## 27 Condizioni per contrarre matrimonio

1. La capacità matrimoniale e le altre condizioni per contrarre matrimonio sono regolate dalla legge nazionale di ciascun nubendo al momento del matrimonio. Resta salvo lo stato libero che uno dei nubendi abbia acquistato per effetto di un giudicato italiano o riconosciuto in Italia.

### Estremi Normativa di riferimento

✓ **Condizioni necessarie per contrarre matrimonio** (art. 84 ss. c.c.) ✓ **Formalità preliminari del matrimonio** (art. 93 c.c. ss.) ✓ **Stato libero – riconoscimento di decisioni straniere di divorzio, separazione, annullamento** (Reg. (CE) n. 2201/2003) ✓ **Riconoscimento di atti pubblici provenienti da altri paesi UE** (Reg. (UE) n. 2016/1191)

### SOMMARIO

1. Origine della norma e criteri di collegamento. – 2. Coordinamento con gli artt. 115 e 116 c.c.

**1. Origine della norma e criteri di collegamento.** – L'art. 27, nel disciplinare i conflitti di leggi relativi alla **capacità di contrarre matrimonio**, agli impedimenti e alle condizioni di validità del consenso, riproduce i criteri di collegamento vigenti nel vigore delle preleggi. La norma richiama la **legge nazionale di ciascuno dei nubendi al momento del matrimonio**, distinguendo la capacità matrimoniale dalle altre condizioni per contrarre matrimonio, senza però ricorrere a criteri di collegamento diversi per l'una e per le altre. Il criterio di collegamento scelto dalla norma *de qua* appare in linea con quello contenuto nell'art. 23 relativo alla capacità di agire delle persone fisiche, che pure richiama la legge nazionale dell'interessato (BARUFFI, *Art. 23*, in BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995 n. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Commentario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1996, p. 1096 ss.). La legge straniera richiamata, sulla base del disposto dell'art. 13, potrebbe poi **rinvviare** ad altro ordinamento straniero che accetti il rinvio o al medesimo ordinamento italiano (CAMPIGLIO, *Versatilità e ambiguità del meccanismo del rinvio*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 367 ss.). Nel caso in cui i nubendi abbiano cittadinanza diversa, e cioè in presenza di **matrimoni misti**, è richiesta un'applicazione disgiunta, essendo l'accertamento della validità sostanziale del legame subordinato al rispetto dei requisiti imposti da entrambe le leggi oggetto del richiamo. Nel caso di **pluralità di cittadinanze condi-**

**vis**, prevale quella con cui gli interessati presentino il collegamento più stretto *ex art.* 19 della presente legge, ferma restando la prevalenza di quella italiana, ove concorra con quella di un altro Stato. Si deve peraltro notare che la automatica prevalenza della cittadinanza italiana rispetto ad un'altra cittadinanza appare ridimensionata nel caso in cui la seconda cittadinanza sia quella di uno Stato membro dell'Unione europea, perché ciò integrerebbe una violazione del principio di non discriminazione (C. giust. 2.10.2003, C-148/02, *Garcia Avello*). Essendo il **momento** rilevante per individuare la legge applicabile quello in cui si contrae matrimonio, è esclusa la possibilità di superare l'originaria invalidità del matrimonio in base all'acquisto di una nuova cittadinanza in seguito alla celebrazione. Per **capacità matrimoniale** deve intendersi la generale idoneità dell'individuo a contrarre matrimonio; quanto alle **altre condizioni**, vi rientrano tanto quelle ostative o impedimenti, quanto quelle richieste dalla legge per determinate categorie di persone o per gli appartenenti ai corpi militari per i quali è richiesta una specifica autorizzazione. Si possono pertanto distinguere condizioni negative, relative all'assenza di impedimenti, quali il lutto vedovile, l'*impedimentum criminis*, la parentela, l'affinità, l'adozione, ecc., e condizioni positive, relative alla necessità di autorizzazioni, consensi, dispense, come accade nel caso del matrimonio di un minore. Essendo, come detto, richiesta dalla norma un'applicazione disgiunta delle due leggi na-

zionali dei nubendi, l'accertamento dell'assenza di impedimenti bilaterali, vale a dire quelli basati su parentela e affinità, dovrà comunque essere effettuato anche tenendo conto dell'altro nubendo. Può assumere rilievo la causa dell'**ordine pubblico** di cui all'art. 16 della legge di riforma, qualora la legge straniera richiamata preveda taluni impedimenti fondati su motivi religiosi, politici, razziali, ritenuti incompatibili con i principi fondamentali dell'ordinamento italiano oppure, in generale, condizioni di gran lunga più stringenti rispetto a quelle della legge italiana, tali da limitare la libertà individuale a contrarre matrimonio prevista dagli artt. 2-3 Cost. (come nel caso di una legge che imponga un periodo di lutto vedovile eccessivamente lungo o che preveda l'indissolubilità del matrimonio; CORBETTA, *Stranieri e matrimonio: il diritto applicabile*, Piacenza, 2004, p. 83; BAREL, ARMELLINI, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, Milano, 2016, p. 140 ss.). Sotto altro profilo, il limite dell'ordine pubblico può essere invocato anche qualora si richieda il riconoscimento in Italia di matrimoni celebrati all'estero secondo leggi ispirate a configurazioni dell'istituto molto diverse da quella riconosciuta dal nostro ordinamento. Un esempio è quello del **matrimonio poligamico**, ponendosi la questione del riconoscimento in Italia di unioni di questo tipo contratte all'estero tra cittadini stranieri (*amplius*, CAMPIGLIO, *Matrimonio poligamico e ripudio nell'esperienza giuridica dell'occidente europeo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1990, p. 855 ss.; BARUFFI, *La circolazione degli status acquisiti all'estero e il loro riconoscimento*, in *Rivista dell'Associazione Italiana degli Avvocati per la Famiglia e i Minori AIAF*, 2016, p. 69 ss.). L'orientamento della dottrina è di chiusura (CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 43 ss.; CLERICI, *La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l'ordine pubblico internazionale*, in *Fam. e dir.*, 2009, p. 199 ss.; v. anche Cass. 28.2.2013 n. 4984, che respinge la richiesta di ricongiungimento effettuata dal figlio nei confronti della madre, moglie di un cittadino extracomunitario già residente in Italia con un'altra moglie, ex art. 29, co. 1 *ter*, t.u. imm.; *amplius*, BAREL, ARMELLINI, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, Milano, 2016, p. 146 ss.). Questo orientamento concerne i matrimoni effettivamente poligamici, in cui un soggetto risulta effettivamente coniugato contemporaneamente con più mogli secondo una legge che ammette tale istituto. Per quanto riguarda invece il matrimonio potenzialmente poligamico, cioè celebrato secondo le norme di un ordinamento islamico tra un uomo e una donna di stato libero, l'astratta possibilità di poligamia non ne impedisce il riconoscimento in Italia (CLERICI, *op. cit.*, p. 201; Cass. 2.3.1999, n. 1739, su cui CAMPIGLIO, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 21 ss.; ZAMBRANO, in *Fam. e dir.*, 1999, p. 327 ss.). Il matrimonio poligamico produce effetti nel nostro ordinamento fintantoché la nullità non sia accertata giudizialmente (Cass. 13.4.2001, n. 5537). Sui **matrimoni tra cittadini dello stesso sesso contratti all'estero**, fino alla l. n. 76/2016 (Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze), l'orientamento della giurisprudenza era quello rifiutare la trascrizione sulla base ora della contrarietà all'ordine pubblico, v. *sub art.* 115 c.c (Trib. Latina 10.6.2005), ora dell'inesistenza del vincolo in assenza di una diversità di sesso (App. Roma 13.7.2006), ora

dell'inefficacia del matrimonio (Cass. 15.3.2012 n. 4184; con poche eccezioni come Trib. Grosseto 3.4.2014 e 17.2.2015). A seguito dell'introduzione del nostro ordinamento dell'istituto dell'unione registrata, tali matrimoni vengono trascritti nel registro delle unioni registrate (art. 63, d.lgs. 19.1.2017, n. 5 e d.m. del Ministero dell'Interno 27.2.2017; v. *infra*, *sub art.* 32 *bis*).

**2. Coordinamento con gli artt. 115 e 116 c.c.** – Nei casi di **matrimonio del cittadino italiano celebrato all'estero o del cittadino straniero nel territorio dello Stato**, la norma *de qua* è affiancata dagli artt. 115-116 c.c., che, ove difforni rispetto a quelle della legge straniera oggetto di richiamo, prevalgono e pertanto sono state definite di **applicazione necessaria** (*amplius*, NASCIMBENE, BERGAMINI, *Il matrimonio dei cittadini italiano all'estero e dello straniero in Italia*, in *Tratt. Bonilini*, Torino, 2015, p. 261 ss.). Così, il **cittadino italiano** che intenda contrarre matrimonio all'estero deve rispettare tutte le condizioni per potersi sposare in Italia. Tra queste, prima dell'abrogazione dell'ultimo c. dell'art. 115 ad opera del d.P.R. n. 396/2000, rientravano anche le pubblicazioni (in realtà la Cass. aveva già disposto che l'omissione delle pubblicazioni rappresenta una causa di irregolarità e non di nullità del matrimonio: 17.9.1993 n. 9758). Il **cittadino straniero** che intenda sposarsi in Italia deve esibire il nulla osta al matrimonio rilasciato da un'autorità competente del paese d'origine e rispettare alcune condizioni sostanziali per contrarre matrimonio in Italia, vale a dire non essere infermo di mente (art. 85 c.c.), essere di stato libero (art. 86 c.c.), non avere subito condanne penali per determinati reati di attentato alla vita del coniuge (art. 88 c.c.), rispettare la donna il c.d. lutto vedovile (art. 89 c.c.), non contrarre matrimonio con gli ascendenti e i discendenti in linea retta; i fratelli e le sorelle germani, consanguinei o uterini, gli affini in linea retta (art. 87, n. 1, 2 e 4, c.c.). Tuttavia, si ritiene che la mancanza o il ritardo del rilascio del nulla osta costituisca una mera irregolarità non idonea ad inficiare la validità del matrimonio, ove sussistano le altre condizioni per contrarre matrimonio previste dalla legge (BAGGIO, in SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, Milano, 2009, p. 4862; Trib. Prato 3.3.1999; Trib. Treviso 15.4.1997). In ossequio del principio del *favor matrimonii*, sono inoltre equiparabili al nulla osta documentazioni equipollenti rilasciate da autorità straniere (Trib. Belluno 18.5.2002). Non costituisce impedimento al matrimonio in Italia neppure l'assenza di nulla osta dovuta alla circostanza che la legge straniera non prevede il divorzio e quindi la riacquisizione dello stato libero ai fini della celebrazione del matrimonio in Italia. Al di là della contrarietà all'ordine pubblico italiano di una siffatta legge, l'art. in commento specifica che resta **salvo lo stato libero acquisito da uno dei nubendi per effetto di una sentenza italiana passata in giudicato** o di una sentenza straniera riconosciuta nel nostro ordinamento (NASCIMBENE, *Il matrimonio del cittadino italiano all'estero e del cittadino straniero in Italia*, in *Tratt. Bonilini, Cattaneo*, I, 1, Torino, 2007, p. 210). Pertanto, oltre che in base alla legge nazionale dei nubendi, lo stato libero si considera esistente per l'ordinamento italiano se ricorrono le condizioni descritte dalla seconda parte della norma in commento. Non mancano autori che sottolineano il carattere claudicante della norma, poiché ammette situazioni in cui il

matrimonio contratto è valido secondo l'ordinamento italiano, ma non secondo quello nazionale dei nubendi (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, II, Torino, 2016, quarta ed., p. 86). Il legislatore, però, ha ritenuto prevalente l'interesse ad eliminare ogni differenza tra cittadini italiani e stranieri, poiché tutto ciò che rileva è l'efficacia del provvedimento giurisdizionale nel nostro ordinamento, vagliata ai sensi degli artt. 64-65 della legge di riforma (o 66 per la sentenza straniera che dichiara la morte presunta del coniuge di uno dei nubendi) o 21 ss. del Reg. n. 2201/2003, che prevede il **riconoscimento** automatico, in caso di decisioni provenienti da uno Stato UE (ad eccezione della Danimarca; v. *sub* art. 32, par. 3). Rinviando per il resto al commento *sub* art. 115 c.c., si segnala che il sistema che vede il trattamento internazionalprivatistico del matrimonio affidato a norme di collegamento tradizionali cede il passo, a livello UE, al principio del reciproco riconoscimento degli atti matrimoniali, che esclude una valutazione del rapporto in base alla legge considerata avere con esso la relazione più significativa. Inoltre, a seguito dell'adozione del **Reg. n. 2016/1191, i documenti pubblici** rilasciati dalle autorità di uno Stato membro in base alla propria legislazione nazionale, che devono essere presentati alle autorità di un altro Stato membro al fine di accertare, tra gli altri fatti, il matrimonio, il divorzio, la separazione personale o

l'annullamento del matrimonio (art. 2, lett. *e ed f*), circoleranno più facilmente. Il regolamento prevede, infatti, un sistema di esenzione dalla legalizzazione o formalità analoghe e di semplificazione di altre formalità, istituendo modelli standard multilingue da utilizzare come supporto per la traduzione e allegati ai documenti pubblici nazionali relativi alla nascita, all'esistenza in vita, al decesso, al matrimonio (compresi la capacità di contrarre matrimonio e lo stato civile), all'unione registrata (compresi la capacità di sottoscrivere un'unione registrata e lo stato di unione registrata), al domicilio e/o alla residenza e all'assenza di precedenti penali. Per effetto della nuova misura, che sarà applicabile nella sua interezza solo a decorrere dal **16.2.2019**, i documenti pubblici rilasciati in uno Stato membro dell'Unione dovranno essere accettati come autentici in un altro Stato membro senza necessità di legalizzazione. Inoltre, verrà meno l'obbligo di fornire in tutti i casi una copia autenticata e una traduzione asseverata dei documenti pubblici, potendo essere utilizzato un modulo standard multilingue da presentare come ausilio alla traduzione, allegato al documento pubblico per evitare l'obbligo di traduzione. Il regolamento riguarda soltanto l'**autenticità** dei documenti pubblici. Gli Stati membri continueranno dunque ad applicare le norme nazionali sul riconoscimento del contenuto e degli effetti dei documenti pubblici provenienti da un altro paese dell'Unione.

## 28 Forma del matrimonio

1. Il matrimonio è valido, quanto alla forma, se è considerato tale dalla legge del luogo di celebrazione o dalla legge nazionale di almeno uno dei coniugi al momento della celebrazione o dalla legge dello Stato di comune residenza in tale momento.

### Estremi Normativa di riferimento

✓ *Celebrazione del matrimonio* (art. 106 ss. c.c.) ✓ *Matrimonio per procura* (art. 111 c.c.)

### SOMMARIO

1. Origine della norma e criteri di collegamento. – 2. Matrimonio del cittadino italiano all'estero e dello straniero in Italia.

**1. Origine della norma e criteri di collegamento.** – Prima della riforma del diritto internazionale privato e processuale, la norma di conflitto deputata a regolamentare le questioni attinenti alla forma del matrimonio era l'art. 26 delle preleggi, norma generale relativa alla forma di tutti gli atti negoziali. La l. n. 218/1995 dedica invece una specifica norma alla forma del negozio matrimoniale. Come tutte le norme di conflitto inerenti alla validità di un negozio giuridico, la disposizione *de qua* è ispirata al principio generale del *favor validitatis*, poiché, proponendo una **serie alternativa di criteri di collegamento**, cerca di garantire il più possibile la validità dell'atto nel nostro ordinamento. Tali criteri sono la **legge del luogo di celebrazione del matrimonio**, la **legge nazionale di uno dei coniugi al momento della celebrazione** e la **legge della comune residenza in tale momento**. Dato l'impianto complessivo della legge, mentre i primi due criteri rispondono a scelte consuete del legislatore italiano, il terzo rappresenta un profilo innovativo. La nozione di residenza abituale va

valutata sulla scorta delle categorie giuridiche proprie dell'ordinamento che disciplina la fattispecie. A differenza di quanto accade in relazione agli artt. 26-27 della legge, in materia di forma del matrimonio **non opera il rinvio**, in virtù dell'espressa esclusione contenuta all'art. 13, co. 2. Al di là dei limiti di cui all'art. 111 c.c., anche la possibilità di celebrazione del **matrimonio per procura** o con altre modalità che **non prevedono la contestualità** dell'atto e la compresenza dei nubendi, riguardando la modalità di espressione del consenso, rientra nell'ambito di applicazione della norma. Pertanto se una delle leggi richiamate ammette tale istituto e la procura è rilasciata con i requisiti di forma prescritti, il matrimonio è da considerarsi valido (sulla validità, in presenza della certificazione rilasciata dalla competente autorità straniera, di un matrimonio concluso per telefono in Pakistan: Trib. Milano 1.2.2007, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 137; v. anche Trib. Treviso 9.5.2011, *ivi*, 2011, p. 383 sulla validità di un matrimonio contratto in Marocco in presenza di dichiarazioni di

volontà da parte dei nubendi non contestuali). All'ultima pronuncia cit. ha fatto seguito la **circolare del Ministero dell'Interno del 13.10.2011** con cui gli ufficiali di stato civile sono stati invitati a comportarsi secondo quanto prescritto da questa giurisprudenza e a trascrivere tali matrimoni, purché la richiesta di trascrizione sia formulata da entrambi i coniugi. Non vi è un problema di ordine pubblico, perché a priori si è fuori dall'ambito di applicazione della norma, in presenza di matrimoni meramente consensuali, come quelli ammessi in certi paesi di *common law*, data l'assenza di una qualsiasi forma esteriore di celebrazione (CARELLA, *Art. 28*, in BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995 n. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Commentario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1996, p. 1169).

**2. Matrimonio del cittadino italiano all'estero e dello straniero in Italia.** – Il riferimento al **criterio della cittadinanza** al momento della celebrazione, riferito ad uno o entrambi i coniugi, rende possibile il **riconoscimento** dei matrimoni celebrati all'estero davanti alle autorità consolari dei rispettivi Stati di cittadinanza, sia la **celebrazione** in Italia di matrimoni tra stranieri davanti alle autorità consolari estere presenti sul territorio dello Stato (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, II, Torino, 2016, quarta ed., p. 98), in quanto parificato al matrimonio contratto nello Stato di cittadinanza. Nel caso di matrimoni misti sussiste la concorrente competenza di entrambi gli Stati di cittadinanza interessati (NASCIMBENE, *Il matrimonio del cittadino italiano all'estero e del cittadino straniero in Italia*, in *Tratt. Bonilini, Cattaneo*, I, 1, Torino, 2007, p. 194).

Il matrimonio consolare in Italia davanti all'autorità di uno Stato estero il cui ordinamento sia richiamato dalla norma in commento è possibile anche qualora uno dei nubendi sia cittadino italiano (SARAVALLE, *ivi*, p. 1052), anche se la prassi degli ufficiali di stato civile va in senso contrario, rifiutando la trascrizione (CALVIGIONI, *Stato civile, stranieri e diritto internazionale privato*, Santarcangelo di Romagna, 2009, p. 77 ss.). Inoltre, in virtù della *lex loci celebrationis*, è possibile il riconoscimento del matrimonio non contratto davanti le autorità consolari. In primo luogo, il matrimonio **religioso** contratto da cittadini italiani all'estero, se anche uno solo degli ordinamenti richiamati ne riconosca rilevanza civilistica. Di converso, è ammessa anche la possibilità per il cittadino straniero di contrarre matrimonio in Italia in ciascuna delle forme religiose idonee ad assumere rilevanza civile, previa trascrizione dello stesso (CONETTI, *Rapporti di famiglia*, in CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commento alla riforma di diritto internazionale privato italiano*, Torino, 2009, p. 209). Al riguardo, la giurisprudenza è orientata in senso favorevole alla possibilità di concedere allo straniero la possibilità di contrarre matrimonio **concordatario** in Italia (Trib. min. Roma 19.7.1989, in *Fam. e dir.*, 1990, p. 538), così come al cittadino italiano di contrarre matrimonio concordatario all'estero (Cass. 25.1.1979 n. 557) e di farlo riconoscere in Italia previa trascrizione (che rappresenta in ogni caso una forma di pubblicità dichiarativa, non inficiando la validità in Italia del matrimonio contratto all'estero: App. Roma 13.7.2006). Su questi temi, *amplius*, NASCIMBENE, BERGAMINI, *Il matrimonio del cittadino italiano all'estero e dello straniero in Italia*, in *Tratt. Bonilini*, Torino, 2015, p. 261 ss.

## 29 Rapporti personali tra coniugi

1. I rapporti personali tra coniugi sono regolati dalla legge nazionale comune.
2. I rapporti personali tra coniugi aventi diverse cittadinanze o più cittadinanze comuni sono regolati dalla legge dello Stato nel quale la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata.

### Estremi Normativa di riferimento

✓ *Diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio* (art. 143 ss. c.c.)

### SOMMARIO

1. Origine della norma e ambito di applicazione. – 2. I criteri di collegamento.

**1. Origine della norma e ambito di applicazione.** – La l. n. 218/1995 regola in due norme distinte i rapporti personali e i rapporti patrimoniali tra coniugi (v. *sub art.* 30). Quanto ai primi, la norma in commento ha riempito il vuoto normativo lasciato dalla pronuncia della Corte cost. 1987, n. 71, che aveva dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3 e 29 della Cost. (principi di uguaglianza e di parità dei coniugi), l'art. 18, co. 1 delle preleggi, nella parte in cui sottoponeva alla legge nazionale del marito i rapporti personali tra coniugi (come norma sussidiaria rispetto alla legge nazionale comune e all'ultima legge nazionale comune; VITTA, MOSCONI, *Corsi di diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 1994, p. 213; sull'effetto non retroattivo degli artt. 29-30, Cass. 16.7.2005 n. 15092). Sono considerati **personali** tutti quei

rapporti in cui sia assente l'elemento patrimoniale oppure, se presente, abbia carattere residuale. Rientrano pertanto nell'ambito dei rapporti personali, i doveri di fedeltà, di coabitazione e di assistenza morale, nonché gli obblighi concernenti la determinazione della residenza familiare. Vi rientra anche il c.d. regime patrimoniale primario, vale a dire l'insieme dei diritti e doveri di carattere patrimoniale intrinsecamente connessi agli obblighi di assistenza e solidarietà familiare, quale il dovere reciproco di contribuire ai bisogni della famiglia, che risultano così sottratti all'operatività dell'art. 30 (CLERICI, *Art. 29*, in POCAR E AL. (a cura di), *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano. Legge 31 maggio 1995, n. 218*, Torino, 1996, p. 155; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, II, Torino, 2016, quar-

ta ed., p. 101; *contra* BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 2011, p. 162). Non rientrano invece nell'ambito di applicazione della norma la separazione personale e lo scioglimento del matrimonio, né le obbligazioni alimentari. In virtù del richiamo contenuto nell'art. 24, a termini del quale i diritti della personalità che derivano da un rapporto di famiglia sono regolati dalla legge applicabile a tale rapporto, rientra nell'ambito di applicazione *de qua* anche la disciplina dell'uso del **cognome** del coniuge. Ai sensi dell'art. 24, infatti, 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. L'Italia è tuttavia parte della **Convenzione di Monaco** del 5.9.1980 sulla legge applicabile ai cognomi e ai nomi, che fa riferimento alla legge nazionale del soggetto, anche se legge di uno Stato non contraente, senza alcuna deroga per i rapporti di famiglia. Come sottolineato dal Consiglio di Stato nel parere 22.2.2013, n. 850, tale Convenzione risulta sostanzialmente superata. Il caso di specie riguardava in realtà l'attribuzione delle generalità ai cittadini stranieri nell'ambito dei procedimenti amministrativi preordinati al conferimento della cittadinanza italiana. In applicazione della normativa vigente, infatti, i nomi e i cognomi di una persona venivano determinati dalla legge dello Stato di cui la stessa ha la cittadinanza, ragion per cui non di rado accadeva che le generalità attribuite con il decreto di conferimento della cittadinanza italiana – primo "prenome" indicato nell'atto di nascita e cognome del ramo paterno – potessero non coincidere con le generalità attribuite all'interessato nel paese di origine. Sempre più numerosi, pertanto, erano i casi di neocittadini italiani, i quali, una volta conseguito il nuovo *status civitatis*, attivavano il procedimento amministrativo per modificare il proprio nome, riallineandolo a quello originariamente posseduto e ciò con notevole aggravio dei procedimenti amministrativi in materia. Alla luce di tale circostanza, il Ministero dell'Interno ha sottoposto la questione al Consiglio di Stato, il quale ha accolto l'interpretazione proposta dall'Amministrazione, nel senso che la normativa italiana sull'attribuzione del nome allo straniero che acquista la cittadinanza dello Stato sia illegittima, con la conseguente soluzione di consentire l'attribuzione del nome di origine al momento di acquisto della cittadinanza italiana, previo adattamento dei segni anomali alle regole vigenti nel nostro Stato.

In forza di tale autorevole orientamento, pertanto, essendo possibile ricavare dai principi comunitari sulla continuità del nome (e del cognome) la regola del pieno riconoscimento del nome d'origine dello straniero che acquista la cittadinanza, la Pubblica Amministrazione è tenuta a darvi diretta applicazione, dovendo pertanto consentire all'interessato, al momento di presentazione dell'istanza, di indicare gli elementi del proprio nome, nell'ambito delle generalità così come specificate nell'atto di nascita, disponendo che il dispositivo del decreto di conferimento rechi tali generalità.

**2. I criteri di collegamento.** – La norma in commento riguarda solo la legge applicabile, non contenendo anche i titoli di giurisdizione relativi ai rapporti personali tra coniugi (Cass. S.U. 20.7.2001 n. 9884). Il co. 1 individua nella **legge nazionale comune** il primo dei due criteri di

collegamento. Non venendo indicato il **momento** in cui deve sussistere la cittadinanza comune, il criterio è quello dell'attualità, in base al quale la comunanza di legge va valutata al momento in cui sorge la necessità di ricorrere a tale criterio per risolvere la fattispecie controversa (BALLARINO, *op. loc. ult. cit.*). La cittadinanza comune prevale pertanto anche sulla cittadinanza italiana di uno dei coniugi (CONETTI, *Matrimonio e unioni civili*, in CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Manuale di diritto internazionale privato*, Torino, 2017, p. 148). Ai sensi dell'**art. 19, co. 1**, nel caso di rifugiati o apolidi, troverà applicazione la legge dello Stato del domicilio o, in mancanza, la legge dello Stato di domicilio. Qualora uno o entrambi i coniugi abbiano più cittadinanze, ai sensi dell'**art. 19, co. 2**, occorre far riferimento a quella con cui la persona presenta il collegamento più stretto, ma se vi è anche quella italiana, questa prevale. Pertanto, se i coniugi dovessero avere più cittadinanze comuni, tra cui quella italiana, questa dovrebbe prevalere. Se invece i coniugi avessero una sola cittadinanza comune (non italiana), ma uno di essi fosse sia cittadino straniero sia italiano, dovrebbero essere considerati di cittadinanza diversa, intervenendo il secondo criterio di collegamento contenuto della norma *de qua* (BARIATTI, *La disciplina giuridica della cittadinanza italiana*, Milano, 1989, p. 66 s.; MOSCONI, CAMPIGLIO, *op. cit.*, p. 103; *contra*, Trib. Venezia 14.11.1996, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, p. 158; Trib. Tivoli 4 agosto 2009, *ivi*, 2011, p. 160, che hanno invece dato risalto alla cittadinanza straniera comune). Si deve peraltro notare che la automatica prevalenza della cittadinanza italiana rispetto ad un'altra cittadinanza appare ridimensionata nel caso in cui la seconda cittadinanza si quella di uno Stato membro dell'Unione europea, perché ciò integrerebbe una violazione del principio di non discriminazione (C. giust. 2.10.2003, C-148/02, *Garcia Avello*). Per i casi in cui manchi una legge nazionale comune, o in presenza di più cittadinanze comuni, l'art. 29 introduce il criterio della **prevalente localizzazione della vita matrimoniale**, il quale non è suscettibile di determinare discriminazioni tra coniugi in ragione del sesso. Tale criterio implica un accertamento di fatto basato su un criterio non formale, ma di effettività (Cass. 11.7.2012 n. 11646), la cui valutazione è lasciata all'interprete, mancando nella norma qualunque parametro di riferimento. La residenza abituale comune può rappresentare un parametro significativo anche nei casi in cui la convivenza dei coniugi è stata di brevissima durata (Trib. Bari 8.4.2013 n. 1103). La Cass. ha sottolineato come la norma non si riferisca alla famiglia ma alla vita matrimoniale, cioè a una nozione dinamica, di relazione tra i coniugi, anziché materiale, indicante l'ubicazione della dimora familiare e, anche se le due nozioni possono coincidere, si tratta del centro principale degli interessi e degli affetti (sent. 4.4.2011 n. 7599). Pur nella difficoltà di determinare un luogo di prevalente localizzazione della vita matrimoniale in determinate fattispecie, occorre comunque pervenire all'accertamento di tale luogo avendo riguardo al concreto atteggiarsi dei rapporti dei coniugi e alle vicende concrete del matrimonio (Cass., ult. sent. cit., che ha stabilito l'erroneità di ricorrere all'art. 14 della legge di riforma, e quindi all'impossibilità della conoscenza della legge straniera, sulla base di una presunta impossibilità di localizzare il luogo in cui la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata). In tali casi occorre ricercare la localiz-

zazione meno debole rispetto ad un certo ordinamento giuridico, ricorrendo ad indici quali la cittadinanza dell'uno o dell'altro coniuge, la dimora, la residenza dei figli, il luogo di situazione dei beni di proprietà dei coniugi, la lingua utilizzata nei reciproci rapporti MOSCONI, CAMPIGLIO, *op. loc. cit.*). Nel caso di rinvio a regimi discriminatori, sopratt-

tutto riconducibili a paesi islamici, potrà operare l'eccezione di **ordine pubblico** di cui all'art. 16 della legge. A differenza di quanto accade per i rapporti patrimoniali, è esclusa ogni possibilità di *optio legis*. Nel caso in cui il criterio di collegamento rinvii ad un ordinamento plurilegislativo, v. *sub art.* 18 della l. n. 218/1995.

## 30 Rapporti patrimoniali tra coniugi

1. I rapporti patrimoniali tra coniugi sono regolati dalla legge applicabile ai loro rapporti personali. I coniugi possono tuttavia convenire per iscritto che i loro rapporti patrimoniali sono regolati dalla legge dello Stato di cui almeno uno di essi è cittadino o nel quale almeno uno di essi risiede.

2. L'accordo dei coniugi sul diritto applicabile è valido se è considerato tale dalla legge scelta o da quella del luogo in cui l'accordo è stato stipulato.

3. Il regime dei rapporti patrimoniali fra coniugi regolato da una legge straniera è opponibile ai terzi solo se questi ne abbiano avuto conoscenza o lo abbiano ignorato per loro colpa. Relativamente ai diritti reali su beni immobili, l'opponibilità è limitata ai casi in cui siano state rispettate le forme di pubblicità prescritte dalla legge dello Stato in cui i beni si trovano.

### Estremi Normativa di riferimento

✓ *Regime patrimoniale della famiglia* (art. 159 ss. c.c.) ✓ *Regimi patrimoniali dei coniugi ed effetti patrimoniali delle unioni registrate* (Reg. (UE) n. 2016/1103 e 2016/1104)

### SOMMARIO

1. Origine della norma e ambito di applicazione. – 2. I criteri di collegamento. – 3. L'opponibilità ai terzi. – 4. I regolamenti dell'Unione europea.

**1. Origine della norma e ambito di applicazione.** – La l. n. 218/1995 regola in due norme distinte i rapporti personali e i **rapporti patrimoniali tra coniugi** (v. *sub art.* 29). Questi ultimi, prima regolati dall'art. 19 delle preleggi, risultano ora disciplinati dalla norma in commento. Mentre l'art. 18 delle preleggi era stato dichiarato costituzionalmente illegittimo con la sentenza della Corte cost. 5.3.1987, n. 71, a causa della violazione degli artt. 3 e 29 della Cost. (principi di uguaglianza e di parità dei coniugi), rinviando, tra i vari criteri di collegamento, alla legge nazionale del marito, l'art. 19, co. 1 delle preleggi, che conteneva il medesimo criterio di collegamento applicato anche ai rapporti patrimoniali, ha visto la stessa sorte solo con la sentenza della Corte cost. 4.7.2006, n. 254 (sulla portata retroattiva delle sentenze della Corte cost., BONANZINGA, *Rapporti patrimoniali tra coniugi, diritto internazionale privato e illegittimità costituzionale dell'art. 19, 1° comma disp. prel. c.c.*, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 437). La norma si applica solo al c.d. **regime patrimoniale secondario** inerente alla titolarità e all'amministrazione dei beni dei coniugi, in quanto gli aspetti economici derivanti dai reciproci doveri di assistenza e di contribuzione ai bisogni della famiglia (c.d. regime patrimoniale primario) ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 29. L'art. 30 è destinato a regolare la **capacità** di concludere, modificare o estinguere le convenzioni matrimoniali disciplinate da uno degli ordinamenti richiamati e la capacità di compiere atti di ordinaria e straordinaria amministrazione relativi ai beni coniugali (ma a tale riguardo la norma va letta congiuntamente agli artt. 20 e 23 della legge, rispetto ai quali rappresenta una disposizione speciale). Rientrano nell'ambito di applicazione della norma anche le **conven-**

**zioni prematrimoniali** (*amplius*, AL MUREDEN, *I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, in *Fam. e dir.*, 2005, p. 543 ss.), purché, ai fini della loro validità, al momento della celebrazione del matrimonio non siano mutati i riferimenti assunti per l'operatività di uno dei criteri di collegamento indicati. Conseguentemente, si può far rientrare nella norma anche l'istituto del *mahr* islamico, vale a dire il donativo nuziale previsto a tutela della moglie in caso di divorzio o di morte del coniuge (ASCANIO, *Il mahr tra diritto musulmano e contesto non islamico*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 387 ss.). Vi rientrano le **donazioni** qualora suscettibili di dispiegare effetti sul regime patrimoniale dei coniugi (non pertanto quelle obnuziali, regolate dalla norma generale dell'art. 56). Infine, in tema di **diritti reali**, occorre delimitare la portata dell'art. 30 rispetto a quella generale dell'art. 51. Per il principio di specialità non vi rientrano gli obblighi alimentari tra coniugi o ex coniugi, per i quali esiste nella legge una disposizione specifica (v. *sub art.* 45).

**2. I criteri di collegamento.** – La norma in commento riguarda solo la **legge applicabile**, non contenendo anche i titoli di giurisdizione relativi ai rapporti patrimoniali tra coniugi. Il co. 1 effettua un richiamo alla legge di cui all'art. 29, vale a dire la stessa applicabile ai rapporti personali, la cui scelta è ispirata ad un principio di parità tra i coniugi. Ciò comporta il **divieto di valutazioni differenti** in relazione all'una e all'altra serie di rapporti, pertanto anche il divieto di assegnare ad es. preminente rilievo, in sede di applicazione dell'art. 30, agli aspetti relativi alla localizzazione del patrimonio familiare (VIARENGO, *Auto-*

*nomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 106). Per mezzo del richiamo all'art. 29 operano due criteri di collegamento: in via principale, la **cittadinanza comune dei coniugi** e, in via sussidiaria, la **prevalente localizzazione della vita matrimoniale**. L'applicazione dei criteri individuati può comportare la mutabilità nel tempo della legge applicabile, una novità rispetto alla disciplina delle preleggi, ma anche un'incertezza sotto il profilo della situazione di fatto da considerare ai fini della valutazione della legge applicabile. Tale mutabilità influisce sui rapporti patrimoniali molto più che su quelli personali, essendo i primi caratterizzati da un flusso continuo di rapporti giuridici. Il mutamento delle circostanze fattuali, come il cambio di cittadinanza o della localizzazione della vita matrimoniale può infatti comportare che si passi da un regime di separazione di beni a uno di comunione e viceversa. Inoltre, la legge applicabile potrebbe prevedere un frazionamento della regolamentazione complessiva dei rapporti patrimoniali, qualora, operando il **rinvio**, nell'ordinamento straniero richiamato distinte norme di conflitto disciplinino la sorte dei beni mobili e immobili (GAROFALO, *I rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Torino, 1997, p. 59). L'art., inoltre, a differenza di quanto avviene in ambito di rapporti personali tra coniugi, riconosce agli stessi la possibilità di **scelta della legge regolatrice**, seppur limitando la scelta ad alcuni ordinamenti che presentano legami significativi con la situazione. L'autonomia prevista dalla norma *de qua* contribuisce ad aggiungere un ulteriore elemento di flessibilità alla disciplina dei rapporti patrimoniali, ma anche un correttivo alla mutabilità che soprattutto il criterio della prevalente localizzazione della vita matrimoniale può comportare. I coniugi possono sottoporre i loro rapporti patrimoniali alla **legge del paese di cui almeno uno di essi è cittadino o nel quale almeno uno di essi risiede**. La convenzione rimane valida anche se in seguito il collegamento dovesse cessare. La scelta può intervenire in qualsiasi momento, anche precedente alla stipulazione del matrimonio ed essere successivamente modificata o revocata (BAREL, ARMELLINI, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, Milano, 2016, p. 150; CONETTI, *Matrimonio e unioni civili*, in CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Manuale di diritto internazionale privato*, Torino, 2017, p. 149). La convenzione, per la cui validità valgono alternativamente la legge da questa indicata o la legge del luogo di stipulazione ai sensi del co. 2 dell'art. in commento, deve essere redatta in **forma scritta**. La scelta si intende come riferita ad un ordinamento nel suo complesso, comprensivo sia del regime legale sia di quella che consente autonomia per la scelta del regime. Ne deriva ad esempio che il limite dell'art. 161 c.c. non opera nei confronti della libertà di scelta della legge applicabile, bensì dell'autonomia negoziale qualora la scelta ricada sulla legge italiana (CONETTI, *op. loc. cit.*). Si rammenta inoltre che l'art. 13, co. 2 della l. n. 218/1995 esclude il **rinvio** quando la legge applicabile è individuata in via negoziale dalle parti. L'applicazione del diritto straniero richiamato può essere limitato ex art. 16 della legge di riforma in caso di **contrasto con l'ordine pubblico**, che può operare qualora la legge applicabile, in violazione del principio di uguaglianza tra i coniugi, attribuisce ad uno dei coniugi un ruolo di ingiustificato predominio nella gestione del patrimonio familiare. Questa incompatibilità

non ha modo di verificarsi riguardo agli ordinamenti di matrice islamica, nei quali normalmente è previsto a favore della moglie il regime di separazione dei beni e la titolarità dei diritti sul proprio patrimonio (CLERICI, *Le norme di diritto internazionale privato in materia di famiglia*, in *Tratt. Bessone*, IV, Torino, 2011, p. 155). Anche la costituzione di una **dote** può integrare tale incompatibilità, da accertare caso per caso (VIARENGO, *op. cit.*, p. 222). L'incompatibilità si verifica invece in presenza di ordinamenti che prevedono l'incapacità della donna coniugata, che ricade nell'ambito di applicazione della norma in commento in quanto incapacità speciale rispetto agli artt. 20 e 23 della legge di riforma (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, II, Torino, 2016, quarta ed., p. 106).

**3. L'opponibilità ai terzi.** – L'art. 30, co. 3 dispone che il regime dei rapporti patrimoniali regolato da una legge straniera può essere **opposto ai soli terzi che ne fossero a conoscenza o l'avessero ignorato per propria colpa**. La norma in esame presuppone quindi un necessario comportamento in buona fede da parte dei coniugi e su questi ultimi grava l'onere della prova circa l'opponibilità ai terzi (CLERICI, *Art. 30*, in POCAR E AL. (a cura di), *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano. Legge 31 maggio 1995, n. 218*, Torino, 1996, p. 461 ss.). Con riferimento alla pubblicità delle convenzioni matrimoniali soccorre il **d.P.R. n. 396/2000**, regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento di stato civile, in particolare gli artt. 19, 64 e 69, con cui sono state ampliate le possibilità per i coniugi stranieri di rendere opponibili ai terzi il loro regime patrimoniale. Infatti, l'art. 19 del d.P.R. consente la trascrizione nei registri dello stato civile dei matrimoni celebrati all'estero da cittadini stranieri residenti in Italia (*amplius*, CAFARI PANICO, *Lo straniero e l'ordinamento dello stato civile*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 921 ss.). L'art. 64 consente di inserire nell'atto di matrimonio la scelta, fatta contestualmente, della legge applicabile ai rapporti patrimoniali ex art. 30 della l. n. 218/1995. Da ultimo, l'art. 69 consente l'annotazione a margine dell'atto di matrimonio, non solo delle convenzioni matrimoniali e delle relative modificazioni, ma anche della scelta della legge applicabile. Inoltre, qualora si tratti di **diritti reali su beni immobili**, l'opponibilità è limitata ai casi in cui siano rispettati i requisiti di pubblicità della *lex rei sitae* (*amplius*, su tali aspetti, STEFANINI, *Art. 30*, in BASINI, BONILINI, CONFORTINI (a cura di), *Codice di famiglia. Minori e soggetti deboli*, Torino, 2014, p. 5231 ss.).

**4. I regolamenti dell'Unione europea.** – A decorrere dal **29.1.2019**, le disposizioni della norma in commento sono sostituite nei rapporti tra determinati paesi UE dai **regolamenti 2016/1103 sui regimi patrimoniali dei coniugi e 2016/1104 sugli effetti patrimoniali delle unioni registrate**. I due regolamenti UE sono il risultato di un lungo iter avviato con le proposte della Commissione europea presentate nel 2011, oggetto di discussione tra gli Stati membri con particolare riguardo alla diversità di regimi patrimoniali e dei loro effetti esistenti nei vari paesi, nonché per la mancanza di legislazioni sulle unioni registrate in alcuni di essi. Nel 2015 il Consiglio, riscontrando l'impossibilità di raggiungere un accordo unanime ai sensi

dell'art. 81, par. 3, TFUE, ha optato per la richiesta alla Commissione da parte di 18 Stati membri, tra cui l'Italia, di presentare una proposta di cooperazione rafforzata che si occupasse di **giurisdizione, legge applicabile e riconoscimento delle sentenze e degli atti pubblici** in materia di rapporti patrimoniali delle coppie sposate e delle unioni registrate. La partecipazione alla cooperazione rafforzata è comunque aperta a tutti gli altri Stati membri interessati che intendano essere vincolati dai regolamenti. Il regolamento **2016/1103** non definisce la nozione di matrimonio, che è demandata ai singoli ordinamenti nazionali (considerando 17), mentre precisa che l'espressione regime patrimoniale deve essere intesa in modo autonomo e quindi deve comprendere il regime dei beni e tutti i rapporti patrimoniali, come disciplinati dalle legislazioni nazionali, tra i coniugi ma anche nei confronti dei terzi, che derivano dal matrimonio o dal suo scioglimento (art. 3, par. 1, lett. *a*, considerando 18). Sono escluse le questioni inerenti a tali rapporti, quali la capacità giuridica dei coniugi, nonché quelle relative alla successione *mortis causa* e alle obbligazioni alimentari art. 1, par. 2), per le quali si rinvia al Reg. n. 4/2009 (*sub* art. 45, par. 3). Il Reg. **2016/1104** disciplina gli effetti patrimoniali delle coppie non sposate, ma la cui unione è registrata, in base al diritto interno degli Stati membri, rimanendo **escluse le coppie di fatto** (considerando 16-17). Parimenti all'altro regolamento, il termine effetti patrimoniali deve essere inteso in senso ampio, coprendo tutti i rapporti patrimoniali, quali la gestione e la liquidazione del regime patrimoniale, durante l'unione e al suo scioglimento (art. 3, par. 1, lett. *b*, considerando 18-19), ed escludendo le questioni ad essi correlate (art. 1). Ai fini di entrambi i regolamenti, viene attribuito alla nozione di autorità giurisdizionale un significato ampio, che comprende qualsiasi autorità giudiziaria o professionista competente in materia, tra cui i notai (art. 3, par. 2). Ai sensi degli artt. 4 e 5 di ambedue i regolamenti, l'autorità adita per decidere, rispettivamente, su questioni riguardanti la successione oppure su divorzio, separazione o annullamento del matrimonio o scioglimento dell'unione registrata, è competente a trattare le questioni relative ai rapporti patrimoniali dei coniugi o dei partner, a condizione che vi sia un accordo tra le parti. In particolare, l'art. 5 del regolamento 2106/1103 prevede che la competenza dell'autorità investita con la domanda principale è condizionata all'accordo dei coniugi qualora la sua giurisdizione in materia matrimoniale sia stata determinata conformemente agli artt. 3, 5 o 7 del Reg. n. 2201/2003 (*v. sub* art. 32, par. 3). In mancanza di elezione del foro, i due regolamenti stabiliscono all'art. 6 i **titoli per determinare la giurisdizione**, che sono **successivi**. Il Reg. 2016/1103 prevede che sono competenti a decidere sul regime patrimoniale dei coniugi le autorità giurisdizionali dello Stato membro di **residenza abituale** dei coniugi o, in mancanza, di ultima residenza abituale dei coniugi se uno di essi vi risiede ancora o, in mancanza, di residenza abituale del convenuto o, in mancanza, di cittadinanza comune dei coniugi, in ogni caso avuto riguardo al momento in cui l'autorità è stata adita. Il Reg. 2016/1104 sulle unioni registrate individua i medesimi criteri di collegamento, a cui aggiunge la competenza delle autorità dello Stato di costituzione. In base all'art. 7 di entrambi i regolamenti, è prevista la possibilità di concordare la **scelta del foro**, eccetto quando sia già stata adita un'autorità per decidere su que-

stioni riguardanti la successione oppure su divorzio, separazione o annullamento del matrimonio o scioglimento dell'unione, in base agli artt. 4 e 5. L'art. 7 del Reg. 2016/1103 prevede che, nelle ipotesi di cui all'art. 6, i coniugi possono attribuire la competenza esclusiva in materia di regimi patrimoniali alle autorità giurisdizionali dello Stato membro la cui legge è applicabile *ex art.* 22, ossia lo Stato di residenza abituale di uno o entrambi o di cui uno dei coniugi ha la cittadinanza, avuto riguardo al momento della conclusione dell'accordo, oppure *ex art.* 26, par. 1, lett. *a-b*, vale a dire lo Stato della prima residenza abituale comune dei coniugi dopo la conclusione del matrimonio o della cittadinanza comune dei coniugi al momento della conclusione del matrimonio, nonché, infine, lo Stato membro di conclusione del matrimonio. Similmente, l'art. 7 del Reg. 2016/1104 consente l'attribuzione della competenza esclusiva alle autorità dello Stato membro la cui legge è applicabile *ex artt.* 22 e 26, par. 1, ossia dello Stato di residenza abituale di uno o entrambi i partner o di cui uno dei partner ha la cittadinanza, avuto riguardo al momento della conclusione della convenzione, nonché, lo Stato ai sensi della cui legge l'unione registrata è stata costituita. L'art. 9 di entrambi i regolamenti dispone che nel caso in cui il matrimonio o l'istituto dell'unione registrata non sia riconosciuto nello Stato membro dell'autorità adita, questa può declinare la competenza. Se le parti concordano, la competenza alternativa può essere attribuita alle autorità di un altro Stato membro. Unica eccezione sussiste quando lo Stato membro dell'autorità adita riconosce la decisione di divorzio, separazione o scioglimento del matrimonio o dell'unione, che pertanto rimane competente. Altre disposizioni coprono i casi di competenza fondata sulla comparizione del convenuto (art. 8), competenza sussidiaria, ossia basata sulla presenza dei beni immobili nello Stato del foro (art. 10), *forum necessitatis* (art. 11) e domanda riconvenzionale (art. 12). Infine, sono dettate norme comuni, quali quelle su litispendenza (art. 17), connessione (art. 18) e provvedimenti provvisori e cautelari (art. 19). La **legge** che regola i regimi patrimoniali dei coniugi o gli effetti patrimoniali delle unioni registrate, determinata in base ai corrispondenti regolamenti, si applica anche qualora non sia quella di uno Stato membro della cooperazione rafforzata o dell'UE, affermandone dunque la portata universale (art. 20). L'ambito di applicazione della legge designata come applicabile è delimitato dai rispettivi art. 27. Ai sensi dell'art. 22 di entrambi i regolamenti, le parti possono **scegliere**, in qualsiasi momento, la legge applicabile ai loro rapporti patrimoniali, purché, secondo criteri di collegamento che sono **alternativi**, si tratti della legge dello Stato di residenza abituale o della cittadinanza di una parte, in tutti i casi avuto riguardo al momento in cui l'autorità è stata adita, nonché, per le unioni registrate, anche la legge del luogo di costituzione. Ambedue i regolamenti stabiliscono alcuni requisiti per la validità formale (artt. 23 e 25) e sostanziale (art. 24) dell'accordo o della convenzione matrimoniale o tra partner, con lo scopo di facilitarne l'accettazione negli Stati membri. **In mancanza di scelta** delle parti, per quanto riguarda i regimi patrimoniali dei coniugi, l'art. 26 del Reg. 2016/1103 individua i criteri per determinare la legge applicabile, che sono **successivi**. La legge applicabile potrà essere quella dello Stato di residenza abituale comune dopo la conclusione del matrimonio o, in mancanza, dello Stato della cittadinanza

comune al momento della conclusione del matrimonio o, in mancanza, quello con cui i coniugi presentano il collegamento più stretto in tale momento. In caso di unione registrata, l'art. 26 del Reg. 2016/1104 designa come applicabile la legge del luogo di costituzione, qualora non sia stata scelta dalle parti. In entrambi i regolamenti, nei citati art. 26, in via eccezionale e su richiesta di una parte, l'autorità adita con domande su questioni inerenti al regime patrimoniale tra coniugi o agli effetti patrimoniali di un'unione registrata può decidere che la legge di uno Stato, diverso da quello la cui legge è stata designata in base ai criteri summenzionati, sia applicabile ai rapporti patrimoniali, qualora siano rispettate le condizioni ivi contemplate e non vengano pregiudicati i diritti dei terzi. Considerata la diversità dei diritti reali riconosciuti negli Stati membri, è previsto l'adattamento di un diritto reale, attribuito in uno Stato membro, al diritto reale equivalente più vicino regolato nell'altro Stato membro che non lo riconosce (art. 28). Inoltre, i due regolamenti fanno salve le **norme di applicazione necessaria della legge del foro** (art. 30) ed escludono l'applicazione della legge designata in caso di manifesta incompatibilità con l'ordine pubblico del foro (art. 31). Le disposizioni sulla legge applicabile sono applicabili ai coniugi che hanno contratto matrimonio o che hanno designato la legge applicabile al loro regime patrimoniale successivamente al 29.1.2019, nonché ai partner che hanno registrato la loro unione o che hanno designato la legge applicabile agli effetti patrimoniali della loro unione registrata successivamente a tale data (art. 69). L'art. 36 dei due regolamenti dispone che il **riconoscimento delle decisioni avviene in modo automatico**. I motivi di diniego di riconoscimento, che vengono in rilievo in caso di contestazione, sono elencati nell'art. 37 di entrambi i regolamenti e riguardano la contrarietà all'or-

dine pubblico dello Stato membro in cui è richiesto il riconoscimento, il rispetto dei diritti di difesa, l'incompatibilità con una decisione emessa in un procedimento tra le stesse parti nello Stato membro in cui è richiesto il riconoscimento o con una decisione emessa precedentemente tra le stesse parti in un altro Stato membro o in un paese terzo, in un procedimento avente il medesimo oggetto e il medesimo titolo, qualora tale decisione sia riconoscibile nello Stato membro in cui è richiesto il riconoscimento. È escluso il riesame della competenza dello Stato d'origine (art. 39) e del merito della decisione emessa in uno Stato membro (art. 40). Per l'esecuzione di una decisione, emessa in uno Stato membro e ivi esecutiva, occorre presentare un'istanza nello Stato richiesto per chiedere la dichiarazione di esecutività di tale decisione, secondo la procedura di cui agli artt. da 44 a 57. In considerazione del fatto che in alcuni ordinamenti le questioni patrimoniali sono trattate da autorità non giudiziarie, l'art. 58 di entrambi i regolamenti disciplina l'accettazione degli **atti pubblici**, stabilendo che hanno la stessa efficacia probatoria in tutti gli Stati membri e che producono gli effetti più comparabili, salva la contrarietà all'ordine pubblico. L'esecutività degli atti pubblici (art. 59) e delle transazioni giudiziarie (art. 60) segue la procedura richiesta per le decisioni. Se il procedimento è stato avviato anteriormente al 29.1.2019, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni assunte dopo sono regolati, *ex art.* 69, dalle relative disposizioni a condizione che la competenza sia stata attribuita conformemente a quanto stabilito nei regolamenti (*amplius* sui regolamenti, MALAGOLI, *Regime patrimoniale dei coniugi ed effetti patrimoniali delle unioni civili: i regolamenti UE "gemelli" n. 2016/1103 e n. 2016/1104*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2016, p. 828 ss.).

## 30 bis Contratti di convivenza (1)

1. Ai contratti di convivenza si applica la legge nazionale comune dei contraenti. Ai contraenti di diversa cittadinanza si applica la legge del luogo in cui la convivenza è prevalentemente localizzata.
2. Sono fatte salve le norme nazionali, europee ed internazionali che regolano il caso di cittadinanza plurima.

(1) Articolo introdotto dall'art. 1, co. 64, della l. 20.5.2016, n. 76, Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze.

### Estremi Normativa di riferimento

✓ *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze* (l. 20.5.2016, n. 76)

### SOMMARIO

1. Osservazioni generali. – 2. Profili di diritto dell'Unione europea.

**1. Osservazioni generali.** – L'art. in commento è stato introdotto dall'art. 1, co. 64, della l. 20.5.2016, n. 76, Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle **convivenze**. Con specifico riguardo a queste ultime, ai sensi della nuova legge, la convivenza è giuridicamente rilevante laddove essa si instauri tra due persone maggiorenni (dello stesso sesso o di sesso diverso), unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso comune (ai sensi

dell'art. 4, d.P.R. n. 223/1989) e tra loro non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile. In base all'art. *de quo* ai contratti di convivenza si applica la **legge nazionale comune** dei contraenti o, in caso di diversa cittadinanza, la **legge del luogo in cui la convivenza è prevalentemente localizzata**, riprendendo conseguentemente i criteri già previsti per i rapporti patrimoniali tra coniugi. Non si è invece ritenuto di consentire ai conviventi l'*optio legis* in analogia a quanto invece consentito ai coniugi per i rapporti patrimoniali

in base all'art. 30. Se è pur vero che le differenti previsioni esistenti negli ordinamenti interni sul punto avrebbero potuto creare problemi applicativi, il nostro legislatore ha forse considerato solo il caso in cui il contratto di convivenza sia concluso, in Italia, da due soggetti con diversa cittadinanza, senza però occuparsi del caso in cui il contratto sia concluso in Italia da due stranieri aventi cittadinanza comune, magari appartenenti ad uno Stato che non consente i contratti di convivenza (BERGAMINI, *Contratti di convivenza e unioni civili: la nuova sfida per il diritto internazionale privato italiano e dell'Unione europea*, in *Eurojus*, 28.6.2016). Con riferimento al primo criterio, l'applicazione della legge nazionale comune porta a rendere più difficile l'aggiramento delle norme italiane da parte dei nostri cittadini, che potranno quindi concludere in Italia un contratto di convivenza solo nei limiti in cui questo è consentito dal nostro ordinamento (circostanza che tuttavia non esclude la possibilità per gli stessi di concludere un contratto di convivenza, con regole diverse, in altro ordinamento che glielo consenta nonostante la cittadinanza italiana). Con riferimento al secondo criterio, permangono le difficoltà pratiche legate all'operatività di un criterio di collegamento di fatto, che consente un consistente margine di discrezionalità e che è, altresì, un criterio variabile nel tempo. L'esempio più delicato è quello di un contratto di convivenza concluso da due stranieri aventi diverse cittadinanze e, al tempo della conclusione, residenti in Italia, che decidano successivamente di spostare altrove la loro residenza, soprattutto qualora tale spostamento derivi da una crisi della convivenza stessa. Il principio di certezza del diritto dovrebbe portare a ritenere sufficiente la prevalente localizzazione **al momento in cui il contratto è concluso**, ritenendosi quindi irrilevante il successivo spostamento della residenza. Tale soluzione, però, sembra andare oltre le previsioni del legislatore e si pone in contrasto con la giurisprudenza formatasi in tema di prevalente localizzazione della vita matrimoniale ai sensi dell'art. 29, l. n. 218/1995, che ha sempre sostenuto la variazione della legge applicabile a seguito del mutamento delle circostanze di fatto, e ciò, secondo un certo orientamento, addirittura con effetto retroattivo, salvi i diritti dei terzi (BERGAMINI, *op. cit.*). Il co. 2 fa salve le norme nazionali, europee ed internazionali che regolano il caso di **cittadinanza plurima**. Tale intervento è verosimilmente volto ad evitare i dubbi interpretativi emersi nell'applicazione dell'art. 29 circa la sorte del primo criterio nel caso in cui soggetti abbiano più di una cittadinanza comune e che aveva portato a ritenere, in tale caso, applicabile la legge del luogo di prevalente localizzazione della vita matrimoniale, anziché i criteri di prevalenza previsti dall'art. 19. Altro dubbio che dovrà essere risolto è quello relativo ai **requisiti formali** dei contratti di convivenza e le **forme**

**pubblicitarie** previste dal nostro ordinamento, per i quali sarà opportuno che il legislatore preveda regolamenti di attuazione che risolvano tali profili. In analogia a quanto previsto in tema di matrimonio dall'art. 28 della l. n. 218/1995 si potrebbe ipotizzare un *favor* per la validità quanto alla forma, anche in assenza del rispetto dei requisiti formali previsti nell'ordinamento italiano (atto pubblico o scrittura privata autenticata) che, tuttavia, dovrebbero ritenersi necessari per le forme pubblicitarie prescritte ai fini dell'opponibilità a terzi, vale a dire per la trascrizione nei registri di stato civile.

**2. Profili di diritto dell'Unione europea.** – Si sottolinea come i contratti di convivenza, ora noti anche al nostro ordinamento, potrebbero rilevare ai fini della normativa dell'Unione europea in materia di libera circolazione e immigrazione. Infatti, ai sensi dell'art. 3 della **direttiva 2004/38**, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, lo Stato membro ospitante, conformemente alla sua legislazione nazionale, è chiamato ad **agevolare** l'ingresso e il soggiorno del partner con cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata. L'art. 3 del **d.lgs. 6.2.2007, n. 30**, che tale direttiva ha trasposto, riprende pressoché pedissequamente il disposto della normativa europea e pertanto, alla luce dell'introduzione del contratto di convivenza anche nel nostro ordinamento, tale norma dovrebbe trovare più ampia applicazione. Analogamente, l'art. 4 della **direttiva 2003/86**, relativa al ricongiungimento familiare per i cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti in uno Stato membro prevede che gli Stati membri possano, per via legislativa o regolamentare, autorizzare l'ingresso e il soggiorno del partner non coniugato cittadino di un paese terzo che abbia una relazione stabile duratura debitamente comprovata con il soggiornante. L'art. 29 del **t.u. immigrazione** (d.lgs. 25.7.1998, n. 286 e succ. modd.) non si è tuttavia avvalso di tale possibilità, rimanendo pertanto tuttora escluso per il partner straniero legalmente soggiornante in Italia chiedere il ricongiungimento con il convivente con carattere di stabilità (ma lo stesso dicasi in relazione al partner registrato). Sarà quindi opportuno da parte del legislatore coordinare le previsioni della nuova legge anche con il t.u. immigrazione, anche prevedendo ulteriori requisiti e controlli che, pur nel rispetto del diritto dell'Unione europea, consentano di evitare lo sfruttamento abusivo del nuovo istituto. La conclusione di un contratto di convivenza fittizia, nel momento in cui fosse elemento sufficiente per l'ottenimento di un valido titolo di soggiorno potrebbe infatti essere utilizzata per aggirare le regole in tema di immigrazione in maniera sicuramente più semplice rispetto ad un matrimonio.

## 31 Separazione personale e scioglimento del matrimonio

1. La separazione personale e lo scioglimento del matrimonio sono regolati dalla legge nazionale comune dei coniugi al momento della domanda di separazione o di scioglimento del matrimonio; in mancanza si applica la legge dello Stato nel quale la vita matrimoniale risulta prevalentemente localizzata.

2. La separazione personale e lo scioglimento del matrimonio, qualora non siano previsti dalla legge straniera applicabile, sono regolati dalla legge italiana.

## Estremi Normativa di riferimento

✓ **Legge applicabile alla separazione e al divorzio** (Reg. (UE) n. 1259/2010)

### SOMMARIO

1. Origine della norma e ambito di applicazione. – 2. I criteri di collegamento e il limite dell'ordine pubblico. – 3. Il Reg. n. 1259/2010.

**1. Origine della norma e ambito di applicazione.** – Prima dell'entrata in vigore della l. n. 218/1995, il sistema italiano di diritto internazionale privato non prevedeva un'apposita disciplina di conflitto per il divorzio e la separazione personale. Tali fattispecie erano ricondotte all'art. 18 delle preleggi, il quale sottoponeva i rapporti personali tra coniugi alla legge nazionale comune o all'ultima legge nazionale comune e, in mancanza, alla legge nazionale del marito. Inoltre, prima dell'entrata in vigore della legge sul divorzio (l. n. 878/1970), che tra i motivi di divorzio prevede l'ipotesi in cui l'altro coniuge, cittadino straniero, abbia ottenuto all'estero l'annullamento o lo scioglimento del matrimonio o abbia contratto all'estero nuovo matrimonio (art. 3, n. 2, lett. e, ancora in vigore), l'ordinamento italiano ammetteva esclusivamente la possibilità di riconoscimento della sentenza straniera dichiarativa di divorzio tra coniugi che non fossero cittadini italiani, non essendo tale istituto contemplato dalla legge in quanto contrario all'ordine pubblico. La legge sul divorzio viene modificata con la l. n. 74/1987, la quale, introducendo l'art. 12 *quinquies*, stabilisce che allo straniero, coniuge di cittadina italiana e la cui non disciplina lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, si applica la legge italiana. Tuttavia, la nuova disciplina non regolava l'ipotesi opposta, ossia quella di una coppia costituita da marito italiano e moglie straniera, qualora la legge nazionale della moglie non contemplasse il divorzio. Qualora invece la legge straniera del marito o della moglie prevedesse il divorzio, anche se con una disciplina diversa da quella italiana, l'art. 12 *quinquies* la riteneva applicabile (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, II, Torino, 2016, quarta ed., p. 142). La l. n. 218/1995 ha riordinato la materia, prevedendo una disciplina di conflitto specifica e colmando le lacune normative lasciate dal sistema precedente. L'art. 31 disciplina **diversi aspetti** della separazione e del divorzio sotto il profilo sia formale sia sostanziale, come, ad es., i motivi del divorzio e della separazione, le condizioni di ammissibilità, i soggetti legittimati e i termini che devono essere osservati (CLERICI, *Art. 31*, in POCAR E AL. (a cura di), *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano. Legge 31 maggio 1995, n. 218*, Torino, 1996, p. 173). Per quanto attiene agli obblighi patrimoniali tra gli ex coniugi, essi dovrebbero ricadere nell'ambito di questa norma e non dell'art. 30 (che, prevedendo anche una facoltà di scelta, potrebbe condurre ad un ordinamento che non conosce la separazione o il divorzio; *contra*, Trib. Tivoli 14.11.2002, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, p. 534; MOSCONI, CAMPIGLIO, *op. loc. cit.*). Restano **escluse** le materie relative ai rapporti tra genitori e figli, disciplinate dall'art. 36 della presente legge, e la materia successoria, disciplinata dall'art. 46. A seguito dell'entrata in vigore del **Reg. UE n. 1259/2010**, c.d. Roma III, **applicabile dal**

**21.6.2012**, la norma in commento è stata **sostituita** dalle norme del regolamento medesimo, nei limiti del loro ambito di applicazione.

**2. I criteri di collegamento e il limite dell'ordine pubblico.** – In materia di **legge applicabile**, l'art. 31 effettua un contemperamento tra l'interesse a mantenere il criterio della cittadinanza e la necessità di sostituirlo nel caso di potenziale violazione del principio costituzionale di uguaglianza tra i coniugi (artt. 3 e 29 Cost.). Inoltre, esso introduce i medesimi criteri di collegamento per separazione e divorzio, uniformandosi al principio dell'**unicità di regolamentazione** dell'intero arco di vita coniugale (NASCIMBENE, *Divorzio e diritto internazionale privato e dell'Unione europea*, 2011, p. 159). La norma prevede un concorso successivo di criteri di collegamento: si applica, infatti, **la legge del paese di comune cittadinanza dei coniugi o, in mancanza, la legge del luogo di prevalente localizzazione della vita matrimoniale, senza alcuna facoltà di scelta** (Cass. 7.7.2008 n. 18613). A differenza di quanto previsto per la regolazione dei rapporti personali e patrimoniali tra coniugi dagli artt. 29-30, non è stabilito il ricorso al secondo criterio di collegamento in presenza di una **pluralità di cittadinanze** comuni. Si ritiene, tuttavia, preferibile l'interpretazione estensiva, inserendo per via esegetica la parte mancante (MOSCONI, CAMPIGLIO, *op. loc. cit.*). Diversa è l'ipotesi in cui i coniugi posseggano una sola cittadinanza comune, mentre uno di essi sia dotato di un ulteriore *status civitatis*. In occasione di due pronunce di divorzio e, pur trattandosi di cittadinanza italiana concorrente, i giudici hanno privilegiato la cittadinanza comune straniera (Trib. Venezia 14.11.1996, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, p. 158; Trib. Tivoli 4.8.2009, *ivi*, 2011, p. 160); ed altrettanto è avvenuto quando la cittadinanza comune era costituita da quella italiana (Cass. 7.7.2008 n. 18613). La cittadinanza comune prevarrebbe pertanto anche sulla cittadinanza italiana di uno dei coniugi (CONETTI, *Matrimonio e unioni civili*, in CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Manuale di diritto internazionale privato*, Torino, 2017, p. 148). Tuttavia, l'art. 31 va coordinato con l'art. 19 della legge. Qualora uno o entrambi i coniugi abbiano più cittadinanze, ai sensi dell'**art. 19, co. 2**, occorre far riferimento a quella con cui la persona presenta il collegamento più stretto, ma se vi è anche quella italiana, questa prevale. Pertanto, a termini di una più corretta impostazione, se i coniugi dovessero avere più cittadinanze comuni, tra cui quella italiana, questa dovrebbe prevalere. Se invece i coniugi avessero una sola cittadinanza comune (non italiana), ma uno di essi fosse sia cittadino straniero sia italiano, dovrebbero essere considerati di cittadinanza diversa, intervenendo il secondo criterio di collegamento contenuto della norma *de qua* (BARIATTI, *La disciplina giuridica della cittadinanza italiana*, Milano, 1989, p. 66

s.; MOSCONI, CAMPIGLIO, *op. cit.*, p. 103). Si deve peraltro notare che la automatica prevalenza della cittadinanza italiana rispetto ad un'altra cittadinanza appare ridimensionata nel caso in cui la seconda cittadinanza sia quella di uno Stato membro dell'Unione europea, perché ciò integrerebbe una violazione del principio di non discriminazione (C. giust. 2.10.2003, C-148/02, *Garcia Avello*). Quanto al criterio sussidiario del luogo della **prevalente localizzazione della vita matrimoniale**, rispondente alla necessità di rinvenire la legge più idonea a regolamentare la fattispecie dal punto di vista spaziale, valgono per esso le medesime considerazioni svolte *sub artt.* 29-30 (per un'applicazione, Trib. Firenze 15.4.2009, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 769 che applicato la legge dello Stato della Georgia, USA). Si intende con esso il centro principale degli interessi e degli affetti (Cass. 4.4.2011 n. 7599, secondo cui, in caso di mutamento della localizzazione della vita matrimoniale, è alla nuova localizzazione che il giudice deve guardare, rilevando il concreto atteggiarsi dei rapporti familiari al momento della presentazione della domanda; conf. Trib. Milano 1.6.2012, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2013, p. 753; *amplius*, DI NAPOLI, *A Place Called Home: il principio di territorialità e la localizzazione dei rapporti familiari nel diritto internazionale privato post-moderno*, *ivi*, 2013, p. 899 ss.). Il centro principale degli interessi e degli affetti può coincidere con il luogo di residenza familiare, ma questo non rappresenta una presunzione, bensì un indice da valutare congiuntamente agli altri. Si esclude pertanto la rilevanza di brevi periodi trascorsi dai coniugi all'estero (Trib. Tivoli 6.4.2011, *ivi*, 2011, p. 1097). Oltre alla mobilità dei criteri fattuali rilevanti per individuare la legge applicabile, il momento rilevante per l'individuazione della legge applicabile è quello della **proposizione della domanda**, anche in caso di applicazione del criterio sussidiario (Trib. Milano 23.7.2012). È pertanto possibile che gli elementi fattuali alla base dell'individuazione mutino ad es. tra la separazione e il divorzio, potendo potenzialmente condurre a una legge diversa per il divorzio rispetto a quella che ha retto la separazione. A tale riguardo la relazione ministeriale al disegno di legge indica che l'accertamento deve essere condotto attraverso la valutazione dell'intero arco della vita coniugale. Qualora la legge straniera richiamata consenta di pronunciare il divorzio senza un periodo di previa separazione o dopo un periodo più breve rispetto a quello previsto dalla legge italiana non è possibile sollevare l'eccezione di **ordine pubblico** (Trib. Firenze 18.5.2009, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 149). È invece possibile ricorrervi in presenza di una legge richiamata che conosca il **ripudio unilaterale (talaq)**, fondato sulla esclusiva volontà del marito, anche se non tutte le ipotesi di ripudio sono in realtà suscettibili di porsi in contrasto con il principio fondamentale dell'uguaglianza tra coniugi poiché a volte è sottesa l'accettazione della moglie (CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 43 ss.; App. Milano 17.12.1991, *ivi*, 1993, p. 109, in cui, nonostante la dichiarazione della moglie di non opporsi alla domanda, il giudice respinge l'applicazione della legge iraniana sul ripudio; *contra*, per una decisione che omologa un ripudio, App. Cagliari 16.5.2008, *ivi*, 2009, p. 647; per un es. di applicazione delle norme egiziane sul ripudio, in base al criterio della prevalente localizzazione della vita matrimoniale, a seguito della richiesta della moglie che

lamentava la scomparsa del marito, Trib. Varese 13.11.2012, *ivi*, 2014, p. 105). Sono pertanto compatibili con l'ordine pubblico i ripudi ebraici in quanto fondati sul consenso di entrambi i coniugi. Viceversa, non avranno modo di essere pronunciati dai giudici italiani quei divorzi fondati, in base alle norme islamiche, sulla dissoluzione del matrimonio in quanto contratto da una donna musulmana e da un uomo di religione non musulmana o per apostasia (abbandono della religione musulmana), in quanto contrari al principio della libertà religiosa. Incompatibile con l'ordine pubblico è l'istituto del **divorzio revocabile**, posto dall'ordinamento marocchino (Trib. Aosta 25.6.2010, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 437). Infine, non è possibile giungere all'applicazione di una legge straniera che preveda lo scioglimento di matrimoni omosessuali, essendo gli stessi considerati inefficaci nel nostro ordinamento (*v. sub art.* 27, par. 1). Il co. 2 prevede un **terzo criterio** di collegamento per i casi in cui la legge straniera richiamata non preveda la separazione o il divorzio, imponendo l'applicazione della **legge italiana** (Trib. Belluno 30.12.2011; Trib. Aosta 25.6.2010, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 437) e tutelando il diritto alla separazione e al divorzio. Si è discusso della possibilità di scartare, attraverso il limite dell'**ordine pubblico**, l'applicazione di norme straniere che prevedano tali istituti, ma li regolamentino in maniera molto più rigorosa rispetto all'ordinamento italiano (esclude tale possibilità CLERICI, *op. loc. cit.*; *contra* BARATTA, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Milano, 2004, p. 24 ss.). Ai fini dell'operatività della norma è sufficiente la mancata previsione di uno solo dei due istituti, vale a dire quello oggetto della domanda giudiziale. La norma è particolarmente pensata in relazione agli **ordinamenti di matrice religiosa islamica** che di norma non conoscono la separazione giudiziale (sull'assenza dell'istituto della separazione nell'ordinamento marocchino, Trib. Aosta 25.6.2010, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, p. 452). Anche qualora i mariti siano comparsi in giudizio attestando lo scioglimento del matrimonio ottenuto in patria nelle more del procedimento italiano veniva pronunciata la separazione sulla base della mancata prova del carattere definitivo del provvedimento straniero (Trib. Reggio Emilia 28.3.2008 e Trib. Modena 31.7.2008, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 737). Successivamente è invece prevalso l'orientamento di verificare la regolarità dei procedimenti svoltisi all'estero e di riconoscere in Italia la pronuncia straniera, dichiarando perciò la cessazione della materia del contendere (Trib. Reggio Emilia 22.3.2014, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, p. 690).

**3. Il Reg. n. 1259/2010.** – Il Reg. n. 1259/2010 attua una cooperazione rafforzata sulla **legge applicabile al divorzio e alla separazione personale** dei coniugi, fornendo certezza del diritto alle coppie internazionali che intendono porre fine al proprio matrimonio (in dottrina, BARUFFI, *Il regolamento sulla legge applicabile ai "divorzi europei"*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2011, p. 867 ss.; CLERICI, *Il nuovo regolamento dell'Unione europea sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale*, in *Fam. e dir.*, 2011, p. 1053 ss.; OTTAVIANO, *La prima cooperazione rafforzata dell'Unione europea: una disciplina comune in materia di legge applicabile a separazioni e divorzi transnazionali*, in *Il Diritto dell'Unione europea*,

2011, p. 113 ss.). Il nuovo regolamento, pertanto, si applica solo agli Stati che partecipano alla cooperazione rafforzata, tra cui l'Italia (pur rimanendo salva la possibilità degli altri Stati di aderirvi), e disciplina le situazioni di conflitto sulla legge da applicare al **divorzio** ed alla **separazione** delle coppie internazionali, **non all'annullamento** (C. giust. 20.12.2017, C-372/16, *Sahyouni*, ha stabilito che il divorzio risultante da una dichiarazione unilaterale di uno dei coniugi dinanzi a un tribunale religioso non ricade nella sfera di applicazione *ratione materiae* di detto regolamento). In virtù delle nuove disposizioni, ai coniugi è riconosciuta una limitata possibilità di **scelta** in ordine alla legge applicabile al divorzio o alla separazione (art. 5). La scelta deve cadere su una legge con la quale almeno uno dei coniugi ha un legame particolare. Tale legge sarà in primo luogo quella dello Stato di residenza abituale dei coniugi (sulla nozione di residenza abituale nell'ordinamento UE, v. *sub art. 32, par. 3*), in mancanza, quella dello Stato dell'ultima residenza dei coniugi se uno di essi vi risiede ancora, in mancanza, quella dello Stato di cui uno dei coniugi ha la cittadinanza, in mancanza, quella della *lex fori*. Per garantire che la scelta sia consapevole ed informata, l'art. 7 del regolamento richiede la **forma scritta** per gli accordi conclusi dai coniugi in merito alla legge applicabile al divorzio ed alla separazione. Ove previsto dalla legge del foro, i coniugi possono designare la legge applicabile, anziché al momento del deposito del ricorso, nel corso del procedimento dinanzi all'autorità giurisdizionale. Riguardo all'ordinamento italiano, la giurisprudenza, in occasione di un procedimento di divorzio tra due cittadini ecuadoregni, nell'ord. presidenziale di cui all'art. 709 c.p.c., ha indicato ai coniugi la possibilità di una opzione della legge nazionale nella memoria integrativa al fine di ottenere un divorzio immediato (Trib. Milano 11.12.2012, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2013, p. 768 ss.). Entro il medesimo termine è possibile anche modificare o revocare l'*optio iuris*. **In mancanza di accordo della parti**, al fine di individuare la legge applicabile al divorzio o alla separazione, il regolamento individua una serie di criteri di collegamento sussidiari, fondati sull'esistenza di un legame stretto tra i coniugi e la legge da applicarsi. E così, l'art. 8 stabilisce che la legge applicabile in mancanza di scelta operata dalle parti è in primo luogo quella della residenza abituale dei coniugi nel momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale. In mancanza, si applicherà la legge dell'ultima residenza abituale dei coniugi se uno di essi vi risiede ancora e non è trascorso più di un anno prima che sia adita l'autorità giurisdizionale. In assenza di tali presupposti, si applica la legge di cui i due coniugi sono cittadini nel momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale; in mancanza, quella dello Stato in cui è adita l'autorità giurisdizionale. L'art. 12 esclude l'applicazione della legge straniera in caso di manifesta **incompatibilità**

**con l'ordine pubblico del foro**. Al di là dei richiami ai principi che pervadono gli ordinamenti degli Stati membri, il margine lasciato alla clausola dell'ordine pubblico risulta assai ridotto. È lo stesso regolamento a farsi carico di evitare, mediante una serie di norme materiali imperative, l'incompatibilità suddetta. Innanzi tutto, l'art. 10 stabilisce l'applicabilità della legge del foro se lo scioglimento del matrimonio non è previsto dall'ordinamento richiamato dagli artt. 5 o 8 (ma come visto *supra, sub par. 3* anche per l'art. 31 della l. n. 218/1995, non se la legge richiamata prevede condizioni più severe). L'art. 10 statuisce poi il ricorso alla *lex fori* in presenza di leggi straniere che non concedono per motivi di genere pari condizioni di accesso al divorzio e alla separazione, anche qui con un chiaro riferimento al ripudio (anche se, ancora una volta, l'interprete dovrà valutare con attenzione le diverse forme di ripudio). L'art. 13 esenta i giudici dall'obbligo di pronunciare il divorzio allorché il rispettivo ordinamento non lo contempli oppure non consideri valido il matrimonio a cui un determinato divorzio o separazione dovrebbe inire. La prima ipotesi, introdotta a favore di Malta che ai tempi dell'adozione del procedimento non conosceva il divorzio, risulta superata dal 1.10.2011, data in cui è entrata in vigore la riforma del codice civile che prevede questo istituto. La seconda è rivolta a quei paesi membri che non conoscono l'istituto del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Il nuovo regolamento si applica solo alle questioni inerenti allo scioglimento del vincolo matrimoniale, con la conseguenza che questioni preliminari come la capacità giuridica e la validità del matrimonio, nonché gli effetti del divorzio o della separazione personale sui rapporti patrimoniali, il nome, la responsabilità genitoriale, i provvedimenti accessori, sono regolati dalle norme di conflitto applicabili nello Stato membro interessato (art. 1). Le disposizioni del regolamento si applicano anche nei casi in cui il conflitto di leggi è determinato dal fatto che uno Stato comprende più unità territoriali aventi ciascuna un proprio diritto sostanziale in materia di divorzio e separazione personale (art. 14). La competenza giurisdizionale resta disciplinata dal Reg. n. 2201/2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, di cui il regolamento lascia impregiudicate le disposizioni. Le nuove disposizioni si applicheranno agli accordi conclusi dai coniugi a partire dal 21.6.2012, nonché ai procedimenti di separazione o divorzio avviati successivamente al 21.6.2012. Per una sintesi, in lingua inglese di molte sentenze inedite applicative del regolamento, nonché della l. n. 218/1995, si rinvia al database pubblicato sul sito internet [www.eufams.unimi.it](http://www.eufams.unimi.it), creato nell'ambito del progetto "Planning the future of cross-border families: a path through coordination" (EUfam's), co-finanziato dal Programma Justice della Commissione europea.

## 32 Separazione personale e scioglimento del matrimonio

1. In materia di nullità e di annullamento del matrimonio, di separazione personale e di scioglimento del matrimonio, la giurisdizione italiana sussiste, oltre che nei casi previsti dall'articolo 3, anche quando uno dei coniugi è cittadino italiano o il matrimonio è stato celebrato in Italia.

## Estremi Normativa di riferimento

✓ *Giurisdizione in materia di separazione, divorzio e annullamento del matrimonio* (Reg. (CE) n. 2201/2003)

### SOMMARIO

1. Osservazioni generali e ambito di applicazione. – 2. I titoli di giurisdizione. – 3. Il Reg. n. 2201/2003.

**1. Osservazioni generali e ambito di applicazione.** – Prima dell'entrata in vigore della l. n. 218/1995, il sistema italiano di diritto internazionale privato non prevedeva un'apposita disciplina internazionalprivatistica per il divorzio e la separazione personale, né nell'ambito delle preleggi né nell'ambito della legge sul divorzio 878/1970, che nulla prevedeva al riguardo, facendosi pertanto riferimento all'art. 4 c.p.c. (abrogato dalla l. n. 218/1995), che disponeva che lo straniero potesse essere convenuto in Italia nel caso fosse ivi residente o domiciliato oppure accettasse la giurisdizione italiana. L'art. 32 detta regole di giurisdizione specifiche per **tutte le azioni** in materia matrimoniale. Secondo parte della dottrina, l'art. in commento, dato il suo carattere di specialità, prevale sui fori previsti dal titolo II della legge di riforma e, dunque, sull'art. 9, dettato per la volontaria giurisdizione, e l'art. 10, in materia di misure provvisorie e cautelari, con la conseguenza di ridimensionare la giurisdizione italiana in tale ambito (BARATTA, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Milano, 2004, p. 75). In particolare, l'assenza di un richiamo all'art. 9 della legge pone la questione di verificare la sua applicabilità ai procedimenti matrimoniali che abbiano **natura di volontaria giurisdizione** (*amplius*, VENTURI, *Considerazioni sulla qualificazione dei provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, p. 883 ss.; SALERNO, *La giurisdizione volontaria nella legge di riforma di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 2005, p. 620 ss.). Si esclude di qualificare come giurisdizione volontaria il procedimento di divorzio su ricorso congiunto dei coniugi riconducibile ai procedimenti camerali di cognizione. Potrebbe invece rientrare nell'art. 9 il procedimento di omologazione della separazione consensuale, in considerazione del carattere generale dell'art. 9 che non deroga ma integra i fori generali, come si ricava dal testo della norma, in base alla quale essa si applica nei casi contemplati dalla l. n. 218/1995 (BAREL, ARMELLINI, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, Milano, 2016, p. 155; *contra*, HONORATI, *Art. 9*, in BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995 n. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Commentario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1996, p. 973, sulla base del dato letterale del mancato espresso richiamo assente nell'art. 32, che richiama espressamente solo l'art. 3, e presente invece in altre norme come l'art. 37 in materia di filiazione). A livello pratico la questione si pone solo nell'ipotesi dell'ultimo titolo di giurisdizione richiamato dall'art. 9 (competenza del giudice italiano quando il provvedimento di volontaria giurisdizione riguarda situazioni o rapporti ai quali è applicabile la legge italiana ex art. 31 della legge di riforma), applicando il quale si potrebbe avere una virtuosa coincidenza tra *forum* e *ius*, che permetterebbe di applicare la legge italiana ai sensi del co. 2, qualora la legge straniera applicabile non conoscesse gli

istituti della separazione e del divorzio (BARATTA, *op. cit.*, p. 32). L'esclusione del ricorso all'art. 9 eliminerebbe l'operatività di questo titolo di giurisdizione. L'esclusione del richiamo all'art. 10 si spiega con la peculiare natura delle misure temporanee e urgenti previste nei procedimenti di separazione personale e divorzio, finalizzate ad un regolamento provvisorio del rapporto coniugale e non alla tutela di un diritto suscettibile di pregiudizio nelle more del procedimento (BARATTA, *op. cit.*, p. 75). Non è neppure richiamato l'art. 4 contenente il principio generale dell'accettazione della giurisdizione per non conferire rilievo alla volontà delle parti in questa delicata materia. A seguito dell'entrata in vigore del **Reg. UE n. 2201/2003, applicabile dal 1.3.2005**, alla norma in commento rimane uno scarso spazio applicativo, essendo sostituita dal regolamento. L'art. 6 del regolamento, infatti, stabilisce che i titoli di giurisdizione in esso previsti hanno natura esclusiva e sono quindi inderogabili. L'art. 31 della legge pertanto ha portata **residuale**, applicandosi, come stabilisce del resto lo stesso art. 7 del regolamento, quando i titoli di giurisdizione in esso contenuti non consentono l'individuazione di un giudice competente in uno degli Stati membri dell'UE (ad eccezione della Danimarca, che non partecipa all'adozione del regolamento; v. Cass. S.U. 17.2.2010 n. 3680). Nell'ambito di applicazione dell'art. 32 rientrano anche le **questioni pregiudiziali** relative alla validità o all'esistenza del matrimonio, in applicazione dell'art. 6, in base al quale il giudice italiano può conoscere incidentalmente delle questioni che non rientrano nella giurisdizione italiana, ma con effetto limitato al giudizio. In relazione alle questioni connesse, quali i rapporti patrimoniali tra i coniugi, l'affidamento dei figli e le obbligazioni alimentari (espressione che ricomprende il mantenimento) è necessario verificare caso per caso se i giudici competenti in materia matrimoniale possiedano competenza anche per dette questioni, anche alla luce degli intervenuti regolamenti UE in materia (v. *sub artt.* 30, 42 e 45).

**2. I titoli di giurisdizione.** – L'art. 32 contempla più titoli di giurisdizione. In primo luogo, **rinvia all'art. 3** della medesima legge, che costituisce la disposizione a carattere generale in materia di giurisdizione (v. *sub art.* 3). In particolare, il rinvio si riferisce principalmente al co. 1, in base al quale le autorità italiane sono competenti qualora il convenuto sia domiciliato o residente in Italia (per un'applicazione, Trib. Pordenone 14.9.2005, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 181). I criteri di domicilio o residenza del convenuto devono essere qualificati secondo la *lex fori* e dunque in forza degli artt. 43 e 45 c.c. (RICCI, *Art. 32*, in AA.VV., *Codice dei minori*, Torino, 1999, p. 2386). Di norma, la residenza del convenuto è identificata con l'ubicazione della casa coniugale, salvo prova contraria (Cass. 28.6.2006 n. 15017; 7.7.2004 n. 19595; per un rilievo del tutto peculiare attribuito alla residenza di fatto, ac-

compagnata dalla volontà di rendere stabile la permanenza sul territorio dello Stato, Cass. S.U. 3.2.2004 n. 1994). Tra i fori generali contenuti all'art. 3 non si ritiene applicabile in materia matrimoniale quello della presenza sul territorio italiano di un rappresentante autorizzato a stare in giudizio secondo l'art. 77 c.p.c., attenuto alla sfera patrimoniale (BARATTA, *op. cit.*, p. 72; Trib. Tivoli 14.11.2002, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, p. 534). Malgrado l'art. 3 non richieda espressamente l'estraneità del convenuto, si deve giungere a tale conclusione, poiché la cittadinanza italiana del convenuto integra un'ipotesi già ricompresa nell'art. 32 (CLERICI, *Art. 32*, in POCAR E AL. (a cura di), *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano. Legge 31 maggio 1995, n. 218*, Torino, 1996, p. 175). L'art. 3 consente l'applicabilità allo straniero di tutte le norme sulla competenza interna, parificandolo così al cittadino (Cass. S.U. 11.2.2003 n. 2060; S.U. 3.2.2004 n. 1994; S.U. 27.11.1998 n. 12056; S.U. 9.12.1996 n. 10954). Il co. 2 dell'art. 3 prevede il ricorso a **criteri di competenza territoriale interna** per le materie non comprese nell'ambito di applicazione della Convenzione di Bruxelles del 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (sostituita per gli Stati UE prima dal regolamento 44/2001, poi dal Reg. n. 1215/2012), tra le quali rientra il diritto di famiglia. Il c.p.c. non prevede alcun foro speciale per l'invalidità del matrimonio; pertanto, tale rinvio opererà per la legge sul divorzio, che all'art. 4 contiene i criteri di competenza territoriale (*amplius*, RICCI, *Art. 32*, in ZACCARIA E AL. (a cura di), *Commentario breve al diritto della famiglia*, Padova, 2016, p. 2478 ss.). Tra i titoli di giurisdizione espressamente menzionati dalla norma vi sono quello della **cittadinanza italiana di uno dei coniugi** e la **celebrazione del matrimonio in Italia**. Il primo titolo non opera distinzione tra attore e convenuto, considerando che nei procedimenti che affievoliscono o estinguono il vincolo matrimoniale l'interesse delle due parti è posto sul medesimo piano (BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, 1996, p. 104). È sufficiente che uno solo dei coniugi sia cittadino italiano (Cass. S.U. 8.2.2001 n. 47; S.U. 17.3.2000 n. 61). Per quanto di portata residuale a seguito dell'adozione della legge di riforma e del Reg. n. 2201/2003, il cittadino italiano potrà pertanto agire anche in base all'art. 3, n. 2, lett. e della l. n. 878/1970 per chiedere lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio nel caso in cui l'altro coniuge straniero abbia ottenuto all'estero provvedimento analogo o contratto nuove nozze (v. *sub art.* 31; RICCI, *Art. 32*, in *Codice dei minori*, cit., p. 2385). Tale titolo di giurisdizione consente di rivolgersi ai giudici italiani, da un lato, ai cittadini italiani residenti all'estero; dall'altro, ai cittadini italiani rimasti in patria e il coniuge straniero si sia spostato in un altro paese. Il **secondo titolo** di giurisdizione, ritenuto ormai anacronistico perché amplia moltissimo la giurisdizione italiana anche nei casi in cui il collegamento con il nostro ordinamento è molto tenue o episodico (ad es. due cittadini stranieri che abbiano scelto l'Italia solo come luogo di celebrazione del matrimonio; per un'applicazione Trib. Firenze 15.4.2009, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 749). Esso trova maggiore giustificazione per i casi di nullità e annullamento, che riguardano il momento costitutivo del matrimonio (CLERICI, *Separazione personale dei*

*coniugi*, IV) *Diritto internazionale privato e processuale*, in *Enc. giur.*, p. 10). Tale titolo di giurisdizione ha delle ripercussioni anche in tema di riconoscimento delle sentenze straniere in materia matrimoniale. Considerato che l'art. 64 della legge richiede tra i requisiti per il **riconoscimento** che il giudice d'origine abbia fondato la propria giurisdizione su criteri analoghi a quelli previsti dalla legge italiana, la disposizione consente a coppie facoltose di sposarsi in paesi in cui sono possibili ricorsi facili, ottenendone agevolmente il riconoscimento in Italia. Tuttavia, occorre in tali casi valutare la trascrivibilità di tali divorzi. In relazione ai c.d. **divorzi lampo** ottenuti in Olanda da coppie coniugate le quali, avvalendosi della disciplina ivi prevista, trasformano mediante semplice comunicazione all'ufficiale dello stato civile il matrimonio in convivenza registrata, al fine di evitare ogni controllo giudiziale in merito allo scioglimento, la circolare del Ministero dell'Interno del 18.7.2007 ne ha vietato agli ufficiali di Stato civile la trascrizione, sulla base che, essendo il controllo da parte del giudice uno dei requisiti indefettibili del nostro ordinamento, esso assurge a principio fondamentale (analogamente per i divorzi ottenuti davanti a notaio o altro pubblico ufficiale). L'art. 32 sulla giurisdizione **va coordinato con l'art. 31 in materia di legge applicabile**. Una volta verificata la propria competenza ai sensi dell'art. 32, il giudice dovrà determinare la legge applicabile in base ai criteri di collegamento dell'art. 31 (o del Reg. n. 1259/2010: v. *sub art.* 31, par. 3). Pertanto, qualora un coniuge sia cittadino italiano o il matrimonio sia stato celebrato in Italia, la giurisdizione italiana si radica anche se la vita matrimoniale si è prevalentemente svolta in un altro Stato (Cass. S.U. 20.7.2001 n. 9884; S.U. 8.2.2001, n. 47; S.U. 17.3.2000, n. 61; Trib. Varese 13.11.2012, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, p. 105; Trib. Tivoli 4.8.2009, *ivi*, 2011, p. 160; per un errore del giudice che, per radicare la giurisdizione, si riferisce alla prevalente localizzazione della vita matrimoniale, Trib. Reggio Emilia 3.4.2008, *ivi*, 2009, p. 737).

**3. Il Reg. n. 2201/2003** – L'entrata in applicazione, il 1.3.2005, del **Reg. n. 2201/2003** (*amplius*, in dottrina, BIAGIONI, *Il nuovo regolamento comunitario sulla giurisdizione e sull'efficacia delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità dei genitori*, in *Riv. dir. int.*, 2004, p. 991 ss.; BARUFFI, *Osservazioni sul regolamento Bruxelles II-bis*, in BARIATTI (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, p. 175 ss.; MAGNUS, MANKOWSKI, *Brussels IIbis Regulation*, Sellier, 2012; BAREL, ARPELLINI, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, Milano, 2016, p. 140 ss.; MOSCONI, CAMPGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, II, Torino, 2016, quarta ed., p. 123 ss.), c.d. *Bruxelles II bis*, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale (v. *sub art.* 42, par. 4), ha limitato fortemente l'applicazione della norma in commento (per alcuni casi si è radicata erroneamente la competenza in base all'art. 32, quando si sarebbe dovuto applicare il regolamento: Trib. Modena 31.7.2008, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 739; Trib. Reggio Emilia 3.4.2008, *ivi*, p. 737; Trib. Reggio Emilia 3.9.2007, *ibidem*, p. 638; per un caso in cui i giudici hanno dichiarato la giurisdizione italiana in baso al

combinato disposto dell'art. 32 della l. n. 218/1995 e dell'art. 3 del regolamento, senza considerare che quest'ultima norma sostituisce la prima, Trib. Milano 11.12.2012, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2013, p. 768). Ai sensi dell'art. 1, par. 1, lett. a, il regolamento si applica, indipendentemente dal tipo di autorità giurisdizionale, alle materie civili relative al divorzio, alla separazione personale e all'annullamento del matrimonio. Non rientrano nell'ambito di applicazione del regolamento i procedimenti relativi alla cessazione delle unioni di fatto o alla dissoluzione delle unioni registrate. Sono altresì escluse le questioni relative al mantenimento o agli alimenti, disciplinate dal Reg. n. 4/2009, ai regimi patrimoniali tra coniugi (regolamento 2016/1103), ovvero alla colpa dei coniugi, come l'addebito della separazione ai sensi dell'art. 151 c.c. (considerando 8; v. Trib. Tivoli 6.4.2011, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 1097, che, considerando l'addebito un illecito civile doloso non applica il regolamento in esame, ma il Reg. n. 44/2001, oggi 1215/2012; *contra*, Trib. Belluno 30.12.2011, *ivi*, 2012, p. 452, che applica il regolamento anche alla richiesta di addebito in virtù dell'inscindibile connessione alla domanda di separazione). La nozione di materia civile deve essere interpretata in maniera autonoma per consentire l'uniforme applicazione del regolamento. Si considerano **autorità giurisdizionali** tutte le autorità degli Stati membri competenti per le materie rientranti nel campo di applicazione del regolamento. Vi rientrano i procedimenti che si svolgono davanti ad autorità amministrative (come nei paesi scandinavi), mentre sono esclusi quelli dinanzi ad autorità religiose che non ricevano un avallo dallo Stato (analogicamente, C. giust. 20.12.2017, C-372/16, *Sahyouni*, ha stabilito che il divorzio risultante da una dichiarazione unilaterale di uno dei coniugi dinanzi a un tribunale religioso non ricade nella sfera di applicazione del Reg. n. 1259/2010). Il regolamento utilizza il termine **decisione**, riferendosi al provvedimento emesso in uno Stato membro nelle materie che rientrano nel campo di applicazione oggettivo del regolamento, indipendentemente dalla natura del provvedimento e dalla sua denominazione (decreti, sentenze, ordinanze), nonché dal carattere definitivo, richiedendosi il passaggio in giudicato solo ai fini dell'aggiornamento dei registri dello stato civile. Alle decisioni sono equiparati gli atti pubblici esecutivi nello Stato in cui sono redatti o registrati e gli accordi tra le parti, se esecutivi nello Stato in cui sono conclusi. In relazione ai titoli di **giurisdizione** in materia matrimoniale, l'art. 3 prevede una serie di **titoli alternativi**, a scelta dell'attore che è libero di individuare il foro più favorevole, salvo il caso di domanda congiunta. I titoli e la numerosità degli stessi sono ispirati al *favor divortii* e sono fondati sulle diverse combinazioni dei criteri della **residenza abituale** (lett. a) e della **cittadinanza comune dei coniugi** (lett. b). La residenza abituale assicura un collegamento sostanziale tra lo Stato del foro e la controversia; essa non è definita dal regolamento, ma valutata dal giudice in relazione ad ogni singolo caso concreto, tenendo conto gli **elementi di fatto** e solo in parte quello soggettivo, ossia l'intenzione di un soggetto a permanere in un certo Stato con stabilità (Trib. Milano, ord., 16.4.2014, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2015, p. 162; Trib. Milano 5.2.2010, *ivi*, 2012, p. 140). La residenza abituale di uno dei coniugi è il luogo in cui l'interessato ha fissato con carattere di stabilità il centro dei suoi interessi e in cui svolge prevalentemente la sua

vita personale ed eventualmente lavorativa (Cass. S.U. 17.2.2010 n. 3680) e non è esclusa dal fatto che l'interessato abbia trascorso un soggiorno, anche continuativo, in un altro Stato membro (Cass. S.U. 2010, n. 15328). Se riferita alla residenza comune dei coniugi, tali indici devono essere riferiti alla coppia e non al singolo coniuge. L'art. 3, lett. a pone sei titoli di giurisdizione basati sulla residenza abituale, a dimostrazione della facilità di trovare un foro ai sensi del regolamento. È pertanto competente lo **Stato membro** 1) della residenza abituale dei coniugi, 2) dell'ultima residenza abituale dei coniugi se uno di essi vi risiede ancora, 3) della residenza abituale del convenuto, 4) in caso di domanda congiunta, della residenza abituale di uno dei coniugi, 5) della residenza abituale dell'attore se questi vi ha risieduto almeno per un anno immediatamente prima della domanda, 6) della residenza abituale dell'attore se questi vi ha risieduto almeno per sei mesi immediatamente prima della domanda ed è cittadino dello Stato membro stesso (o, nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda, ha ivi il proprio *domicile*). La residenza del convenuto o dei coniugi, per essere definita abituale, deve avere una certa durata, ma, a differenza di quella dell'attore, può anche essere inferiore a sei mesi per essere rilevante ai sensi dell'art. 3. In ogni caso sono previste ben tre ipotesi di *forum actoris*: la prima, la quinta e la sesta, queste ultime due integrando due e vere e proprie presunzioni assolute di aver maturato nello Stato del foro un'effettiva residenza abituale. Si segnala che non è possibile avvalersi del quinto e del sesto trattino dell'art. 3, lett. a per fondare la giurisdizione se l'azione per l'annullamento del matrimonio è proposta da una persona diversa da uno dei coniugi, ad es. un terzo a seguito del decesso degli stessi, pur rientrando tale azione nell'ambito di applicazione del regolamento (C. giust. 13.10.2016, C-294/15, *Mikolajczyk*). Per un'applicazione del primo trattino, Trib. Roma 9.8.2016; Trib. Padova 4.8.2015; Trib. Treviso 5.6.2015; Trib. Trento 28.4.2011; del secondo trattino, Trib. Palmi 28.1.2013, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, p. 317; Trib. Milano 1.6.2012, *ivi*, 2013, p. 753; Trib. Arezzo 15.3.2011, *ivi*, 2012, p. 161; App. Perugia 10.3.2011, *ibidem*, p. 153; Trib. Belluno 5.11.2010, *ivi*, 2011, p. 756; del quarto trattino, Trib. Belluno 27.10.2016; Trib. Belluno 6.3.2009, *ivi*, 2011, p. 140; del quinto trattino, Trib. Mantova 19.1.2016; Trib. Roma 27.1.2015; Trib. Belluno 30.12.2011, cit.; Trib. Tivoli 6.4.2011, cit.; del sesto trattino, Trib. Pordenone 14.10.2014, *ivi*, 2014, p. 1011; Trib. Milano 21.11.2013, *ivi*, 2015, p. 367. Il titolo fondato sulla cittadinanza *ex art. 3, lett. b* richiede la **cittadinanza comune di uno Stato membro** (o, nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda, il *domicile*). La cittadinanza deve essere determinata sulla base della legge nazionale dello Stato membro di cui l'interessato si afferma cittadino. In presenza di **doppia cittadinanza**, il giudice deve prendere in considerazione entrambe, senza esaminare se una di esse abbia carattere prevalente in ragione di particolari legami di fatto con uno degli Stati coinvolti (C. giust. 16.7.2009, C-168/08, *Haddadi*), ad differenza di quanto contenuto dell'art. 19 della legge di riforma che invece dà prevalenza alla cittadinanza del foro. Il contrario sarebbe infatti contrario al divieto di discriminazione (C. giust. 2.10.2003, C-148/02, *Garcia Avello*). Il giudice competente per la domanda principale è competente anche per la domanda **ricorrenziale** che rientra nel campo di applicazione del regolamento (art. 4),

anche se non vi è identità di oggetto o di titolo, e per l'eventuale **questione pregiudiziale** sulla validità del matrimonio. Ai sensi dell'art. 5, fatto salvo l'art. 3, l'autorità giurisdizionale dello Stato membro che ha reso la decisione sulla separazione personale è altresì competente per convertirla in una decisione di divorzio, qualora ciò sia previsto dalla legislazione di detto Stato. In Italia ciò non è consentito poiché il divorzio costituisce pronuncia del tutto distinta dalla separazione (BONOMI, *Il regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà dei genitori*, in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 319). La mancata trascrizione del matrimonio nei registri italiani dello stato civile non esclude la giurisdizione sulla base dell'art. 3 del regolamento (Trib. Belluno 6.3.2009, cit.). L'art. 6 stabilisce il **carattere esclusivo** della giurisdizione fondata sugli artt. 3, 4 e 5, stabilendo che il coniuge che risiede abitualmente nel territorio di uno Stato membro o ha la cittadinanza di uno Stato membro (o, nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda, il proprio *domicile*) nel territorio di uno di questi Stati membri può essere convenuto in giudizio davanti alle autorità giurisdizionali di un altro Stato membro soltanto in forza di tali artt. L'art. 7 è dedicato alla c.d. **competenza residua**. Ai sensi del par. 1, qualora nessun giudice di uno Stato membro sia competente ai sensi degli artt. 3, 4 e 5, la competenza, in ciascuno Stato membro, è determinata dalla legge di tale Stato, quindi per l'ordinamento italiano dall'art. 32 della l. n. 218/1995. Ai sensi dell'art. 7, par. 2, il cittadino di uno Stato membro che ha la residenza abituale nel territorio di un altro Stato membro può, al pari dei cittadini di quest'ultimo, invocare le norme sulla competenza qui in vigore contro un convenuto che non ha la residenza abituale nel territorio di uno Stato membro né ha la cittadinanza di uno Stato membro (o che, nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda, non ha il proprio *domicile* nel territorio di uno di questi Stati membri). Da ciò è stato derivato che, in presenza di uno dei titoli di giurisdizione contenuti nel regolamento, i giudici degli Stati membri possono esercitare la loro giurisdizione anche rispetto a **cittadini di Stati terzi** (C. giust. 29.11.2007, C-68/07, *Sundelind Lopez*, in base alla quale gli artt. 6-7 del regolamento devono essere interpretati nel senso che, nel corso di una causa di divorzio, qualora un convenuto non abbia la residenza abituale in uno Stato membro e non sia cittadino di uno Stato membro, i giudici di uno Stato membro non possono, per statuire su tale domanda, fondare la loro competenza sul loro diritto nazionale se i giudici di un altro Stato membro sono competenti ai sensi dell'art. 3 del regolamento; Trib. Milano, 10.7.2012, in *Giur. merito*, 2013, p. 1342; Trib. Belluno, 6.3.2009, cit.). I titoli di giurisdizione in materia matrimoniale hanno carattere oggettivo, ed è **esclusa ogni forma di *electio fori***. La **sussistenza della giurisdizione** va valutata al momento della proposizione della domanda (art. 16), salvo il principio della *perpetuatio iurisdictionis*. Un giudice si considera comunque adito alla data del deposito del ricorso, anche se il procedimento venga poi sospeso su istanza dell'attore e il convenuto non sia a conoscenza né sia intervenuto nel processo a causa del difetto di notifica da parte dell'attore medesimo (C. giust. 16.7.2015, C-507/14, *P c. M*). Inoltre, la data in cui la domanda giudiziale o un atto equivalente è depositato presso l'autorità giurisdizionale è la data in cui l'autorità giurisdizionale si considera adita, anche tale deposito non dà im-

mediato avvio al procedimento secondo il diritto nazionale (C. giust. 22.6.2016, C-173/16, *M.H. c. M. H.*, in relazione però alla responsabilità genitoriale). Il **difetto di giurisdizione** è rilevabile d'ufficio dal giudice (art. 17), che però deve effettuare il controllo *in limine litis*. La costituzione in giudizio del convenuto non è idonea a sanare il difetto di giurisdizione. Non è immediatamente ricorribile per Cassazione la sentenza che accerta la sussistenza della giurisdizione sulla base del regolamento, senza definire il giudizio nel merito (Cass. S.U. 12.2.2013, n. 3268). L'art. 19 contiene anche norme sulla **litispendenza** e sulla **connessione** internazionali, che nel regolamento vengono trattate allo stesso modo. Qualora dinanzi ad autorità giurisdizionali di Stati membri diverse e tra le stesse parti siano state proposte domande di divorzio, separazione personale dei coniugi e annullamento del matrimonio, l'autorità giurisdizionale successivamente adita sospende d'ufficio il procedimento finché non sia stata accertata la competenza dall'autorità giurisdizionale preventivamente adita. Quando la competenza dell'autorità giurisdizionale preventivamente adita è stata accertata, l'autorità giurisdizionale successivamente adita dichiara la propria incompetenza a favore dell'autorità giurisdizionale preventivamente adita (C. giust. 6.10.2015, C-489/14, *A c. B*: nel caso di procedimenti di separazione personale e di divorzio instaurati tra le stesse parti dinanzi ad autorità giurisdizionali di due Stati membri, l'art. 19, par. 1 e 3 deve essere interpretato nel senso che, in una situazione in cui il procedimento dinanzi all'autorità giurisdizionale preventivamente adita nel primo Stato membro si è estinto dopo l'adizione della seconda autorità giurisdizionale nel secondo Stato membro, le condizioni della litispendenza non sono più soddisfatte e, di conseguenza, la competenza dell'autorità giurisdizionale preventivamente adita deve considerarsi non accertata). L'art. si applica quindi anche ai casi di **falsa litispendenza**: non è richiesta l'identità di causa e di oggetto delle domande proposte dinanzi ad autorità giurisdizionali di Stati membri diversi. Se è vero che le domande devono riguardare le stesse parti, esse possono avere oggetto distinto, purché vertano sulla separazione personale, sul divorzio o sull'annullamento del matrimonio (C. giust. 6.10.2015, *A c. B*, cit.; Trib. Milano, ord., 24.2.2017; Trib. Milano 1.6.2012, cit.; Trib. Milano 8.4.2011, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 1112; App. Perugia 10.3.2011, cit.). Tuttavia, una volta pronunciata la separazione in uno Stato membro, ricorso per divorzio può essere depositato presso il tribunale di un altro Stato membro. Sullo specifico onere di diligenza nel compimento delle attività successive al deposito del ricorso introduttivo del giudizio preventivamente proposto, ossia a quelle che conducono alla notifica dello stesso, allo scopo di evitare effetti prenotativi della giurisdizione verso il foro più favorevole, Trib. Palmi 28.1.2013, cit. (però App. Perugia 10.3.2011, cit.: in caso di litispendenza tra una causa di divorzio intentata in Spagna e una causa di separazione personale intentata in Italia non sussiste la giurisdizione italiana bensì quella spagnola allorché il giudice di tale Stato abbia ammesso la relativa domanda con sentenza interlocutoria, a prescindere dalla successiva notifica, in un momento anteriore a quello del deposito del ricorso in Italia). L'art. 19 è applicabile alla sola litispendenza **intracomunitaria**. Per la litispendenza con Stati terzi si applica l'art. 7 della l. n. 218/1995 (Cass. S.U. 18.3.2016, n. 5420; v. anche Cass.

S.U. 22.12.2017, n. 30877, in base alla quale il provvedimento di sospensione del giudizio a seguito del rilievo della ricorrenza di litispendenza internazionale non pone una questione di giurisdizione, essendo, viceversa, ammissibile il regolamento necessario di competenza, previsto dall'art. 42 c.p.c., quale rimedio offerto alla parte al fine di verificare la legittimità di un provvedimento che, incidendo sulla durata del processo, può pregiudicare la tutela del diritto fatto valere). Il sistema di **riconoscimento ed esecuzione** delle decisioni previsto dal regolamento ha carattere esclusivo (MOSCONI, *Un confronto tra la disciplina del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni straniere nei recenti regolamenti comunitari*, in *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2001, p. 546). Le decisioni emesse in uno Stato membro in materie coperte dal regolamento sono **riconosciute automaticamente** in tutti gli altri Stati membri, anche se la giurisdizione è fondata su norme nazionali. In materia matrimoniale il riconoscimento automatico estende all'ordinamento dello Stato membro richiesto gli effetti di accertamento e costitutivi propri della sentenza nello Stato membro d'origine (BARATTA, *Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia*, in PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 184). Non può essere proposta domanda di scioglimento del matrimonio in Italia, quando sia già stato pronunciato il divorzio in altro Stato membro, la cui decisione viene automaticamente riconosciuta (Trib. Bari 9.12.2008, in *Giur. merito*, 2010, p. 659). Non sono riconosciute negli altri Stati membri sulla base delle norme del reg. le **decisioni di rigetto** di domande di divorzio, separazione personale e annullamento del matrimonio (BARATTA, *op. ult. cit.*, p. 150). Il riconoscimento delle decisioni negative resta quindi disciplinato dal diritto nazionale. Le decisioni ecclesiastiche in materia di nullità del matrimonio, una volta riconosciute in uno Stato membro concordatario, circolano negli altri Stati membri secondo le norme del regolamento (DE CESARI, *Diritto internazionale privato e processuale comunitario*, Padova, 2005, p. 159). Non possono essere riconosciuti e dichiarati esecutivi in un altro Stato membro i provvedimenti provvisori adottati da un giudice non competente per il merito (C. giust. 15.7.2010, C-256/09, *Purrucker I*). Ogni parte interessata può chiedere, secondo la medesima procedura prevista per la dichiarazione di esecutività, al giudice di uno Stato membro diverso dallo Stato d'origine il riconoscimento della decisione a titolo principale oppure la declaratoria di non riconoscibilità della decisione stessa (MUNARI, DAMERI, *Regolamento «Bruxelles II»*, in BARATTA (a cura di), *Diritto internazionale privato*, Milano, 2010, p. 362). Parti interessate a chiedere il riconoscimento di una decisione in via principale possono essere anche il pubblico ministero o i successori di uno dei coniugi (MOSCONI, CAMPIGLIO, *op. cit.*, p. 159). Il regolamento consente anche di procedere alla valutazione della riconoscibilità di una decisione straniera in via incidentale (App. Perugia 10-3-2011, cit.). Il regolamento pone una presunzione di riconoscibilità delle decisioni, salvo che esse vengano dichiarate non riconoscibili perché sussiste uno dei motivi ostativi previsti nell'art. 22. Il controllo sull'esistenza di **motivi ostativi** deve essere effettuato dall'ufficiale di stato civile in sede di aggiornamento dei registri in forza della decisione straniera (MOSCONI, *op. cit.*, p. 553). I motivi di non riconoscimento previsti dal regola-

mento hanno carattere tassativo ed escludono ogni altro motivo previsto da norme interne o internazionali (CARBONE, *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi: il regolamento (CE) n. 1347/2000*, in CARBONE, FRIGO, FUMAGALLI (a cura di), *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, Milano, 2004, p. 81). Il limite dell'**ordine pubblico** (art. 22, lett. a) ha carattere eccezionale e il giudice deve motivare il richiamo ad esso (QUEIROLO, *Regolamento (CE) 27 novembre 2003, n. 2201 del Consiglio relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale*, in F. PREITE (diretto da), *Atti notarili. Diritto comunitario e internazionale*, vol. IV, 1, Torino, 2011, p. 356). Esso comprende non solo principi propri degli ordinamenti nazionali, ma anche del diritto UE (CAFARI PANICO, *Il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale nel nuovo regolamento Bruxelles II*, in BARIATTI, RICCI (a cura di), *Lo scioglimento del matrimonio nei regolamenti europei: da Bruxelles II a Roma III*, Padova, 2007, p. 40 ss.), quale la violazione del giusto processo, mentre non si ha violazione se il divorzio non è preceduto dalla separazione personale dei coniugi (App. Perugia 10.3.2011, cit.). Ai fini dell'art. 22, lett. b, relativo al **rispetto dei diritti della difesa** (decisione resa in contumacia oppure atto introduttivo del giudizio non notificato o comunicato al contumace in tempo utile), non è richiesto che la notifica della domanda giudiziale sia avvenuta regolarmente (DE CESARI, *La procedura semplificata di exequatur nei regolamenti Bruxelles I, Bruxelles II-bis, e n. 1346/2000 e la sua applicazione pratica*, in BOSCHIERO, BERTOLI (a cura di), *Verso un ordine «comunitario» del processo civile*, Editoriale Scientifica, 2008, p. 42). La domanda giudiziale non può considerarsi notificata quando la notificazione avviene con un mezzo che non è neppure astrattamente idoneo ad assicurare l'effettiva conoscenza dell'atto (App. Perugia 10.3.2011, cit.). Il termine per comparire è fissato dalle norme nazionali ma deve essere sufficiente per consentire al convenuto di difendersi (BARATTA, *Il regolamento*, cit., p. 171). Non è sufficiente, per escludere l'esistenza di tale motivo ostativo, che il convenuto contumace non abbia impugnato la decisione pur avendone avuta la possibilità, ma occorre anche che non abbia accettato inequivocabilmente la decisione (LOPES PEGNA, *Concentrazione delle difese nello Stato di origine e sue conseguenze per il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni*, in BOSCHIERO, BERTOLI (a cura di), *Verso un ordine «comunitario» del processo civile*, Editoriale Scientifica, 2008, p. 104) che presuppone l'effettiva conoscenza della decisione e la scelta consapevole di lasciar decorrere il termine per impugnare (App. Perugia 10.3.2011, cit.). Riguardo al **contrasto tra decisioni in materia matrimoniale** di cui all'art. 22, lett. c-d, una decisione emessa nello Stato richiesto, anche successiva, impedisce il riconoscimento di una decisione di un altro Stato membro. Il riconoscimento di una decisione sulla separazione personale può essere precluso da una sentenza di divorzio, trattandosi di statuizioni inconciliabili (CARBONE, *op. cit.*, p. 84). Analogamente, il riconoscimento di una decisione di divorzio è precluso dall'intervenuta pronuncia di annullamento del matrimonio (BARATTA, *Il regolamento*, cit., 190). Il contrasto con

una decisione di rigetto in materia matrimoniale resa nello Stato membro richiesto preclude il riconoscimento di una decisione successiva di accoglimento, salvo che questa dipenda da un mutamento delle circostanze (BARATTA, *op. loc. ult. cit.*; *contra*, ma limitatamente all'annullamento del matrimonio, BONOMI, *op. cit.*, 338). La **procedura di exequatur non è necessaria** per le decisioni in materia di divorzio, separazione personale e annullamento del matrimonio, per le quali è sufficiente l'**aggiornamento dei registri dello stato civile**, che può immediatamente avvenire quando la decisione straniera sia definitiva (CAFARI PANICO, *op. cit.*, p. 45). Ai fini dell'aggiornamento dei registri, non è più necessario presentare copia autentica della decisione, corredata della traduzione ai sensi del d.P.R. 3.11.2000, n. 396, bensì un'istanza ai sensi dell'art. 37 del regolamento e il certificato contenente i dati della sentenza di cui all'art. 39 (circulari ministero dell'interno 23.6.2006, n. 24, e 22.10.2007, n. 56, <http://www.interno.gov.it>). Nella prassi viene richiesta anche una dichiarazione sostitutiva

dell'atto di notorietà, resa dall'interessato, attestante i requisiti *ex art. 22, lett. c-d*. La decisione straniera, unitamente alla traduzione, deve essere però presentata in caso di contumacia del convenuto (CALVIGIONI, *Stato civile, stranieri e diritto internazionale privato*, Santarcangelo di Romagna, 2009, p. 169 ss.) e certificazione di passaggio in giudicato redatta secondo il modello uniforme (BARATTA, *Il regolamento comunitario*, cit., p. 191 ss.). L'eventuale sentenza resa all'esito della procedura di riconoscimento in via principale vincola anche l'ufficiale di stato civile, che deve adeguare i registri alle statuizioni ivi contenute (CARBONE, *op. cit.*, p. 75). Per una sintesi, in lingua inglese di molte sentenze inedite applicative del regolamento, nonché della l. n. 218/1995, si rinvia al database pubblicato sul sito internet [www.eufams.unimi.it](http://www.eufams.unimi.it), creato nell'ambito del progetto "Planning the future of cross-border families: a path through coordination" (EUFam's)", co-finanziato dal Programma Justice della Commissione europea.

## 32 bis Matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani dello stesso sesso (1)

1. Il matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani con persona dello stesso sesso produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana.

(1) Articolo introdotto dall'art. 1, co. 1, lett. a del d.lgs. 19.1.2017, n. 7, Modifiche e riordino delle norme di diritto internazionale privato per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'art. 1, co. 28, lett. b), l. 20.5.2016, n. 76.

### Estremi Normativa di riferimento

✓ *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze* (l. 20.5.2016, n. 76)

V. *infra*, sub art. 32 *quinquies*.

## 32 ter Unione civile tra persone maggiorenni dello stesso sesso (1)

1. La capacità e le altre condizioni per costituire unione civile sono regolate dalla legge nazionale di ciascuna parte al momento della costituzione dell'unione civile. Se la legge applicabile non ammette l'unione civile tra persone maggiorenni dello stesso sesso si applica la legge italiana. Le disposizioni di cui all'articolo 1, comma 4, della legge 20 maggio 2016, n. 76, sono di applicazione necessaria.

2. Ai fini del nulla osta di cui all'articolo 116, primo comma, del codice civile, non rilevano gli impedimenti relativi al sesso delle parti. Qualora la produzione del nulla osta sia conclusa in ragione del mancato riconoscimento, secondo la legge dello Stato di cui lo straniero è cittadino, dell'unione civile tra persone dello stesso sesso o di analogo istituto, il nulla osta è sostituito da un certificato o altro atto comunque idoneo ad attestare la libertà di stato, ovvero da dichiarazione sostitutiva ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445. Resta salva la libertà di stato accertata o acquisita per effetto di un giudicato italiano o riconosciuto in Italia.

3. L'unione civile è valida, quanto alla forma, se è considerata tale dalla legge del luogo di costituzione o dalla legge nazionale di almeno una delle parti o dalla legge dello Stato di comune residenza al momento della costituzione.

4. I rapporti personali e patrimoniali tra le parti sono regolati dalla legge dello Stato davanti alle cui autorità l'unione è stata costituita. A richiesta di una delle parti il giudice può disporre l'applicazione della legge dello Stato nel quale la vita comune è prevalentemente localizzata. Le parti possono convenire per iscritto che i loro rapporti patrimoniali sono regolati dalla legge dello Stato di cui almeno una di esse è cittadina o nel quale almeno una di esse risiede.

5. Alle obbligazioni alimentari si applica l'articolo 45.

(1) Articolo introdotto dall'art. 1, co. 1, lett. a), d.lgs. 19.1.2017, n. 7, Modifiche e riordino delle norme di diritto internazionale privato per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'art. 1, co. 28, lett. b), l. 20.5.2016, n. 76.

#### Estremi Normativa di riferimento

✓ *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze* (l. 20.5.2016, n. 76)

---

V. *infra*, sub art. 32 quinquies.

## 32 quater Scioglimento dell'Unione civile (1)

1. In materia di scioglimento dell'unione civile la giurisdizione italiana sussiste, oltre che nei casi previsti dagli articoli 3 e 9, anche quando una delle parti è cittadina italiana o l'unione è stata costituita in Italia. I medesimi titoli di giurisdizione si applicano anche in materia di nullità o di annullamento dell'unione civile.

2. Lo scioglimento dell'unione civile è regolato dalla legge applicabile al divorzio in conformità al regolamento n. 1259/2010/UE del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo ad una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale.

(1) Articolo introdotto dall'art. 1, co. 1, lett. a), d.lgs. 19.1.2017, n. 7, Modifiche e riordino delle norme di diritto internazionale privato per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'art. 1, co. 28, lett. b), l. 20.5.2016, n. 76.

#### Estremi Normativa di riferimento

✓ *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze* (l. 20.5.2016, n. 76)

---

V. *infra*, sub art. 32 quinquies.

## 32 quinquies Unione civile costituita all'estero tra cittadini italiani dello stesso sesso (1)

1. L'unione civile, o altro istituto analogo, costituiti all'estero tra cittadini italiani dello stesso sesso abitualmente residenti in Italia produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana.

(1) Articolo introdotto dall'art. 1, co. 1, lett. a), d.lgs. 19.1.2017, n. 7, Modifiche e riordino delle norme di diritto internazionale privato per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'art. 1, co. 28, lett. b), l. 20.5.2016, n. 76.

#### Estremi Normativa di riferimento

✓ *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze* (l. 20.5.2016, n. 76)

---

### SOMMARIO

1. Osservazioni generali e rapporti con i regolamenti dell'Unione europea. – 2. Le disposizioni introdotte dal d.lgs. n. 7/2017.

**1. Osservazioni generali e rapporti con i regolamenti dell'Unione europea.** – Con la **l. 20.5.2016, n. 76**, entrata in vigore il 5.6.2016, viene introdotto nel nostro ordinamento l'istituto dell'**unione civile tra persone maggiori dello stesso sesso** (art. 1, co. 1° e 2°). L'intervento legislativo era divenuto improcrastinabile anche solo per l'elevato numero di richieste di trascrizione di matrimoni validamente contratti all'estero al fine del riconoscimento dello *status* ivi acquisito e per la condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione da parte

del nostro paese dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) a causa della mancanza di una disciplina legislativa idonea a tutelare il diritto alla vita familiare delle persone dello stesso sesso legittimamente sposate o che hanno contratto un'unione registrata (sentenza 21.7.2015 ricorsi 18766/11 e 36030/11, *Oliari e a. c. Italia*, su cui ANRÒ, *La Corte di Strasburgo condanna l'Italia per il mancato riconoscimento delle unioni civili*, in *Eurojus*, 24.7.2015). Per gli aspetti di diritto internazionale privato, la legge sulle unioni civili, oltre ad inserire

nella l. n. 218/1995 l'art. 30 *bis* relativo ai contratti di convivenza, unico istituto al quale nel nostro ordinamento possono accedere le coppie di sesso diverso, all'art. 1, co. 28, lett. b), ha delegato il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi in materia di unioni civili tra persone dello stesso sesso, dettando quale principio generale l'applicazione della disciplina dell'unione civile tra persone dello stesso sesso regolata dalle leggi italiane alle coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano contratto all'estero matrimonio, unione civile o altro istituto analogo. Infatti, da un'analisi letterale degli artt. introdotti per effetto del d.lgs. n. 7/2017, e in particolare dal combinato disposto degli artt. 32 *bis* e 32 *quinquies*, in relazione al **riconoscimento degli status acquisiti all'estero da coppie formate da cittadini italiani dello stesso sesso, sposate o unite in altra forma**, emerge la loro equiparazione, quanto agli effetti, all'istituto italiano delle unioni civili. Da una mera lettura delle norme sembra che l'unico problema internazionale-privatistico sia quello del riconoscimento per analogia degli *status* acquisiti all'estero da coppie dello stesso sesso, risolto assimilandoli alle unioni civili italiane (e ciò sia nel caso di matrimonio che di altre forme di *partnership*). Sembrerebbe pertanto che alle norme italiane in materia sia attribuito il rango di **norme di applicazione necessaria**, cosicché qualunque unione *same-sex* formata all'estero (da cittadini italiani o stranieri) dovrebbe essere, per il nostro ordinamento, interamente regolata dalla legge italiana. Ne consegue l'attribuzione al matrimonio e alle unioni civili dei soli effetti stabiliti dalla l. n. 76/2016, che potrebbero essere diversi da quelli previsti nell'ordinamento di origine. Ciò anche qualora questi ultimi non siano in contrasto con il nostro ordine pubblico o altre norme fondamentali. La soluzione di procedere al riconoscimento del matrimonio, unione civile o altro istituto analogo contratto all'estero tra persone dello stesso sesso attraverso l'adattamento al modello interno rischia di generare situazioni giuridiche claudicanti con effetti diversi nell'ordinamento in cui sono state create e in quello in cui la vita della coppia è destinata a svolgersi. La scelta del legislatore in sede di delega è stata criticata in dottrina (SCAFFIDI RUNCHELLA, *Osservazioni a prima lettura sulla legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso, nella prospettiva internazionale-privatistica*, *SidiBlog*, 16.5.2016) e porterà certamente a situazioni problematiche, anche perché sembra irragionevole non consentire – ferma la trascrizione nei registri di stato civile, ove richiesta, come unione civile – il riconoscimento nel nostro ordinamento di eventuali diritti o doveri previsti dalla legge straniera se non in contrasto con principi da noi ritenuti fondamentali. D'altronde anche il matrimonio tradizionale concluso all'estero viene trascritto nel nostro ordinamento quale matrimonio senza ulteriori specificazioni, senza che ciò impedisca l'applicazione delle ordinarie regole di conflitto finalizzate a determinare quale sia la legge applicabile (anche straniera) ai rapporti personali o patrimoniali fra i coniugi. L'applicazione della “versione italiana” di unione civile a tutti i soggetti che ne richiedono il riconoscimento in Italia potrebbe inoltre sollevare in futuro problemi di compatibilità con il diritto dell'Unione europea nel momento in cui potesse essere definita – in analogia a quanto accaduto nella causa *Garcia Avello* (C. giust. 2.10.2003, causa C-148/02) in tema di attribuzione del cognome – quale ostacolo alla libera circolazione delle

persone, che si vedrebbero attribuiti diritti diversi nei diversi Stati dell'Unione europea. La certezza del proprio *status* e dei diritti che ne derivano verrebbe quindi posta a rischio al momento del trasferimento della propria residenza in uno Stato membro diverso, e precisamente in Italia. Se questo sinora non è stato determinante per ritenere in contrasto col diritto dell'Unione europea il divieto di riconoscimento di un matrimonio fra persone dello stesso sesso (che pur rappresentava un ostacolo alla libera circolazione e che d'altronde non è stato ritenuto in contrasto neanche coi diritti previsti dalla CEDU), sembra però più facile che possa portare a problemi nel momento in cui lo Stato apre a forme alternative di famiglia quali le unioni civili. Si pensi anche alle problematiche in tema di successione che ne potrebbero derivare in relazione al **Reg. n. 650/2012**. Se è vero che tale regolamento non si applica allo *status* delle persone, è vero altresì che indirettamente lo stesso finirà per incidere anche su questi aspetti: si pensi all'ipotesi di un soggetto, da ultimo residente in Italia ma che abbia concluso un PACS in Francia. La sua successione, in assenza di scelta circa la legge applicabile, sarebbe regolata dalla legge italiana che attribuisce diritti successori al partner, contrariamente a quanto prevede la legge francese per la quale il partner non ha diritti successori se non su base testamentaria, giungendo così ad un risultato che potrebbe essere in contrasto con la volontà del *de cuius* che, per ipotesi, aveva volontariamente escluso il partner dal proprio testamento. D'altronde questa è la soluzione alla quale sembra portare anche l'applicazione dell'art. 23 del regolamento stesso, nel punto in cui prevede che sia la legge applicabile alla successione a determinare i diritti successori del partner (senza in ciò distinguere fra partner di fatto o nell'ambito di una unione registrata). E ciò nonostante l'art. 2 del regolamento stesso escluda dall'ambito di applicazione i rapporti di famiglia e i rapporti che secondo la legge applicabile a questi ultimi hanno effetti comparabili. La conseguenza appare quindi la legittimazione di una riqualficazione dell'unione civile straniera in una di diritto interno tutte le volte in cui il partner della cui successione si tratta fosse residente in Italia al momento della morte. Quanto ai rapporti con il diritto dell'Unione europea si deve tenere presente anche il **Reg. n. 2016/1104** sugli effetti patrimoniali delle unioni registrate applicabile dal 29.1.2019 (v. *supra*, *sub art.* 30, par. 4). Tale regolamento non tratta del riconoscimento delle unioni registrate nei diversi Stati membri, né della validità delle stesse, ma prevede regole circa la gestione quotidiana dei beni dei partner e la liquidazione dei loro beni in seguito a separazione personale o morte di un partner (considerando 18), in parallelo con quanto si prevede per le coppie coniugate (Reg. 2016/1103). Alla luce di questo, la legge applicabile potrà essere scelta dai partner stessi, seppure con limiti ben precisi (potendosi scegliere la legge della residenza abituale o della cittadinanza dei partner o futuri tali, o anche di uno solo di essi, o la legge dello Stato in cui l'unione registrata è stata costituita) o, in assenza di scelta, sarà quella dello Stato in cui l'unione registrata è stata costituita (salvo, ipotesi eccezionale, il caso in cui uno dei partner chieda al giudice che la legge applicabile sia la legge dello Stato in cui i partner hanno avuto l'ultima residenza abituale comune). Alla luce di ciò, la scelta del nostro legislatore dovrà essere interpretata (se non addirittura corretta), al fine di renderla compatibile

con il diritto dell'Unione europea, nel senso di non ritenere possibile l'assimilazione delle unioni straniere a quelle di diritto interno almeno sotto i profili che saranno coperti dal regolamento in esame (che però non si applicherà alla successione a causa di morte del partner). Non sorgono dubbi di compatibilità con il diritto dell'Unione europea in relazione al divieto di accesso diretto, da parte di soggetti presenti nel nostro ordinamento, ad una tipologia di unione civile regolata da una legge straniera: pertanto la legge applicabile a chiunque voglia concludere tale unione sul territorio italiano non potrà essere che quella determinata con la l. n. 76/2016 quale norma di applicazione necessaria a prescindere dalla cittadinanza o da altri elementi di estraneità dei soggetti coinvolti.

**2. Le disposizioni introdotte dal d.lgs. n. 7/2017.** – In base alla delega ricevuta, l'art. 1, co. 1, lett. a), d.lgs. 19.1.2017, n. 7 prevede l'introduzione di quattro nuovi articoli nella l. n. 218/1995 dopo l'art. 32. L'**art. 32 bis** statuisce che il **matrimonio tra persone dello stesso sesso** contratto all'estero produca nel nostro ordinamento gli stessi effetti dell'unione civile regolata dalla l. n. 76/2016, qualunque sia la loro cittadinanza (v. *supra*, par. 1). L'**art. 32 ter** disciplina la **costituzione di unioni civili** tra persone maggiorenni dello stesso sesso. La disposizione detta in primo luogo le **condizioni** per costituire un'unione civile. In base al co. 1, la capacità e le condizioni per costituire un'unione civile sono regolate dalla **legge nazionale di ciascuna parte al momento della costituzione** e, qualora la legge nazionale straniera così richiamata non contempli l'istituto, è prevista l'applicazione della **legge italiana**. In ogni caso, le **cause impeditive** della costituzione di un'unione civile, di cui all'art. 1, co. 4, l. n. 76/2016, sono soggette in via esclusiva dalle pertinenti disposizioni della legge italiana, espressamente qualificate come **norme di applicazione necessaria**. Sono cause impeditive per la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso: la sussistenza di un vincolo matrimoniale o di un'unione civile tra persone dello stesso sesso; l'interdizione di una delle parti per infermità mentale (nel caso sia soltanto promossa la causa di interdizione, il PM può chiedere che si sospenda il procedimento per l'unione civile, che riprenderà solo dopo la formazione del giudicato sulla causa per l'interdizione); la sussistenza di rapporti di affinità o parentela tra le parti; la condanna definitiva di un contraente per omicidio consumato o tentato nei confronti di chi sia coniugato o unito civilmente con l'altra parte (se è stato disposto soltanto rinvio a giudizio ovvero sentenza di condanna di primo o secondo grado ovvero una misura cautelare la procedura per la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso è sospesa sino a quando non è pronunciata sentenza di proscioglimento). Tra gli impedimenti non è prevista la mancanza della maggiore età, con la conseguenza che questo profilo sarà regolato dall'eccezione di ordine pubblico, stabilita dall'art. 16 della l. n. 218/1995, e già applicata al matrimonio dello straniero in Italia, regolato dall'**art. 116 c.c.**, la cui applicabilità alle unioni civili è peraltro prevista dall'art. 1, co. 19, l. n. 76/2016. Il co. 2 prescrive che ai fini del **nulla osta** che lo straniero deve produrre ai sensi dell'art. 116, co. 1 c.c. non rilevano gli impedimenti relativi al sesso delle parti. L'art. 116 c.c. prevede che il nubendo straniero debba presentare all'ufficiale dello stato civile una dichiarazione dell'au-

torità competente del proprio paese, dalla quale risulti che giusta le leggi a cui è sottoposto nulla osta al matrimonio, nonché un documento attestante la regolarità del soggiorno nel territorio italiano. L'art. 32 *ter*, co. 2 prevede che in ogni caso si acquisisce lo **stato libero per effetto di un giudicato italiano o riconosciuto in Italia**. In generale, al fine di tutelare i diritti fondamentali dei soggetti interessati, la norma non esclude che gli stranieri possano costituire un'unione civile in Italia, anche quando lo Stato di origine non rilasci il nulla osta poiché tale istituto non è ivi contemplato. Infatti, se la legge dello Stato di cui lo straniero è cittadino non ammette l'unione civile tra persone dello stesso sesso, lo straniero può comunque contrarre unione civile in Italia e il nulla osta del paese di origine è sostituito da un'attestazione della libertà di stato, risultante da un certificato o altro atto comunque idoneo ad attestare la libertà di stato, ovvero da dichiarazione sostitutiva ai sensi del d.P.R. 28.12.2000, n. 445, t.u. sulla documentazione amministrativa. Il nostro ordinamento già conosce tale possibilità in caso di matrimonio, in quanto l'ufficiale di stato civile, al quale sia stato richiesto di procedere alle pubblicazioni, non può rifiutarsi nei casi in cui il mancato rilascio del nulla osta nel paese di origine dipenda da condizioni di accesso all'istituto del matrimonio discriminatorie per uno dei due soggetti (v. *supra*, *sub art.* 27, par. 2). Una scelta di questo genere può lasciare spazio alla creazione di unioni civili claudicanti, valide nell'ordinamento italiano, ma potenzialmente invalide o inesistenti negli ordinamenti di appartenenza dei soggetti coinvolti. Per quanto riguarda le **formalità** necessarie per la costituzione di un'unione, alla luce del principio del *favor validitatis*, il co. 3, analogamente a quanto stabilito dall'art. 28 in tema di forma del matrimonio, stabilisce un **concorso alternativo** di criteri di collegamento, prevedendo l'applicazione della legge del luogo di costituzione dell'unione o della legge nazionale di una delle parti al momento della costituzione o della legge dello Stato di comune residenza. Il co. 4 disciplina i **rapporti personali e patrimoniali** che derivano dall'unione, ritenendo applicabile in via generale la legge dello Stato dove l'unione è stata costituita o, su richiesta di una parte, quella del paese nel quale la vita comune è prevalentemente localizzata, peraltro non sempre di agevole determinazione. Il criterio della prevalente localizzazione della vita comune dovrebbe coincidere con quello della residenza o del domicilio comune dei partner. Tuttavia, problemi potrebbero porsi nell'ipotesi in cui le parti abbiano più residenze comuni oppure quando risiedono separatamente in Stati diversi. Inoltre, con riferimento ai rapporti patrimoniali, in linea con il Reg. UE 2016/1104 del 24.6.2016 sugli effetti patrimoniali delle unioni registrate (applicabile dal 29.1.2019), le parti possono, con accordo scritto, individuare come applicabile la legge dello Stato di cui almeno una di esse è cittadina o nel quale almeno una risiede. Il co. 5, infine, rinvia per la materia delle **obbligazioni alimentari** al successivo art. 45 della l. n. 218/1995, così come modificato dall'art. 1, co. 1, lett. b), d.lgs. n. 7/2017. L'**art. 32 quater** introduce la disciplina relativa allo **scioglimento dell'unione civile**. Per quanto riguarda la giurisdizione, estesa anche ai casi di nullità e annullamento, il giudice italiano è competente, oltre che nei casi di cui agli artt. 3 e 9 della l. n. 218/1995, anche quando una delle parti ha la cittadinanza italiana o l'unione civile è stata costituita in Italia. Con riferimento

alla legge applicabile allo scioglimento, si **rinvia al Reg. UE n. 1259/2010** (v. *supra*, sub art. 31, par. 3). Per ciò che attiene alla **nullità**, materia esclusa dal regolamento, si applica necessariamente la disciplina di cui all'art. 1, co. 5, l. n. 76/2016. Ai sensi dell'**art. 32 *quinquies***, gli effetti di un'unione civile o istituto analogo costituito all'estero tra cittadini italiani dello stesso sesso, abitualmente residenti in Italia, sono quelli previsti per le **unioni civili di diritto italiano** (v. *supra*, par. 1). La norma persegue la finalità di evitare elusioni alla disciplina italiana quando l'unico elemento di estraneità è dato dalla costituzione all'estero dell'unione civile. Manca nella normativa introdotta la disciplina del riconoscimento delle **unioni civili**, in qualunque modo denominate nel rispettivo ordinamento, **contratte all'estero tra persone di sesso diverso**, non rientrando tale questione nella delega legislativa. La l. n. 76/2016 non consente infatti a soggetti di sesso diverso di accedere alle unioni registrate da essa disciplinate riservate alle coppie dello stesso sesso e non prende posizione in merito al riconoscimento del legame così instaurato

all'estero, lasciando persistere nel nostro ordinamento una lacuna, con possibile significativa lesione dei diritti dei soggetti coinvolti qualora tali unioni venissero assimilate alle convivenze di fatto, le sole alle quali possono accedere nel nostro ordinamento le coppie eterosessuali (art. 1, co. 50 ss., l. n. 76/2016). Non soccorre al riguardo l'art. 30 *bis*, che si riferisce ai soli contratti di convivenza. Come segnalato *supra*, sub art. 27, par. 2 in relazione alle condizioni per contrarre matrimonio, a cui si rinvia, a seguito dell'adozione del **regolamento 2016/1191**, grazie ad un sistema di esenzione dalla legalizzazione o formalità analoghe e di semplificazione di altre formalità, circoleranno più facilmente i **documenti pubblici** rilasciati dalle autorità di uno Stato membro in base alla propria legislazione nazionale, che devono essere presentati alle autorità di un altro Stato membro al fine di accertare, tra gli altri fatti, un'unione registrata, compresa la capacità di sottoscrivere un'unione registrata e lo stato di unione registrata, nonché lo scioglimento di un'unione registrata, separazione personale o annullamento di un'unione registrata; (art. 2, lett. g ed h).

## 33 Filiazione (1)

1. Lo stato di figlio è determinato dalla legge nazionale del figlio o, se più favorevole, dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino, al momento della nascita.
2. La legge individuata ai sensi del comma 1 regola i presupposti e gli effetti dell'accertamento e della contestazione dello stato di figlio; qualora la legge così individuata non permetta l'accertamento o la contestazione dello stato di figlio si applica la legge italiana.
3. Lo stato di figlio, acquisito in base alla legge nazionale di uno dei genitori, non può essere contestato che alla stregua di tale legge; se tale legge non consente la contestazione si applica la legge italiana.
4. Sono di applicazione necessaria le norme del diritto italiano che sanciscono l'unicità dello stato di figlio.

(1) Articolo modificato dall'art. 101, co. 1, lett. a), d.lgs. 28.12.2013, n. 154, Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione

### Estremi Normativa di riferimento

✓ *Filiazione* (art. 291 ss. c.c.) ✓ *Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione* (d.lgs. 28.12.2013, n. 154)

### SOMMARIO

1. Osservazioni generali e criteri di collegamento. – 2. Il collegamento alla legge italiana e le norme di applicazione necessaria. – 3. Ambito di applicazione della disposizione e contestazione dello stato di figlio.

**1. Osservazioni generali e criteri di collegamento.** – L'equiparazione tra i figli nati in costanza di matrimonio e fuori dal matrimonio e l'introduzione del principio dell'unicità dello stato di figlio, ad opera della l. 10.12.2012, n. 219, hanno condotto il legislatore ad apportare modifiche anche alla disciplina internazionalprivatistica della filiazione, che prima prevedeva per le due categorie di soggetti norme differenti (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, II, Torino, 2016, quarta ed., p. 187; *amplius* LOPES PEGNA, *Riforma della filiazione e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 2014, p. 394 ss.). L'art. 101 del **d. lgs. 28.12.2013, n. 154**, Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, abrogando l'art. 34 e modificando gli artt. 33, 35 e 36 (nonché introducendo l'art. 36 *bis*) della l. n. 218/1995, ha così innanzitutto abolito ogni riferimento alla distinzione tra filiazione legittima e naturale e introdotto norme di conflitto finalizzate al raggiungimento, in maniera ancora

più efficace di quanto previsto in precedenza, degli interessi propri del nostro ordinamento. Il materia di filiazione l'art. 33 mantiene anche nella nuova formulazione la scelta di fondo del ricorso a norme di conflitto ispirate al raggiungimento di determinato risultato materiale. L'utilizzo esclusivo del criterio della cittadinanza rappresenta un elemento di continuità rispetto alla precedente impostazione, secondo cui la miglior localizzazione dei rapporti di famiglia segue lo *status civitatis* degli interessati. Nessuna norma sulla filiazione, in effetti, utilizza indici di connessione diversi. Tuttavia, alla perdurante preferenza del criterio della legge nazionale degli interessati si contrappone oggi il più ampio utilizzo delle norme materiali interne dichiarate dallo stesso legislatore di applicazione necessaria, così come il ricorso, come *extrema ratio*, alla *lex fori* per garantire il conseguimento di un determinato risultato, ove esso non sia raggiungibile attraverso la *lex causae*. Al metodo delle considerazioni materiali poteva ascriversi la

rilevanza centrale alla figura del figlio rispetto ai genitori, già attribuita dalle norme previgenti (MOSCONI, CAMPIGLIO, *op. loc. cit.*). Come in altre legislazioni internazionali/privatistiche, anche le norme italiane in materia di filiazione sono ispirate al superiore interesse del minore e al *favor filiationis*, che implica innanzitutto il suo diritto ad avere dei genitori e ad essere da essi allevato. Parimenti orientata al *favor filiationis* è la norma che vincola la possibilità di contestazione dello *status* all'applicazione della stessa legge che ne ha consentito l'attribuzione, non ammettendo contestazioni sulla base di una legge concorrente. Ulteriore riscontro dell'atteggiamento di favore verso lo stabilimento del rapporto emerge dall'art. 13, co. 3 della legge di riforma in materia di **rinvio**: in tutte le ipotesi in esame, infatti, si tiene conto di eventuali rinvii indietro o accettati solo allorché conducano a stabilire il rapporto di filiazione (*rinvio in favorem*). Il **criterio di collegamento** indicato prioritariamente è la **cittadinanza del figlio al momento della nascita**. L'esplicito riferimento temporale consente di cristallizzare nel tempo l'esito dell'accertamento, impedendo che eventuali futuri mutamenti di cittadinanza in capo all'interessato possano pregiudicare l'accertamento del rapporto operato in base alla prima *lex civitatis*. Nel caso in cui al momento della nascita il figlio possieda **più cittadinanze**, troverà applicazione l'art. 19, co. 2 che dispone la prevalenza della legge con cui il soggetto presenta il collegamento più stretto, ma in ogni caso la prevalenza di quella italiana. Si deve peraltro notare che la automatica prevalenza della cittadinanza italiana rispetto ad un'altra cittadinanza appare ridimensionata nel caso in cui la seconda cittadinanza si quella di uno Stato membro dell'Unione europea, perché ciò integrerebbe una violazione del principio di non discriminazione (C. giust. 2.10.2003, C-148/02, *Garcia Avello*). Per rendere possibile l'accertamento del rapporto di filiazione anche quando non è ammissibile in base alla legge di cui il figlio è cittadino, la norma, superando il precedente *empasse*, prescrive il ricorso ai criteri di collegamento **sussidiari**, fra loro **alternativi**, **delle leggi dei paesi di cui i genitori sono cittadini al momento della nascita, se più favorevoli**. Benché non via sia nessuna esplicita precisazione in tal senso, il maggior favore può consistere nella possibilità di stabilire la filiazione qualora la legge nazionale del figlio non consenta di raggiungere tale risultato, oppure nella minor onerosità della legge di uno dei genitori qualora questa non richieda consensi o autorizzazioni, oppure non imponga lo svolgimento di indagini che sottopongono l'acquisto dello stato di figlio a procedure particolarmente complesse. Altrettanto superato risulta ormai, a proposito del richiamo alla legge nazionale del figlio al momento della nascita, quel circolo vizioso tra due questioni, costituenti l'uno il presupposto dell'altra, relative al caso in cui si voglia accertare la sussistenza di un legame di discendenza tra un minore e un cittadino di uno Stato che attribuisca la propria cittadinanza *iure sanguinis*, come l'Italia. La legge nazionale del figlio al momento della nascita andrebbe determinata proprio alla luce di quel rapporto di filiazione oggetto dell'accertamento principale. Fermo restando che non è possibile configurare le due questioni come reciprocamente preliminari, poiché l'accertamento della filiazione è fattispecie di natura privatistica, mentre l'attribuzione della cittadinanza è un procedimento di natura pubblicistica (CLERICI, *La cittadinanza nell'ordinamento giuridico*

*italiano*, Padova, 1993, p. 219 ss.), il problema va risolto alla luce delle norme materiali dell'ordinamento competente. Ad ogni modo, nella generalità dei casi, sia l'attribuzione della cittadinanza sia lo *status* di figlio risultano da **atti anagrafici stranieri**, la cui attendibilità non può essere sindacata dai giudici italiani se non sulla base di elementi provenienti dall'ordinamento di origine (MOSCONI, CAMPIGLIO, *op. cit.*, p. 190; Cass. 5.8.2013 n. 18599; 18.6.2013 n. 15234). Del resto, il riferimento alle risultanze di atti e documenti anagrafici stranieri ha consentito la trascrizione nei registri dello stato civile italiano di atti di nascita formati all'estero riguardanti figli nati attraverso tecniche di **fecondazione assistita eterologa** (App. Torino 4.12.2014, in *Foro it.*, 2015, I, c. 1078; Trib. Napoli 1.7.2011, in *Giur. merito*, 2011, p. 2695) e di **maternità surrogata** (Trib. Pisa 19.6.2015 n. 687; Trib. Varese 7.11.2014, in *Foro it.*, 2015, II, c. 54; in dottrina, BERGAMINI, *Problemi di diritto internazionale privato collegati alla riforma dello status di figlio e questioni aperte*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2015, p. 315 ss.; BAREL, ARMELLINI, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, Milano, 2016, p. 170; BARUFFI, *Capitolo 9. Maternità surrogata ed interessi del minore*, in CAGNAZZO, PREITE (a cura di), *Il riconoscimento degli status familiari acquisiti all'estero*, Milano, 2017, p. 239 ss.). Per quanto concerne il matrimonio putativo, invalido ma produttivo di effetti nei confronti dei figli, pare condivisibile la teoria che prevede l'applicazione della legge regolatrice degli effetti di cui si tratta (CARELLA, *Art. 33*, in BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995 n. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Commentario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1996, p. 1189).

**2. Il collegamento alla legge italiana e le norme di applicazione necessaria.** – Il co. 2 della norma *de qua* stabilisce che, **qualora la filiazione non possa essere accertata o contestata sulla base di criteri di cui al co. 1**, deve applicarsi la **legge italiana**. In questo modo il legislatore del 2013 ha ampliato la possibilità di accertamento della filiazione che prima delle modifiche limitava il richiamo alle leggi del figlio e dei genitori. Il legislatore ha evidentemente valutato che, sul rischio che gli Stati di cittadinanza del figlio e dei genitori non riconoscessero la filiazione stabilita in base alla legge italiana, prevalesse l'interesse del minore, anche a costo di creare un rapporto claudicante. Il caso più frequente in tal senso è quello di un minore nato fuori dal matrimonio da padre di religione islamica, la cui legge non ammette in questi casi l'accertamento della filiazione, che può invece essere stabilita in base alla legge del figlio o della madre oppure alla legge italiana (CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2015, p. 43 ss.). La giurisprudenza precedente alla riforma del 2013 considerava contrarie all'**ordine pubblico** le legislazioni che non consentono lo stabilimento della filiazione, in particolare per i figli nati fuori dal matrimonio, per contrasto con i principi fondamentali che nel nostro ordinamento riguardano la persona (Cass. 8.3.1999, n. 1951 in riferimento alla legge del Marocco, su cui CLERICI, in *Fam. e dir.*, 1999, p. 449 ss.), con la conseguenza doveva riconoscersi l'esistenza di un principio di ordine pubblico internazionale che riconosce il diritto all'acquisizione dello *status* di figlio naturale a chiunque sia stato concepito, indipendentemente dalla na-

tura della relazione tra i genitori (Cass. 28.12.2006, n. 27592 in riferimento alla legge egiziana). Il richiamo introdotto dal d.lgs. n. 154/2013 alla legge italiana per le ipotesi in cui la legge straniera non consenta lo stabilimento dello stato di figlio costituisce un'ipotesi di **norma di conflitto materialmente orientata**, che funziona in tutti i casi in cui la norma straniera non consente il raggiungimento del risultato auspicato, senza necessità di ricorrere alla clausola dell'ordine pubblico ex art. 16 della l. n. 218/1995. Inoltre, la novella del 2013, in base al principio dell'unicità dello stato di figlio, ha innalzato a norme di **applicazione necessaria** le norme di diritto italiano che sanciscono questo principio, che quindi devono essere applicate nonostante il richiamo alla legge straniera in quanto espressione di un valore irrinunciabile di tale principio per l'ordinamento italiano, che non può essere sacrificato neppure con riferimento a situazioni che presentano elementi di estraneità. Di conseguenza, certificati stranieri che attribuiscono lo stato di figlio naturale verranno trascritti in Italia come attributivi dello stato di figlio anche quando la fattispecie è regolata dalla legge straniera. Analogamente, atti che attribuiscono lo stato di figlio legittimo dovranno essere trascritti omettendo ogni qualifica del rapporto di filiazione. Si deve anche ritenere che non possa essere pronunciato in Italia un provvedimento volto ad attribuire ad un figlio naturale lo stato di figlio legittimo sulla base della legge straniera: infatti, essendo unico lo stato di figlio agli occhi dell'ordinamento italiano, non può ammettersi un'azione volta ad attribuire ad una persona uno *status* che già possiede (BAREL, ARMELLINI, *op. cit.*, p. 176).

**3. Ambito di applicazione della disposizione e contestazione dello stato di figlio.** – Per ciò che riguarda l'ambito di applicazione della disposizione in esame, essa regola i **presupposti e gli effetti dell'accertamento e della contestazione dello stato di figlio**. Pertanto, sarà compito della legge individuata dall'art. 33 stabilire la legittimazione attiva e passiva all'azione, i termini, l'ammissibilità o meno dell'atto di nascita quale prova del possesso di stato oppure di mezzi di prova sconosciuti alla legge del foro o aventi una diversa efficacia probatoria (sul giuramento della madre relativo alla paternità, CARELLA, *op. loc. cit.*). Sulla contrarietà con l'ordine pubblico del foro di leggi straniere che limitano in modo irragionevole i soggetti abilitati a promuovere tale giudizio ovvero impongano limiti temporali vessatori: Cass. 21.3.1990 n. 2350 sulla legge argentina che legittima all'azione solo il figlio divenuto

maggiorenne; Cass. S.U. 7.7.1993 n. 7447 sulla legge inglese secondo cui la madre del figlio nato fuori dal matrimonio può chiedere un accertamento giudiziale di paternità nel termine di tre mesi dalla nascita ed in nessun caso tale azione può essere proposta dal figlio maggiorenne; nessun contrasto invece è stato rinvenuto rispetto alla legge francese che sottopone l'azione di dichiarazione giudiziale della paternità all'osservanza di un termine biennale dal raggiungimento della maggiore età da parte del figlio (Cass. 10.3.1995 n. 2788). Riguardo agli **effetti** dell'accertamento dello *status filiationis*, può assumersi rilievo il co. 4 della norma in commento che prescrive, come sottolineato, l'applicazione imperativa delle norme italiane che sanciscono l'unicità dello stato di figlio. Con particolare riguardo alla **contestazione** dello stato di figlio acquisito in base alla legge nazionale di uno dei genitori, nel caso in cui tale legge non ne consenta la contestazione, è prevista l'applicazione della legge italiana. Prima della novella del 2013, l'art. 33, da un lato, sottoponeva i presupposti e gli effetti dell'accertamento e della contestazione dello stato di figlio alla legge nazionale del figlio al momento della nascita, ma specificando che era legittimo il figlio considerato tale dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori era cittadino al momento della nascita del figlio; dall'altro, vincolava eventuali contestazioni dello *status* di figlio *legittimo* all'applicazione della stessa legge che ne aveva consentito l'attribuzione. La norma, ispirata al *favor legitimitatis*, impediva che l'esito positivo raggiunto applicando la legge di uno dei genitori al momento della nascita del figlio potesse essere posto nel nulla alla luce del contenuto contrario della legge nazionale dell'altro genitore. In punto di contestazione, l'attuale disciplina sembrerebbe caratterizzata da un'attenuazione del *favor filiationis*, prima garantito dalla possibilità di contestare la sussistenza del rapporto sulla base della sola legge che ne aveva consentito lo stabilimento: essa, infatti, aggiunge a tale disposizione l'eventuale ricorso alla legge italiana qualora la legge straniera non consenta la contestazione dello stato acquisito. Tuttavia, da un lato, è opportuno rilevare la permanenza della regola in base alla quale lo stato di figlio, acquisito in base alla legge nazionale di uno dei genitori, non può essere contestato se non alla stregua di tale legge. Dall'altro, la contestazione o l'impugnazione del riconoscimento del figlio anche in base alla legge italiana risponde al principio del *favor veritatis*, altrettanto connotato all'ordinamento italiano.

## 34 Legittimazione

*Omissis* (1)

Articolo abrogato dall'art. 106, co. 1, lett. c), d.lgs. 28.12.2013 n. 154, Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione.

## 35 Riconoscimento di figlio (1)

1. Le condizioni per il riconoscimento del figlio sono regolate dalla legge nazionale del figlio al momento della nascita, o se più favorevole, dalla legge nazionale del soggetto che fa il riconoscimento, nel momento in cui questo avviene; se tali leggi non prevedono il riconoscimento si applica la legge italiana (1).

2. La capacità del genitore di fare il riconoscimento è regolata dalla sua legge nazionale.  
 3. La forma del riconoscimento è regolata dalla legge dello Stato in cui esso è fatto o da quella che ne disciplina la sostanza.

(1) Co. 1 e rubrica modificati dall'art. 101, co. 1, lett. b), d.lgs. 28.12.2013, n. 154, Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione.

### Estremi Normativa di riferimento

✓ *Filiazione* (art. 291 ss. c.c.) ✓ *Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione* (d.lgs. 28.12.2013, n. 154)

### SOMMARIO

1. Osservazioni generali e le condizioni per il riconoscimento. – 2. La capacità di effettuare il riconoscimento e la forma dello stesso.

**1. Osservazioni generali e le condizioni per il riconoscimento.** – L'art. 35 fornisce una disciplina per il **riconoscimento della filiazione**, istituto noto in molti ordinamenti giuridici ma non in tutti, consistente in quel negozio giuridico idoneo ad attribuire lo *status* di figlio mediante la manifestazione unilaterale di volontà del genitore (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, II, Torino, 2016, quarta ed., p. 193). L'attuale formulazione della norma si deve all'art. 101, co. 1, lett. b), d.lgs. 28.12.2013, n. 154, Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, che allinea la disposizione in commento al principio dell'unicità dello stato di figlio sancito dalla l. 10.12.2012, n. 219. La tecnica legislativa adottata è quella del **frazionamento** della fattispecie, regolando diversi aspetti della medesima per mezzo di apposite norme di collegamento: il co. 1 disciplina le **condizioni** per il riconoscimento, il 2° i requisiti di **capacità** in capo al genitore che lo esegue, il 3° le questioni di **carattere formale**. Le **condizioni** per il riconoscimento sono regolate, in concorso **sussidiario**, dalla **legge dello Stato del figlio al momento della nascita** oppure, se più favorevole, da **quella nazionale del genitore che effettua il riconoscimento nel momento in cui questo ha luogo** (CARELLA, *Art. 35*, in BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995 n. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Commentario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1996, p. 1195; *contra*, MOSCONI, CAMPIGLIO, *op. loc. cit.*, che ravvisano un concorso alternativo). Anche in questo caso, come già in riferimento all'analoga espressione utilizzata nell'art. 33 in materia di accertamento della filiazione, deve ritenersi più favorevole la legge che consente lo stabilimento della filiazione rispetto a quella che non lo consente. Mentre il criterio della cittadinanza del figlio è cristallizzato al **momento** della nascita, quello della nazionalità del genitore è fissato nel momento in cui avviene il riconoscimento, con la conseguenza che non è chiaro stabilire se il legislatore abbia voluto intendere il riconoscimento come retroattivo o come produttivo di effetti *ex nunc*. La soluzione dipenderà di volta in volta da ciò che stabilisce la legge applicabile al caso concreto (CAMPIGLIO, *Art. 35*, in POCAR e al. (a cura di), *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano. Legge 31 maggio 1995, n. 218*, Torino, 1996, p. 189). Nel caso in cui entrambe le leggi permettano il riconoscimento, deve applicarsi quella che lo ammette a condizioni meno gravose. Qualora il riconoscimento non sia possibile

secondo nessuna delle leggi richiamate, si applica la **legge italiana**. Viene pertanto utilizzata, come nell'art. 33, al quale si rinvia, la tecnica delle considerazioni materiali, prevedendo cioè il rinvio alle disposizioni materiali dell'ordinamento per i casi in cui le leggi richiamate non conoscano l'istituto disciplinato nella norma. Anche con riguardo al riconoscimento, l'applicazione della legge italiana può comportare il rischio che lo Stato di cui il figlio o il genitore che esegue il riconoscimento sono cittadini non riconosca la filiazione così stabilita, ma il legislatore ha evidentemente valutato come preminente l'interesse del minore a qualunque altra considerazione, anche a costo di costituire un rapporto claudicante, riconosciuto in Italia ma non nel paese di origine delle persone interessate. In ogni caso il richiamo alla legge italiana consente di superare quei casi in cui, prima della novella del 2013, veniva invocato l'**ordine pubblico** qualora il diritto straniero applicabile escludesse la possibilità di riconoscimento (o la sottoponesse a limiti eccessivi). È quanto avviene negli ordinamenti islamici che ammettono solo la filiazione legittima e non quella naturale nei confronti del padre, impedendo così il volontario riconoscimento in base alla legge di quest'ultimo (Cass. 28.12.2006, 27592, su cui CORBETTA, in *Fam. pers. e succ.*, 2007, p. 597; Cass. 27.10.1999 n. 12077, per un caso nel quale la Corte, opponendosi la madre al riconoscimento di paternità sulla base del rischio di assecondare la figlia a norme discriminatorie, ha ritenuto che la mera diversità culturale non può di per sé costituire elemento significativo ai fini dell'esclusione dell'interesse della minore alla bigenitorialità, soprattutto in un caso in cui la minore avrebbe comunque mantenuto la cittadinanza italiana). In dottrina è stato sostenuto che la legge richiamata dal co. 1 della norma *de qua* regoli anche gli effetti del riconoscimento (CARELLA, *op. loc. cit.*). Tuttavia, occorre altresì rilevare che gli effetti della filiazione coincidenti con rapporti con i genitori ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 36. La contestazione della filiazione ovvero l'impugnazione del riconoscimento sono invece sussunti nell'art. 33 della legge di riforma. Parte della dottrina ritiene inoltre che la norma in esame, e non l'art. 33, si applichi altresì ai **procedimenti giudiziari di accertamento** mettendo in luce la disparità di trattamento che conseguirebbe applicando due norme differenti al riconoscimento per atto volontario del genitore e all'accertamento in via giudiziale (CARELLA, *op. loc. cit.*). Tale disparità di trattamento, tuttavia, poteva emergere nella

vigenza della precedente formulazione della norma, in virtù della quale l'art. 35 prevedeva due criteri di collegamento in luogo dell'unico criterio previsto dall'art. 33, così aumentando le *chances* di successo dell'azione. A seguito della novella del 2013 tale disparità non ha più ragion d'essere e si ritiene pertanto di dover aderire a quella dottrina che, più restrittivamente, ascrive all'art. 33 l'accertamento della filiazione in via giudiziale (BAREL, ARMELLINI, *op. loc. cit.*).

**2. La capacità di effettuare il riconoscimento e la forma dello stesso.** – La **capacità** di effettuare il riconoscimento è disciplinata dalla **legge nazionale del genitore nel momento in cui il riconoscimento viene effettuato**. Trattandosi di una capacità di diritto specia-

le, essa prevale sull'art. 23. Quanto alla **forma** del riconoscimento, è previsto il concorso alternativo della legge dello Stato in cui il riconoscimento viene effettuato (*lex loci actus*) e della legge che ne disciplina la sostanza. L'atto pertanto è valido se considerato tale da almeno una delle leggi in concorso (BAREL, ARMELLINI, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, Milano, 2016, p. 176). Anche con riguardo alla legge regolatrice della capacità di effettuare il riconoscimento opera il **rinvio** ex art. 13, co. 3, nella speciale forma del rinvio *in favorem*, in linea con l'art. 33. L'incidenza del rinvio è invece da escludersi nelle questioni concernenti la forma del riconoscimento, in forza del disposto dell'art. 13, co. 2 della legge di riforma.

## 36 Rapporti tra genitori e figli (1)

1. I rapporti personali e patrimoniali tra genitori e figli, compresa la responsabilità genitoriale, sono regolati dalla legge nazionale del figlio.

(1) Articolo modificato dall'art. 101, co. 1, lett. c), d.lgs. 28.12.2013, n. 154, Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione.

### Estremi Normativa di riferimento

✓ *Responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri del figlio* (art. 315 ss. c.c.) ✓ *Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione* (d.lgs. 28.12.2013, n. 154)

### SOMMARIO

#### 1. Osservazioni generali.

**1. Osservazioni generali.** – La disciplina internazionalprivatistica degli effetti della filiazione risulta affidata **esclusivamente** alla **legge nazionale del figlio**. L'art. 101, co. 1, lett. c), d.lgs. 28.12.2013 n. 154, Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, si è limitato a modificare la disposizione in commento sostituendo la precedente espressione “potestà dei genitori” con quella di “responsabilità genitoriale”, così recependo una nozione già diffusa a livello internazionale e dell'UE (v. *sub* art. 42, par. 4 sul Reg. n. 2201/2003). Già prima dell'allineamento delle norme di conflitto in materia di filiazione al principio dell'unicità dello *status* di figlio, sancito dalla l. 10.12.2012 n. 219, la norma equiparava i figli nati in costanza di matrimonio a quelli nati fuori dal matrimonio sotto il profilo della legge applicabile ai rapporti personali e patrimoniali con i genitori. La scelta legislativa risponde alla necessità di garantire centralità alla figura del figlio ed equidistanza rispetto a quella dei genitori. Rientrano nell'**ambito di applicazione della norma i rapporti personali e patrimoniali tra genitori e figli**, ivi comprese le questioni attinenti alla responsabilità genitoriale; pertanto, il diritto al nome, i diritti e gli obblighi di convivenza, di educazione e istruzione, di assistenza morale e materiale, nonché il diritto del genitore all'usufrutto legale sui beni del figlio (MONTANARI, *Filiazione e rapporti tra genitori e figli. Legge 31 maggio 1995, n. 218*, in SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, II, Milano, 2015, p. 4047). Per quanto riguarda la **responsabilità genitoriale**, nozione che include l'affidamento dei figli, il diritto di visita e le misu-

re di protezione dei minori, esso si applica quando non trovano applicazione la Convenzione dell'Aja del 1996 o la Convenzione dell'Aja del 1961 (v. *sub* art. 42, par. 2 e 5). Inoltre, sul punto, la giurisprudenza di legittimità ha statuito che, nei procedimenti relativi ai minori, i provvedimenti devono essere valutati guardando alla funzione da essi svolta. Pertanto, quei provvedimenti che, pur inerendo alla responsabilità genitoriale, assolvono ad una funzione essenzialmente protettiva del minore restano esclusi dall'ambito di applicazione della norma in esame e la giurisdizione dovrà essere stabilita facendo riferimento all'art. 42 (Cass. S.U. 9.1.2001 n. 1). Rimangono invece **esclusi** dalla sfera d'efficacia dell'art. 36 i diritti alimentari e i correlati obblighi in capo al genitore per i quali v. *sub* art. 45. L'assenza di **riferimenti temporali** circa l'individuazione della *lex causae* (a differenza di quanto avviene ad es. negli artt. 33 e 35 che la fissa al momento della nascita del figlio) porta a ritenere che il diritto applicabile vada individuato al momento in cui si pone la questione da risolvere (CAMPIGLIO, *La filiazione nel diritto internazionale privato*, in *Tr. Zatti*, II, Milano, 2012, p. 753). Di conseguenza, la legge applicabile ai rapporti tra genitori e figli è suscettibile di cambiare nel corso della vita dell'interessato, stante la variabilità del criterio di collegamento della cittadinanza. Inoltre, con riferimento a nuclei familiari con più figli, eventuali cittadinanze diverse in capo a questi ultimi sono suscettibili di rendere diversa la legge applicabile ai rispettivi rapporti con i genitori. Nel caso in cui il figlio possieda **più cittadinanze**, troverà ap-

plicazione l'art. 19, co. 2 che dispone la prevalenza della legge con cui il soggetto presenta il collegamento più stretto, ma in ogni caso di quella italiana. Si deve peraltro notare che la automatica prevalenza della cittadinanza italiana rispetto ad un'altra cittadinanza appare ridimensionata nel caso in cui la seconda cittadinanza sia quella di uno Stato membro dell'Unione europea, perché ciò integrerebbe una violazione del principio di non discriminazione (C. giust. 2.10.2003, C-148/02, *Garcia Avello*). Nell'individuazione della legge applicabile ai rapporti tra genitori e figli occorre tenere conto del meccanismo del rinvio nelle due varianti del **rinvio** oltre accettato e del rinvio indietro alla legge italiana ex art. 13, co. 1 della legge di riforma. Sino alla novella del 2013 operava la clausola di **ordine pubblico** di cui all'art. 16 qualora la legge richiamata rinviava a disposizioni materiali straniere, quali quelle di ispirazione islamica, che attribuiscono al solo padre la responsabilità genitoriale, escludendo la madre dalla vita dei figli al raggiungimento di una certa età ovvero prevedano alla morte del padre l'affidamento dei figli ai nonni paterni (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, II, Torino, 2016, quarta ed., p. 187; Cass.

27.2.1985 n. 1714, sul rifiuto di applicare la legge iraniana secondo cui, alla separazione dei genitori dopo il secondo anno di età del figlio, il padre consegue l'affidamento; Trib. min. Bari 4.6.1987, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1988, p. 286, sul rifiuto di applicare la legge greca che assicura al padre il diritto di affidamento anche in caso di abbandono alla nascita del figlio). Inoltre, erano state ritenute di applicazione necessaria le norme italiane relative alla decadenza della potestà genitoriale (Trib. min. Napoli 3.4.1989, *ivi*, 1990, p. 150; Trib. Milano 21.1.1972, in *Giur. it.*, 1972, I, 2, c. 639). Oggi tali questioni sono superate alla radice grazie all'introduzione dell'art. 36 *bis* ad opera del d.lgs. n. 154/2013. Si segnala che la norma ha un'applicazione residuale per i casi in cui non trovino applicazione in via diretta, qualora cioè gli Stati coinvolti siano parti contraenti, la **Convenzione dell'Aja del 1996** sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori oppure la **Convenzione dell'Aja del 1961** sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori.

## 36 bis (1)

1. Nonostante il richiamo ad altra legge, si applicano in ogni caso le norme del diritto italiano che:

- a) attribuiscono ad entrambi i genitori la responsabilità genitoriale;
- b) stabiliscono il dovere di entrambi i genitori di provvedere al mantenimento del figlio;
- c) attribuiscono al giudice il potere di adottare provvedimenti limitativi o ablativi della responsabilità genitoriale in presenza di condotte pregiudizievoli per il figlio.

(1) Articolo introdotto dall'art. 101, co. 1, lett. d), d.lgs. 28.12.2013, n. 154, Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione.

### Estremi Normativa di riferimento

✓ *Responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri del figlio* (art. 315 ss. c.c.) ✓ *Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione* (d.lgs. 28.12.2013, n. 154)

## SOMMARIO

### 1. Osservazioni generali.

**1. Osservazioni generali.** – L'art. in commento è stato introdotto dall'art. 101, co. 1, lett. d), d.lgs. 28.12.2013, n. 154, Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione. Esso attribuisce carattere di **applicazione necessaria** alle norme italiane che **attribuiscono ad entrambi i genitori la responsabilità genitoriale e stabiliscono il dovere di entrambi i genitori di provvedere al mantenimento del figlio** (lett. a e b). Si tratta di principi ricavabili tanto dalla Cost. come dal diritto internazionale, da qualificarsi come fondamentali ed espressione di valori irrinunciabili del nostro ordinamento e pertanto prevalenti su ogni precetto straniero, pur oggetto di richiamo da parte delle norme di conflitto. L'inquadramento come norme di applicazione necessaria, categoria di origine giurisprudenziale, ma divenuta di diritto positivo grazie all'inserimento nel sistema del diritto internazionale privato italiano ad opera dell'art. 17 della presente legge, risulta dalla prescrizione che esse devono applicarsi in ogni caso e nonostante il richiamo ad altra legge, a differenza dell'art. 33 che invece qualifica espressa-

mente come di applicazione necessaria le norme che sanciscono l'unicità dello stato di figlio. Il funzionamento è comunque identico. Anche le norme che attribuiscono al giudice il **potere di adottare provvedimenti limitativi o ablativi della responsabilità genitoriale** in presenza di condotte pregiudizievoli sono qualificate come di applicazione necessaria (lett. c). La giurisprudenza aveva già attribuito all'art. 333 c.c. questo carattere anche prima dell'entrata in vigore della novella del 2013 (Trib. min. Torino 23.2.1973; Trib. min. Napoli 3.4.1989; v. anche Cass. 10.8.2007 n. 17648), ma in tal modo il legislatore ha dissipato possibili dubbi interpretativi. La norma in questione costituisce un limite anche all'applicazione di norme straniere richiamate da **convenzioni internazionali**. La questione merita di essere inserita nella più ampia cornice dei rapporti tra genitori e figli negli **ordinamenti islamici**. In questi ultimi, infatti, l'esercizio della responsabilità genitoriale è attribuito in via esclusiva al padre, incombando sulla madre un dovere di prendersi cura della prole nei primissimi anni d'età. Emblematico,

in tal senso, quanto previsto in caso di morte prematura del madre, in presenza della quale i figli non vengono affidati alla madre ma ai nonni paterni (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, II, Torino, 2016, quarta ed., p. 187; sul rifiuto di ricongiungimento del figlio con la madre, marocchina residente in Italia, fondato sulla *lex patriae*, marocchina, che riservava in via esclusiva al padre l'esercizio della responsabilità parentale, Cass. 9.6.2005 n. 12169 che ha fatto valere l'applicazione delle norme di applicazione necessaria italiane purché il genitore regolarmente residente in Italia provvedesse in via esclusiva al sostentamento del figlio). L'applicazione imperativa delle norme materiali italiane, soprattutto di quelle che parificano i diritti e i doveri di entrambi i genitori, eliminano in massima parte la verifica sulla compatibilità con l'**ordine pubblico** delle norme straniere designate dalle norme di conflitto italiane. Infatti, mentre le norme di applicazione necessaria

operano come limite preventivo al funzionamento delle norme di conflitto, il limite dell'ordine pubblico opera a posteriori, in via successiva al funzionamento di dette norme. Tuttavia, la prevalenza *ex lege* del diritto italiano in materia di rapporti tra genitori e figli, pur garantendo i valori essenziali dell'ordinamento, rischia di creare situazioni difficilmente riconoscibili in ordinamenti diversi da quello del foro, in quei casi in cui ad es. gli interessati si volessero trasferire in un nuovo Stato in futuro. Si tengano ad es. presenti le norme di quegli Stati (anche europei) che subordinano l'esercizio della responsabilità genitoriale da parte del padre nei confronti del figlio nato fuori dal matrimonio a un provvedimento del giudice (HONORATI, *La nuova legge sulla filiazione e il suo impatto sul diritto internazionale privato*, in LEANZA, TIZZANO, VASSALLI DI DACHENHAUSEN, MASTROIANNI, DE PASQUALE, CICCONE (a cura di), *Studi in onore di Giuseppe Tesauero*, Napoli, 2014, p. 2737).

## 37 Giurisdizione in materia di filiazione

1. In materia di filiazione e di rapporti personali fra genitori e figli la giurisdizione italiana sussiste, oltre che nei casi previsti rispettivamente dagli articoli 3 e 9, anche quando uno dei genitori o il figlio è cittadino italiano o risiede in Italia.

### Estremi Normativa di riferimento

✓ *Filiazione* (art. 231 ss. c.c.)

### SOMMARIO

#### 1. Osservazioni generali.

**1. Osservazioni generali** – Oltre che alle regole generali sulla giurisdizione, contenute nel libro II, la l. n. 218/1995 prevede una serie di norme speciali, riferite a materie particolari, di cui l'art. 37 è un esempio. La disposizione individua ampiezza e limiti della **giurisdizione** italiana in materia di **filiazione** e di **rapporti personali tra genitori e figli**. La norma si riferisce a tutti i procedimenti, sia contenziosi che di volontaria giurisdizione, relativi tanto all'accertamento quanto alla contestazione del rapporto di filiazione, nonché al suo svolgimento e al suo contenuto (CARELLA, *Art. 37*, in BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995 n. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Commentario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1996, p. 1200). Per quanto riguarda la **responsabilità genitoriale**, nozione che include l'affidamento dei figli, il diritto di visita e le misure di protezione dei minori, esso si applica quando non trovano applicazione il Reg. n. 2201/2003, la Convenzione dell'Aja del 1996 o la Convenzione dell'Aja del 1961 (v. *sub* art. 42). Nell'ambito applicativo della norma non ricadono i rapporti patrimoniali tra genitori e figli, per i quali, fatta salva l'applicazione degli atti sovranazionali suddetti, valgono i criteri generali posti dalla legge (CAMPIGLIO, *La filiazione nel diritto internazionale privato*, in *Tratt. Zatti*, II, Milano, 2012, p. 760). Sulle obbligazioni alimentari, pure escluse, v. *sub* art. 45. Si ritengono esclusi dall'ambito di applicazione anche i rapporti personali e patrimoniali tra adottante e adottato, disciplinati dall'art. 39 della presente legge, nonché gli effetti successori della filiazione, regolati dalla

medesima legge applicabile alle successioni. Tuttavia, come regola generale, occorre segnalare che la giurisprudenza di legittimità ha statuito che, nei procedimenti relativi ai minori, i provvedimenti devono essere valutati guardando alla funzione da essi svolta: tale principio deve trovare applicazione anche in tema di giurisdizione. Pertanto, quei provvedimenti che, pur inerendo alla responsabilità genitoriale o ad altre materie, assolvono ad una funzione essenzialmente protettiva del minore restano esclusi dall'ambito di applicazione della norma in esame e la giurisdizione dovrà essere stabilita facendo riferimento all'art. 42 (Cass. S.U. 9.1.2001 n. 1). In relazione alle controversie attinenti all'usufrutto legale del genitore sui beni immobili del figlio siti all'estero è stata ipotizzata l'applicabilità dell'art. 5 della l. n. 218/1995 (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, II, Torino, 2016, quarta ed., p. 201). La norma richiama, estendendone pertanto la portata, i **titoli generali di giurisdizione posti dall'art. 3** (giurisdizione contenziosa) e **dall'art. 9** (volontaria giurisdizione), per i quali si vedano le osservazioni svolte *sub* art. 32, par. 1-2). **Non è richiamato l'art. 4** in tema di accettazione della giurisdizione italiana non sussistente ai sensi dell'art. 3, per non conferire rilievo alla volontà delle parti in questa delicata materia e per limitare il *forum shopping*. Ad titoli generali si **aggiungono la cittadinanza e la residenza italiane del figlio o di uno dei genitori**, equiparando così la posizione del figlio a quella dei genitori. Affinché sussista la giurisdizione italiana non è necessario che il genitore italiano o residente in Italia sia par-

te processuale (Cass. 14.1.2003, n. 365). Il criterio della **cittadinanza** è già previsto in via generale all'art. 9 che, in relazione ai procedimenti di volontaria giurisdizione, riconosce la giurisdizione del giudice italiano nel caso in cui il provvedimento richiesto riguardi un cittadino italiano, mentre non è contemplato dall'art. 3 che fa riferimento al domicilio e alla residenza del convenuto. In materia di filiazione pertanto si riepande la portata del titolo legato alla cittadinanza, garantendo al minore italiano di poter radicare la competenza del giudice italiano, così come ai cittadini italiani domiciliati o residenti all'estero di rivolgersi ai tribunali italiani, quando l'azione non possa essere proposta davanti alle corti del paese di domicilio o residenza. Secondo certa dottrina, il recupero della dimensione della cittadinanza avrebbe potuto essere limitato a questi casi, in quanto un suo utilizzo eccessivamente ampio

potrebbe tradursi in una giurisdizione esorbitante. Si pensi ai possibili conflitti positivi di giudicati che potrebbero sorgere nel caso in cui sia l'attore sia il convenuto siano domiciliati o residenti all'estero, con conseguente difficoltà di vedere riconosciute le sentenze italiane nello Stato del convenuto (CARELLA, *op. cit.*, p. 1201). Il criterio della **residenza** in Italia del convenuto nulla aggiunge a quanto previsto dai criteri generali, in quanto richiamata tanto dall'art. 9 in via generale quanto dall'art. 3 in relazione al convenuto. Quanto a quella dell'attore, tanto l'art. 3 quanto l'art. 9 rinviano alle disposizioni generali dettate in tema di competenza territoriale, ove all'art. 18, co. 2, c.p.c. si prevede che nel caso in cui il convenuto non abbia né residenza né domicilio né dimora in Italia, ovvero la sua dimora sia sconosciuta, risulti competente il luogo in cui risiede l'attore (CARELLA, *op. loc. cit.*).

## CAPO V ADOZIONE

### 38 Adozione

I presupposti, la costituzione e la revoca dell'adozione sono regolati dal diritto nazionale dell'adottante o degli adottati se comune o, in mancanza, dal diritto dello Stato nel quale gli adottanti sono entrambi residenti, ovvero da quello dello Stato nel quale la loro vita matrimoniale è prevalentemente localizzata, al momento dell'adozione. Tuttavia si applica il diritto italiano quando è richiesta al giudice italiano l'adozione di un minore, idonea ad attribuirgli lo stato di figlio. (1)

È in ogni caso salva l'applicazione della legge nazionale dell'adottando maggiorenne per la disciplina dei consensi che essa eventualmente richieda.

(1) Comma così modificato dall'art. 101, co. 1, lett. e), d.lgs. 28.12.2013, n. 154, a decorrere dal 7.2.2014 (ai sensi di quanto disposto dall'art. 108, co. 1 del medesimo decreto).

#### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Adozione* (l. 4.5.1983, n. 184 – l. 31.12.1998, n. 476) ✓ *Adozione internazionale di minori* (Convenzione dell'Aja 29.5.1993) ✓ *Riforma filiazione* (d.lgs. 28.12.2013, n. 154)

#### SOMMARIO

1. Nozione. La Kafalah. Rinvio. – 2. L'ambito di applicazione. – 3. Disciplina. – 3.1. Adozione da parte di coppie non tradizionali. – 3.2. Adozione da parte di single – 4. L'ordine pubblico. – 5. L'adozione internazionale di minori. – 6. Strumenti internazionali

**1. Nozione. La kafalah. Rinvio.** – L'adozione consiste nell'instaurazione di un legame di filiazione giuridica, nuovo e diverso da quello acquistato con la nascita, che si instaura fra il soggetto – o i soggetti – che effettuano l'adozione (c.d. adottanti) e il soggetto che viene adottato (c.d. adottando, durante la procedura di adozione, e c.d. adottato, una volta che l'adozione è stata costituita). Ai fini della qualificazione di una fattispecie straniera come "adozione" ai sensi della l. n. 218/1995, il concetto sarà da interpretare in senso ampio in modo da includere anche quegli istituti di diritto straniero assimilabili nei connotati essenziali all'adozione così come concepita nel diritto italiano, pur se ad essa non perfettamente sovrapponibili (sul problema della qualificazione, v. BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato*, Milano, 2016, p. 60 ss.). Sotto questo profilo, in particolare, si è posta la questione della

possibilità di ricondurre al concetto di "adozione", ai sensi e per gli effetti di cui al presente capo, istituti stranieri con caratteristiche tali da risultare più vicini agli istituti di protezione dei minori piuttosto che all'adozione vera e propria. Fra questi, certamente il più significativo e discusso è la c.d. *kafalah*, figura prevista nel diritto islamico. Sull'argomento, v. *sub art.* 41.

**2. Ambito di applicazione.** – Sotto il profilo soggettivo, l'articolo in commento include l'adozione sia di **minorenni** che di **maggiorenni**. Il testo originario, antecedente alla riforma di cui al d.lgs. n. 154/2013, differenziava espressamente i casi di adozione c.d. legittimante da quelli di adozione c.d. non legittimante, mentre tale distinzione è venuta meno nella versione attuale del testo (sull'argomento e sui possibili effetti della riforma v. *infra* § 3). Sot-

to il profilo oggettivo, la presente norma individua innanzitutto la legge applicabile a **presupposti** e **costituzione** dell'adozione. Rientrano quindi nell'alveo dell'art. 38 i requisiti alla base dell'adozione quali le autorizzazioni, i consensi, l'età, la capacità, lo stato civile dell'adottante o degli adottanti, l'assenza di impedimenti. In considerazione del loro carattere solo preliminare rispetto alla procedura di adozione, ne sono invece esclusi la disciplina della **situazione di abbandono** e quella della **dichiarazione dello stato di adottabilità**. Con riferimento a esse risultano del tutto inutilizzabili i criteri di collegamento soggettivi stabiliti dalla norma in esame: i previsti criteri (v. *infra* § 3) sono, infatti, connessi alle persone degli adottanti ma – nella fase nella quale si collocano la situazione di abbandono e la dichiarazione dello stato di adottabilità – tali soggetti non sono ancora identificati. Per ovviare a tale ostacolo e individuare la legge loro applicabile, la dottrina ha prospettato due diverse teorie. Un primo indirizzo qualifica la dichiarazione dello stato di adottabilità quale misura di protezione e, come tale, la ritiene sottoposta all'art. 42 (v. *sub art.* 42) (BONOMI, *La disciplina dell'adozione internazionale dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto civile*, 1996, II, p. 372 ss.). Un secondo orientamento sostiene invece che si debba fare riferimento all'attuale art. 37 *bis* della l. 4.5.1983 n. 184 sul diritto del minore ad una famiglia (c.d. legge sull'adozione) ai sensi del quale si applica la legge italiana (in materia di adozione, affidamento e provvedimenti necessari in caso di urgenza) in presenza di minore straniero che si trovi in stato di abbandono nel territorio italiano (BALLARINO, MILAN, *Diritto internazionale privato*, Padova, 2008, p. 178; PIETRANGELI, *Richiamo internazionale privatistico e applicazione del diritto del foro nella costituzione delle adozioni di minori secondo la legge di riforma*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, p. 579 ss.). Oltre a presupposti e costituzione, l'art. 38 si occupa anche della legge applicabile alla **revoca** dell'adozione. Fra i profili rilevanti che possono emergere a tal proposito, si pensi ad esempio alla possibilità che la revoca operi in maniera automatica o che invece necessiti di un provvedimento giudiziario, nonché alle circostanze che determinano la cessazione degli effetti dell'adozione quali le ipotesi di indegnità dell'adottato. Con riferimento a queste ultime, si segnala che la Suprema Corte ha escluso che fra le cause di indegnità idonee a revocare l'adozione rientri anche la falsificazione del testamento olografo da parte dell'adottata (v. Cass. 22.6.1964, n. 1622).

**3. Disciplina.** – La disposizione in esame contiene tre diverse norme di conflitto: la prima – formulata nella prima parte del co. 1 – attiene alla regolamentazione dei presupposti, della costituzione nonché della revoca dell'adozione; la seconda – prevista dal co. 2 – regola la legge applicabile ai consensi in caso di adozione di persona maggiorenne; la terza – espressa nella seconda parte del co. 1 – disciplinava storicamente l'ipotesi di adozione legittimante di un minore richiesta a un giudice italiano. **1)** Per quanto riguarda la prima norma di conflitto (**regolamentazione dei presupposti, della costituzione nonché della revoca dell'adozione**), l'individuazione della legge applicabile è direttamente collegata agli adottanti. Nello specifico, sono elencati tre diversi criteri di riferimento sussidiari: cittadinanza comune, Stato di residenza comune, localizzazione

prevalente della vita matrimoniale. La scelta di associare la norma di conflitto agli adottanti piuttosto che all'adottato trova la sua *ratio* in una valutazione di maggiore idoneità del diritto collegato all'ambiente familiare in cui il minore viene inserito a regolare costituzione ed effetti del rapporto (v. *Relazione allegata allo schema di articolato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 966). **2)** La seconda norma di conflitto individua la legge applicabile ai **consensi ove ricorra l'adozione di un maggiorenne**. In tal caso il legislatore ha preferito ancorare la scelta del diritto all'adottando. Nello specifico, la disciplina dei consensi sarà governata dalla legge nazionale dell'adottando a prescindere dalla legge applicabile agli altri profili dell'adozione, per i quali continuerà a valere il disposto della prima parte del co. 1. **3)** Infine, ai sensi della seconda parte del co. 1, nella sua formulazione originaria, **l'adozione legittimante di un minorene richiesta davanti a un giudice italiano** è sempre regolata dalla legge italiana. Tale scelta è volta ad assicurare identità tra diritto applicato e *lex fori* (v. *Relazione allegata allo schema di articolato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 966). Tutto ciò detto, bisogna però tener presente l'intervento del legislatore italiano e la conseguente introduzione del c.d. **principio dell'unicità dello stato di figlio** a opera del **d.lgs. 28.12.2013, n. 154** volto a modificare la normativa vigente al fine di eliminare ogni residua discriminazione rimasta nel nostro ordinamento fra i figli nati nel e fuori dal matrimonio, allo scopo ultimo di garantirne la completa eguaglianza giuridica. Ai fini che qui rilevano, in particolare, l'art. 101, co. 1, lett. e) del citato d.lgs. n. 154/2013 ha modificato il co. 1 che prima recitava: “[...]. Tuttavia si applica il diritto italiano quando è richiesta al giudice italiano l'adozione di un minore, idonea ad attribuirgli lo stato di figlio legittimo”. È stato quindi espunto l'aggettivo **“legittimo”**. Autorevole dottrina afferma che il richiamo alla legge italiana vada oggi riferito alla c.d. adozione piena rimanendo invece esclusa, come lo era in precedenza, la c.d. adozione in casi particolari (BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato*, Milano, 2016, pp. 195, 403; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2016, II, p. 229). In ogni caso se la vera intenzione del legislatore era effettivamente quella di traslare la limitazione dell'applicabilità del diritto italiano dalle adozioni legittimanti (del testo originario) ai casi di adozione piena, ha chiaramente peccato nel non inserire esplicitamente tale profilo nella lettera della norma. Infatti, sebbene permangano innegabili distinzioni fra adozione piena e adozione in casi particolari (v. art. 55, l. 4.5.1983, n. 184), l'attuale formulazione parrebbe poter lasciare ipotizzare che il legislatore abbia voluto affermare che il diritto italiano si applichi sempre e comunque in caso di adozione di minorene (art. 38, co. 1, seconda parte). Così interpretando la norma, diminuirebbe specularmente l'ambito di applicazione della prima parte del co. 1 il quale si verrebbe ad applicare esclusivamente all'adozione di maggiorenni. Rimarrebbe ovviamente sempre salva la diversa norma di conflitto in merito alla legge applicabile ai consensi in caso di adozione di maggiorenni di cui al co. 2. Peralto la volontà di accumulare il vincolo di parentela nato a seguito dei due diversi tipi di adozioni di minorenni sembra emergere anche dalla modifica apportata dal predetto decreto legislativo all'art. 74 c.c. Infatti la versione attuale dell'art. 74 c.c. attribuisce lo stato di figlio

all'adottato *tout court* escludendolo nelle sole ipotesi di adozione di maggiorenni (v. GIUNCHEDI, *sub art. 74*, in *Codice civile commentato*, a cura di Franzoni, Rolli, De Marzo, Torino, 2018, p. 141 ss.).

**3.1. Adozione da parte di coppie non tradizionali.** – Come noto, l'ordinamento italiano non prevede la possibilità per le **coppie non sposate** di accedere all'istituto dell'adozione. Peraltro tale circostanza non esclude che ciò possa avvenire ove ammesso dalla legge straniera richiamata dalla norma di conflitto. Per giungere a una conclusione contraria, bisognerebbe sostenere che le disposizioni di diritto italiano che prescrivono che la coppia di adottanti debba obbligatoriamente essere unita in matrimonio abbiano natura di norme di applicazione necessaria (v. *sub art. 17*) (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2016, II, p. 226). Per quanto riguarda il profilo della **convivenza**, è interessante notare che non è stata riconosciuta la fungibilità dei richiesti tre anni di matrimonio al fine di poter diventare genitori adottivi (art. 6 della l. n. 184/1983) con una pari o più lunga durata della convivenza *more uxorio*, sebbene nel frattempo la coppia si sia sposata. Su tale profilo era stata sollevata questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost. in quanto "irragionevolmente discriminante nei confronti degli aspiranti adottanti sposati da meno di tre anni ma precedentemente conviventi". La Corte, evidenziando il fatto che l'aspirazione dei singoli ad adottare non può essere ricompresa fra i diritti inviolabili dell'uomo, ha dichiarato inammissibile la questione in quanto rientra nella discrezionalità del legislatore decidere quali conseguenze giuridiche riconoscere alla convivenza "more uxorio" (Corte cost. 6.7.1994, n. 281). Anche l'adozione da parte di **coppie dello stesso sesso** non è prevista dal nostro ordinamento. Si discute tuttavia sulle conseguenze prospettabili nel caso in cui la norma di conflitto porti all'applicazione di una legge straniera che invece la consente espressamente. La tesi contraria all'ammissibilità, anche in tal caso, vede nell'applicazione di una siffatta legge straniera una violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento italiano. In particolare si sostiene che il principio fondante l'intera materia sarebbe quello di garantire al minore il diritto a una famiglia simile a quella naturale (c.d. *imitatio naturae*), basata quindi sulla differenza di sesso fra i genitori. Ciò risulterebbe confermato dalla scelta del legislatore italiano di non introdurre con la legge c.d. Cirinnà sulle unioni civili (l. 20.5.2016, n. 76) la possibilità di adozione del figlio del partner (c.d. *stepchild adoption*). Peraltro si segnala che, prima di tale legge, la giurisprudenza italiana era arrivata ad ammettere tale possibilità sotto forma di adozione in casi particolari. Nello specifico, era stata esclusa la possibilità di raggiungere tale risultato attraverso il ricorso all'art. 44, lett. b) della l. 4.5.1983, n. 184 (il quale ammette la possibilità per un soggetto di adottare il figlio, anche adottivo, del coniuge) ritenendosi mancante il presupposto dell'esistenza del matrimonio, dal momento che il rapporto di coniugio fra persone dello stesso sesso instauratosi in base a una legge straniera non è stato riconosciuto come produttore effetti nel nostro ordinamento (v. però App. Napoli 13.3.2015 n. 8907 con cui è stata ordinata la trascrizione negli atti dello stato civile del matrimonio contratto in Francia da due cittadine l'una francese e l'altra italo-francese. La decisione è passata in giudicato a seguito della dichiarazione di impro-

cedibilità del ricorso principale e di inefficacia di quello incidentale da parte di Cass. 31.1.2017 n. 2487). Si era tuttavia fatto ricorso alla diversa ipotesi di cui all'**art. 44, lett. d) della legge sull'adozione** (che permette l'adozione in casi particolari "quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo"), riconoscendo a tale disposizione il carattere di clausola di chiusura del sistema, volta ad assicurare l'accesso all'istituto adottivo ogni qual volta l'interesse del minore a vedere riconosciuti i legami affettivi con soggetti concretamente presenti nella vita del fanciullo fa sì che risulti necessario garantire la continuità affettiva ed educativa della relazione tra minore e soggetto adottante. Il superiore interesse del minore nel caso concreto a che venga riconosciuto un legame affettivo stabile e concretamente esistente va valorizzato anche alla luce dell'art. 8 Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e dell'art. 2 Cost. (App. Torino Sez. minori 27.5.2016, in *Foro it.*, 2016, 6, 1, c. 1910). Per quanto attiene ai presupposti dell'art. 44, lett. d), si è sostenuto che la condizione di abbandono del minore non debba considerarsi un presupposto di tale forma di adozione la quale richiederebbe, invece, esclusivamente la constatazione dell'impossibilità di affidamento preadottivo. In conformità all'evoluzione del sistema di tutela dei minori, tale *condicio legis* va intesa come "impossibilità 'di diritto' di procedere all'affidamento preadottivo e non di impossibilità 'di fatto', derivante da una situazione di abbandono (o di semi abbandono) del minore in senso tecnico-giuridico" (Cass. 22.6.2016 n. 12962). Inoltre, non sarebbe possibile limitare l'applicazione della disposizione in presenza di coppie di fatto o persone singole di un determinato orientamento sessuale in quanto la norma ha una formulazione ampia, priva di qualsiasi riferimento a requisiti soggettivi. Di qui la scelta di ricorrere all'art. 44, lett. d). In ogni caso bisogna evidenziare che la soluzione italiana in merito all'esclusione delle coppie non tradizionali è conforme alla **Convenzione europea sull'adozione dei minori del 1967** (c.d. Convenzione di Strasburgo) la quale dispone specificatamente che il legislatore nazionale può ammettere l'adozione solo nel caso di coppie sposate o da parte di un unico adottante (art. 6). Col tempo, le parzialmente mutate istanze sociali hanno fatto nascere l'esigenza di una revisione dello strumento pattizio che ha condotto alla stesura di una nuova convenzione: la **Convenzione europea sull'adozione dei minori del 2008**. All'art. 7 essa prevede espressamente l'adozione da parte di coppie dello stesso sesso e da parte di single. La Convenzione del 2008 al momento è entrata in vigore in 10 Stati (Belgio, Danimarca, Finlandia, Germania, Malta, Norvegia, Paesi Bassi, Romania, Spagna, Ucraina) fra cui, però, non vi è l'Italia. Si segnala che è stata firmata, ma non è ancora entrata in vigore, da Armenia, Ex-Repubblica Jugoslava di Macedonia, Gran Bretagna, Islanda, Montenegro, Portogallo, Serbia, Ungheria. Per quanto riguarda il diverso profilo del riconoscimento di un'adozione effettuata all'estero da persone dello stesso sesso, v. *sub art. 41*.

**3.2. Adozione da parte di single.** – Con riferimento all'adozione da parte di single, un primo profilo da segnalare è che, in caso di applicazione della parte prima del co. 1, non sarà necessario fare ricorso ai vari criteri sussidiari ma basterà fermarsi al primo (nazionalità dell'adottante). Infatti, essendoci un unico soggetto adottante, non sorgono conflitti circa una nazionalità "comune". Risulterà

per tanto sempre applicabile la legge nazionale dell'adottante. In questo senso, è stata applicata la legge italiana in presenza di un'adozione in casi particolari di un minore russo che era stata richiesta al Tribunale italiano da una cittadina italiana residente in Italia (Trib. min. Milano 11.9.2001, in *Giur. merito*, 2002, p. 705). Ciò detto, ci si è posti il problema se sia possibile ammettere l'adozione da parte di persona singola oltre agli stretti limiti previsti dalla normativa italiana. Al riguardo si è affermato che laddove un *single* straniero chiedesse al giudice italiano l'adozione piena di un minore in assenza dei presupposti di cui alla legge italiana, non potendo il giudice emettere un provvedimento in tal senso potrebbe invece emettere un provvedimento di adozione con effetti pari a quelli riconosciuti dall'art. 44 della l. n. 184/1983 alle adozioni in casi particolari, verificando però l'esistenza dei presupposti ai sensi della legge straniera (sulla questione v. MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2016, II, p. 227). Diversa è la questione del riconoscimento di un provvedimento straniero di adozione a favore di persona singola (sull'argomento v. *sub art.* 41).

**4. Ordine pubblico.** – Chiaramente nel caso in cui la legge richiamata contrasti con l'ordine pubblico italiano la stessa verrà disapplicata ai sensi e per gli effetti dell'art. 16 (v. *sub art.* 16). Sotto questo profilo, a titolo esemplificativo, potrebbero sorgere problemi di compatibilità in caso di un ordinamento straniero che ammettesse la revoca negoziale del consenso, stante il carattere eccezionale di tale istituto (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2016, II, p. 226).

**5. L'adozione internazionale di minori.** – L'Italia è fra i soggetti parte della **Convenzione dell'Aja del 29.5.1993** sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale la quale conta attualmente 99 Stati aderenti. Tale strumento mira a regolamentare la materia dell'adozione internazionale al fine ultimo di garantire l'**interesse superiore del minore** visto quale criterio, fine e mezzo per assicurare lo sviluppo armonioso della sua personalità, e la possibilità di crescere in un ambiente familiare, in un clima di felicità, amore e comprensione. Il concetto di "**adozione internazionale**" si riferisce a quei casi in cui il minore residente abitualmente in uno Stato contraente (c.d. Stato d'origine) è stato o debba essere trasferito, a seguito di o in vista di un'adozione che attribuisca lo status di figlio "legittimo", nello Stato di residenza abituale degli adottanti (c.d. Stato di accoglienza). La Convenzione prevede la creazione in ogni Paese aderente di apposite Autorità Centrali le quali cooperano fra loro per assicurare la protezione dei minori. In particolare assumono – direttamente o per il tramite di organismi abilitati conformemente agli artt. 10, 11 e 12 – le misure idonee a ga-

rantire che la singola adozione corrisponda all'interesse del minore. Per far ciò l'iter adottivo è strutturato in maniera tale da verificare la necessità di adozione del minore; la corrispondenza di un'adozione internazionale al superiore interesse dello stesso (avendo vagliato la possibilità di un'adozione interna); l'idoneità dei genitori adottivi; l'espressione libera dei consensi da parte di adottanti, minore (se richiesto) e madre (sotto quest'ultimo profilo, si vuole tutelare la piena e consapevole scelta della madre, impedendo che dia il consenso prima della nascita del figlio); l'assenza di pagamenti o contropartite; il supporto di consulenti che accertino la piena consapevolezza nelle parti delle conseguenze della scelta intrapresa. Le condizioni procedurali sono disciplinate dal Capo IV il quale prevede che i richiedenti l'adozione si rivolgano direttamente all'Autorità Centrale del Paese dove risiedono la quale poi collaborerà con l'Autorità Centrale dello Stato d'origine del minore. La Convenzione dell'Aja è stata ratificata dall'Italia con l. 31.12.1998, n. 476 la quale ha provveduto a modificare la **l. 4.5.1983, n. 184** adattandola al rispetto dei principi e delle direttive della Convenzione. Pertanto attualmente sono ipotizzabili i seguenti scenari: a) adozione di minori che si trovino in Italia; b) adozione di minori stranieri residenti all'estero da parte di residenti in Italia. Nell'ipotesi *sub a)* — **adozione di minori che si trovano in Italia** – se i genitori risiedono in uno Stato membro della Convenzione, si applicherà la Convenzione stessa; diversamente, si applicheranno le norme previste per l'adozione interna la cui domanda dovrà essere presentata al console italiano competente per territorio (art. 40, l. n. 184/1983). Ciò vale a prescindere dalla nazionalità del fanciullo stante il rinvio dell'art. 37 *bis* alla legge italiana nel caso di minore straniero che si trovi in stato di abbandono in Italia. Nell'ipotesi *sub b)* — **adozione di minori stranieri residenti all'estero da parte di residenti in Italia** – trova applicazione il Titolo III della l. n. 184/1983 il quale è stato modificato in funzione della ratifica della Convenzione dell'Aja. Peralto si noti che le disposizioni della l. n. 184/1983 vengono considerate norme di applicazione necessaria (BALLARINO, *Diritto internazionale privato italiano*, Padova, 2011, p. 189; BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato*, Milano, 2016, p. 196) (v. *sub art.* 17).

**6. Strumenti internazionali.** – L'Italia ha stipulato accordi bilaterali e protocolli internazionali con diversi Paesi, fra questi Bielorussia, Bolivia, Burundi, Cambogia, Cina, Russia, Lituania, Perù, Slovacchia. L'Italia ha inoltre ratificato la **Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo** del 20.11.1989 (con l. 27.5.1991, n. 176) la quale prevede l'applicazione preminente del criterio dell'interesse superiore del minore per provvedimenti di ogni tipo (anche legislativo) relativi ai minori.

## 39 Rapporti tra adottato e famiglia adottiva

I rapporti personali e patrimoniali tra l'adottato e l'adottante o gli adottanti ed i parenti di questi sono regolati dal diritto nazionale dell'adottante o degli adottanti se comune o, in mancanza, dal diritto dello Stato nel quale gli adottanti sono entrambi residenti ovvero da quello dello Stato nel quale la loro vita matrimoniale è prevalentemente localizzata.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Diritto al nome* (Convenzione di Monaco del 5.9.1980) ✓ *Diritti successori* (Reg. n. 650/2012) ✓ *Obbligazioni alimen-*

tari (Reg. n. 4/2009; Convenzione dell'Aja del 23 novembre 2007) ✓ *Responsabilità genitoriale* (Convenzione dell'Aja del 19.10.1996) ✓ *Riforma filiazione* (d.lgs. 28.12.2013, n. 154)

## SOMMARIO

1. Ambito di applicazione. Le tipologie di adozione – 1.1. La famiglia. I rapporti. – 2. Disciplina.

**1. Ambito di applicazione. Le tipologie di adozione.** – Prima dell'entrata in vigore della l. n. 218/1995 il regime riguardante i rapporti tra adottato e famiglia adottiva costituiva l'unico profilo di diritto internazionale privato in materia di adozione disciplinato dal legislatore (art. 20, co. 2, Preleggi). La riforma di diritto internazionale privato del 1995 ha dedicato un intero capo all'adozione e, all'interno di questo, ha inserito la regolamentazione dei rapporti tra adottato e famiglia adottiva nell'art. 39. Tale norma ha da subito sollevato dibattiti sull'effettiva portata del suo dettato. In particolare l'ampiezza del dato letterale faceva sì che la norma paresse potersi applicare a qualsiasi tipo di adozione: la lettera non distingueva tra soggetti maggiorenni o minorenni né tra adozione c.d. legittimante oppure adozione c.d. non legittimante. Peraltro secondo l'opinione maggioritaria l'art. 39 si sarebbe dovuto riferire esclusivamente all'adozione non idonea ad attribuire lo stato di figlio. Infatti, includendo l'**adozione legittima**, si sarebbe arrivati a un inaccettabile diverso trattamento tra figli *sanguinis* legittimi (i cui rapporti sono regolati dalla legge nazionale del figlio ex art. 36) e figli legittimi a seguito di adozione. Un tale risultato avrebbe contrastato con la già allora ratificata Convenzione di europea sull'adozione dei minori del 24.4.1967 (ratificata con l. 22.5.1974, n. 357) il cui art. 10 dispone l'attribuzione all'adottante degli stessi diritti e obblighi previsti in capo ai genitori legittimo. Si è quindi sostenuto che l'evoluzione giuridica e sociale dell'istituto adottivo, con particolare riguardo all'adozione legittima, non poteva che condurre a ritenere tale tipo di adozione esclusa dall'ambito di applicazione dell'art. 39 (FRANCHI, *sub art. 39*, in AA.VV., *Commento alla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato – L. 31 maggio 1995, n. 218*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, 5/6, p. 1220 ss.). Vi è chi ha sostenuto che la norma di conflitto sui rapporti derivanti dall'adozione legittimante fosse ricavabile dallo stesso art. 38, seconda parte del co. 1 (BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato*, Milano, 2016, p. 198). Infatti nell'ipotesi di adozione legittimante richiesta al giudice italiano non potrebbe non applicarsi la *lex fori* così come disposto dall'art. 38. Al riguardo, è stato fatto notare che l'utilizzo dei criteri previsti dall'art. 39 porterebbe invece in tal caso il rischio che la norma di conflitto, rinviando a una legge diversa da quella italiana, metta in discussione il carattere legittimante dell'adozione sebbene richiesta espressamente al giudice nel momento dell'instaurazione del procedimento davanti al giudice italiano (BONOMI, *La disciplina dell'adozione internazionale dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto civile*, 1996, II, p. 376 ss.). Accanto a tale teoria, vi è chi ha affermato che la norma di conflitto vada individuata nell'art. 36 in materia di rapporti tra genitori e figli, con conseguente applicazione della legge nazionale del figlio. Solo così facendo infatti si avrebbe una piena equiparazione tra lo *status* di

figlio *sanguinis* legittimo e quello di figlio legittimo a seguito di adozione, in conformità al principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 Cost. (CAFARI PANICO, *sub art. 39*, in AA.VV., *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1996, 50, p. 199 ss.). Ciò detto, bisognerà vedere se l'introduzione del c.d. **principio dell'unicità dello stato di figlio** porterà a mutare l'interpretazione dell'art. 39. Infatti la scelta del legislatore di modificare – **con il d.lgs. 28.12.2013, n. 154** – la normativa vigente al fine di assicurare la completa eguaglianza giuridica tra i figli nati nel e fuori dal matrimonio ha fatto sì che venissero parzialmente mutate anche alcune norme in materia di adozione (fra queste l'art. precedente, v. *sub art. 38*). L'interpretazione della presente norma come escludente i casi di adozione piena sembra quella che meglio si conforma alla finalità della riforma. D'altra parte non si può non notare che il legislatore ben avrebbe potuto intervenire rendendo esplicita tale volontà. Appare legittimo quindi chiedersi se ci si trovi di fronte a una semplice mancanza o a una scelta consapevole di lasciare il dettato della norma immutato. In tale ultimo caso viene da chiedersi se si possa ancora superare l'onnicomprensivo dato letterale. Al riguardo bisogna sottolineare che laddove si ritenesse di rifarsi al dato letterale e quindi di applicare una norma di conflitto diversa in caso di acquisizione dello *status* di figlio legittimo a seguito di adozione rispetto all'ipotesi di figlio *sanguinis* legittimo, si negherebbe l'attribuzione di un comune *status* di figlio che conferisce uguali diritti e doveri, modificando la disciplina a seconda della fonte generativa di detto *status*. Non vi sarebbe quindi una vera equiparazione. Bisogna pertanto chiedersi se detta differenziazione trovi riscontro nelle caratteristiche peculiari all'istituto adottivo o violi, invece, il principio di unicità dello stato di figlio nonché lo stesso art. 3 Cost. Al riguardo, bisogna notare che la scelta originaria del legislatore per una formulazione onnicomprensiva sembra essere stata pienamente consapevole. Infatti, la *ratio* appare essere la stessa che ha improntato l'art. 38 (v. *sub art. 38*) ossia quella di sottoporre l'adozione al diritto cui fa riferimento l'ambiente familiare in cui l'adottato viene inserito (in questo senso v. *Relazione allegata allo schema di articolato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 966). Il prevedere quale criterio di collegamento per l'individuazione della legge la nazionalità del figlio condurrebbe all'applicazione di una legge il cui unico vero legame consiste in molti casi nella mera circostanza che l'adottato è nato in un Paese dove ha trascorso i primi anni di vita. Sarebbe quindi valorizzata la legge di uno Stato che non avrà ulteriori legami nella vita dell'adottato. Si potrebbe perciò anche dubitare del fatto che l'applicazione di tale normativa rispecchi effettivamente il superiore interesse del minore in maniera maggiore rispetto a un criterio di collegamento che valorizzi il suo inserimento nel nuovo nucleo familiare. Ciò detto, al momento non risultano ancora es-

serci pronunce sul punto. Se l'assenza di interventi da parte del legislatore riformatore potrebbe far propendere per il ritorno a una lettura letterale dell'art. 39, è pur vero che la valorizzazione della finalità della riforma porterebbe a confermare l'opinione di ritenere esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 39 i rapporti tra adottato e adottando in caso di **adozione piena**, facendoli invece rientrare nell'art. 36 in materia di filiazione. Peraltro lo stesso si potrebbe arrivare a dire anche rispetto alla **c.d. adozione di minori in casi particolari** in quanto la versione riformata dell'art. 74 c.c. attribuisce lo stato di figlio all'adottato *tout court*, escludendo dalla previsione solamente le ipotesi di adozione di maggiorenni (v. GIUNCHEDI, *sub art. 74*, in *Codice civile commentato*, a cura di Franzoni, Rolli, De Marzo, Torino, 2018, p. 141 ss.). Ne sembrerebbe emergere la volontà di superare la differenziazione tra figli adottati con adozione piena e figli adottati con adozione in casi particolare, accumulando i diversi tipi di adozione di minorenni almeno laddove una diversa disciplina non sia giustificata dalle peculiarità del singolo tipo di adozione. Se, stante la diversità strutturale tra i due diversi tipi di adozione di minorenni, può residuare l'esigenza di discipline parzialmente diverse, ciò non sembra però necessariamente richiedere norme di conflitto differenti.

**1.1. La famiglia. I rapporti.** – L'art. 39 individua la norma di conflitto per i rapporti con la **famiglia adottiva** in senso ampio. Nello specifico, include due diverse relazioni: quella fra adottato e adottanti/e nonché quella fra adottato e parenti degli adottanti. Non viene invece presa in considerazione la **famiglia d'origine**. Non si ritiene infatti potersi interpretare la lettera della norma in maniera così ampia da includere anche la famiglia d'origine. Vista la criticità di un'assenza di norme di conflitto su tale fondamentale questione, si è cercata una soluzione alternativa. In particolare, si è sostenuto che i rapporti con la famiglia d'origine rientrino nei profili inerenti alla costituzione dell'adozione, risultando pertanto disciplinati dall'art. 38 (in questo senso MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2016, II, p. 232). Ciò detto, per quanto attiene al **tipo di rapporti** rientranti nell'art. 39, la presente norma si riferisce espressamente sia ai rapporti di natura personale che a quelli di natura patrimoniale. In via generale, si pensi a titolo di esempio, sotto il primo profilo (rapporti personali) alle questioni inerenti lo *status*, la convivenza; sotto il secondo profilo (rapporti patrimoniali) a mantenimento, rappresentanza legale, amministrazione del patrimonio. Al riguardo si noti come i diritti reali – quali ad esempio l'usufrutto – sui beni dell'adottato o dell'adottante sono regolati dalle norme sull'adozione e non sono sottoposti invece alla *lex rei sitae* prevista dall'art. 51 in quanto, derivando da un "rapporto di famiglia", rientrano nelle ipotesi derogatorie di cui al co. 2 dell'art. 51 (v. *sub art. 51*). L'ambito di applicazione della norma risulta grandemente limitato dalla presenza di una serie di rapporti che trovano la loro disciplina altrove. Fra questi, una prima importante **esclusione** riguarda la **responsabilità genitoriale**. Al riguardo, la Convenzione dell'Aja del 19.10.1996 in materia di giurisdizione, legge applicabile, riconoscimento, esecuzione e cooperazione sulla responsabilità genitoriale e la protezione dei fanciulli, stabilisce che l'attribuzione (art. 16) e l'esercizio (art. 17) della responsabilità siano regolate dalla legge nazionale

del minore. Di qui l'idea che i rapporti fra adottato minorenni e adottanti debbano essere esclusi dall'art. 39, rimanendo quest'ultimo applicabile esclusivamente a rapporti tra adottato minorenni e parenti degli adottanti, nonché ai casi di adozione di maggiorenni (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2016, II, p. 232). Si considerano inoltre esclusi i **diritti di successione** che rientrano invece nel Capo VII della presente legge (v. *sub art. 46 ss.*) (CAFARI PANICO, *sub art. 39*, in AA.VV., *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1996, 50, pp. 200-201), ove non applicabile il Reg. n. 650/2012 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 (c.d. Regolamento Roma IV). Inoltre gli **obblighi alimentari** tra adottante e adottato erano originariamente disciplinati dalla Convenzione dell'Aja del 2.10.1973 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari. L'Unione Europea è poi intervenuta con il Reg. n. 4/2009 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari. Peraltro bisogna sottolineare che detto regolamento tiene conto della Convenzione dell'Aja del 23 novembre 2007 sull'esecuzione internazionale di prestazioni alimentari nei confronti di figli e altri membri della famiglia e del Protocollo relativo alla legge applicabile alle obbligazioni alimentari a cui negoziati l'Unione ha partecipato direttamente. Il valore attribuito alla Convenzione dell'Aja risulta comprovato dalla Decisione del Consiglio, del 9.6.2011, relativa all'approvazione, a nome dell'Unione europea, della Convenzione dell'Aja del 2007. Per quanto riguarda il **diritto al nome**, esso è regolato dalla Convenzione di Monaco del 5.9.1980 sulla legge applicabile ai cognomi e ai nomi.

**2. Disciplina.** – Il legislatore ha optato per una serie di criteri sussidiari collegati agli adottanti. Nello specifico, in caso di una **coppia di adottanti**, si farà riferimento, in via preferenziale, al diritto nazionale comune; in mancanza, il diritto dello Stato di comune residenza; da ultimo, diritto dello Stato dove la loro vita matrimoniale è localizzata in via prevalente. Nell'ipotesi invece di un **singolo adottante** si farà riferimento al diritto nazionale dell'adottante in quanto non sarà necessario andare oltre al primo criterio (visto che la possibile mancanza di una "nazionalità comune", e per l'effetto l'applicazione dei successivi criteri, si pone chiaramente solo in caso in cui vi siano due adottanti). Come già detto, la predilezione di tali criteri rispecchia l'opinione che la scelta più opportuna sia quella di sottoporre i rapporti tra adottato e famiglia adottiva al diritto cui fa riferimento l'ambiente familiare in cui l'adottato viene inserito (v. *Relazione allegata allo schema di articolato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 966). È interessante notare che i criteri scelti dal legislatore rispecchiano in pieno quelli previsti per presupposti, costituzione e revoca dell'adozione dall'art. 38, prima parte del co. 1 (v. *sub art. 38*). L'unica differenza consiste nell'assenza di circostanze di carattere spazio-temporale che definiscano il **momento determinante** in relazione al quale identificare la legge applicabile. Infatti, nel corso del tempo si può determinare un mutamento delle circostanze assunte a criteri

di collegamento (si pensi, al trasferimento della vita matrimoniale in altro Stato). I predetti mutamenti comportano variazioni nel tempo della legge applicabile. Per ovviare a questo problema, è necessario ancorare temporalmente la norma di conflitto. Si pensi alla diversa formulazione dell'art. 38 il quale, proprio tale fine, fa riferimento "al momento dell'adozione". Per cercare di ovviare all'assenza di indicazioni in seno all'art. 39, è stato suggerito di ancorare i criteri al momento di costituzione dell'adozione così da evitare che le parti debbano sopportare il rischio di un mutamento delle norme che si applicano al rapporto

adottivo con la connessa possibilità di applicazione di un diritto che, ove fosse stato conosciuto al momento della decisione di procedere all'adozione, avrebbe portato adottanti o adottato (quest'ultimo in special modo se maggiorenti) a rifiutare il consenso alla costituzione (LANCIOTTI, *sub art. 39*, in PREITE, GAZZANTI PUGLIESE DI COTRONE, *Atti notarili: diritto comunitario e internazionale*, Torino, 2011, I, p. 985). In ogni caso resta fermo che, tale disposizione dovrà essere coordinata con l'art. 13 (v. *sub art. 13*) qualora per effetto dell'applicazione della disposizione risultasse applicabile una legge straniera.

## 40 Giurisdizione in materia di adozione

I giudici italiani hanno giurisdizione in materia di adozione allorché:

- a) gli adottanti o uno di essi o l'adottando sono cittadini italiani ovvero stranieri residenti in Italia;
- b) l'adottando è un minore in stato di abbandono in Italia;

In materia di rapporti personali o patrimoniali fra l'adottato e l'adottante e gli adottanti ed i parenti di questi i giudici italiani hanno giurisdizione, oltre che nelle ipotesi previste dall'art. 3, ogni qualvolta l'adozione si è costituita in base al diritto italiano.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Diritti successori* (Reg. n. 650/2012) ✓ *Obbligazioni alimentari* (Reg. n. 4/2009) ✓ *Responsabilità genitoriale* (Convenzione dell'Aja del 19.10.1996) ✓ *Adozione* (l. 4.5.1983, n. 184)

### SOMMARIO

1. Ambito di applicazione. – 2. Oggetto e disciplina. Il primo comma – 2.1. Il secondo comma.

**1. Premessa.** – L'art. 40 costituisce una vera novità della riforma del diritto internazionale privato. Infatti, **prima del '95**, non vi erano indicazioni esplicite in merito alla giurisdizione in materia di adozione. Tale lacuna era stata colmata in sede interpretativa facendo riferimento a quelle disposizioni della l. 4.5.1983 n. 184 in materia di adozione che regolavano la competenza del giudice italiano. Ciò in applicazione della teoria giuridica che riconosce alle norme che regolano la competenza interna la possibilità di fungere da norme sulla giurisdizione in quanto quest'ultima veniva concepita come la risultante delle competenze territoriali interne (v. GIULIANO, *La giurisdizione civile italiana e lo straniero*, Milano, 1970, p. 146 ss.; BARATTA, *La giurisdizione italiana in materia di adozione di minori*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1988, p. 48 ss.). Solo a seguito dell'entrata in vigore della l. 31.5.1995 n. 218 le norme sulla competenza sono tornate alla loro funzione originaria: identificare il Tribunale dei minorenni territorialmente competente a giudicare una determinata controversia.

**2. Oggetto e disciplina. Il primo comma.** – La presente disposizione si divide in due parti: il co. 1, individua la giurisdizione italiana in materia di adozione; il co. 2, riguarda specificatamente i rapporti personali e patrimoniali tra adottato e famiglia adottiva. Per quanto riguarda il **co. 1** esso opera "**in materia di adozione**". Tale locuzione viene intesa come fondante la giurisdizione non solo in caso di pronuncia dell'adozione o di sua revoca, ma anche con riferimento a tutti quei provvedimenti preliminari che costituiscono condizioni preliminari del procedimento adot-

tivo. Si pensi alla dichiarazione di adottabilità, alla pronuncia di affidamento preadottivo e alla dichiarazione di idoneità dei coniugi all'adozione. Non a caso, infatti, nel testo definitivo è stata modificata la dicitura proposta nell'originario schema di articolato presentato dalla Commissione per la riforma del sistema di diritto internazionale privato al Ministro di grazia e giustizia il 26.10.1989 nel quale ci si riferiva alla "giurisdizione in materia di costituzione e revoca dell'adozione". Ciò detto, il legislatore identifica due criteri alternativi in presenza dei quali sussiste la giurisdizione del giudice italiano. **1)** Il primo – indicato alla **lett. a** – è incentrato sulla **cittadinanza italiana o la residenza in Italia** di almeno uno dei soggetti parte del nucleo della famiglia adottiva (adottante/i, adottando) e si applica a prescindere dall'età dell'adottando. Include quindi sia l'ipotesi di adozione di maggiorenne sia i casi di adozione di minorenni. La cittadinanza e la residenza sono **requisiti alternativi** in grado di far sorgere il potere di decidere in capo all'organo giudiziario. Nello specifico, un individuo straniero potrà adire l'autorità giudiziaria italiana se residente nei confini nazionali. Al contempo nel caso di soggetto avente nazionalità italiana non sarà necessario che lo stesso risieda in Italia affinché sussista la giurisdizione, essendo la cittadinanza considerata di per sé sufficiente a radicare una causa in Italia a prescindere dal luogo di residenza del soggetto. Sotto questo profilo è stata dichiarata esistente la giurisdizione italiana nel caso di una coppia di coniugi italiani che avevano presentato richiesta di adozione in casi particolari di un minore straniero (Trib. min. Brescia 12.3.2010, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2010, 3, p. 760). Al contempo, anche la presenza del mi-

nore sul territorio nazionale per un soggiorno climatico è stata riconosciuta idonea a radicare la causa in Italia (Trib. Catanzaro 21.9.2004, in *Giur. merito*, 2005, p. 2072). Per quanto riguarda la nozione di **residenza** si è sostenuto che dovrebbe avere una portata diversa a seconda che si riferisca agli adottanti o a un adottando minore. Rispetto ai primi, la nozione dovrebbe essere rigorosa in quanto in grado di garantire un effettivo legame con l'ordinamento; rispetto al minore, invece, dovrebbe essere interpretata come includente anche i concetti di domicilio, domicilio temporaneo e residenza temporanea (M. FRANCHI, *sub art. 40*, in AA.VV., *Commento alla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato – L. 31 maggio 1995, n. 218*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, 5/6, p. 1227). Per quanto riguarda i soggetti, è stato evidenziato come la formulazione della lett. a non faccia riferimento espresso all'**adottante singolo** ma solo agli "adottanti o uno di essi". Dal punto di vista letterale l'espressione "uno di essi" sembrerebbe far trasparire solamente che i requisiti possano sussistere anche solo per uno dei coniugi. Tale interpretazione restrittiva porterebbe però a discriminare le ipotesi di adozione di un soggetto single. Pertanto si ritiene che l'art. 40, co. 1, lett. a) disciplini anche i casi in cui l'adottante sia un'unica persona (M. FRANCHI, *sub art. 40*, in AA.VV., *Commento alla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato – L. 31 maggio 1995, n. 218*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, 5/6, p. 1226). In questo senso è stata riconosciuta sussistente la giurisdizione italiana per l'adozione di un minore russo, residente in Russia, poiché l'adottante era cittadino italiano (Trib. min. Milano 11.9.2001, in *Giur. merito*, 2002, p. 705). 2) Il legislatore pone alla **lett. b)** la circostanza che l'**adottando sia un minore in stato di abbandono in Italia** quale ulteriore criterio alternativo. L'utilizzo della locuzione "stato di abbandono" speculare a quella scelta dal legislatore per riferirsi al minore straniero nella l. 4.5.1983 n. 184 ha portato parte della dottrina ad affermare che la lett. b) si riferisca esclusivamente al minore straniero e non anche al minore italiano per il quale il legislatore utilizza la dicitura "in situazione di abbandono". In ogni caso, il problema viene agevolmente superato dal fatto che la nazionalità italiana del minore è di per sé sufficiente per radicare la causa in Italia ai sensi della lett. a) (M. FRANCHI, *sub art. 40*, in AA.VV., *Commento alla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato – L. 31 maggio 1995, n. 218*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, 5/6, p. 1227). Appare inoltre opportuno notare che, nell'ipotesi in esame, anche la legge applicabile sarà quella italiana *ex art. 37 bis* della l. 4.5.1983 n. 184 ai sensi del quale al "minore straniero che si trova nello Stato di situazione di abbandono si applica la legge italiana in materia di adozione, di affidamento e di provvedimenti necessari in caso di urgenza". Tale norma è stata interpretata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione come fonte essa stessa della giurisdizione italiana in materia (Cass. 4.11.1996 n. 9576; conf., Cass. 19.1.1988 n. 392; Cass. 3.2.1992 n. 1128). Per la **valutazione dello stato di abbandono**, si dovrà aver riguardo al comportamento dei genitori il quale deve tradursi in un incapacità di allevare i figli tale da configurare carenze materiali e affettive che creino una situazione di pregiudizio per il minore idonea a compromettere il sano sviluppo psico-fisico del soggetto (Cass. 18.2.2005 n. 3389; conf. Cass. 5.11.1998 n. 11112;

Cass. 23.5.1997 n. 4619). Sotto tale profilo è stata esclusa la giurisdizione italiana nell'ipotesi di minore straniero arrivato in Italia, insieme ad altri connazionali coetanei, per un programma organizzato dalla nazione di appartenenza (nel caso, Bielorussia) volto a far trascorrere un periodo di soggiorno presso famiglie italiane nonostante la reiterazione nel tempo di tali periodi (Trib. min. Roma 27.11.1998, in *Dir. fam.*, 1999, p. 699). Peraltro in siffatti casi non è sufficiente a escludere lo stato di abbandono la sola richiesta di rimpatrio (Trib. min. Milano 16.10.2008, in *Famiglia e minori*, 2009, 2, p. 61). L'utilizzo di tale criterio è stato criticato in quanto privo di carattere oggettivo: essendo la valutazione della sua esistenza sottoposta all'analisi discrezionale del giudice, mancherebbero opportuni canoni di certezza (CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, Torino, 2009, p. 160; M. FRANCHI, *sub art. 40*, in AA.VV., *Commento alla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato – L. 31 maggio 1995, n. 218*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, 5/6, p. 1228).

**2.1. Il secondo comma.** – Il **co. 2** ha a oggetto i **rapporti personali** (quali le questioni inerenti lo *status*, la convivenza) e **patrimoniali** (si pensi, a titolo di esempio, a rappresentanza legale e amministrazione del patrimonio) **tra adottato e famiglia adottiva**. Sono inclusi quindi sia i rapporti con l'adottante/gli adottanti sia i rapporti con i parenti di questi. L'ambito di applicazione dell'art. 40 risulta però limitato dalla presenza di una serie di regimi speciali. Fra questi, una prima importante **esclusione** riguarda la **responsabilità genitoriale** disciplinata dalla Convenzione dell'Aja del 19.10.1996 in materia di giurisdizione, legge applicabile, riconoscimento, esecuzione e cooperazione sulla responsabilità genitoriale e la protezione dei fanciulli. Nello specifico, l'art. 5 prevede quale criterio quello della residenza abituale del minore. Ugualmente sono chiaramente esclusi i rapporti in **materia successoria** regolati dall'art. 50 (v. *sub art. 50*), ove non applicabile il Reg. n. 650/2012 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 (c.d. Regolamento Roma IV). Per quanto attiene agli **obblighi alimentari** derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità, la giurisdizione è stabilita dal Reg. n. 4/2009 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari. Riguardo alla portata della norma, vi è però chi ha sostenuto che non sarebbero soggetti all'art. 40, co. 2 i rapporti instauratisi a seguiti della **c.d. adozione piena**. Infatti, la conseguente assunzione dello *status* di figlio renderebbe applicabile le norme in materia di filiazione (M. FRANCHI, *sub art. 40*, in AA.VV., *Commento alla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato – L. 31 maggio 1995, n. 218*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, 5/6, p. 1228). Sull'applicazione della norma in esame nei casi un tempo definiti come di adozione legittimante, è stato però sottolineata l'importanza della disciplina dell'art. 40 allo scopo di garantire al meglio l'interesse pubblico che pervade ogni procedura adottiva (v. CAFARI PANICO, *sub art. 40*, in AA.VV., *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1996, 50, p. 203). Tutto

ciò premesso, in presenza di rapporti aventi le caratteristiche appena viste, il legislatore riconosce come esistente la giurisdizione italiana quando “**l'adozione si è costituita in base al diritto italiano**”. Appare chiaro come, a differenza dell'art. 39 che identifica la legge applicabile ai suddetti rapporti, la norma in esame prende in considerazione

espressamente la costituzione dell'adozione in base al diritto italiano, fondando in tale ipotesi la giurisdizione anche oltre i casi stabiliti in via generale dall'art. 3 (sui fori generali v. *sub* art. 3). In questo modo si assicura la coincidenza tra *forum* e *ius*.

## 41 Riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di adozione

I provvedimenti stranieri in materia di adozione sono riconoscibili in Italia ai sensi degli artt. 64, 65 e 66. Restano ferme le disposizioni delle leggi speciali in materia di adozione dei minori.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Adozione* (l. 4.5.1983, n. 184) ✓ *Adozione internazionale di minori* (Convenzione dell'Aja 29.5.1993) ✓ *Efficacia di sentenze ed atti stranieri* (l. 31.5.1995, n. 218, Titolo IV)

### SOMMARIO

1. Ambito di applicazione. – 2. Il riconoscimento ai sensi del co. 1. – 3. Il riconoscimento ai sensi del co. 2. L'adozione all'interno della c.d. “area Aja”. – 3.1. L'adozione al di fuori della c.d. “area Aja”. – 3.2. L'adozione da parte di cittadini italiani residenti all'estero. – 4. Ordine pubblico e principi fondamentali che regolano il diritto di famiglia e dei minori. – 5. Istituti di dubbia qualificazione. La Kafalah.

**1. Ambito di applicazione.** – Lo scopo del legislatore nello scrivere l'art. 41 era duplice: da un lato, confermare il potere del Tribunale per i minorenni di riconoscere provvedimenti stranieri ai sensi e nei limiti della l. 4.5.1983 n. 184 sul diritto del minore ad una famiglia (c.d. legge sull'adozione); dall'altro, esplicitare che i casi non previsti dalla legge sull'adozione trovano la loro disciplina nelle norme generali di cui agli artt. 64, 65 e 66 della presente legge (v. *Relazione allegata allo schema di articolato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 967). La struttura dell'art. 41 rispecchia la suddetta scelta. Risulta difatti diviso in due commi il secondo dei quali fa salve le disposizioni delle leggi speciali in materia di adozione. Pertanto la disciplina di cui al co. 1 ha carattere residuale (Cass. 18.3.2006 n. 6079). Il rinvio alle leggi speciali si concretizza nell'applicazione delle norme sul riconoscimento dei provvedimenti stranieri presenti nella l. 4.5.1983 n. 184 sul diritto del minore ad una famiglia (c.d. legge sull'adozione). Considerando le previsioni della l. 4.5.1983 n. 184 si può quindi ricavare il riparto fra i due commi. Nello specifico, nel **co. 1** rientrano le ipotesi di adozione pronunciata all'estero di maggiorenni, di minori italiani, di minori nei casi di cui elencati dall'art. 44 della legge sull'adozione (c.d. adozione in casi particolari) nonché di minori stranieri da parte di adottanti stranieri; nel **co. 2**, invece, i casi di adozione di minori stranieri residenti all'estero idonea ad attribuire loro lo *status* di figlio, quando avviene a favore di adottanti che abbiano la cittadinanza italiana o che siano residenti in Italia. Peraltro la giurisprudenza ha affermato che nel caso domanda di riconoscimento di un provvedimento di adozione di minorenni rientrante nel co. 2 la quale venga presentata dall'adottato nel frattempo divenuto maggiorenne, il richiesto riconoscimento avverrà ai sensi del co. 1 (App. Roma 18.3.2004).

**2. Il riconoscimento ai sensi del co. 1.** – Come già detto, nei casi non regolati dalla l. n. 184/1983 il riconoscimento del provvedimento straniero avviene sulla base delle norme generali in materia di riconoscimento ovvero sia gli artt. 64, 65 e 66 (per la loro disciplina v. *sub* art. 64, art. 65, art. 66). Peraltro in tali casi la **competenza** è attribuita dall'art. 67 – come novellato dal d.lgs. 1.9.2011 n. 150 – all'autorità giudiziaria ordinaria. Peraltro sebbene il riconoscimento dell'adozione in casi particolari rientri nel campo di applicazione del presente comma, la competenza rimane al Tribunale dei minorenni. Infatti la clausola di salvezza di cui al co. 2 fa sì che il riferimento normativo in materia resti la l. n. 183/1984 nonostante il fatto che l'art. 35, co. 6, lett. c) porti a escludere la trascrivibilità ai sensi della predetta legge dell'adozione in parola. Al riguardo, infatti, la giurisprudenza ha evidenziato la possibilità concessa in va di eccezione dall'art. 32, co. 3 che “il tribunale per i minorenni possa convertire l'adozione straniera non legittimante in una adozione che produca la cessazione dei rapporti con la famiglia di origine, purché venga riconosciuta conforme alla Convenzione dell'Aja” (Cass. 11.3.2006 n. 5376, rigetta, App. Roma 21.3.2005).

**3. Il riconoscimento ai sensi del co. 2. L'adozione all'interno della c.d. “area Aja”.** – Come già detto in precedenza, il co. 2 dell'art. 41 contiene una clausola di salvezza che rinvia alla procedura di riconoscimento prevista dalle leggi speciali in materia di adozione e, quindi, alla nota **l. 4.5.1983 n. 184**. Nello specifico, la legge n. 184 distingue tre ipotesi: 1) adozione internazionale di minori provenienti da Stati della c.d. “area Aja”: Stati che hanno ratificato la Convenzione dell'Aja del 29.5.1993 per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale o Paesi con cui l'Italia abbia stipulato accordi bilaterali nello spirito della Convenzione; 2) adozio-

ne o affidamento a scopo adottivo pronunciati in un Paese non aderente alla Convenzione dell'Aja né firmatario di accordi bilaterali (v. *infra* § 4.1.); 3) adozione avvenuta all'estero su istanza di cittadini italiani che abbiano soggiornato e avuto la residenza nel Paese straniero per almeno due anni (v. *infra* § 4.2.). In ogni caso la **competenza** è attribuita al Tribunale per i minorenni e non invece la Corte d'Appello (in quanto disciplina speciale rispetto alle previsioni di carattere generale sul riconoscimento dei provvedimenti stranieri. Così, Cass. 12.12.2017 n. 29668. Ciò risulta vero se e in quanto si configurino un'adozione ai sensi e per gli effetti della l. n. 18/1983. In questo senso, Cass. 31.5.2018 n. 14007 in merito alla competenza sul riconoscimento di sentenza francese di adozione piena di minore, figlio biologico di una delle due partners di coppia omogenitoriale femminile coniugata all'estero, da parte dell'altra). La competenza per territorio è attribuita al Tribunale del distretto in cui gli adottanti hanno la residenza nel momento dell'ingresso del minore nel territorio nazionale (art. 35, co. 5, art. 29 *bis*, co. 1) o, in caso siano residenti all'estero, dell'ultimo luogo di residenza in Italia; in sua mancanza, la competenza è attribuita al Tribunale per i minorenni di Roma (art. 29 *bis*). Peraltro la giurisprudenza ha affermato che nel caso in cui uno dei coniugi richiedenti non sia cittadino italiano e non abbia nemmeno mai avuto la residenza in Italia, competente per territorio non sarà il Tribunale per i minorenni di Roma ma quello del luogo in cui l'altro coniuge ha avuto l'ultima residenza (App. Messina 5.7.2000). Si fa presente che il 10.3.2016 la Camera dei Deputati ha approvato un disegno di legge delega per la soppressione del tribunale per i minorenni e l'istituzione di sezioni specializzate presso i tribunali ordinari. Il disegno di legge non ha concluso l'iter parlamentare in quanto era in corso di al Senato allo scadere della XVII legislature (Atto Senato n. 2284). Ciò detto, nella prima ipotesi disciplinata dall'art. 41, co. 2 – **adozione minori proventi dalla c.d. "area Aja"** – il riconoscimento avverrà di norma (ove non ricorra la predetta ipotesi di cui al numero 3) con le procedure e gli effetti di cui all'art. 35. Peraltro le procedure si distinguono ulteriormente a seconda che: l'adozione si sia perfezionata prima dell'arrivo del minore in Italia oppure debba perfezionarsi dopo l'ingresso del minore. **Se l'adozione è stata pronunciata nello Stato estero prima dell'arrivo del minore**, il Tribunale dei minori competente ai sensi dell'art. 35, 5° comma **verifica: a)** che il provvedimento straniero rispetti le condizioni previste **dall'art. 4 della Convenzione dell'Aja** ovvero che le autorità competenti dello Stato d'origine abbiano stabilito: l'adottabilità del minore; la corrispondenza dell'adozione internazionale al superiore interesse del minore, avendo valutato la possibilità che lo stesso venga affidato nello Paese d'origine; che i soggetti (persone, istituzioni ed autorità) il cui consenso è necessario per l'adozione, siano stati informati sugli effetti della procedura in particolare sui legami giuridici con il minore dopo l'adozione e siano stati assistiti con la necessaria consulenza nella decisione; che il consenso di tutti i soggetti (minore compreso, se richiesto) sia stato prestato liberamente, senza contropartita di alcun genere, nelle forme legalmente stabilite nonché sia stato espresso o quantomeno attestato in forma scritta e non sia stato revocato; che l'eventuale consenso della madre sia stato espresso solo dopo la nascita del figlio; che, in considerazione

dell'età e del grado di maturità dell'adottando, egli sia stato assistito mediante una consulenza e informato sulle conseguenze del suo eventuale nonché dell'adozione in sé; che siano stati presi in considerazione i desideri e le opinioni del minore; **b)** la conformità dell'adozione ai **principi fondamentali** in materia di famiglia e minori in considerazione del superiore interesse dell'adottando; **c)** che la Commissione per le adozioni internazionali abbia certificato la **conformità dell'adozione** alle disposizioni della Convenzione; **d)** che la Commissione per le adozioni internazionali abbia **autorizzato l'ingresso e il soggiorno permanente** del minore straniero adottato o affidato a scopo di adozione. Una volta verificati positivamente tali elementi, il tribunale ordina la **trascrizione** del provvedimento d'adozione nel registro dello stato civile. In conseguenza della trascrizione l'adottato consegue lo *status* il figlio degli adottanti assumendone il cognome e, per l'effetto, cessa ogni rapporto con la famiglia d'origine ai sensi dell'art. 27 nonché acquista la cittadinanza italiana *ex art. 35*. Al co. 6 dell'art. 35 vengono elencate una serie di **circostanze che impediscono la trascrizione** del provvedimento adottivo. Così nel caso in cui *a)* gli adottanti non siano in possesso dei requisiti previsti dalla legge italiana sull'adozione; *b)* non siano state rispettate le indicazioni contenute nella dichiarazione di idoneità; *c)* non sia possibile la conversione in adozione produttiva degli effetti di cui all'art. 27; *d)* l'adozione o l'affidamento stranieri non si siano realizzati tramite le autorità centrali e un ente autorizzato; *e)* l'inserimento del minore nella famiglia adottiva si sia manifestato contrario al suo interesse. Passando ora alla diversa ipotesi in cui **l'adozione debba perfezionarsi dopo l'ingresso del minore in Italia**, poiché in tal caso non vi è un provvedimento adottivo efficace da riconoscere, l'art. 35, co. 4 dispone che il Tribunale per i minorenni competente, verificata la **conformità dello stesso ai principi** che regolano il diritto di famiglia e dei minori in relazione all'interesse superiore dell'adottando, riconosca il provvedimento non ancora perfezionato come **affidamento preadottivo**. Il provvedimento viene revocato qualora, successivamente all'inserimento, venga accertato che la permanenza del fanciullo nella famiglia non è più conforme al suo interesse. In caso contrario, trascorso **un anno** dall'inserimento, il Tribunale pronuncia **l'adozione** e ordina la **trascrizione** del provvedimento nei registri dello stato civile per gli effetti di cui all'art. 27 e 35. Per quanto attiene all'eventuale **revoca dell'affidamento**, la legge stabilisce che previo consulto con il minore (il quale avverrà con modalità ed effetti differenti – stabiliti dallo stesso co. 4 – a seconda dell'età: almeno 14 anni, almeno 12 anni, di età inferiore) verranno adottati i provvedimenti di cui all'art. 21 della Convenzione dell'Aja. In particolare, l'art. 21 della convenzione richiede che si provveda chiaramente a riprendere il minore dalla famiglia che non è più in grado di garantire la realizzazione del superiore interesse dello stesso per poi provvedere, di concerto con l'Autorità Centrale del Paese di provenienza, a una nuova sistemazione, preferibilmente a fini adottivi. Solo in via di residuale, ove non si riuscisse a trovare una sistemazione alternativa durevole, si assicurerà il ritorno del minore nello Stato di origine (sempre ovviamente che ciò corrisponda al suo interesse).

**3.1. L'adozione al di fuori della c.d. "area Aja"**. – In assenza di specifici accordi bilaterali, la legge n. 184 stabili-

sce una regolamentazione *ad hoc* per i provvedimenti di adozione o affidamento preadottivo emessi da Paesi che non sono membri della Convenzione dell'Aja. A tal riguardo l'art. 36 subordina la dichiarazione di efficacia a una serie di condizioni che rispecchiano la circostanza che, in concreto, la maggior parte di tali casi riguarda adottanti italiani che decidono di adottare un minore straniero proveniente da un Paese povero dove le procedure per ottenere il provvedimento sono più agevoli che nell'area Aja. Il legislatore prevede, quindi, che venga accertata la **condizione di abbandono del minore straniero o, in sua assenza, il consenso dei genitori biologici**. (Dal momento che la norma si riferisce al consenso "ad una adozione che determini per il minore adottato l'acquisizione dello stato di figlio nato nel matrimonio degli adottanti e la cessazione dei rapporti giuridici fra il minore e la famiglia d'origine", appare in qualche modo ricalcare parte delle garanzie della Convenzione richiedendo in sostanza l'effettiva verifica di un consenso informato e pienamente consapevole). In secondo luogo, è necessario il **decreto di idoneità** ad adottare pronunciato dal Tribunale dei minorenni (il quale ha efficacia per la durata della procedura adottiva purché, però, essa sia stata promossa entro un anno dalla comunicazione del decreto) e il rispetto delle relative **indicazioni**. In terzo luogo, la procedura deve essersi svolta con l'**intervento** della Commissione per le adozioni internazionali di cui all'art. 38 e di un ente a ciò autorizzato. Infine, la Commissione deve aver **autorizzato** l'ingresso e il soggiorno permanente del minore. Se sussistono tali condizioni, il Tribunale per i minorenni che ha emesso il decreto di idoneità potrà dichiarare efficace il provvedimento straniero, il quale sarà comunicato alla Commissione ai fini della conservazione dei relativi atti ai sensi dell'art. 39, co. 1, lett. e).

**3.2. L'adozione da parte di cittadini italiani residenti all'estero.** – Per concludere, come prima accennato, vi è un'ulteriore disciplina di riconoscimento di provvedimenti di adozione ai sensi della legge n. 184: l'art. 36, co. 4. Tale norma facilita il riconoscimento dei provvedimenti di adozione subordinandolo alla mera verifica, ad opera del Tribunale, della conformità della stessa alla Convenzione dell'Aja. La disciplina si applica quando gli **adottanti sono cittadini italiani che, al momento della pronuncia, abbiano avuto la residenza e soggiornato con continuità per almeno due anni nel Paese straniero** la cui autorità ha emanato il provvedimento. In realtà la lettera della norma richiede che gli stessi dimostrino "di aver soggiornato continuamente [...] e di avervi avuto la residenza da almeno due anni". Si è quindi ipotizzato che il riferimento al **biennio** si riferisse esclusivamente alla residenza e, quindi, che il soggiorno potesse essere anche di durata inferiore purché comunque significativo. Sulla questione, partendo dalla nozione di residenza quale dimora stabile (v. LA BATTAGLIA, *sub art.* 43, in *Codice civile commentato*, a cura di Franzoni, Rolli, De Marzo, Torino, 2018, p. 116 ss.) la Suprema Corte ha affermato che il soggiorno non può essere inferiore al biennio, risultando i due anni quale periodo minimo di durata dello stesso. Tale interpretazione risulta conforme alla *ratio* sottostante al co. 4 che risponde all'esigenza di un radicamento dell'adottante nel luogo di dimora del minore (Cass. 18.3.2006 n. 6078). Pertanto la richiesta di "soggiorno continuativo" sembra voler piuttosto riconoscere espressamente la possibilità per i

soggetti di trascorrere dei periodi altrove purché non siano tali da far venire meno il radicamento con il territorio. Si pensi, per esempio, a un periodo di vacanza. Per quanto attiene il requisito della **cittadinanza italiana**, lo stesso deve sussistere al momento della pronuncia dell'adozione, non rilevando ai fini dell'applicazione della presente disciplina i casi di adottante straniero che abbia acquisito la cittadinanza italiana in un momento successivo (in questo senso, Corte cost. 7.4.2016 n. 76). Con riguardo alle circostanze ostative alla trascrizione previste dall'art. 35, co. 5 (v. *supra* § 4) esse si applicano anche nell'ipotesi in esame (Cass. 14.2.2011 n. 3572).

**4. Ordine pubblico e principi fondamentali che regolano il diritto di famiglia e dei minori.** – La violazione dell'ordine pubblico costituisce motivo ostativo al riconoscimento di un provvedimento straniero. Per quanto riguarda il riconoscimento ai sensi del co. 1, la necessaria conformità all'ordine pubblico è espressamente prevista dalle norme cui l'articolo rinvia (v. *sub art.* 63 ss.). Per quanto attiene invece il riconoscimento ai sensi del co. 2, l'art. 24 della Convenzione dell'Aja (ratificata dalla l. 31.12.1998, n. 476 la quale ha a sua volta introdotto il procedimento sulle adozioni internazionali di cui alla l. n. 184/1983) dispone che gli Stati membri possono rifiutare di riconoscere un'adozione solo laddove essa sia manifestamente contraria all'ordine pubblico, tenuto però conto del superiore interesse del minore. Il suddetto principio è stato trasposto nella l. n. 184/1983 con la formula del contrasto con i principi fondamentali che regolano il diritto di famiglia e dei minori. Si è voluto in tal modo assicurarsi di evitare una appiattimento sul diritto italiano così che le soluzioni legislative interne che non siano principi fondamentali della materia non giungano a ostacolare il riconoscimento di provvedimenti stranieri (art. 35, co. 3). Questo è il caso, ad esempio, della **differenza di età** prevista tra adottanti e adottato. Sebbene costituisca un requisito essenziale per la adozione da parte di cittadini italiani a favore di minore italiano, la giurisprudenza ha affermato che non corrisponde tuttavia a un principio fondamentale dell'ordinamento. Pertanto non assurge a limite di ordine pubblico ostativo all'efficacia del provvedimento straniero nell'ordinamento italiano. È stata così riconosciuta l'adozione di un minore croato in presenza di una differenza di età superiore a quella massima prevista dalla legge (40 anni) (Cass. 1.4.1993 n. 3907). Ciò non vuol dire che si può prescindere completamente dal divario di età ma che, ai fini di verificare la contrarietà all'ordine pubblico, bisognerà accertare in base a criteri elastici se il divario contrasti o meno con il superiore interesse del minore (Cass. 8.2.2000 n. 1366; sul sindacato costituzionale v. Corte cost. 1.4.1992 n. 148; Corte cost. 9.7.1999 n. 283). Parimenti è stata riconosciuta un'adozione a favore di persona singola (ma con gli effetti di un'adozione in casi particolari) avvenuta con il mero della madre biologica ma in assenza di una previa esplicita dichiarazione di adottabilità. Nello specifico, si è affermato che è necessario accertare nel concreto se vi sia stato o meno **abbandono del minore**. Esso può desumersi, oltre che dagli atti del procedimento, anche dalla situazione sociale ed economica media dello Stato di origine dell'adottato (nel caso, Repubblica di Haiti) (App. Torino 27.11.1995). Il riconoscimento di un provvedimento straniero a favore di **single** con effetti più

ampi di quelli previsti dalla normativa italiana agli artt. 44 ss. della l. n. 184/1983 è stato negato dalla giurisprudenza. Nelle ipotesi in cui tale richiesta è stata posta nell'ambito del riconoscimento di cui al co. 2 (che ricordiamo ha a oggetto le adozioni internazionali di minori stranieri da parte di cittadini italiani o di cittadini stranieri residenti in Italia) ruolo centrale per negare un così ampio riconoscimento è stato attribuito al predetto art. 35, co. 3 della l. n. 184/1983. Come visto, la norma richiede al Tribunale di accertare che "l'adozione non sia contraria ai principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori". A tal proposito, l'adozione c.d. piena (l'ex adozione legittimante) è consentita ai soli coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni. Ne deriverebbe quindi un principio conformatore dell'istituto ai sensi del quale si ritiene opportuno per il superiore interesse del minore limitare ai soli coniugi aventi le caratteristiche previste l'adozione piena. Peraltro si potrà avere adozione di persona singola, laddove, nel corso del periodo preadottivo, la predetta coppia si separasse o intercorresse la morte o l'incapacità di uno dei due (art. 25, co. 4 e 5). Anche in queste ipotesi eccezionali, l'adozione a favore di un'unica persona avviene comunque successivamente ad un affidamento preadottivo conforme al principio enunciato dall'art. 6 (Cass. 14.2.2011 n. 3572). Ciò non contrasta con la **Convenzione europea sull'adozione dei minori del 1967** (c.d. Convenzione di Strasburgo) il cui art. 6 dispone specificatamente che il legislatore nazionale può ammettere l'adozione solo nel caso di coppie sposate o da parte di un unico adottante in quanto trattati di norma non autoapplicativa, che attribuisce al legislatore nazionale la facoltà – e non l'obbligo – di ammettere l'adozione anche per persone singole. (Corte cost. 16.5.1994 n. 183; Cass. 18.3.2006 n. 6078). Deve allo stato pertanto escludersi che sia possibile riconoscere in Italia un'adozione straniera da parte di un solo adottante se non nei limiti previsti dalla normativa interna. Peraltro sulla questione si è pronunciata la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in seguito al rifiuto dell'autorità lussemburghese di riconoscere un provvedimento di adozione dell'autorità peruviana in quanto contrastante con la legge del Lussemburgo che, similmente a quella italiana ammette l'adozione di persona singola solo in casi eccezionali e, comunque, senza effetti pari alla adozione piena. La Corte ha dichiarato che un siffatto rifiuto si traduce in una ingerenza nel diritto al rispetto della vita familiare. Una tale ingerenza da parte dell'autorità pubblica costituisce una violazione dell'art. 8 Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (: "1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui") laddove non risulti necessaria all'interno della società democratica. Nel caso in esame, la Corte ha affermato che la circostanza che il diritto lussemburghese limiti l'adozione piena solamente a coppie sposate non è di per sé ragione sufficiente a giustificare il rifiuto di riconoscere legami familiari di fatto pre-esistenti

in contrasto con l'interesse concreto del minore (CEDU 28.6.2007, *Wagner and J.M.W.L vs Luxembourg*). Similmente all'adozione di single, anche il riconoscimento di provvedimenti di adozione a favore di coppie non tradizionali si scontra con i principi dettati in materia di famiglia e tutela dei minori. In particolare per quanto riguarda le **coppie dello stesso sesso**, come noto il nostro ordinamento non prevede che possano accedere all'istituto del matrimonio (v. *sub* art. 38). Pertanto, sebbene siano unite in matrimonio da più di tre anni in un ordinamento straniero se il matrimonio non viene riconosciuto in Italia, sullo stesso non si può fondare nel nostro ordinamento né un'adozione né il riconoscimento di un provvedimento straniero di adozione (peraltro la Corte di Appello Napoli 13.3.2015 n. 8907 ha ordinato la trascrizione negli atti dello stato civile del matrimonio contratto in Francia da due cittadine l'una francese e l'altra italo-francese. La decisione è passata in giudicato a seguito della dichiarazione di improcedibilità del ricorso principale e di inefficacia di quello incidentale da parte di Cass. 31.1.2017 n. 2487. Sulle condizioni per contrarre matrimonio e sulla forma dello stesso v. *sub* artt. 27 e 28.). Peraltro, recentemente, la giurisprudenza ha riconosciuto l'adozione avvenuta all'estero da parte di coppie dello stesso sesso, facendo applicazione dell'art. 36, co. 4, l. n. 184/1983, relativo alle pronunce effettuate all'estero in favore di cittadini italiani che al momento della pronuncia abbiano soggiornato continuativamente nel Paese straniero e vi abbiano avuto la residenza per almeno due anni (Trib. Firenze 8.3.2017, in *Quotidiano Giuridico*, 2017). In ogni caso, il profilo che in concreto ha maggiormente interessato la giurisprudenza fino ad oggi è quello della possibilità per un partner di adottare il figlio dell'altro (c.d. *stepchild adoption*). La tesi tradizionale in materia vede l'adozione quale "*imitatio naturae*" e, pertanto, il principio fondante la materia sarebbe quello di garantire al minore il diritto a una famiglia simile a quella naturale con due genitori di sesso differente. Riconoscere quindi un provvedimento di adozione piena non conforme alla c.d. *imitatio naturae* costituirebbe una violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento italiano. Il persistere di tale opinione è avvalorata dalla scelta del legislatore italiano di non introdurre con la legge c.d. Cirinnà sulle unioni civili (l. 20.5.2016, n. 76) la c.d. *stepchild adoption*. Peraltro la giurisprudenza è già arrivata ad ammettere l'adozione del figlio del partner quale adozione in casi particolari *ex* art. 44, lett. d), l. n. 184/1983 per cui sembra che entro tali limiti il riconoscimento dovrebbe essere maggiormente facilitato. Peraltro ciò non è sempre vero. Nello specifico è stato riconosciuto il matrimonio di due cittadine francesi (di cui una *iure sanguinis* anche di nazionalità italiana) e i successivi atti di adozione piena a favore dei rispettivi figli sulla base della nozione di "ordine pubblico internazionale" quale "complesso di principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico o fondati su esigenze di garanzia, comuni ai diversi ordinamenti, di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo". Nozione quindi che si fonda su principi e regole derivanti dall'esigenza "di carattere universale di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo o che informano l'intero ordinamento in modo tale che la loro lesione si traduce in uno stravolgimento dei valori fondanti del suo assetto ordinamentale" (in questo senso, Cass. 26.11.2004 n. 22332; Cass. 19.7.2007 n. 16017) (App.

Napoli 5.4.2016). Similmente è stata esclusa la contrarietà all'ordine pubblico del riconoscimento di un'adozione con effetti legittimanti da parte di una donna italiana – sposatasi con altra italiana in Spagna ma ritenuta non coniugata per l'ordinamento italiano – della figlia della partner. Al riguardo è stato valorizzato il fatto che il provvedimento adottato in base alla legge spagnola fa sì che l'adottato mantenga i rapporti con la famiglia d'origine oltre poter godere del sostegno della famiglia della madre adottiva (App. Milano 16.10.2015). Da ultimo la Suprema Corte ha affermato che “il preminente interesse del minore, alla base della normativa nazionale ed internazionale in materia di adozione, e quindi il diritto del minore a vivere in modo stabile in un ambiente domestico armonioso ed ad essere educato e assistito nella crescita con equilibrio e rispetto dei suoi diritti fondamentali, vale dunque ad integrare lo stesso concetto di ordine pubblico nella materia specifica” (Cass. 31.5.2018 n. 14007).

**5. Istituti di dubbia qualificazione. La Kafalah.** – Lo sviluppo nei vari ordinamenti di differenti forme di istituti di protezione familiare porta con sé il problema della qualificazione degli stessi quali aventi natura di adozione e, conseguentemente, la possibilità di identificare le norme di riferimento per il riconoscimento dei relativi provvedimenti. Fra tali istituti il più rilevante è la c.d. la *kafalah* del diritto islamico la quale svolge in concreto le funzioni dell'adozione che è invece vietata dal diritto islamico. Nello specifico, la *kafalah* attribuisce all'affidatario, in sostituzione del genitore, l'obbligo di provvedere a mantenimento, educazione e protezione di un minore affidatogli tramite autorizzazione governativa, provvedimento giudiziale o atto notarile (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2016, II, p. 224). Vi sono due

diversi tipi di *kafalah*: quella giudiziale (la quale presuppone la situazione di abbandono o comunque di grave disagio del minore nel suo ambiente familiare) e quella convenzionale (che si realizza tramite un negozio stipulato tra la famiglia d'origine e quella d'accoglienza volto a garantire al fanciullo maggiori opportunità di crescita e migliori condizioni di vita, salvaguardando però il rapporto con i genitori. La giurisprudenza ha sottolineato la non contrarietà di tale istituto all'ordine pubblico italiano (né ai principi della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20.11.1989 il cui art. 20 vi fa riferimento espresso) essendo volto a realizzare il superiore interesse del minore (Cass. 2.2.2015, n. 1843). D'altra parte però è stata negata anche la riconducibilità della stessa all'adozione. Nello specifico la Suprema Corte ha affermato che proprio poiché l'istituto in esame trova origine dal divieto di adozione, applicare le relative norme porterebbe a “negare pregiudizialmente il significato e la rilevanza dell'istituto della *kafalah* negli ordinamenti giuridici che la prevedono”. Neppure è possibile escluderne la riconoscibilità affermando che l'unico strumento previsto dal nostro ordinamento per casi simili è quello dell'adozione internazionale. Con ciò contrasterebbe la scelta dello Stato italiano di partecipare a convenzioni internazionali che detto istituto hanno riconosciuto. Concludendo, ai fini del riconoscimento non si applicheranno le norme in materia di adozione ma gli artt. 64 ss. (Cass. 2.2.2015, n. 1843). La questione è però tutt'altro che pacifica. Contrariamente, infatti, si era espressa sempre la Suprema Corte in precedenza dichiarando che l'inserimento di un minore straniero, in stato d'abbandono in una famiglia italiana, può avvenire esclusivamente in applicazione della disciplina dell'adozione internazionale e pertanto aveva negato il riconoscimento del relativo provvedimento (Cass. 23.9.2011, n. 19450).

## CAPO VI

### PROTEZIONE DEGLI INCAPACI E OBBLIGHI ALIMENTARI

## 42 Giurisdizione e legge applicabile in materia di protezione dei minori

1. La protezione dei minori è in ogni caso regolata dalla Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961, sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori, resa esecutiva con la legge 24 ottobre 1980, n. 742.

2. Le disposizioni della Convenzione si applicano anche alle persone considerate minori soltanto dalla loro legge nazionale, nonché alle persone la cui residenza abituale non si trova in uno degli Stati contraenti.

### Estremi Normativa di riferimento

✓ *Protezione dei minori* (Convenzione dell'Aja del 5.10.1961; Convenzione dell'Aja del 19.10.1996; Reg. (CE) n. 2201/2003)

### SOMMARIO

1. Inquadramento della norma. – 2. Il richiamo “in ogni caso” alla Convenzione dell'Aja del 1961. – 3. I sopravvenuti strumenti a livello sovranazionale: la Convenzione dell'Aja del 19.10.1996 e il Reg. n. 2201/2003. – 4. *Segue*. I tratti fondamentali del Reg. n. 2201/2003. – 5. *Segue*. I tratti fondamentali della Convenzione dell'Aja del 1996. – 6. Prassi applicativa sulla nozione di “misura di protezione del minore”.

**1. Inquadramento della norma.** – La l. n. 218/1995 di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato contiene disposizioni distinte per la protezione dei minori e per quella degli incapaci maggiori di età che, per quanto accomunati dalla non piena capacità di agire, presentano diverse esigenze di tutela. Essa si distingue pertanto dal precedente sistema che, all'art. 21 delle preleggi, accomunava le due categorie di soggetti, prevedendo che le misure poste a tutela di entrambe fossero regolate dalla loro legge nazionale. La norma di riferimento in relazione alle **misure protettive dei minori** è l'art. 42, mentre la capacità giuridica e la capacità di agire sono regolate dagli artt. 20 e 23 della presente legge, che richiamano le legge nazionale della persona di cui si tratta. Per quanto riguarda il riconoscimento dei provvedimenti in materia, non esiste una norma specifica, applicandosi pertanto gli artt. 64 ss. della presente l. quando si versa nel suo ambito di applicazione.

**2. Il richiamo “in ogni caso” alla Convenzione dell’Aja del 1961.** – Per la disciplina della giurisdizione e della legge applicabile alla protezione di minori, l'art. 42, co. 1 dispone un rinvio “in ogni caso” alla **Convenzione dell’Aja del 1961** sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori. La Convenzione, in vigore sul piano internazionale dal 4.2.1969, è stata ratificata dall'Italia, mediante deposito del relativo strumento, solo il 22.2.1995, anche in vista dell'entrata in vigore della presente legge; e ciò sebbene l'autorizzazione alla ratifica fosse stata deliberata diversi anni prima con la l. n. 742/1980 (HONORATI, *Art. 42*, in POCAR e al. (a cura di), *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano. Legge 31 maggio 1995, n. 218*, Torino, 1996, p. 210). Secondo una tecnica già utilizzata in altre parti della legge (v. anche *sub art.* 45), viene operata una **recezione materiale delle norme internazionali pattizie** che risultano pertanto applicabili, *erga omnes* e a prescindere da qualsiasi condizione di reciprocità, ad ogni fattispecie o misura di protezione dei minori, indipendentemente dal fatto che esse rientrino nel loro originario ambito di applicazione. Tale aspetto è esplicitato dall'art. 42 in relazione all'ambito di applicazione soggettivo della norma. Mentre, infatti, gli artt. 12-13 della Convenzione ne limitano l'efficacia ai soli minori residenti negli Stati contraenti, il **co. 2** dell'art. in commento specifica che le disposizioni della Convenzione si applicano anche ai minori la cui residenza abituale si trovi al di fuori di detti Stati (DAVÌ, *Il diritto internazionale privato italiano della famiglia e le fonti di origine comunitaria e internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 2002, p. 865). Inoltre, sempre al co. 2, si precisa che la Convenzione si applica anche qualora la precondizione soggettiva per la sua applicazione, vale a dire la minore età, si realizzi solo ai sensi della legge nazionale della persona di cui si tratta. La Convenzione è pertanto efficace in Italia sulla base di un duplice fondamento: da una parte, per effetto della ratifica e del corrispondente ordine di esecuzione (**rinvio formale**); dall'altra, in forza del **rinvio materiale** recettizio operato dall'art. 42, anche con riferimento a fattispecie escluse dal proprio ambito di applicazione, ma comprese, secondo la legge italiana, nella materia della protezione dei minori (BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma italiana del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, 1996, p.

30 ss.). La disciplina convenzionale pone come regola generale in materia di **giurisdizione** quella della **competenza delle autorità giurisdizionali dello Stato di residenza abituale del minore** (art. 1), prevedendo però al contempo, come eccezione, la possibilità del giudice nazionale di intervenire, a modifica delle misure assunte dal primo giudice, se richiesti ai fini della tutela del superiore interesse del minore. A tal fine è disposto un **meccanismo di cooperazione internazionale** tra le Autorità centrali, che prevede che il giudice dello Stato di cittadinanza comunichi preventivamente a quello dello Stato di residenza abituale le misure che intende adottare. Va inoltre considerato l'art. 3 della Convenzione, a termini del quale i c.d. **rapporti di autorità**, a cui il minore è sottoposto di pieno diritto in base alla propria legge nazionale, sono regolati da quest'ultima: il giudice della residenza abituale non solo non può modificarli, ma è anzi tenuto a riconoscerli all'interno del proprio ordinamento. Sotto il profilo della **legge applicabile**, non è presente una vera e propria norma di conflitto, ma solamente un rinvio alla legge del giudice adito al fine di realizzare quella corrispondenza tra *forum* e *ius* spesso presente nelle convenzioni elaborate dalla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, II, Torino, 2016, quarta ed., p. 39 s.). Nell'ordinamento italiano, in materia di protezione dei minori, norme di natura privatistica sono affiancate da interventi di carattere pubblicistico, posti in essere da organi amministrativi o giurisdizionali allo scopo di supplire alle carenze della famiglia. Ne sono un esempio gli artt. 330 ss. c.c., 343 ss. c.c. e 400 ss. c.c. Norme aventi la medesima finalità sono contenute nella legge adozione. In virtù della loro funzione, tali norme si ritengono applicabili a tutti i minori che si trovino sul territorio dello Stato, indipendentemente dalla loro cittadinanza o residenza, in quanto ritenute **norme di applicazione necessaria**, con conseguente esclusione della legge straniera eventualmente richiamata. Si segnala tra le norme di applicazione necessaria anche l'**art. 36 bis** della presente legge, introdotto con d.lgs. 28.12.2013, n. 154, che prevede come applicabili in ogni caso le norme del diritto italiano che “attribuiscono al giudice il potere di adottare provvedimenti limitativi o ablativi della responsabilità genitoriale in presenza di condotte pregiudizievoli per il figlio”.

**3. I sopravvenuti strumenti a livello sovranazionale: la Convenzione dell’Aja del 19.10.1996 e il Reg. n. 2201/2003.** – Visto il richiamo “in ogni caso” alla Convenzione dell'Aja del 1961 operato dall'art. in commento, occorre domandarsi se le norme pattizie debbano ritenersi cristallizzate all'entrata in vigore della presente l. (in tal senso FRANCHI, *Protezione degli incapaci e obblighi alimentari. Commento all'art. 42 – Giurisdizione e legge applicabile in materia di protezione dei minori*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1996, p. 12, nota 25) oppure se si debba tener conto delle vicende che esse subiscono sul piano internazionale (in argomento, CLERICI, *Sulla riforma dell'art. 42 della legge n. 218/95*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 642 ss.), anche in assenza di qualunque riferimento espresso alle eventuali successive modifiche alla Convenzione (a differenza di quanto ad es. stabilito nell'art. 3, co. 2 della l., che richiama la Convenzione di Bruxelles del 1968 nonché le sue eventuali modifiche in

vigore per l'Italia). L'art. 42 nasce in realtà come norma già superata, come dimostra la firma, avvenuta l'anno successivo, della nuova Convenzione dell'Aja sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori (*amplius*, BARUFFI, *La Convenzione dell'Aja del 1996 sulla tutela dei minori nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, p. 975 ss.). Per l'Italia, l'autorizzazione alla ratifica è contenuta nella **l. 18.6.2015, n. 101** e, a seguito del deposito dello strumento di ratifica in data 30.9.2015, la Convenzione è in vigore nel nostro paese dal 1.1.2016, senza che tuttavia sia stata prevista una modifica dell'art. 42 della l. in commento. A ciò si aggiunga l'entrata in applicazione, il 1.3.2005, del **Reg. n. 2201/2003**, c.d. *Bruxelles II bis*, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che pure limita fortemente l'applicazione della Convenzione nei paesi ad esso vincolati (vale a dire tutti i paesi dell'UE, ad eccezione della Danimarca). L'art. 60 del regolamento ne sancisce infatti la prevalenza sulla Convenzione del 1961 nei rapporti tra Stati membri e per le materie rientranti nel suo ambito di applicazione, facendo quindi salva l'applicazione delle norme pattizie nei rapporti con Stati terzi. In relazione invece alla Convenzione dell'Aja del 1996, l'art. 61 del regolamento prevede l'applicazione della disciplina UE in luogo di quella convenzionale se il minore ha la propria residenza abituale nel territorio di uno Stato membro. Infine, l'art. 62 prevede che le convenzioni internazionali di cui i paesi UE siano parti continuino ad avere efficacia per gli aspetti non disciplinati dal regolamento stesso. Tornando tuttavia al richiamo che l'art. 42 opera alla Convenzione del 1961, la scelta del rinvio materiale come strumento di richiamo della disciplina convenzionale anche per fattispecie da essa non contemplate e l'assenza di qualunque riferimento ad eventuali successive modifiche fanno propendere per la soluzione che tali modifiche non debbano essere considerate quando si tratta di applicare l'art. 42 della l. n. 218/1995 (*contra*, BOSCHIERO, *op. cit.*, p. 32). Allo stesso tempo, tuttavia, proprio in virtù dell'entrata in vigore degli strumenti sopra menzionati, occorre segnalare che alla l. n. 218/1995 residua uno **spazio applicativo estremamente limitato**, indipendentemente dall'assenza nell'art. 42 di ogni riferimento alle successive modificazioni della disciplina internazionale. L'insieme delle norme appena menzionate comporta infatti l'applicazione di **tre distinti regimi**, destinati a disciplinare la stessa materia. In primo luogo, alle fattispecie intracomunitarie, quando il minore abbia la residenza abituale in uno Stato, in punto di giurisdizione si applica il regolamento *Bruxelles II bis* che prevale tanto sulle convenzioni internazionali a cui gli Stati membri hanno aderito quanto sulle leggi interne, ivi compresa la l. n. 218/1995. In secondo luogo, in punto di legge applicabile, non disciplinata dal regolamento, nei rapporti con la Danimarca (non vincolata dal regolamento) e con gli Stati terzi che l'abbiano ratificata, trova applicazione la convenzione dell'Aja del 1996 (in vigore in tutti gli Stati UE: sulla ratifica da parte dei singoli Stati in luogo della conclusione della convenzione da parte dell'UE, v. decisione del Consiglio n. 2008/431/CE), trovando invece applicazione la Convenzione del 1961 nei rapporti con i paesi vincolati

solo a quest'ultima oppure nell'ambito dei giudizi instaurati al di fuori dall'ambito di applicazione temporale della Convenzione del 1996. Infine, qualora né la disciplina UE né quella pattizia trovino applicazione a causa della presenza di fattispecie non ricomprese nel loro ambito geografico o temporale di applicazione, occorre far ricorso all'art. 42 della l. n. 218/1995, che rinvia in ogni caso alla convenzione del 1961. Come detto, ciò comporta l'applicazione della convenzione a tutte le fattispecie rientranti nel campo di applicazione della l., ma, come rinvio materiale, senza cioè tenere in considerazione le successive modifiche avvenute sul piano internazionale. Il quadro è parzialmente semplificato dalla circostanza che le discipline dettate da questi strumenti non risultano molto dissimili tra di loro, di fatto conducendo nella maggior parte dei casi, al medesimo giudice competente e alla medesima legge applicabile, in virtù della residenza abituale del minore come titolo di giurisdizione privilegiato e dell'obiettivo di far coincidere *forum* e *ius* (BORRÁS, *Diritto internazionale privato e rapporti con Stati terzi*, in PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 365). A questo complicato scenario occorre altresì aggiungere che il regolamento *Bruxelles II bis* non contiene disposizioni in materia di legge applicabile, quindi, nei rapporti tra Stati membri, occorrerà, per questi aspetti, far riferimento alla Convenzione dell'Aja del 1996.

**4. Segue. I tratti fondamentali del Reg. n. 2201/2003.** – In virtù del limitato spazio della norma in commento a livello pratico, occorre ripercorrere i punti salienti delle normative che ne hanno eroso l'ambito applicativo, sostituendosi in gran parte ad essa. In punto di giurisdizione, la norma è sostituita tanto dal Reg. n. 2201/2003 quanto dalle Convenzioni dell'Aja del 1961 edel 1996, a seconda che si versi in situazioni intracomunitarie oppure nei rapporti con Stati terzi (parti, naturalmente, delle Convenzioni medesime). Quanto alla legge applicabile, entrambe le fattispecie sono invece regolate dalle Convenzioni. Quanto al regolamento, esso rappresenta uno strumento doppio, applicandosi tanto alla materia matrimoniale (v. *sub*. art. 32, par. 3) quanto a quella della responsabilità genitoriale relativamente ai minori anche nati fuori dal matrimonio o di uno solo dei coniugi (BARUFFI, *Osservazioni sul regolamento Bruxelles II-bis*, in BARIATTI (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, p. 177; sulla riforma del regolamento, BARUFFI, *La riforma del regolamento Bruxelles II bis e la tutela dell'interesse superiore del minore*, in TRIGGIANI e al., *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, p. 1087). Ai sensi dell'art. 1 del regolamento, sono ascrivibili alla **responsabilità genitoriale** il diritto di affidamento e il diritto di visita; la tutela, la curatela ed altri istituti analoghi; la designazione e le funzioni di qualsiasi persona o ente aventi la responsabilità della persona o dei beni del minore o che lo rappresentino o assistano; la collocazione del minore in una famiglia affidataria o in un istituto; le misure di protezione del minore legate all'amministrazione, alla conservazione o all'alienazione dei beni del minore (sull'approvazione di un accordo di divisione dell'eredità concluso dal curatore di figli minori per loro conto, v. C. giust. 6.10.2015, causa C-404/14, *Matoušková*, escludendo l'applicazione del Reg. n. 650/2012 in materia di successioni).

Unitamente alle definizioni contenute nell'art. 2, si comprende come per responsabilità genitoriale si intendano i diritti e doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore e riguardanti la persona o i beni di un minore. Come detto, il termine comprende, in particolare, il diritto di affidamento e il diritto di visita, intendendosi per il primo i diritti e doveri concernenti la cura della persona di un minore, in particolare il diritto di intervenire nella decisione riguardo al suo luogo di residenza. In caso di affidamento congiunto o di affidamento esclusivo ad uno dei due genitori, ma con particolare prescrizioni di residenza, il trasferimento dal luogo di residenza operato, rispettivamente, da uno dei due genitori, o dal titolare del diritto di affidamento all'insaputa dell'altro si configura come illecito (Trib. min. Bologna, 7.5.2009, in *Fam. e dir.*, 2010, p. 38). Ricade nella sfera di applicazione *ratione materiae* del regolamento l'azione con cui uno dei genitori chiede al giudice di sopperire al mancato consenso dell'altro agli spostamenti del figlio minore al di fuori dello Stato membro di residenza del medesimo ed al rilascio di un passaporto a nome del minore stesso (C. giust. 21.10.2015, C-215/15, *Gogova*), così come, avendo natura accessoria, la riscossione di una penalità stabilita dal giudice che ha statuito nel merito sul diritto di visita al fine di assicurare l'esercizio effettivo di tale diritto (C. giust. 9.9.2015, C-4/14, *Bohez*; sulla tutela del diritto di visita v. anche Corte europea dei diritti dell'uomo 2.11.2000, *Piazzi c. Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 775). Vi è pertanto una **definizione autonoma di diritto di affidamento**, senza designare però il titolare di tale diritto che deve essere definito sulla base del diritto nazionale (C. giust. 5.10.2010, C-400/10 PPU, *McB.*). Il regolamento si applica anche quando la controversia non riguarda i genitori ma **persone o enti** che abbiano la responsabilità sul minore e lo rappresentino e lo assistano (QUEIROLO, *Regolamento (CE) 27 novembre 2003, n. 2201 del Consiglio relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale*, in F. PREITE (diretto da), *Atti notarili. Diritto comunitario e internazionale*, vol. IV, 1, Torino, 2011, p. 315). Rientra nell'ambito di applicazione del regolamento anche la decisione di un'autorità di un paese membro che preveda la presa in carico e la collocazione al di fuori della famiglia di origine anche quando ai sensi del diritto nazionale essa debba essere considerata una misura di diritto pubblico (C. giust. 2.4.2009, C-523/07, *A.*; 27.11.2007, C-435/06, *C.*), così come quella che prevede la collocazione del minore in un istituto terapeutico o rieducativo di custodia situato in un altro Stato membro che implichi, per un periodo determinato e per finalità di tutela, la privazione della libertà personale (C. giust. 26.4.2012, C-92/12 PPU, *Health Service Executive*). In materia di responsabilità genitoriale l'art. 8 del regolamento pone come **titolo di giurisdizione generale la residenza abituale** del minore in un paese membro, anche se cittadino di uno Stato terzo. La residenza abituale è **nozione autonoma** rispetto a quella degli ordinamenti nazionali e va individuata tenendo in considerazione tutte le circostanze del caso di specie (cittadinanza, conoscenze linguistiche, frequentazione scolastica, attività extrascolastiche, relazioni sociali: C. giust. 2.4.2009, *A.*, cit.). Essa infatti corrisponde al luogo in cui il minore sia presente in manie-

ra non occasionale e abbia un certo grado di integrazione sociale e familiare (Cass. S.U. 10.2.2017, n. 3555; BARUFFI, *La cittadinanza dell'Unione e i diritti dei minori nello spazio giuridico europeo*, in BARUFFI (a cura di), *Cittadinanza e diversità culturale nello spazio giuridico europeo*, Napoli, 2010, p. 82 ss.). Conseguentemente, le circostanze rilevanti devono riguardare direttamente il minore e non le intenzioni dei genitori (LOPES PEGNA, *L'interesse superiore del minore nel regolamento n.2201/2003*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2013, p. 371); né è richiesto un calcolo della durata del soggiorno in un dato Stato membro (Cass. S.U. 13.2.2012 n. 1984). Se il minore è un **neonato**, la sua residenza abituale dovrà essere valutata tenendo conto delle decisioni di soggiorno del titolare della responsabilità genitoriale in un determinato Stato membro e dell'integrazione di quest'ultimo nell'ambiente sociale e familiare (C. giust. 22.12.2010, C-497/10 PPU, *Mercredi*; in una situazione in cui un minore è nato ed ha soggiornato ininterrottamente con sua madre per diversi mesi, conformemente alla volontà comune dei suoi genitori, in uno Stato membro diverso da quello in cui questi ultimi avevano la loro residenza abituale prima della sua nascita, l'intenzione iniziale dei genitori in merito al ritorno della madre, in compagnia del minore, in quest'ultimo Stato membro non può consentire di ritenere che detto minore abbia ivi la sua residenza abituale: C. giust. 8.6.2017, C-111/17 PPU, *OL c. PQ*). Come eccezione alla regola generale, l'art. 12, par. 1 prevede la possibilità di **prorogare la competenza** in materia di responsabilità genitoriale **a favore del giudice dello Stato membro competente per la separazione, il divorzio o l'annullamento del matrimonio**, in virtù dell'accessorietà della relativa domanda. Ciò può avvenire in presenza di tre condizioni cumulative: se almeno uno dei coniugi esercita la responsabilità genitoriale sul figlio, se la proroga risponde all'interesse superiore del minore (ai sensi del par. 4 l'interesse è presunto se il minore ha la residenza abituale in uno Stato non contraente la Convenzione dell'Aja del 1996) e se la competenza giurisdizionale di tali autorità giurisdizionali è stata accettata espressamente o in qualsiasi altro modo univoco dai coniugi e dai titolari della responsabilità genitoriale alla data in cui le autorità giurisdizionali sono adite. L'interesse superiore del minore rileva tutte le volte in cui si verifichi un contrasto tra il criterio della cittadinanza (art. 3, lett. *b*) e quello della residenza abituale (art. 3, lett. *a*), nei casi in cui, ad es. il giudice adito sulla base della cittadinanza comune dei coniugi, pur in presenza dell'accettazione degli stessi, non ritenga di essere quello più idoneo a conoscere la causa in materia di responsabilità genitoriale nell'interesse del minore (Trib. Brindisi 1.8.2006, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 438). Per l'**accettazione** non sono richiesti particolari requisiti, se non che deve essere inequivoca. Si considera tale il difetto di eccezione di competenza in merito alla domanda relativa alla responsabilità genitoriale all'atto della costituzione. Tuttavia, non è sufficiente la mancata contestazione della giurisdizione rispetto al connesso procedimento di separazione personale o di divorzio (BIAGIONI, *Il nuovo regolamento comunitario sulla giurisdizione e sull'efficacia delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità dei genitori*, in *Riv. dir. int.*, 2004, p. 1014; MARINO, *La portata della proroga del foro nelle controversie sulla responsabilità genitoriale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2015,

p. 349 ss.; Cass. S.U. 30.12.2011 n. 30646) o l'audizione del titolare del diritto di visita nel procedimento matrimoniale (CONTI, *Il nuovo Regolamento comunitario in materia matrimoniale e di potestà dei genitori*, in *Fam. dir.*, 2004, p. 296). È invece considerata accettazione la mancata proposizione dell'eccezione di difetto di giurisdizione da parte del convenuto costituito in giudizio (Trib. Arezzo 15.3.2011, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, p. 161). Ai sensi del par. 3 dell'art. 12, anche **indipendentemente dall'esistenza di un procedimento in materia matrimoniale** (C. giust. 12.11.2014, C-656/13, *L. c. M.*), può essere competente il giudice di uno Stato membro diverso da quello dell'art. 8 se il minore presenta con questo secondo Stato un legame sostanziale, in particolare perché uno dei titolari della responsabilità genitoriale vi risiede abitualmente o perché è egli stesso cittadino di quello Stato, sempreché la competenza sia stata accettata espressamente o in qualsiasi altro modo univoco da tutte le parti del procedimento alla data in cui le autorità giurisdizionali sono adite ed è conforme all'interesse superiore del minore. Non si può considerare che la competenza dell'autorità giurisdizionale adita da una parte sia stata "accettata espressamente o in qualsiasi altro modo univoco da tutte le parti al procedimento", ai sensi di tale disposizione, qualora la parte convenuta nel predetto primo procedimento avvii, successivamente, un secondo procedimento dinanzi allo stesso giudice ed eccepisca, nell'ambito del primo atto ad essa incombente nel primo procedimento, l'incompetenza di tale giudice (C. giust. 12.11.2014, *L. c. M.*, cit.). Allo stesso modo non si può derivare un'accettazione ai sensi dell'art. 12, par. 3 dal solo rilievo che il mandatario *ad litem* rappresentante della controparte citata in giudizio, nominato d'ufficio dal giudice stesso a fronte dell'impossibilità di notificare alla controparte medesima l'atto introduttivo del giudizio, non abbia eccepito il difetto di giurisdizione di detto giudice (C. giust. 21.10.2015, *Gogova*, cit.). La competenza *ex art. 12* viene meno con la pronuncia di una decisione definitiva nel contesto di tale procedimento (C. giust. 1.10.2014, C-436/13, *E. c. B.*). Il regolamento prevede **altri titoli di giurisdizione derogatori all'art. 8** relativi ai casi di trasferimento lecito e illecito di un minore (artt. 9-11) e al caso in cui non sia possibile stabilire la residenza abituale del minore né determinare la competenza ai sensi dell'art. 12. In tale ultima circostanza, così come in presenza di minori rifugiati o sfollati, sono competenti i giudici dello **Stato membro in cui si trova il minore** (art. 13). Inoltre, è prevista la possibilità di **trasferimento di competenza** verso l'autorità di un altro Stato membro considerata più idonea a conoscere il caso (art. 15). Tale ultima disposizione si applica in presenza di un ricorso in materia di tutela dei minori presentato sulla base del diritto pubblico dalla competente autorità di uno Stato membro e avente ad oggetto l'adozione di misure relative alla responsabilità genitoriale, qualora la dichiarazione di competenza di un organo giurisdizionale di un altro Stato membro necessiti, a valle, dell'avvio, da parte di un'autorità di tale altro Stato membro, ai sensi del suo diritto interno e alla luce di circostanze di fatto eventualmente diverse, di un procedimento distinto da quello avviato nel primo Stato membro. Per poter stabilire che un'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro con il quale il minore ha un legame particolare è più adatta, il giudice competente di uno Stato membro deve accertarsi che il

trasferimento del caso a detta autorità giurisdizionale sia idoneo ad apportare un valore aggiunto reale e concreto al trattamento dello stesso, in particolare tenendo conto delle norme di procedura applicabili in detto altro Stato membro; il giudice competente di uno Stato membro deve in particolare accertarsi che tale trasferimento non rischi di ripercuotersi negativamente sulla situazione del minore. Il giudice competente di uno Stato membro non deve tenere conto né dell'incidenza di un possibile trasferimento di detto caso a un'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro sul diritto di libera circolazione delle persone interessate diverse dal minore interessato, né del motivo per il quale la madre di tale minore si è avvalsa di tale diritto, prima che detto giudice fosse adito, salvo che considerazioni di questo tipo siano tali da ripercuotersi in modo negativo sulla situazione di tale minore (C. giust. 27.10.2016, C-428/15, *Child and Family Agency c. J.D.*). L'art. 14 è dedicato alla c.d. **competenza residua**. Ai sensi del par. 1, qualora nessun giudice di uno Stato membro sia competente ai sensi degli artt. 8-13, la competenza, in ciascuno Stato membro, è determinata dalla legge di tale Stato, quindi per l'ordinamento italiano dalle Convenzioni dell'Aja del 1996 e del 1961 e, nei rapporti con i paesi non vincolati da tali Convenzioni, dall'art. 37 della l. n. 218/1995. Si rammenta che, in base all'art. 20, in casi d'urgenza, le autorità giurisdizionali di uno Stato membro possono adottare i provvedimenti **provvisori o cautelari** previsti dalla legge interna, relativamente alle persone presenti in quello Stato o ai beni in esso situati, anche se, a norma del regolamento, è competente a conoscere nel merito l'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro. Questi provvedimenti cessano di essere applicabili quando l'autorità giurisdizionale dello Stato membro competente a conoscere del merito abbia adottato i provvedimenti ritenuti appropriati (C. giust. 26.4.2012; *Health Service Executive*, cit.; 15.7.2010, C-256/09, *Purrucker I*). Qualora nessuna autorità giurisdizionale di uno Stato membro sia competente ai sensi degli artt. 8-13 la competenza, in ciascuno Stato membro, è determinata dalla legge di tale Stato, ciò conducendo, in base all'ordinamento italiano, all'art. 42 della l. n. 218/1995. La **sussistenza della giurisdizione** va valutata al momento della proposizione della domanda (art. 16). Un giudice si considera comunque adito alla data del deposito del ricorso, anche se il procedimento venga poi sospeso su istanza dell'attore e il convenuto non sia a conoscenza né sia intervenuto nel processo a causa del difetto di notifica da parte dell'attore (C. giust. 16.7.2015, C-507/14, *P. c. M.*). Inoltre, la data in cui la domanda giudiziale o un atto equivalente è depositato presso l'autorità giurisdizionale è la data in cui siffatto deposito è effettuato presso l'autorità giurisdizionale interessata, anche se esso non dà immediato avvio al procedimento secondo il diritto nazionale (C. giust. 22.6.2016, C-173/16, *M.H. c. M. H.*). Il **difetto di giurisdizione** è rilevabile d'ufficio dal giudice (art. 17), ma il giudice deve effettuare il controllo *in limine litis*. La costituzione in giudizio del convenuto non è idonea a sanare il difetto di giurisdizione. Non è immediatamente ricorribile per Cassazione la sentenza che accerta la sussistenza della giurisdizione sulla base del regolamento, senza definire il giudizio nel merito (Cass. S.U. 12.2.2013 n. 3268). L'art. 19 contiene anche norme sulla **litispendenza** e sulla **connessione** internazionali, che nel regolamento vengono trattate allo stesso mo-

do. Qualora dinanzi a autorità giurisdizionali di Stati membri diversi siano state proposte domande sulla responsabilità genitoriale su uno stesso minore, aventi il medesimo oggetto e il medesimo titolo, l'autorità giurisdizionale successivamente adita sospende d'ufficio il procedimento finché non sia stata accertata la competenza dell'autorità giurisdizionale preventivamente adita. Quando la competenza dell'autorità giurisdizionale preventivamente adita è stata accertata, l'autorità giurisdizionale successivamente adita dichiara la propria incompetenza a favore dell'autorità giurisdizionale preventivamente adita (applicabile analogicamente, anche se dettata in materia matrimoniale, C. giust. 6.10.2015, C-489/14, A c. B: nel caso di procedimenti di separazione personale e di divorzio instaurati tra le stesse parti dinanzi ad autorità giurisdizionali di due Stati membri, l'art. 19, par.1 e 3 deve essere interpretato nel senso che, in una situazione in cui il procedimento dinanzi all'autorità giurisdizionale preventivamente adita nel primo Stato membro si è estinto dopo l'adizione della seconda autorità giurisdizionale nel secondo Stato membro, le condizioni della litispendenza non sono più soddisfatte e, di conseguenza, la competenza dell'autorità giurisdizionale preventivamente adita deve considerarsi non accertata). Sullo specifico onere di diligenza nel compimento delle attività successive al deposito del ricorso introduttivo del giudizio preventivamente proposto, ossia a quelle che conducono alla notifica dello stesso, allo scopo di evitare «effetti prenotativi» della giurisdizione verso il foro più favorevole, Trib. Palmi 28.1.2013. L'art. 19 è applicabile alla sola litispendenza **intracomunitaria**. Per la litispendenza con Stati terzi si applica l'art. 7 della l. n. 218/1995 (Cass. S.U. 18.3.2016 n. 5420; ord. 2.5.2016 n. 8619). Le disposizioni dell'art. 19 non trovano applicazione qualora all'autorità giurisdizionale di uno Stato membro, adita preventivamente per decidere della responsabilità genitoriale, sia chiesta solo l'adozione di provvedimenti provvisori ex art. 20 e l'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro, competente a conoscere del merito ai sensi del medesimo regolamento, sia adita successivamente anch'essa con la domanda di decidere della responsabilità genitoriale, vuoi in via provvisoria, vuoi a titolo definitivo. Il fatto che dinanzi all'autorità giurisdizionale di uno Stato membro sia avviato un procedimento sommario o che sia presa una decisione nell'ambito di un tale procedimento e che non risulti da alcun elemento dell'atto introduttivo di giudizio o della decisione adottata che il giudice del procedimento sommario sia competente ai sensi del regolamento non esclude necessariamente l'esistenza, come eventualmente ammesso dal diritto interno di tale Stato membro, di una domanda di merito connessa a quella di provvedimenti provvisori e contenente elementi che dimostrino la competenza del giudice adito ai sensi del suddetto regolamento. Quando l'autorità giurisdizionale adita successivamente, nonostante gli sforzi profusi per informarsi presso la parte che eccepisce la litispendenza, presso l'autorità giurisdizionale preventivamente adita e presso l'autorità centrale, non dispone di alcun elemento che permetta di determinare l'oggetto e il titolo di una domanda introdotta dinanzi ad un'altra autorità giurisdizionale e che sia diretto in particolare a dimostrare la competenza di quest'ultima conformemente al regolamento, e, a causa di particolari circostanze, l'interesse del minore richieda l'adozione di una decisione che possa essere riconosciuta

in Stati membri diversi da quello dell'autorità giurisdizionale successivamente adita, tale autorità giurisdizionale è tenuta, decorso un termine ragionevole perché sia data risposta ai suoi quesiti, a proseguire l'esame della domanda di cui è stata investita. La durata di tale periodo di tempo ragionevole deve tener conto dell'interesse superiore del minore nelle specifiche circostanze della controversia (C. giust. 9.11.2010, causa C-296/10, *Purrucker II*). Sul sistema generale di **riconoscimento** delle decisioni v. *sub* art. 32, par. 3, con la distinzione che i motivi di non riconoscimento delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale sono indicati nell'art. 23. Ai fini di tale norma rilevano le decisioni incompatibili emesse, oltre che nello Stato richiesto o in un altro Stato membro, nello Stato terzo di residenza abituale del minore (MAGRONE, *L'esecuzione delle decisioni in materia familiare secondo il regolamento (CE) n. 2201/2003*, in CARELLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria ed efficacia delle sentenze: problematiche di diritto internazionale ed europeo*, Bari, 2007, p. 239). Non può essere negato il riconoscimento di una decisione straniera per il contrasto con un provvedimento provvisorio ai sensi dell'art. 20, destinato a perdere efficacia a seguito dei provvedimenti appropriati del giudice competente per il merito (Cass. 16.10.2009 n. 22093). L'art. 56 richiede che una pubblica autorità dello Stato richiesto approvi preliminarmente il collocamento del minore in un istituto di custodia ubicato in tale Stato ma la mancanza di tale approvazione può essere sanata a posteriori, sospendendo nelle more l'esecuzione della sentenza (C. giust. 26.4.2012, *Health Service Executive*, cit.). La decisione deve essere riconosciuta anche se ha applicato una legge di contenuto diverso rispetto alla legge dello Stato richiesto ovvero una legge diversa da quella designata dalle norme di conflitto dello Stato richiesto (art. 25). Il **divieto di riesame nel merito** non preclude l'adozione di provvedimenti diversi da parte del giudice di un diverso Stato membro, quando questo sia divenuto competente, ad es. perché è mutata la residenza abituale del minore (art. 26). Il giudice dello Stato richiesto non può controllare la **competenza giurisdizionale dello Stato d'origine** (art. 24; C. giust. 15.7.2010, *Purrucker I*, cit.). Quanto all'**esecuzione**, ai fini della **dichiarazione di esecutività**, riservata ai provvedimenti sulla responsabilità genitoriale (ad eccezione delle pronunce relative al diritto di visita e alle decisioni sul ritorno del minore emanate in base all'art. 11, par. 8 del regolamento per le quali è abolito l'*exequatur*), la decisione straniera può essere anche solo provvisoriamente esecutiva (LOPES PEGNA, *Concentrazione delle difese nello Stato di origine e sue conseguenze per il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni*, in BOSCHIERO, BERTOLI (a cura di), *Verso un ordine «comunitario» del processo civile*, Editoriale Scientifica, 2008, p. 106). La procedura di *exequatur* è necessaria per le decisioni relative all'affidamento del minore (Cass. S.U. 20.12.2006 n. 27188, cit.) e al suo collocamento in un istituto di custodia in altro Stato membro (C. giust. 26.4.2012, *Health Service Executive*, cit.). Le decisioni in materia di responsabilità genitoriale devono essere dichiarate esecutive negli Stati membri diversi da quello d'origine prima di potersi spiegare i loro effetti costitutivi (Cass. S.U. 20.12.2006 n. 27188). La dichiarazione di esecutività attribuisce alla decisione i soli effetti esecutivi in essa indicati: in particolare la decisione di collocamento del minore in un istituto di

custodia può essere dichiarata esecutiva nello Stato membro solo per la durata in essa indicata (C. giust. 26.4.2012, *Health Service Executive*, cit.). La **competenza** territoriale per la procedura di *exequatur* è individuata nel luogo della residenza abituale della parte esecutata o del minore di cui si tratta, o, in mancanza, nel luogo dove deve avvenire l'esecuzione (art. 29, par. 2; MAGRONE, *op. cit.*, p. 229). La competenza funzionale per la procedura di riconoscimento in via principale e di dichiarazione di esecutività di una decisione spetta in Italia alla Corte d'Appello (Trib. min. Sassari 8.8.2002, in *Fam. e dir.*, 2003, p. 60). Ai fini della procedura di *exequatur* la parte istante deve dimostrare di aver notificato la decisione alla parte contro cui l'*exequatur* è richiesto, ma la notificazione può avvenire anche nel corso della procedura (BARATTA, *Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia*, in PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 192). Il procedimento per la dichiarazione di esecutività è **sommario**, a contraddittorio differito ed eventuale, essendo necessaria l'opposizione della parte interessata (CARBONE, CARBONE, *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi: il regolamento (CE) n. 1347/2000*, in CARBONE, FRIGO, FUMAGALLI (a cura di), *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, Milano, 2004, p. 86; tuttavia, C. giust. 11.7.2008, C-195/08 PPU, *Inga Rinau*: quando il procedimento previsto dall'art. 31 sia instaurato per ottenere una declaratoria di non riconoscibilità, il contraddittorio dev'essere immediatamente instaurato). Le spese di lite della fase del procedimento debbono essere poste a carico della parte soccombente (QUEIROLO, *op. cit.*, p. 335). Il **termine** di un mese per l'opposizione è previsto solo ove sia stata concessa la dichiarazione di esecutività della decisione straniera (MOSCONI, *Un confronto tra la disciplina del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni straniere nei recenti regolamenti comunitari*, in *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2001, p. 552). La notificazione del provvedimento di *exequatur* ai fini del decorso del termine per l'opposizione deve essere compiuta dalla parte istante (BARATTA, *op. cit.*, p. 194). L'opposizione non ha effetti sospensivi dell'efficacia esecutiva della decisione nello Stato membro richiesto, quando riguarda la collocazione di un minore in un istituto di custodia (CG C. giust. 26.4.2012, *Health Service Executive*, cit.). La **procedura** per la dichiarazione di esecutività, per quanto non prevista dal regolamento, è regolata dal diritto interno dello Stato richiesto (MOSCONI, *op. cit.*, p. 551), che disciplina il rito da seguire nel procedimento di opposizione in modo che sia idoneo ad assicurare il contraddittorio tra le parti (BARATTA, *op. loc. cit.*). Se la decisione straniera non è definitiva, il giudice può ordinare la **sospensione del procedimento per la dichiarazione di esecutività**, ma deve assegnare un termine per l'impugnazione al convenuto per evitare un'eccessiva dilatazione dei tempi (LOPES PEGNA, *op. ult. cit.*, p. 107). Il provvedimento sulla sospensione del procedimento e sulla fissazione di un termine per l'impugnazione nello Stato membro di origine non è soggetto a mezzi ordinari di impugnazione (BARATTA, *op. cit.*, p. 195). Per una sintesi, in lingua inglese di molte sentenze inedite applicative del regolamento, nonché della l. n. 218/1995, si rinvia al database pubblicato sul sito internet [www.eufams.unimi.it](http://www.eufams.unimi.it), creato

nell'ambito del progetto "Planning the future of cross-border families: a path through coordination" (EUfam's)", co-finanziato dal Programma Justice della Commissione europea.

**5. Segue. I tratti fondamentali della Convenzione dell'Aja del 1996.** – Venendo alla **Convenzione dell'Aja del 1996**, l'art. 5 attribuisce la **competenza** per l'adozione delle misure di protezione elencate nell'art. 3 alle autorità – comprese quelle amministrative – del luogo in cui il minore ha la propria **residenza abituale**, abbandonando così definitivamente il titolo di giurisdizione legato alla cittadinanza del minore che, per quanto non principale, era ancora presente nella Convenzione del 1961 in relazione ai c.d. rapporti di autorità (v. *supra*, *sub par. 2*; BARUFFI, *La Convenzione*, cit., p. 990). La Convenzione non contiene una definizione della nozione di residenza abituale, demandando quindi ai giudici nazionali il compito della sua determinazione, sulla base di elementi fattuali, tenendo in considerazione che si tratta, al pari di quanto avviene nell'ambito del regolamento, di un concetto autonomo, da interpretarsi alla luce degli obiettivi della Convenzione stessa, anziché dei diritti nazionali degli Stati contraenti. L'art. 6 fonda sulla presenza del minore rifugiato o sfollato sul territorio dello Stato contraente la competenza di quest'ultimo ad adottare misure protettive nei suoi confronti. La presenza del minore – o dei suoi beni – in uno Stato contraente giustifica anche l'adozione, da parte delle autorità di quello Stato, delle misure dettate da situazioni di urgenza (art. 11) o di quelle provvisorie (art. 12), che, a differenza di quanto avviene nel Reg. n. 2201/2003, sono disciplinate in norme distinte. Le disposizioni di entrambe le norme devono essere interpretate restrittivamente, comportando una deroga alla regola generale della residenza abituale del minore. Il campo di applicazione delle due previsioni è più ampio di quello che si ricava dagli artt. da 5 a 10 della convenzione, ricomprendendo tutti i minori che si trovano sul territorio di uno Stato contraente, o che ivi posseggono beni, anche quando la loro residenza abituale è ubicata al di fuori di tali Stati (*amplius*, Lagarde *Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention e Practical Handbook on the Operation of the 1996 Child Protection Convention*, reperibili al sito internet <https://www.hcch.net>). In punto di **legge applicabile**, la scelta effettuata dalla convenzione è quella di far coincidere di regola *forum* e *ius* (art. 15), al fine di facilitare il compito delle autorità competenti chiamate così ad applicare la loro legge, fatta salva la possibilità, qualora lo richieda la necessità di proteggere la persona o i beni del minore, di applicare la diversa legge di un paese con cui il minore presenti un collegamento più stretto, anche se non contraente. Alla regola generale dell'art. 15 sono affiancate una serie di norme relative all'individuazione di criteri di collegamento specifici per **determinate situazioni connesse alla responsabilità genitoriale**. Si tratta dell'attribuzione o dell'estinzione di pieno diritto di una responsabilità genitoriale, senza necessità dell'intervento di un'autorità, per le quali l'art. 16 prevede l'applicazione della legge del luogo di residenza abituale del minore. Nei casi invece in cui sia necessario l'intervento dell'autorità – giudiziaria o amministrativa – si applica la regola generale di cui all'art. 15 par. 1. In caso di trasferimento del minore in un paese diverso da quello sulla base della cui legge è

stata attribuita la responsabilità genitoriale, tale legge continua a regolare il rapporto al fine di garantire una certa continuità nella disciplina dei rapporti giuridici (par. 3). Sempre in caso di trasferimento del minore, il par. 4 consente che l'attribuzione di diritto della responsabilità genitoriale ad una persona alla quale tale responsabilità non era stata conferita sia regolata dalla legge della nuova residenza abituale. La disposizione, al pari della precedente, si propone, seguendo principi opposti, vale a dire quello della continuità nel par. 3 e quello della mutabilità nel par. 4, di non lasciare il minore senza un soggetto che eserciti nei suoi confronti la responsabilità genitoriale. Non può peraltro escludersi la coesistenza di più titolari della responsabilità genitoriale attribuita sia dallo Stato della precedente residenza abituale sia da quello della nuova. La convenzione prevede che sia sempre la legge dello Stato di residenza abituale del minore, anche in caso di suoi trasferimenti successivi, a regolare l'esercizio della responsabilità genitoriale (art. 17), distinguendo così l'attribuzione della responsabilità genitoriale, regolata dall'art. 16, e il suo esercizio che ricade invece nell'art. 17. Tale distinzione assume importanza in caso di trasferimento della residenza abituale del minore poiché l'esercizio della responsabilità genitoriale risponde al criterio della mutabilità, con la conseguenza che il titolare della responsabilità genitoriale secondo la legge della precedente residenza abituale la conserva, ma la esercita alle condizioni previste dalla legge dello Stato della nuova residenza abituale. La modifica delle condizioni di esercizio della responsabilità genitoriale o la revoca di questa possono, in base all'art. 18, avvenire in applicazione delle norme generali, e quindi, per quanto riguarda la legge applicabile, della legge nazionale dell'autorità chiamata ad intervenire, che viene determinata secondo i criteri di cui agli artt. 5-10 della Convenzione. Sarà così possibile porre rimedio ai problemi creati dal cumularsi della responsabilità genitoriale attribuita da diverse leggi a seguito di successivi cambi della residenza abituale del minore. Non è stata chiara la questione dell'applicabilità *ratione temporis* della Convenzione dell'Aja del 1996, per i casi in cui la sua entrata in vigore (per il nostro ordinamento dal 1.1.2016) si collochi successivamente al deposito della domanda introduttiva del giudizio. Al riguardo il d.d.l. n. 1552, contenente le norme di adeguamento del nostro paese alla Convenzione, prevedeva inizialmente l'applicabilità della Convenzione "ai giudizi instaurati a decorrere dalla data della sua entrata in vigore" (art. 14). La norma non compare più nel testo della l. n. 101/2015. In assenza quindi di un'espressa diversa previsione legislativa si può ritenere che la fattispecie in esame, riguardando rapporti futuri e non già costituiti, dovesse essere decisa sulla base del diritto vigente al momento della decisione, ovvero applicando la Convenzione dell'Aja del 1996, quale *ius superveniens* (Trib. Belluno 27.10.2016, in *Quotidiano giur.*, 23.2.2017), pur non mancando in giurisprudenza prese di posizione in senso contrario. Va peraltro rammentato che l'operatività della Convenzione dell'Aja del 1996 esclude *tout court* il ricorso alla l. n. 218/1995, le cui disposizioni di applicazione necessaria potrebbero eventualmente rilevare in sede di determinazione del contenuto del limite dell'ordine pubblico, quale previsto dall'art. 22 della Convenzione stessa (BARUFFI, *Famiglia, Regolamenti UE e convenzioni internazionali: considerazioni sulla sentenza del Tribunale di*

*Belluno*, in *Quotidiano giur.* del 27.2.2017). Per una sintesi, in lingua inglese di molte sentenze inedite applicative del regolamento e della convenzione oggetto di questo par., nonché della l. n. 218/1995, si rinvia al database pubblicato sul sito internet [www.eufams.unimi.it](http://www.eufams.unimi.it), creato nell'ambito del progetto "Planning the future of cross-border families: a path through coordination" (EUFam's)", co-finanziato dal Programma Justice della Commissione europea.

**6. Prassi applicativa sulla nozione di "misura di protezione del minore".** – Nessuno degli strumenti convenzionali sopra ricordati contiene una definizione o un'indicazione di "misura di protezione del minore". Pertanto, in base ad un'interpretazione funzionale, occorre ricondurre al loro ambito di applicazione tutte le misure che, in generale, hanno come obiettivo quello di tutelare e proteggere il fanciullo. Si ricomprendono così tutte le misure di diritto privato e di diritto pubblico volte a tutelare il minore da qualsiasi pericolo, rischio o minaccia a cui il minore possa essere esposto a causa della sua giovane età, nonché quelle di assistenza e guida al medesimo (HONORATI, *op. cit.*, p. 213). Tra le misure di protezione del minore previste dall'ordinamento italiano, come già accennato *supra*, *sub* par. 2, rientrano quelle previste dai titoli IX-XI del libro primo c.c., anche laddove riguardanti minori emancipati. Tale ultima categoria di soggetti è invece esclusa dall'ambito di applicazione soggettivo della Convenzione dell'Aja del 1961, come si desume dai lavori preparatori (HONORATI, *op. cit.*, p. 211), rappresentando pertanto questo un esempio in cui il richiamo operato alla Convenzione dall'art. 42 ne estende il campo di applicazione a fattispecie non ricomprese nella disciplina pattizia. Dubbi sono stati tuttavia sollevati in relazione alle misure riguardanti l'esercizio della **potestà (oggi, responsabilità) genitoriale**, in quanto la l. n. 218/1995 contiene un espresso richiamo a questa materia nell'art. 36, relativo alla legge applicabile ai rapporti tra genitori e figli. La dottrina maggioritaria, adottando un approccio funzionale, ha optato per l'estensione anche a queste misure della disciplina convenzionale, considerandole come forme di protezione del minore (BONOMI, *La Convenzione dell'Aja del 1961 sulla protezione dei minori: un riesame dopo la ratifica italiana e l'avvio dei lavori di revisione*, in *Riv. ir. int. priv. proc.*, 1995, p. 620; FRANCHI, *Protezione dei minori e diritto internazionale privato*, Milano, 1997, p. 254). Di conseguenza, nell'ambito di applicazione della l. n. 218/1995 ciò ha comportato l'ascrivibilità di tali misure all'art. 42 e non all'art. 36. Questo è stato confermato dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. S.U. 9.1.2001 n. 1; v. anche Trib. Belluno 27.10.2016, *cit.*) che, per uniformità interpretativa con la Convenzione dell'Aja del 1961, pure ha sottolineato la necessità di una qualificazione funzionale dei provvedimenti, chiarendo che i provvedimenti assunti dal P.M. o dal Trib. per i minorenni debbano essere considerati in relazione alla specifica funzione di protezione dei minori. Anche la **kafalah** di diritto islamico, pur non essendo equiparabile all'adozione, è stata ricondotta dalla giurisprudenza all'art. 42 della l. n. 218/1995, come misura di protezione del minore compatibile con l'ordine pubblico, anche in ossequio alla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo (Cass. 17.7.2008 n. 19734; Cass. 20.3.2008 n. 7472), quando essa discenda dall'accer-

tamento in sede giudiziale dello stato di abbandono o di grave disagio del minore (Cass. 2.2.2015 n. 1843; Cass. 22.5.2014 n. 11404). Sulla *kafalah* negoziale omologata da un'autorità nazionale di un altro Stato quale titolo per applicare il ricongiungimento familiare si rinvia invece a Cass. 24.11.2017 n. 28154). La ratifica della Convenzione

dell'Aja del 1996, che all'art. 3 menziona espressamente la *kafalah* come strumento di protezione del minore, rappresenta per l'ordinamento italiano, in attesa delle norme di adeguamento, un indubbio passo avanti verso il riconoscimento di un istituto entrato nel nostro ordinamento solo per via pretoria (BARUFFI, *op. cit.*, p. 1017).

## 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.

V. *infra*, sub art. 44.

## 44 Giurisdizione in materia di protezione dei maggiori d'età

1. La giurisdizione italiana in materia di misure di protezione degli incapaci maggiori di età sussiste, oltre che nei casi previsti dagli articoli 3 e 9, anche quando esse si rendono necessarie per proteggere in via provvisoria e urgente, la persona o i beni dell'incapace che si trovino in Italia.

2. Quando in base all'articolo 66 nell'ordinamento italiano si producono gli effetti di un provvedimento straniero in materia di capacità di uno straniero, la giurisdizione italiana sussiste per pronunciare i provvedimenti modificativi o integrativi eventualmente necessari.

### Estremi Normativa di riferimento

✓ *Protezione degli adulti* (Convenzione dell'Aja del 13.1.2000)

### SOMMARIO

1. Inquadramento degli artt. 43 e 44. – 2. I titoli di giurisdizione. – 3. La legge applicabile in materia di misure di protezione degli adulti incapaci.

**1. Inquadramento degli artt. 43 e 44.** – Le norme in commento riguardano la disciplina relativa, rispettivamente, alla legge applicabile e alla giurisdizione in materia di misure di protezione degli **adulti incapaci**, vale a dire soggetti maggiori d'età che si trovino in una situazione di incapacità naturale o che siano stati dichiarati per mezzo di un provvedimento dell'autorità giudiziaria interdetti o inabilitati. Differenziando queste misure da quelle di protezione dei minori, la l. n. 218/1995 si discosta dalla precedente impostazione delle preleggi al c.c., il cui art. 21 conduceva alla medesima norma di conflitto entrambe le fattispecie (ROSSOLILLO, *Protezione degli incapaci*, in BARATTA (a cura di), *Diritto internazionale privato*, Milano, 2010, p. 301). La necessità di protezione deve essere correlata all'esigenza di salvaguardare quanto più possibile l'autonomia delle persone incapaci o con disabilità, evitando discriminazioni e favorendo la loro inclusione sociale (PERLASCA, *Protezione dei maggiori d'età*, in SESTA (a cura di) *Codice della famiglia*, II, Milano, 2007, p. 4900; FRANZINA, *La protezione degli adulti nel diritto internazionale privato*, Padova, 2012, p. 1 ss.). In relazione tanto alla giurisdizione quanto alla legge applicabile la l. n. 218/1995 adotta l'anacronistico criterio della cittadinanza, temperato solamente una competenza cautelare per il giudice italiano ai fini di protezione della persona e dei beni

dell'incapace. In tali casi il giudice italiano potrà applicare la propria legge se l'adulto o i suoi beni si trovano sul territorio italiano. Il criterio della cittadinanza rispecchia quello della Convenzione dell'Aja del 17.7.1905; viceversa, la Convenzione dell'Aja del 2000, non ancora ratificata dall'Italia, in modo non dissimile da quanto fa la Convenzione dell'Aja del 1996 in relazione ai minori (v. *sub* art. 42), pone al centro il criterio della residenza abituale, preferito per un criterio di prossimità, e rinvia per la legge applicabile alla *lex fori* al fine di realizzare la coincidenza tra *forum* e *ius*. Per quanto riguarda il riconoscimento dei provvedimenti in materia, non esiste una norma specifica, applicandosi pertanto gli artt. 64 ss. della presente l.

**2. I titoli di giurisdizione.** – L'art. 44 stabilisce la competenza del giudice italiano in tutti i casi in cui occorre tutelare, in via provvisoria e urgente, la persona o i beni dell'incapace che si trovino in Italia. Esso mette in evidenza il proprio **carattere complementare** rispetto alle norme che determinano la giurisdizione italiana in via generale, richiamando gli 3 e 9 della l. n. 218/1995, applicabili rispettivamente alla giurisdizione contenziosa e alla giurisdizione volontaria (TONOLO, *Tutela degli incapaci*, in CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Manuale di diritto internazionale privato*, Torino, 2017, p. 209). Accanto a queste

due norme si pone pertanto l'art. 44 in relazione alla competenza ad adottare misure urgenti a tutela dell'incapace o dei suoi beni siti sul territorio italiano. Come ulteriore titolo di giurisdizione, il co. 2 dell'art. 44 dispone la competenza del giudice italiano ad **integrare o modificare provvedimenti stranieri** produttivi di effetti nell'ordinamento italiano nel caso in cui essi siano riconosciuti direttamente ai sensi dell'art. 66 della legge e ciò anche qualora non sussistano contatti tra la persona e/o i beni dell'incapace e l'ordinamento italiano (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, II, Torino, 2016, quarta ed., p. 49). Onde evitare, configurandosi quest'ultimo come un autonomo titolo di giurisdizione, eccessivo spazio al giudice italiano, la dottrina ha ritenuto che anche la modifica o l'integrazione del provvedimento da parte dell'autorità italiana potrebbero riguardare solo gli effetti che il medesimo è chiamato a produrre in Italia, senza attribuire al giudice italiano la competenza ad accertare lo stato di incapacità (MOSCONI, CAMPIGLIO, *op. loc. ult. cit.*).

**3. La legge applicabile in materia di misure di protezione degli adulti incapaci.** – L'art. 43 stabilisce che la legge nazionale dell'incapace regola i presupposti e gli effetti delle misure di protezione, nonché i rapporti tra l'incapace e chi ne ha la cura. L'**ambito materiale** di applicazione ricomprende quindi ogni aspetto della vicenda legata alla protezione dell'adulto, regolandone così in maniera uniforme la disciplina: gli aspetti relativi all'individuazione dei soggetti legittimati a richiedere le misure protettive (pertanto l'accertamento dello *status* del soggetto che necessita tutela); la condizione della persona, il patrimonio e la gestione di esso, le cause di interdizione e di inabilitazione, la nomina del tutore e del curatore e i loro poteri, compensi, nonché le cause di decadenza da tali uffici, i rapporti con l'incapace, l'organizzazione delle misure di protezione, anche se sconosciute al nostro ordinamento privato, gli effetti delle misure (MOSCONI, CAMPIGLIO, *op. cit.*, p. 48 s.). Oltre ai presupposti da cui dipende la loro adozione (che possono consistere tanto in documenti di natura fattuale – referti – quanto in provvedimenti di natura giudiziaria), anche se non espressamente previste, sono ricomprese anche le vicende che comportano l'estinzione delle misure di protezione (FRANCHI, *Artt. 43-44*, in AA.VV., *Codice dei minori*, Torino, 1999, p. 2415). Restano pertanto **esclusi** gli impedimenti matrimoniali, i profili successori e l'incapacità contrattuale. La scelta di richiamare la legge nazionale dell'incapace comporta alcuni **problemi applicativi**. In casi di mutamento di cittadinanza successivo all'adozione della misura di protezione, appare difficile il coordinamento tra la legge in base alla quale è stata adottata la misura e quella che, successivamente, ne deve confermare l'eventuale provvedimento di revoca per sopravvenuta ritrovata capacità (PERLASCA, *op. cit.*, p.

4901). Nel silenzio della norma, infatti, occorre ritenere che la nozione di incapacità possa essere riferita anche a periodi non permanenti. Nel caso in cui l'incapace sia titolare di **doppia cittadinanza**, il ricorso all'art. 19 della l. in commento, che prevede l'applicazione della legge con cui il soggetto ha il collegamento più stretto, potrebbe pregiudicare l'applicazione di misure di protezione previste dall'altra legge. Problematico è altresì il **coordinamento con l'art. 23, co. 2 e 3, l. n. 218/1995** (il co. 1 rinvia infatti anch'esso alla legge nazionale). La l. mantiene infatti distinte l'incapacità legale, sottoposta all'art. 43, e quella naturale, sottoposta all'art. 23, co. 2 e 3, che richiamano la legge dello Stato in cui il contratto è concluso o l'atto unilaterale compiuto. Dato il ristretto ambito applicativo dell'art. 23, tale disposizione si configura come norma speciale sull'incapacità di agire, rispetto all'art. 43 (MOSCONI, CAMPIGLIO, *op. cit.*, p. 50). Sul punto inoltre si rinvia in ambito intracomunitario al Reg. n. 593/2008. Nell'art. 23 inoltre ricade l'interdizione legale derivante da condanna penale, trattandosi di misura punitiva e non protettiva. L'art. 44 prevede che, in **via d'urgenza**, il giudice italiano possa adottare le misure previste dalla **legge italiana** per proteggere la persona e i beni dell'incapace. L'applicazione della legge italiana non costituisce un obbligo ma una facoltà per il giudice italiano. Tale possibilità avvicina la l. n. 218/1995 alla soluzione della Convenzione dell'Aja del 2000, che rinvia alla legge della residenza abituale, come soluzione più vicina alle esigenze di protezione dell'incapace. Si delinea così un **procedimento potenzialmente a due fasi**: una cautelare (PICONE, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998, p. 420) che vede l'applicazione del diritto italiano; l'altra di merito in cui viene applicata la legge nazionale dell'incapace. Le misure adottate in via d'urgenza in virtù della legge italiana, in quanto provvisorie, cessano nel momento in cui vengono adottate quelle previste dalla legge nazionale dell'incapace. Più specificamente, se il giudice italiano risulta competente solo per i motivi di urgenza, non sarà di competenza dell'autorità italiana provvedere alla conferma o alla sostituzione dei provvedimenti adottati in via d'urgenza. Laddove, invece, la competenza del giudice italiano, sussista in base ai titoli generali di giurisdizione, una volta cessata l'urgenza, sarà la stessa autorità italiana a sostituire le misure adottate sulla base della propria legge con quelle previste dalla legge nazionale dell'incapace (v. *supra*, *sub par. 2*). Con particolare riguardo all'istituto dell'**amministrazione di sostegno** allo straniero residente in Italia, è stato stabilito la possibilità di nomina di un amministratore di sostegno provvisorio *ex art. 43, l. n. 218/1995* e *art. 405 c.c.* qualora vi sia la necessità e l'urgenza di garantire al soggetto vulnerabile una protezione immediata (Trib. La Spezia 10.3.2011, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2011, p. 815; Trib. Verona 11.3.2011, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 191).

## 45 Obbligazioni alimentari nella famiglia (1)

1. Le obbligazioni alimentari nella famiglia sono regolate dalla legge designata dal regolamento 2009/4/CE del Consiglio del 18 dicembre 2008 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, e successive modificazioni.

(1) Articolo introdotto dall'art. 1, co. 1, lett. b), d.lgs. 19.1.2017, n. 7, Modifiche e riordino delle norme di diritto internazionale privato per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'art. 1, comma 28, lett. b), l. 20.5.2016, n. 76.

## Estremi Normativa di riferimento

✓ *Obblighi alimentari* (Convenzione dell'Aja del 2.10.1973; Protocollo dell'Aja del 23.11.2007; Reg. (CE) n. 4/2009)

### SOMMARIO

1. Inquadramento della norma. – 2. Il Protocollo dell'Aja del 2007. – 3. Il Reg. n. 4/2009.

**1. Inquadramento della norma.** – L'attuale formulazione dell'art. in commento deriva dall'art. 1, co. 1, lett. b), d.lgs. 19.1.2017, n. 7, Modifiche e riordino delle norme di diritto internazionale privato per la regolamentazione delle unioni civili. In base al nuovo art. 45 le obbligazioni alimentari nella famiglia sono regolate dalla **legge designata dal Reg. n. 4/2009** relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari e successive modificazioni. Tale modifica, come si precisa nella relazione illustrativa, è imposta ai sensi del Protocollo dell'Aja del 23.11.2007, recepito dal Reg. n. 4/2009, il quale lascia agli Stati la facoltà di includere le unioni civili nel proprio ambito di applicazione. L'attuale formulazione della norma supera pertanto, in materia di **legge applicabile**, il rinvio **"in ogni caso"** alla **Convenzione dell'Aja del 1973** sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari (conclusa in seno alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato contemporaneamente a quella su riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari). Entrambe le convenzioni sono in vigore per l'Italia dal 1.1.1982, sulla base della l. 24.10.1980 n. 745 che reca l'autorizzazione alla ratifica e il correlativo ordine di esecuzione. Secondo una tecnica già utilizzata in altre parti della legge (v. anche *sub art.* 42), veniva operata una **recezione materiale delle norme internazionali pattizie** della Convenzione del 1973 che risultavano pertanto applicabili, *erga omnes* e a prescindere da qualsiasi condizione di reciprocità, ad ogni rapporto alimentare, indipendentemente dal fatto che esso rientrasse nel loro originario ambito di applicazione. Mentre secondo alcuni autori questo richiamo aveva valore meramente narrativo (BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma italiana del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, 1996, p. 21; DAMASCELLI, *Il rinvio «in ogni caso» a convenzioni internazionali nella nuova legge sul diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 1997, p. 100), secondo altri, esisteva un significato prescrittivo nella disposizione, in particolare ritenendo che l'estensione operasse **temporalmente**, nel senso che la Convenzione dell'Aja si sarebbe dovuta applicare a tutte le obbligazioni alimentari e non solo a quelle successive all'entrata in vigore della stessa, come invece stabilito dal suo art. 12 (BARUFFI, *Art. 45*, in BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995 n. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Commentario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1996, p. 1275; HONORATI, *Art. 45*, in POCAR e al. (a cura di), *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano. Legge 31 maggio 1995, n. 218*, Torino, 1996, p. 220). Oltre che un'estensione di tipo temporale, il rinvio consentiva un'**estensione del campo di applicazione materiale** della Convenzione alle obbligazioni alimentari aventi origine in una successione *mortis causa*, in un contratto o in una donazione, purché intercorrenti tra

appartenenti al medesimo nucleo familiare (BARUFFI, *op. cit.*, p. 1276; HONORATI, *op. cit.*, p. 220; POCAR, *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, Milano, 2002, p. 56). Per gli obblighi nascenti da contratto potevano, e potrebbero tuttora, sorgere difficoltà di coordinamento con l'**art. 57** della l. in commento che rinvia in ogni caso alla Convenzione di Roma del 1980 la disciplina delle obbligazioni contrattuali: non tanto per una sovrapposizione tra le due Convenzioni (in quanto quest'ultima, oggi sostituita dal regolamento 593/2008, c.d. Roma I, esclude espressamente dal suo ambito di applicazione le obbligazioni alimentari), quanto proprio per l'estensione applicativa operata dalla l. n. 218/1995. L'eventuale conflitto tra le norme dovrà pertanto essere risolto sulla base della qualificazione *ex lege fori* delle fattispecie medesime (BARUFFI, *op. cit.*, p. 1276; VASSALLI DI DACHENHAUSEN, *Il coordinamento tra convenzioni di diritto internazionale privato e processuale*, Editoriale Scientifica, 1993, p. 846, in relazione alla precedente formulazione della norma). A differenza della precedente formulazione della norma, l'art. in commento, nel rinviare alla legge individuata sulla base al Reg. n. 4/2009, fa riferimento anche alle sue **successive modificazioni**. In tal modo sarà possibile adeguare la legge italiana di diritto internazionale privato alle eventuali future riforme che dovessero avvenire a livello UE, così superando i limiti derivanti dalla tecnica del rinvio "in ogni caso". Non lo stesso avviene ad esempio nell'ambito del nuovo art. 34 *quater*, che in relazione allo scioglimento dell'unione civile rinvia al Reg. n. 1259/2010.

**2. Il Protocollo dell'Aja del 2007.** – In punto di **legge applicabile**, l'art. 15 del Reg. n. 4/2009 opera un rinvio formale alle norme di conflitto del Protocollo dell'Aja del 23.11.2007. In realtà, nei rapporti tra Stati contraenti, la Convenzione dell'Aja del 1973 era già stata sostituita dal Protocollo (art. 18 del Protocollo medesimo), adottato unitamente alla Convenzione sull'esazione internazionale di prestazioni alimentari nei confronti dei figli e altri membri della famiglia. Per gli Stati dell'UE la Comunità europea ha aderito al Protocollo con decisione 30.11.2009 n. 941, applicabile in via provvisoria alla sola UE a decorrere dal 18.6.2011, data di entrata in applicazione anche del Reg. n. 4/2009, che con il Protocollo ha uno stretto legame (il Protocollo è in vigore internazionalmente a partire dal 1.8.2013). Ripercorrendo le principali innovazioni apportate alla Convenzione del 1973, occorre soffermarsi sui **criteri di collegamento**. Criterio di collegamento generale rimane quello della residenza abituale del creditore (art. 3); tuttavia, gli interessi del debitore vengono tenuti in considerazione per ciò che concerne le obbligazioni **diverse** da quelli tra coniugi (ed ex coniugi) o verso i minori (purché diverse da quelle derivanti da un rapporto di filiazione), per le quali si attenua la tutela garantita al creditore. In tali casi, il debitore può infatti opporre l'inesistenza

dell'obbligazione alimentare a suo carico in base alla legge dello Stato della sua residenza abituale o di quello della cittadinanza comune delle parti (art. 6). Ai sensi dell'art. 4, par. 4 viene invece limitato il criterio della cittadinanza comune: per quanto riguarda le obbligazioni nei confronti di minori, rileva la sola legge nazionale comune tra debitore e creditore e unicamente nei casi in cui il debitore non ottenga tutela ai sensi dell'art. 3 oppure dell'art. 4, par. 2-3 (sui quali v. C. giust. 7.6.2018, C-83/17, *KP*, e 20.9.2018, C-214/17, *Mölk*); riguardo alle obbligazioni tra coniugi (o ex coniugi) è previsto un collegamento sussidiario alla sola legge dello Stato dell'ultima residenza abituale comune (art. 5). Rispetto alla Convenzione del 1973 vengono sostanzialmente confermate le disposizioni sulla disciplina degli enti pubblici, sulle questioni disciplinate dalla legge applicabile e sul limite dell'ordine pubblico. Il **diritto di regresso di un ente pubblico**, che abbia pagato le prestazioni alimentari in luogo del creditore principale, regolato dalla legge che disciplina l'ente medesimo (art. 10). Nella nozione di ente pubblico non rientrano solo gli organismi statali, ma anche organismi collettivi di cui sia stata riconosciuta la pubblica utilità e l'assenza di fini di lucro, con la conseguenza che la legge applicabile sarà quella dello Stato in cui si è perfezionato il procedimento di costituzione ex art. 25 della l. n. 218/1995 (BADIALI, *Le obbligazioni alimentari nel nuovo diritto internazionale italiano*, in SALERNO (a cura di), *Convenzioni internazionali e legge di riforma del diritto internazionale privato*, Padova, 1997, p. 98, in relazione alla Convenzione del 1973). Il richiamo operato dalla legge individuata è da intendersi alla **legge sostanziale**, e non alle sue norme di diritto internazionale provato. Tale scelta è in apparente contrasto con l'art. 13 della presente l., che invece ammette il rinvio, ma che, al par. 4, stabilisce anche che, quando è dichiarata in ogni caso applicabile una convenzione internazionale, si segue sempre, in materia di rinvio, la soluzione adottata dalla convenzione. Gli **aspetti regolati dalla legge** richiamata dalle norme di conflitto sono indicati dall'art. 11 della Convenzione: l'esistenza del diritto agli alimenti e la sua retroattività, l'importo degli stessi nonché i legittimati passivi; la legittimazione attiva (esclusa la capacità e la rappresentanza processuale) e i termini di decadenza; i limiti all'obbligazione del debitore nel caso in cui si sia verificata la sostituzione nell'assistenza da parte di un ente pubblico. La circostanza che *lex causae* individui anche i legittimati attivi implica che alla medesima legge spetta la soluzione delle questioni preliminari connesse alle obbligazioni alimentari, ad es. l'esistenza del legame familiare. Tale accertamento ha effetto limitatamente al procedimento. Ai sensi dell'art. 13 la legge designata può non essere applicata se **manifestamente contraria all'ordine pubblico**. Al di là del fatto che spetta al giudice accertare questa manifesta contrarietà, la struttura della Convenzione è tale da ridurre l'incidenza di questa clausola: la disciplina delle norme di conflitto, tendente a scindere le obbligazioni alimentari dai rapporti personali che ne sono a fondamento, depone in tal senso (HONORATI, *op. cit.*, p. 229). Inoltre, anche la possibilità che sia adottata come ipotesi di contrarietà all'ordine pubblico la circostanza che la legge richiamata non contempli il diritto agli alimenti è scongiurata dalla pluralità di criteri di collegamento, volti a garantire il riconoscimento di un diritto agli alimenti. L'operatività della clausola di ordine pubblico è ulteriormente

limitata dall'art. 14 della Convenzione che introduce una regola di diritto materiale uniforme laddove prevede che nella determinazione dell'ammontare della prestazione alimentare deve tenersi conto dei bisogni del creditore e delle risorse del debitore. La principale novità rispetto alla Convenzione del 1973 è l'introduzione da parte del Protocollo di una limitata **autonomia della volontà**, riconoscendo l'art. 8 una possibilità di un'*optio legis* a favore della legge dello Stato di cittadinanza o di residenza abituale di una delle parti al momento della designazione (lett. *a-b*), della legge scelta o applicata per la regolamentazione delle loro relazioni patrimoniali (lett. *c*), o della legge scelta o applicata alla separazione o al divorzio (lett. *d*). Le ultime due ipotesi, lungi dall'attribuire alle parti la facoltà di scegliere il diritto applicabile a detti istituti, richiedono coordinamento con le pertinenti norme di conflitto. Quanto ai rapporti patrimoniali tra coniugi, per l'ordinamento italiano rileva l'art. 30 della legge di riforma in attesa dell'entrata in applicazione dei regolamenti 2016/1103 e 2016/1104 (v. *sub art. 30*); quanto a divorzio e separazione personale, si rinvia al Reg. n. 1259/2010 (v. *sub art. 31*). Il Protocollo prevede l'ulteriore possibilità per il creditore, ex art. 4, par. 3, di determinare unilateralmente il diritto applicabile al proprio credito alimentare rivolgendosi al giudice dello Stato di residenza abituale del debitore. Sono tuttavia escluse dall'applicazione della norma, volta a garantire un collegamento sufficientemente stretto tra la controversia e la legge regolatrice, le obbligazioni alimentari nei confronti di una persona di età inferiore a 18 anni o di un adulto incapace che, a causa di un'alterazione o di un'insufficienza delle facoltà personali, non è in grado di curare i suoi interessi, secondo la definizione ripresa dall'art. 1.1 della Convenzione dell'Aja del 13.1.2000 sulla protezione internazionale degli adulti, non ancora ratificata resa esecutiva in dall'Italia ma in vigore per alcuni Stati dal 1.1.2009 (v. *sub art. 44*). In ogni caso, la legge scelta non è applicabile se comporta delle conseguenze inique o irragionevoli per una delle due parti, a meno che queste non fossero pienamente informate delle conseguenze della loro decisione. Independentemente dalla legge designata, è in ogni caso la legge del paese della residenza abituale del creditore a determinare se quest'ultimo può rinunciare al diritto agli alimenti. L'accordo deve essere redatto, *ad substantiam*, in **forma scritta** o mediante registrazione su un supporto il cui contenuto sia accessibile per ulteriore consultazione. L'art. 7 regola invece l'ipotesi di **designazione della legge in relazione ad un singolo giudizio**, introdotto o da introdursi, e consente alle parti di ancorare il merito della controversia alla *lex fori* attraverso una convergente manifestazione di volontà, espressa nel procedimento e attestata dal giudice o dalla diversa autorità competente, oppure in un momento anteriore all'avvio del procedimento (*Bonomi Explanatory Report on the Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations*, 2013, reperibile al sito internet <https://www.hcch.net>, par. 121), in un accordo sottoscritto da entrambe le parti, redatto in forma scritta o registrato su un supporto al cui contenuto sia in seguito possibile accedere. Fermo restando il possibile rilievo degli ordinamenti nazionali sotto il profilo dei requisiti volti ad assicurare l'esistenza e la genuinità del consenso (*Bonomi Explanatory Report*, cit., par. 119), la previsione pare non incontrare, a differenza della norma successiva, limitazioni

quanto al novero dei soggetti abilitati o al possibile contenuto materiale della *lex fori* scelta. Nei casi più delicati che coinvolgono obbligazioni alimentari dei genitori nei confronti dei figli o di persone diverse dai genitori nei confronti di persone di età inferiore a 21 anni, la disposizione non ha alcun impatto sull'ipotesi *ex art.* 4.3, giacché la *lex fori* troverebbe comunque applicazione. L'eliminazione della possibilità di concorso successivo della legge della residenza abituale del creditore (e di quella dello Stato di cittadinanza comune delle parti) che deriva dall'*optio* a favore della *lex fori* – l'art. 7 si applica “nonostante gli artt. 3-6” – non reca pregiudizio al creditore che ha assunto l'iniziativa di rivolgersi a quella specifica autorità giurisdizionale e che, verosimilmente, non darà il proprio consenso all'applicazione di una legge che non gli consenta di ottenere alimenti. Rispetto alle ipotesi *sub artt.* 5-6 l'*optio iuris* ha l'effetto di paralizzare la facoltà di opposizione ivi prevista. La scelta operata esplica i propri effetti limitatamente allo specifico procedimento cui si riferisce, senza incidere sull'eventuale nuova azione o istanza di modifica delle condizioni eventualmente introdotta dinanzi alla stessa autorità o di un diverso Stato (*Bonomi Explanatory Report*, cit., par. 116). 3 Ha invece portata generale – sia quanto al novero dei procedimenti nei quali può esplicare la propria efficacia, sia sotto il profilo temporale – la facoltà attribuita dall'art. 8 al creditore e al debitore di designare la l. applicabile a un'obbligazione alimentare. Al pari della situazione precedente la manifestazione di volontà delle parti può intervenire **anche nel corso di un procedimento**. Verificarne la portata – limitata al procedimento in corso o invece generale – richiede un'interpretazione delle reali intenzioni delle parti, più semplice laddove queste, nei limiti di cui all'art. 8, abbiano espresso la propria preferenza per un ordinamento diverso da quello della *lex fori*, più complessa, in assenza di altri elementi, in ipotesi di coincidenza tra quei due ordinamenti. L'art. 11 definisce, attraverso un'elencazione non esaustiva, una serie di **questioni regolate dalla legge applicabile** in base alle norme del Protocollo Ad essa competerà innanzi tutto stabilire l'*an* e il *quantum* dell'obbligo alimentare, attraverso la definizione dei presupposti per il sorgere del diritto di credito e delle categorie astratte di soggetti obbligati, ma pure la questione preliminare rappresentata dalla determinazione di chi in concreto rivesta tale qualità e quindi, sia pure al solo fine dell'accertamento dell'obbligo alimentare (ai sensi dell'art. 1.2 del Protocollo le decisioni emesse in applicazione dello stesso non pregiudicano l'esistenza di uno dei rapporti di cui al par. 1), anche l'effettiva esistenza del rapporto familiare dal quale discende l'obbligo alimentare (*Verwilghen Explanatory Report*, cit., par. 167). In assenza di precisazioni rimane aperta la possibilità per gli Stati contraenti di passare attraverso le norme di diritto internazionale privato sullo *status* rilevante della *lex obligationis* (*Bonomi Explanatory Report*, cit., par. 24). Da simile indicazione il giudice potrà distaccarsi ove la questione dello *status* familiare, preliminare all'accertamento dell'obbligo alimentare, sia stata già risolta con efficacia di giudicato da una decisione resa da un giudice del suo Stato o di un giudice di un diverso Stato suscettibile di riconoscimento nello Stato del foro (*Verwilghen Explanatory Report*, cit., par. 128). A tale legge dovrà deve altresì farsi riferimento per l'identificazione del soggetto autorizzato a promuovere l'azione per ottenere gli alimen-

ti, da tenersi di-stinta rispetto a quelle della capacità processuale e della rappresentanza in giudizio, per le quali rileva la *lex processus*. Ciò vale anche in relazione a una domanda di rimborso della prestazione erogata al creditore in luogo degli alimenti da parte di un ente pubblico, in relazione alla quale il diritto dell'ente di chiedere il rimborso, sulla base di un diritto di surroga nella posizione del creditore o di una cessione *ex lege* del credito, è disciplinato, ai sensi dell'art. 10 del Protocollo dalla legge cui è soggetto l'ente (*Bonomi Explanatory Report*, cit., par. 163). Alla legge regolatrice dell'obbligo alimentare spetta pure definire la base di calcolo e l'indicizzazione dell'importo degli alimenti e la possibilità per il creditore di chiedere gli alimenti retroattivamente. Tuttavia, l'art. 14 introduce uno **strumento di tipo materiale**, correttivo rispetto agli esiti dell'applicazione di quella legge, imponendo di tener conto, nel determinare l'importo della prestazione alimentare, delle esigenze del creditore e delle risorse del debitore, nonché di qualsiasi compensazione concessa al creditore in luogo di pagamenti periodici di crediti alimentari, anche se la legge applicabile dispone diversamente. Ciò non implica un autonomo potere di valutazione dell'importo del credito alimentare da parte dell'autorità adita, laddove la *lex causae* già di per sé impone l'osservanza di quei parametri o metodi di calcolo. Qualche dubbio potrebbe sorgere ove il giudice di origine dando applicazione alla *lex causae* si avvallesse di un tariffario prestabilito (Cour de Cassation, 18.9.2002, su cui Muir Watt, in *Revue critique*, 2003, p. 321 ss.). Alla *lex obligationis* competerà altresì stabilire se gli alimenti siano dovuti anche nel caso in cui lo stato di bisogno sia la conseguenza di una condotta colpevole del creditore, ad es. nell'ipotesi in cui il venir meno del reddito da lavoro derivi dal licenziamento per colpa oppure in cui le difficoltà finanziarie conseguano alla necessità di risarcire danni imputabili a sua negligenza (BADIALI, *La disciplina convenzionale degli obblighi alimentari*, Editoriale Scientifica, 1994, p. 125). L'esplicita menzione alla lett. e dei termini di prescrizione e decadenza previene poi ogni incertezza sulla qualificazione di quei profili in riferimento al credito alimentare, mentre il diritto ad ottenere l'esecuzione della decisione di detta autorità, anche per quanto riguarda gli eventuali arretrati (argomento *ex art.* 32.5 della Convenzione dell'Aja del 2007), è soggetto al termine più lungo tra quello previsto dalla legge dello Stato di origine della decisione e quello previsto dall'ordinamento dello Stato dell'esecuzione (art. 21, par. 2 del regolamento).

**3. Il Reg. n. 4/2009.** – L'obiettivo del Reg. n. 4/2009, oggi espressamente richiamato anche dalla norma *de qua*, è quello di introdurre, per gli Stati membri dell'UE, un sistema completo e uniforme di norme su competenza giurisdizionale, individuazione del diritto applicabile e riconoscimento ed esecuzione delle decisioni, transazioni giudiziarie e atti pubblici, nonché cooperazione tra autorità nazionali, in materia di obbligazioni alimentari (in dottrina, POCAR, VIARENGO, *Il regolamento (CE) n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 805 ss.; VILLATA, *Obblighi alimentari e rapporti di famiglia secondo il regolamento n. 4/2009*, in *Riv. dir. int.*, 2010, p. 693 ss.). Il regolamento si applica procedimenti avviati, alle transazioni giudiziarie redatte o concluse e agli atti pubblici redatti a decorrere dal **18.6.2011**.

Fino al 17.6.2011, a livello di UE, la materia era disciplinata dal regolamento 44/2001 (in vigore anche nei rapporti con la Danimarca in forza dell'accordo del 19.10.2005, in *GUUE* L 299/05). Il regolamento del 2009 si applica a tutti gli Stati, compresa la Danimarca, sebbene nei limiti in cui esso modifica il regolamento 44/2001 (quindi ad esclusione delle disposizioni sulla legge applicabile e sulla cooperazione tra autorità centrali). Ai sensi dell'art. 69, fatte salve alcune eccezioni, il regolamento prevale tra gli Stati membri, sulle convenzioni e gli accordi che riguardano materie disciplinate dal regolamento stesso e di cui sono parte gli Stati membri. Viene invece fatta salva l'applicazione delle convenzioni e degli accordi bilaterali o multilaterali di cui uno o più Stati membri sono parte al momento dell'adozione del regolamento e che riguardano materie disciplinate dallo stesso (ad. es. la Convenzione di Lugano del 30.10.2007, artt. 64 ss.). Quanto all'**ambito di applicazione** il regolamento si applica alle obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, parentela, matrimonio e affinità (art. 1). La nozione di obbligazione alimentare va definita in maniera autonoma, rientrandovi, indipendentemente dalla definizione utilizzata a livello nazionale, gli obblighi di corresponsione periodica, l'attribuzione di una somma a titolo forfettario se l'importo è fissato in modo da garantire un livello predeterminato di reddito (C. giust. 27.2.1997, C-220/95, *van den Boogaard*) o della proprietà di un bene dal quale ricavare una rendita, gli obblighi di prestare idonea garanzia reale o personale, purché la prestazione garantisca il sostentamento di un coniuge bisognoso. La Corte di giustizia ha posto l'accento sulla **funzione di solidarietà** (sentenza 27.2.1997, *van den Boogaard*, cit.), così fornendo un criterio discrezionale rispetto alle questioni inerenti le funzioni patrimoniali tra coniugi, escluse dall'ambito di applicazione del regolamento. Il principio della parità di trattamento tra tutti i creditori di alimenti (considerando 11) e la portata generica della formula "**rapporti di famiglia**" sembrano estendere al regolamento la soluzione accolta dal Protocollo dell'Aja del 2007, caratterizzato da un identico ambito di applicazione oggettivo (*Bonomi Explanatory Report*, cit., 2013, reperibile al sito internet <https://www.hcch.net>; POCAR, VIARENGO, *op. cit.*, p. 809). In particolare, gli Stati membri che riconoscono istituti quali il matrimonio tra persone dello stesso sesso (BOSCHIERO, *Les couples homosexuels à l'épreuve du droit international privé italien*, in *Riv. dir. int.*, 2007, p. 50 ss.; MOSCONI, *Europa, famiglia e diritto internazionale privato*, *ivi*, 2008, p. 347 ss.) o le partnership registrate potranno darvi rilievo. Il regolamento demanda l'**accertamento dei rapporti di famiglia** al diritto nazionale, comprese le norme di diritto internazionale privato (considerando 21) e, come nel sistema dell'Aja, il riconoscimento in uno Stato membro di una decisione in materia di obbligazioni alimentari, non comporta il riconoscimento del rapporto che ne è alla base. A differenza del sistema dell'Aja, sono **estranee** all'ambito di applicazione del regolamento sono le **obbligazioni alimentari il cui fondamento ha natura giuridica diversa dai rapporti di famiglia**: contratto, fatto illecito, donazione e successione *mortis causa* in relazione alle quali occorre fare riferimento ad **altri regolamenti UE** (Reg. n. 1215/2012, n. 593/2008 e n. 864/2007, in materia di giurisdizione e legge applicabile a obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali; Reg. n. 650/2012 in materia di succes-

sioni). In punto di **giurisdizione** la norma di riferimento è l'art. 3, che pone quattro titoli di giurisdizione alternativi: due fondati sulla residenza abituale (di creditore o convenuto; lett. a e b) e due fondati sull'accessorietà rispetto ad un'azione relativa allo stato delle persone o alla responsabilità genitoriale (lett. c e d; salvo in questi ultimo due casi, che la competenza per la domanda principale non sia fondata esclusivamente sulla cittadinanza di una delle parti; v. Trib. Milano 10.7.2012, in *Giur. merito*, 2013, 6, p. 1342 ss.; Trib. Belluno 30.12.2011, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, p. 452 ss.), con l'obiettivo di assicurare un corretto coordinamento tra disciplina in esame e quella del Reg. n. 2201/2003 (POCAR, *La disciplina comunitaria della giurisdizione in tema di alimenti: il Reg. n. 4/2009*, in BARUFFI, CAFARI PANICO (a cura di), *Le nuove competenze comunitarie. Obbligazioni alimentari e successioni*, Padova, 2009, p. 7 ss.). L'art. 3, lett. b) deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale che istituisca una concentrazione delle competenze giurisdizionali in materia di obbligazioni alimentari transfrontaliere a favore di un giudice di primo grado competente per il luogo in cui ha sede il giudice d'appello, salvo che tale disciplina contribuisca a realizzare l'obiettivo di una corretta amministrazione della giustizia e tuteli l'interesse dei creditori di alimenti, favorendo al contempo il recupero effettivo di tali crediti (C. giust. 18.12.2014, C-400 e 408/14, *Sanders e Huber*). L'art. 3, lett. c) e d), dev'essere interpretato nel senso che, qualora un giudice di uno Stato membro sia investito di un'azione relativa alla separazione o allo scioglimento del vincolo coniugale tra i genitori di un figlio minore e un giudice di un altro Stato membro sia chiamato a pronunciarsi su un'azione per responsabilità genitoriale riguardante detto figlio, una domanda relativa a un'obbligazione alimentare nei confronti di quello stesso figlio è unicamente accessoria all'azione relativa alla responsabilità genitoriale, ai sensi della lett. d) (C. giust. 16.7.2015, C-184/14, *A. c. B.*, su rinvio della Corte di Cassazione italiana; v. anche Cass. S.U. 5.2.2016 n. 2276; S.U. 7.4.2014, n. 8049; Trib. Milano 16.11.2012). È esclusa l'accessorietà ex art. 3, lett. c-d) della domanda, anch'essa di natura economica, avente ad oggetto l'accertamento dell'**inadempimento degli obblighi di mantenimento** dei figli minori e dell'ex coniuge, posti a carico del padre, e il conseguente risarcimento del danno di cui all'art. 2059 c.c. La giurisdizione per questa specifica domanda, rivolta non tanto a regolare l'esecuzione di obblighi alimentari futuri quanto piuttosto all'accertamento di un pregresso fatto illecito (la violazione di obblighi di mantenimento), è pertanto da stabilire sulla base del Reg. n. 1215/2012 relativo alla materia civile e commerciale, che all'art. 4 individua nello Stato del domicilio del convenuto il titolo di giurisdizione generale, declinato nell'ordinamento italiano in base all'art. 709 *ter* c.p.c. (Cass. S.U. 15.11.2017 n. 27091, in relazione al Reg. n. 44/2001 nel caso di specie applicabile *ratione temporis*; *contra*, BARUFFI, in *Quotidiano giur.*, 14.12.2017, che, sulla scorta di C. giust. 9.9.2015, C-4/14, *Bohez* relativa alla riconducibilità al Reg. n. 2201/2003 – v. *sub* art. 42, par. 4 – di una penalità stabilita dal giudice al fine di assicurare l'esercizio effettivo del diritto di visita, propone l'applicabilità del regolamento Bruxelles II *bis* anche alle misure del caso *de quo*, formalmente fondate su un pregresso inadempimento illecito, ma sostanzialmente volte ad assicurare la

tutela del superiore interesse del minore). Sulla *perpetuatio jurisdictionis*, l'art. 8 del Reg. n. 2201/2003 (v. *sub art.* 42, par. 4) e l'art. 3 del Reg. n. 4/2009 devono essere interpretati nel senso che i giudici dello Stato membro che hanno adottato una decisione passata in giudicato in materia di responsabilità genitoriale e di obbligazioni alimentari riguardanti un figlio minore **non** sono più competenti a pronunciarsi su una domanda di modifica dei provvedimenti adottati con tale decisione, qualora la residenza abituale del minore si trovi nel territorio di un altro Stato membro. La competenza a pronunciarsi su tale domanda spetta ai giudici di quest'ultimo Stato membro (C. giust. 15.2.2017, C-499/15, *X e W c. Y*). Il ruolo preponderante assegnato alla residenza abituale consente di giovare della giurisprudenza su questa nozione maturata in relazione al Reg. n. 2201/2003 (CAMPIGLIO, *La residenza abituale dell'attore come titolo di giurisdizione in materia matrimoniale, in base al reg. CE n. 2201/2003*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 1099, Cass. S.U. 17.2.2010 n. 3680). Sull'applicazione del regolamento a cittadini di Stati terzi: Trib. Belluno 24.5.2016, Trib. Roma 27.1.2015, Trib. Belluno 12.11.2013). L'art. 4 prevede una possibilità di *electio fori* in deroga ai titoli di giurisdizione dell'art. 3 o per attribuire ad uno di essi portata esclusiva: le parti possono convenire la giurisdizione dei giudici di un diverso Stato membro che rispetti i requisiti dell'art. 4 oppure dei giudici di un paese terzo parte della Convenzione di Lugano. La scelta è esclusa in relazione alle controversie nei confronti di un minore degli anni 18, analogamente al Protocollo dell'Aja del 2007. L'art. 5 ammette la **proroga tacita della giurisdizione** qualora il convenuto compaia in giudizio senza eccepire il difetto di giurisdizione (v. C. giust. 20.9.2018, C-214/17, *KP*: l'art. 4, par. 3, del Protocollo dell'Aja del 2007 deve essere interpretato nel senso che l'autorità competente dello Stato di residenza abituale del debitore degli alimenti non deve considerarsi adita, ai sensi di detto articolo, nel caso di comparizione in giudizio del creditore *ex art.* 5 del regolamento, accompagnata dalla deduzione di contestazioni nel merito, nell'ambito di un procedimento avviato dal debitore dinanzi alla medesima autorità). Può trattarsi di uno Stato ulteriore rispetto a quelli indicati dall'art. 4, anche nei casi in cui le restrizioni alla proroga espressa derivano da esigenze di tutela della parte debole, come il figlio minore (C. giust. 20.5.2010, C-111/09, *Bilbas*). Come criterio sussidiario, qualora nessuna autorità di uno Stato membro o di uno Stato terzo parte della Convenzione di Lugano risulti competente *ex art.* 3-5, opera l'art. 6 che individua come competente lo Stato della cittadinanza comune (in caso di più cittadinanze comuni è precluso dare la prevalenza ad una: C. giust. 16.7.2009, C-168/08, *Hadadi*). Infine, qualora neppure questo titolo conduca alla competenza di uno Stato membro, in casi eccezionali le autorità giurisdizionali di uno Stato membro possono conoscere della controversia se un procedimento non può ragionevolmente essere tentato o svolto o si rivela impossibile in uno Stato terzo con il quale la controversia ha uno stretto collegamento (*forum necessitatis*, art. 7). L'art. 14 disciplina invece al competenza ad adottare **provvedimenti provvisori e cautelari**. In punto di **legge applicabile** l'art. 15 opera un rinvio formale alle norme di conflitto del Protocollo dell'Aja del 2007 (v. *supra, sub par.* 2). Per **riconoscimento, esecutività ed esecuzione** di decisioni, transazioni giudiziarie e atti pub-

blici in materia di obbligazioni alimentari (art. 48, par. 1) il regolamento crea un **sistema a due binari**: per le decisioni emesse in uno Stato membro vincolato dal Protocollo 2007 (quand'anche erroneamente non vi avessero dato applicazione) e per le decisioni degli Stati non vincolati dallo stesso. Sono previste norme comuni sotto il profilo dell'efficacia della decisione nello Stato d'origine che può essere dichiarata provvisoriamente esecutiva, pur in presenza di un eventuale ricorso, con l'obiettivo di disincentivare impugnazioni animate da intenti meramente dilatori dell'esecuzione (art. 39). La disposizione, destinata ad applicarsi anche quando l'ordinamento di origine non preveda l'esecutività di diritto della decisione (non è il caso dell'ordinamento italiano nel quale l'art. 282 c.p.c. sancisce la provvisoria esecutività delle sentenze di primo grado e, attraverso l'art. 359 c.p.c., anche di quelle di appello), non incontra limitazioni legate alla presenza o meno di elementi di estraneità rispetto allo Stato d'origine in quanto l'esigenza di riconoscimento ed esecuzione all'estero potrebbe materializzarsi in un momento successivo alla proposizione dell'azione nello Stato d'origine o alla conclusione del processo, ad es. per effetto di un mutamento di residenza del debitore. Le necessità di limitare quanto più possibile le formalità di esecuzione comporta il **divieto assoluto di riesame del merito** della decisione (art. 42). Gli obblighi di riconoscimento ed esecuzione sanciti dal regolamento, per previsione dell'art. 22, riguardano solo i capi delle decisioni sugli obblighi alimentari e non i rapporti di famiglia (OBERTO, *Diritto di Famiglia*, Padova, 2010, p. 802) sia nell'ipotesi di loro accertamento in via principale sia in via incidentale, al fine di evitare l'innalzamento della barriera dell'ordine pubblico. Ai sensi dell'art. 48, **transazioni giudiziarie e atti pubblici** esecutivi nello Stato membro d'origine sono riconosciuti in un altro Stato membro e hanno la stessa esecutività delle decisioni alle medesime condizioni e secondo le medesime procedure stabilite. Oltre a tali disposizioni comuni, per tutte le decisioni emesse in uno Stato membro **vincolato dal Protocollo del 2007** l'art. 17 prevede che esse siano riconosciute in un altro Stato membro senza che sia necessario il ricorso ad alcuna procedura particolare, e senza che sia possibile opporsi al suo riconoscimento. Inoltre, esse sono esecutive in tale Stato lo sono anche in un altro Stato membro senza che sia necessaria una dichiarazione che attesti l'esecutività. In precedenza, l'abolizione dell'*exequatur* era limitata a decisioni giudiziarie, transazioni giudiziarie e atti pubblici relativi a crediti non contestati, rientranti nell'ambito di applicazione del Reg. n. 805/2004 sul **titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati**, sostituito, in materia di obbligazioni alimentari, da quello in esame. Le decisioni rese a seguito di procedimenti avviati a decorrere dal 18.6.2011 dalle autorità giurisdizionali di detti Stati sono riconosciute negli altri Stati membri, senza che sia necessaria alcuna procedura ed essendo preclusa la possibilità di opporvisi. Le decisioni esecutive in base al diritto dello Stato d'origine lo sono *ipso facto* anche negli altri Stati membri e consentono di diritto l'adozione dei **provvedimenti cautelari** previsti dalla legge dello Stato membro dell'esecuzione (art. 18). **Ostacoli alla circolazione** di tali decisioni sono rappresentati dalla possibilità per il convenuto rimasto contumace nello Stato d'origine di chiederne il **riesame** alla competente autorità giurisdizionale di quello stesso Stato e, per chi risulti debi-

tore in base a quelle stesse decisioni, di bloccarne temporaneamente o definitivamente l'esecuzione in un determinato Stato membro in presenza dei motivi individuati dall'art. 21. Il riesame rappresenta uno strumento impugnatorio di tipo straordinario, cumulabile con gli eventuali ulteriori rimedi di analogia natura previsti dal diritto interno, che non pregiudichino il diritto del convenuto al riesame (considerando 29), ma non con quelli ordinari, che, anzi, precludono al convenuto quella strada. Esso dovrà essere esperito tassativamente entro 45 giorni (da computarsi, come gli altri termini stabiliti dal regolamento, secondo il Reg. n. 1182/1971) decorrenti dal giorno in cui il convenuto ha avuto effettiva conoscenza della decisione ed è stato posto nelle condizioni di agire (al più tardi dal momento della prima misura di esecuzione atta a rendere i suoi beni indisponibili in tutto o in parte) ed è destinato a svolgersi secondo una procedura individuata da ciascuno Stato membro e comunicata alla Comm. ai sensi dell'art. 71 ([http://ec.europa.eu/justice\\_home/judicialatlascivil/](http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/)). A detto strumento il legislatore europeo parrebbe affidare una funzione di **controllo anticipato** e sostitutivo rispetto all'abolita procedura di *exequatur*, nella prospettiva di garantire il rispetto dei requisiti di un processo equo (considerando 29). Tra i **motivi di non riconoscimento** emergono, ai fini del riesame, la mancata notifica o comunicazione al convenuto della domanda giudiziale o di un atto equivalente in tempo utile e in modo tale da consentirgli di presentare le proprie difese e la mancata possibilità per il convenuto di contestare il credito alimentare a causa di forza maggiore o di circostanze eccezionali a lui non imputabili. Manca però, anche nella fase di esecuzione (da svolgersi, in Italia, dinanzi ai tribunali ordinari), la possibilità di un controllo circa il rispetto del diritto all'equo processo nelle fasi del processo successive alla sua introduzione, ove l'impossibilità per il debitore di contestare il credito alimentare non derivi dagli indicati altri motivi ma, ad es., sia conseguenza dell'applicazione pur corretta di norme processuali vigenti nello Stato d'origine. La **scomparsa del riferimento all'ordine pubblico come motivo ostativo all'esecuzione** è controbilanciata dall'uniformità delle norme sul diritto applicabile, ai termini delle quali l'eccezione di ordine pubblico conserva pur limitato rilievo (art. 13 del Protocollo del 2007). I **motivi di diniego o sospensione dell'esecuzione** dell'art. 21, par. 2-3 attengono a esigenze di coordinamento nel procedimento esecutivo con eventuali rimedi impugnatori o istanze di riesame pendenti nello Stato d'origine oppure con procedimenti già conclusi con una decisione inconciliabile nello Stato di esecuzione o in altri Stati, ma là suscettibili di riconoscimento, oppure ancora mirano a sanzionare l'inerzia del creditore nell'avviare la procedura esecutiva ma allo stesso tempo a lasciargli il più lungo tempo possibile a questo fine compatibilmente con il diritto del debitore a non rimanere soggetto alle pretese del creditore per un tempo eccessivamente lungo. La possibilità che il giudice dell'esecuzione sia chiamato a valutare la presenza di tali motivi è subordinata alla formulazione di un'istanza del debitore. Né il riferimento agli ulteriori motivi previsti dalla legge dello Stato membro di esecuzione consente una dilatazione dei poteri del giudice dell'esecuzione, stante il monito del legislatore UE a che detti motivi non siano incompatibili con quelli previsti dal regolamento. Sotto quest'ultimo profilo, agli es. riportati dal considerando 30

– pagamento del debito da parte del debitore o impignorabilità, assoluta o relativa, di taluni beni – va aggiunta la sospensione *ex art. 601 c.p.c.* dell'espropriazione di beni indivisi fino all'esito del giudizio di divisione o quella conseguente all'opposizione all'esecuzione di un terzo che pretenda di avere la proprietà o altro diritto reale su un bene pignorato, ma non un'ipotesi di sospensione, né di diniego, correlata a una valutazione del giudice dell'esecuzione sul merito della decisione in relazione all'individuazione della legge applicabile da parte del giudice *a quo* o al rispetto delle garanzie dell'equo processo. L'**esecuzione è negata**, previa istanza del debitore, nel caso di prescrizione del relativo diritto secondo il termine più lungo previsto dalla legge dello Stato membro di origine della decisione o dell'esecuzione. Rientra tra le facoltà del giudice dell'esecuzione negare la medesima, in tutto o in parte, perché la decisione è inconciliabile con una emessa nello Stato membro dell'esecuzione o in un altro Stato membro o in uno Stato terzo che soddisfi i requisiti necessari al suo riconoscimento nello Stato membro dell'esecuzione. Per gli **Stati non vincolati dal Protocollo dell'Aja del 2007** (Regno Unito e Danimarca) trovano applicazione gli artt. 23 ss. del regolamento. La stretta correlazione tra partecipazione al Protocollo e abolizione dell'*exequatur* potrebbe suggerire che il regime semplificato di *riconoscimento* operi solamente nei rapporti tra Stati da esso vincolati, ma l'art. 23 prevede il riconoscimento automatico anche per le decisioni provenienti da tali paesi (CASTELLANETA, LEANDRO, *Il Regolamento CE n. 4/2009 relativo alle obbligazioni alimentari*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, p. 1091). È possibile opporsi al riconoscimento se ricorrono i motivi di cui all'art. 24. Per queste decisioni è prevista la **dichiarazione di esecutività** da parte dello Stato di destinazione (art. 26). Competente a trattare le domande di esecutività ai sensi dell'art. 27, par. 1 e i ricorsi avverso le decisioni su tali domande ai sensi dell'art. 32, par. 2 è la Corte d'Appello competente per territorio, cioè quella nella cui circoscrizione sono ubicati, alternativamente, la residenza abituale della parte contro la quale viene chiesta l'esecuzione oppure il luogo di esecuzione (art. 27, par. 2). Nella prima fase, avviata su istanza della parte interessata con ricorso e corredata dei documenti indicati nell'art. 28, par. 1 (compreso un estratto della decisione rilasciato dall'autorità giurisdizionale di origine secondo il modulo di cui all'allegato II), senza che la parte contro cui l'esecuzione viene chiesta possa presentare osservazioni (art. 30), la Corte secondo un procedimento di carattere monitorio si limita ad accertare *ex officio* che la decisione straniera rientri nell'ambito di applicazione materiale del regolamento (soccorrendo a tal fine la motivazione della decisione: C. giust. 27.2.1997, *van den Boogaard*, cit., punto 21 s.), che promani dall'autorità di uno Stato membro UE non parte contraente del Protocollo del 2007 e che sia esecutiva dal punto di vista formale ai sensi delle norme di detto Stato (C. giust. 29.4.1999, C-267/97, *Coursier*, punto 29). Nessuna forma di controllo è prevista sulla competenza giurisdizionale del giudice dello Stato d'origine; anche nel caso in cui l'autorità giurisdizionale di origine, per un errore di valutazione, sia venuta meno all'obbligo sancito dall'art. 10 di dichiarare di ufficio la propria incompetenza, non è pregiudicata la circolazione della decisione, perlomeno tra gli Stati UE. Il sistema di cui al Reg. n. 805/2004 rimane per le decisioni

emesse in paesi **non vincolati al Protocollo**, cioè nel solo Regno Unito, posto che in Danimarca il Reg. n. 805/2004 non è applicabile (art. 68). Per una sintesi, in lingua inglese di molte sentenze inedite applicative del regolamento e del Protocollo oggetto di questo e del par. precedente, nonché della l. n. 218/1995, si rinvia al database pubblica-

to sul sito internet [www.eufams.unimi.it](http://www.eufams.unimi.it), creato nell'ambito del progetto "Planning the future of cross-border families: a path through coordination" (EUFam's)", co-finanziato dal Programma Justice della Commissione europea.

## CAPO VII SUCCESIONI

### 46 Successione per causa di morte

La successione per causa di morte è regolata dalla legge nazionale del soggetto della cui eredità si tratta, al momento della morte.

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

La divisione ereditaria è regolata dalla legge applicabile alla successione, salvo che i condividenti, d'accordo fra loro, abbiano designato la legge del luogo d'apertura della successione o del luogo ove si trovano uno o più beni ereditari.

#### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Domicilio e residenza* (art. 43 c.c.) ✓ *Apertura della successione* (art. 456 c.c.) ✓ *Legge applicabile in materia di successioni* (Reg. UE 4.7.2012, n. 650)

#### SOMMARIO

1. Principio di unità e di universalità della successione. – 2. Criterio oggettivo di collegamento: la cittadinanza del de cuius. – 3. Criterio soggettivo di collegamento: la residenza del de cuius. – 3.1. Tutela dei legittimari residenti in Italia al tempo della morte – 4. Divisione ereditaria. – 5. Reg. UE 4.7.2012, n. 650.

**1. Principio di unità e di universalità della successione.** – Occorre innanzitutto evidenziare come la legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato e processuale abbia mantenuto il **principio dell'unità e dell'universalità della successione**, risalente alla tradizione di diritto romano e già accolto in precedenza all'art. 23 Preleggi nonché, ancor prima, all'art. 8 Preleggi c.c. 1865 (BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1999, p. 515; TONOLO, *sub art. 46*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, Torino, 2009, p. 200; DI FABIO, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, in *Tratt. Rescigno-Ieva*, II, Padova, 2010, p. 726 ss.; DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte: dalla L. n. 218/1995 al Reg. UE n. 650/2012*, Milano, 2013, p. 6 ss.), in forza del quale la legge regolatrice della successione *mortis causa* è unica e riguarda l'intero statuto successorio; in altri termini una sola è la legge di riferimento, che detta la disciplina per tutti gli aspetti della successione, di qualunque specie essa sia (testamentaria o legittima, universale o particolare), nonché in relazione a qualsiasi tipologia di bene ereditario in essa compresa, operando così una *reductio ad unum* di tutti i rapporti giuridici facenti capo a *de cuius*. In realtà la legge non contiene un'espressa enunciazione del principio, ma una conferma può essere ricavata dall'art. 46, co. 2, là dove si pre-

vede la sottoposizione, alla legge individuata, dell'"intera successione" del defunto (DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte: dalla L. n. 218/1995 al Reg. UE n. 650/2012*, cit., p. 7); peraltro, la continuità con la normativa previgente è stata evidenziata tanto nella relazione della Commissione, quanto nella relazione ministeriale (CLERICI, *sub art. 46*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, Padova, 1996, p. 230). A detto principio si contrappone quello della **pluralità delle successioni**, adottato da ordinamenti c.d. **scissionisti**, in base al quale i criteri per l'individuazione della legge applicabile si differenziano a seconda che la successione riguardi beni immobili, per cui vale la *lex rei sitae*, o beni mobili, soggetti, solitamente, alla legge nazionale o dell'ultimo domicilio del *de cuius* (BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 515; DI FABIO, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, cit., p. 729 ss.). Il principio di unità e di universalità fatto proprio dalla legge italiana non è in realtà assoluto, subendo delle **eccezioni**: vi sono infatti specifici aspetti che, pur riguardando il fenomeno successorio, sono sottratti alla *lex successionis*, venendo considerati da diversi criteri di collegamento, con la conseguente possibilità che essi siano disciplinati da una legge diversa da quella applicabile, in generale, al resto della successione (così, ad

esempio, in materia di capacità di testare v. *sub art.* 47). Inoltre, una parziale rottura della l. n. 218/1995 con i principi considerati risulta emergere dall'accoglimento del meccanismo del **rinvio in senso stretto** (v. *sub art.* 13): l'operatività dello stesso in relazione al sistema internazionale-privatistico di un ordinamento scissionista potrebbe, infatti, condurre alla sottoposizione delle vicende successorie a differenti leggi nazionali, in base alla diversa ubicazione dei beni ereditari (CLERICI, *sub art.* 46, cit., p. 232; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 517; TONOLO, *sub art.* 46, cit., p. 198 ss.; DI FABIO, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, cit., p. 732 ss.; DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte: dalla l. n. 218/1995 al Reg. UE n. 650/2012*, cit., p. 7 ss.). Per quanto concerne la disciplina delle **questioni preliminari** al fenomeno successorio (ad es. accertamento dell'esistenza di un rapporto di parentela ai fini della devoluzione ereditaria) l'opinione prevalente in dottrina è quella a favore della c.d. **soluzione disgiunta**, per cui questione preliminare e questione principale dovrebbero essere risolte separatamente ed autonomamente, in base ai diversi criteri indicati, per le rispettive materie, dal diritto internazionale privato del foro (CLERICI, *sub art.* 46, cit., p. 236 ss.; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 528).

**2. Criterio oggettivo di collegamento: la cittadinanza del de cuius.** – Il primo comma della norma in esame indica come criterio di collegamento oggettivo per l'individuazione della legge regolatrice della successione, applicabile nella generalità dei casi in assenza di una diversa volontà, quello della **cittadinanza del de cuius al momento della morte**. Viene in tal modo confermata la soluzione già adottata in precedenza dalle Preleggi, per cui la nazionalità viene in rilievo quale espressione del forte legame tra i soggetti e la loro comunità statale di appartenenza (DAVÌ, *Le questioni generali di diritto internazionale privato nel progetto di riforma*, in GAJA, *La riforma del diritto internazionale privato e processuale. Raccolta in ricordo di E. Vitta*, Milano, 1994, p. 89; FUMAGALLI, *Rinvio e unità della successione nel nuovo diritto internazionale privato italiano*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, p. 833). Questo meccanismo comporta diverse **difficoltà** pratiche per l'operatore del diritto, prime tra tutte quelle relative all'**accertamento della cittadinanza** stessa, che deve essere effettuato, con riferimento al momento della morte, non semplicemente sulla scorta della normativa italiana, ma facendo applicazione delle norme dell'ordinamento rispetto al quale si vuole verificare la nazionalità del soggetto; a ciò si aggiungono le difficoltà derivanti da situazioni di mutamento della cittadinanza, o di perdita e riacquisto della stessa da parte del *de cuius*, non sempre agevolmente conoscibili (DI FABIO, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, cit., p. 741 ss.). Complicazioni ulteriori possono sorgere in caso di **pluricittadinanza** del *de cuius* (v. *sub art.* 19): nel caso in cui questi non avesse nazionalità italiana, prevalente, si imporrebbe all'autorità giudiziaria non solo di far ricorso alle normative straniere per accertare la cittadinanza del soggetto, ma altresì di verificare con quale tra i vari ordinamenti egli abbia il collegamento più stretto. Parimenti, un'analoga valutazione, di verifica del collegamento più stretto con la fattispecie, è richiesta in caso di **plurilegislatività** dell'ordinamento di apparte-

nenza del soggetto (v. *sub art.* 18), nell'impossibilità di individuare i criteri adottati dallo stesso per la determinazione del sottoinsieme normativo applicabile. Occorre aggiungere come, secondo l'opinione dottrinale prevalente, quello della cittadinanza costituisca un criterio di collegamento ormai **inattuale** e, perciò, inefficiente. Debole, infatti, spesso appare il legame da esso rappresentato, ad es. nel caso in cui il *de cuius*, pur mantenendo formalmente la cittadinanza d'origine, abbia definitivamente trasferito all'estero la propria residenza ed il proprio centro principale d'interessi, con il rischio di dar luogo all'applicazione di una legge priva di effettivi collegamenti con la fattispecie concreta. Il criterio appare inoltre criticabile sotto un profilo di politica del diritto: se in passato, a fronte di fenomeni emigratori, è apparso funzionale, consentendo l'espansione dell'ambito di applicazione dell'ordinamento italiano anche al di fuori dei confini territoriali, al contrario oggi esso mostra tutta la sua inadeguatezza dinanzi al fenomeno migratorio, che caratterizza pesantemente il nostro Stato, gravando il giudice italiano del complesso compito di applicare un diritto straniero (PICONE, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998, p. 62; TONOLO, *sub art.* 46, cit., p. 201; DI FABIO, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, cit., p. 741 ss.), che da lui, con evidenti difficoltà, deve essere conosciuto d'ufficio (v. *sub art.* 14) ed, addirittura, interpretato conformemente agli orientamenti giurisprudenziali del relativo ordinamento di provenienza (v. *sub art.* 15).

**3. Criterio soggettivo di collegamento: la residenza del de cuius.** – Il secondo comma della norma in esame accoglie il **principio volontaristico**, con significativa innovazione rispetto al sistema previgente, che, al contrario, non contemplava la possibilità per il *de cuius* di compiere alcuna *professio iuris* e, quindi, di decidere che la sua successione venisse regolata da una legge diversa da quella sua nazionale. La l. n. 218/1995 consente ora al *de cuius* di sottoporre l'intera successione alla legge dello Stato di **residenza**, purché questa persista al momento della morte. La riforma si è così adeguata alle scelte operate nell'ambito di altre convenzioni internazionali, in considerazione del crescente riconoscimento dell'autonomia dei soggetti, nonché nell'intento di dare spazio ad un criterio di collegamento più forte, più vicino al soggetto rispetto a quello della cittadinanza (TONOLO, *sub art.* 46, cit., p. 201 ss.; DI FABIO, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, cit., p. 733 ss.). Analizzando i requisiti con cui è ammessa la **professio iuris**, è evidente come essa non possa essere fatta con riferimento ad una qualsiasi legge, ma soltanto in favore di quella dello Stato di residenza al tempo della scelta; residenza che deve essere intesa nel significato del diritto italiano, quale *lex fori*, ossia a norma dell'art. 43 c.c. e che, come chiarito dalla Commissione di riforma nella relazione al Guardasigilli, deve essere effettiva ed abituale (PICONE, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, cit., p. 73). Tale residenza deve inoltre **persistere al momento del decesso**. Si parla in tal senso di un c.d. **doppio collegamento soggettivo** (PICONE, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, cit., p. 73). Alcuni autori fanno notare, tuttavia, come, in realtà, non sia richiesto che il soggetto abbia residenza, nell'ordinamento da lui indicato, nel momento in cui la scelta viene operata, ma solo al momento della morte, con la conseguenza per

cui dovrebbe ammettersi la validità della *professio iuris*, anche qualora la suddetta residenza venisse acquisita a distanza di molto tempo dalla stessa, appena prima della morte e fino ad essa mantenuta (DI FABIO, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, cit., p. 738). La scelta della legge deve riguardare l'intera successione, sostituendosi *in toto* a quella nazionale e confermando così il principio di unità, mentre non è ammissibile se operata solo in parte, ossia in relazione solo a certi aspetti o a certi beni della stessa (TONOLO, *sub art. 46*, cit., p. 203; DI FABIO, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, cit., p. 737; DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte: dalla L. n. 218/1995 al Reg. UE n. 650/2012*, cit., p. 9 ss.). L'opzione deve essere fatta con **dichiarazione espressa in forma testamentaria**, valida a norma del successivo art. 48 (v. *sub art. 48*). Non è dichiarazione espressa quella deducibile solo dall'interpretazione del testamento, né tale sarebbe il mero riferimento fatto dal testatore ad una legge straniera al fine di indicare, *per relationem*, il contenuto del testamento (TONOLO, *sub art. 46*, cit., p. 203; DI FABIO, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, cit., p. 736 ss.). Per quanto non espressamente previste dalla norma, si ritengono possibili la modifica e la revoca della scelta, esplicitate o implicite, da farsi con gli stessi requisiti formali (CLERICI, *sub art. 46*, cit., p. 235; TONOLO, *sub art. 46*, cit., p. 203; DI FABIO, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, cit., p. 736). Si ritiene che la capacità del soggetto di effettuare la *professio iuris* debba essere valutata in base alla legge di disciplina della capacità testamentaria *ex art. 47* (v. *sub art. 47*); appare invece prevalente l'opinione per cui l'esistenza e la validità sostanziale della scelta debbano essere valutate in base alla stessa legge indicata dal *de cuius*, in quanto *lex causae* (CLERICI, *sub art. 46*, cit., p. 235 ss.; DI FABIO, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, cit., p. 737). Da sottolineare, infine, come l'esercizio della *professio iuris* escluda l'operatività del meccanismo del rinvio (v. *sub art. 13*, co. 2, lett. a).

**3.1. Tutela dei legittimari residenti in Italia al tempo della morte.** – L'art. 46, co. 2, prosegue precisando che la scelta del *de cuius*, se cittadino italiano, non può comunque pregiudicare i diritti riconosciuti dalla legge italiana ai legittimari residenti in Italia al tempo della morte. Questa previsione non ha il significato di sottoporre al diritto italiano la successione necessaria del defunto, che rimane soggetta alla legge da lui prescelta, ma vale piuttosto a garantire ai legittimari indicati una sorta di tutela minima, che è appunto quella prevista dall'ordinamento italiano (DI FABIO, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, cit., p. 750). La norma ha sollevato forti perplessità, nonché **dubbi di legittimità**, sia sotto il profilo **costituzionale**, per violazione dell'art. 3 Cost., sia sotto il profilo **comunitario**, per contrarietà all'art. 18 TUE. Appare infatti irrazionale e discriminatorio il fatto che essa si ponga a vantaggio dei soli legittimari residenti in Italia, ancorché privi della cittadinanza italiana, escludendo invece i legittimari, magari cittadini italiani, residenti all'estero, o ancora i legittimari dotati sia di cittadinanza che di residenza italiana, ma successori di un *de cuius* straniero (MIGLIAZZA, *Successione (diritto internazionale privato e processuale)*, in *Enc. giur. it.*, Roma, XXX, 1993, p. 4; CLERICI, *Criteri di parità e principio di eguaglianza nel disegno di legge*, in GAJA, *La riforma del diritto internazionale pri-*

*vato e processuale. Raccolta in ricordo di E. Vitta*, Milano, 1994, p. 324; PICONE, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, cit., p. 77; TONOLO, *sub art. 46*, cit., p. 204 ss.). Si è inoltre fatto notare come, non essendo richiesti l'effettività e l'abitudine della residenza, né un tempo minimo di permanenza in Italia, la disposizione potrebbe incentivare fenomeni di trasferimento fittizio in Italia, da parte dei potenziali legittimari del *de cuius* italiano, al solo scopo di beneficiare della tutela (PICONE, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, cit., p. 77; DI FABIO, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, cit., p. 740).

**4. Divisione ereditaria.** – Il terzo comma della norma in commento conferma la sottoposizione della divisione ereditaria alla *lex successiois* generale, individuata in forza dei commi precedenti. È ammessa, tuttavia, la possibilità per i **coeredi** di effettuare, di comune accordo, una **professio iuris**, prevalente, limitatamente alla materia della divisione, rispetto a quella eventualmente operata dal *de cuius* *ex art. 46*, co. 2, nei confronti della legge del **luogo di apertura della successione** (identificato secondo la *lex fori*, ossia nel luogo dell'ultimo domicilio del defunto *ex art. 456 c.c.*) (CLERICI, *sub art. 46*, cit., p. 240) o del **luogo in cui si trovano uno o più beni ereditari**. In questo secondo caso, occorre precisarlo, la scelta non può dar luogo ad un frazionamento della legge applicabile, ma opera sempre e comunque in relazione all'intera divisione, sottoponendo alla legge prescelta anche la divisione relativa a beni eventualmente situati in altri Stati (CLERICI, *sub art. 46*, cit., p. 240; TONOLO, *sub art. 46*, cit., p. 207; DI FABIO, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, cit., p. 793; DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte: dalla L. n. 218/1995 al Reg. UE n. 650/2012*, cit., p. 19). La capacità di compiere l'opzione deve essere valutata secondo la legge regolatrice della capacità di agire (v. *sub art. 23*). Nel silenzio normativo, la dottrina propende a che la validità sostanziale e formale dell'accordo siano regolate dalla stessa legge prescelta, quale *lex causae*, così come accade in relazione all'ipotesi *sub art. 46*, co. 2 (CLERICI, *sub art. 46*, cit., p. 240; DI FABIO, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, cit., p. 793; DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte: dalla L. n. 218/1995 al Reg. UE n. 650/2012*, cit., p. 21. *Contra*, per la sottoposizione della materia alla legge regolatrice delle obbligazioni contrattuali: DELI, *sub art. 46*, in *Comm. Bariatti*, Padova, 1996, p. 1296. *Contra*, per la sottoposizione alla *lex fori*: MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, II, Torino, 2006, p. 153). Occorre da ultimo segnalare come nella legge regolatrice della divisione ereditaria, individuata ai sensi dell'art. 46, ricadano gli istituti che tendono a realizzare l'uguaglianza fra coeredi nella formazione della massa dividenda, quali: la collazione, l'imputazione dei debiti, il contratto di divisione amichevole, le garanzie per l'evizione, la rescissione per lesione, il retratto successorio, la divisione. Diversamente, per stretta afferenza al regime della proprietà, sono disciplinati dalla *lex rei sitae*, (v. *sub art. 51 e 55*): l'azione revocatoria, la determinazione della natura dichiarativa o traslativa della divisione, la durata della comunione, la surrogazione reale, le misure di pubblicità richieste dalla legge, le modalità di trasferimento della proprietà ai coe-

redi (per quest'ultima: Trib. Brescia 25.11.1999, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, 1041). Soggetta alla *lex fori*, infine, è la divisione giudiziale (BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 546 ss.; DI FABIO, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, cit., p. 790 ss.).

**5. Reg. UE 4.7.2012 n. 650.** – Il 17.8.2015 è entrato pienamente in vigore il Reg. UE 4.7.2012 n. 650, che le autorità giudiziarie degli Stati membri dell'Unione Europea (con l'eccezione di Danimarca, Regno Unito ed Irlanda) sono tenute ad applicare, per la regolamentazione internazionale-privatistica delle vicende successorie rientranti nell'ambito di applicazione, *ratione materiae* e *ratione temporis*, dello stesso. Tale Regolamento prevale sulla legge italiana 31.5.1995, n. 218 (v. *sub art. 2*). La normativa comunitaria accoglie il **principio di unità della successione** (art. 23 reg.), anche in tal caso, tuttavia, superabile dall'operatività del meccanismo del rinvio in senso stretto; anche il Regolamento, inoltre, ricorre alla tecnica del *c.d. depeçage*, dedicando distinte norme a specifici aspetti del fenomeno successorio e sottraendoli così alla disciplina della *lex successionis* generale (DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte: dalla L. n. 218/1995 al Reg. UE n. 650/2012*, cit., p. 73 ss.). L'art. 23, § 2° reg. indica esplicitamente, in via non esaustiva (DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte: dalla L. n. 218/1995 al Reg. UE n. 650/2012*, cit., p. 81), le materie regolate dalla legge successoria, tra cui rientra la divisione ereditaria. Diverse sono le posizioni in dottrina sulla disciplina delle questioni preliminari (per una ricostruzione v. DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte: dalla L. n. 218/1995 al Reg. UE n. 650/2012*, cit., p. 84); l'esclusione, dal campo di applicazione materiale del Regolamento, di "lo status delle persone fisiche, i rapporti di famiglia e i rapporti che secondo la legge applicabile a questi ultimi hanno effetti comparabili" (art. 1, § 2°, lett. a reg.) e di "le questioni riguardanti la scomparsa, l'assenza o la morte presunta di una persona fisica" (art. 1, § 2°, lett. c reg.) fa propendere per la sottoposizione di tali questioni preliminari alla normativa di conflitto nazionale (BALLARINO, *Il nuovo regolamento europeo sulle successioni*, in *Riv. dir. int.*, 2013, p. 1129). Il Regolamento indica come legge regolatrice della successione, in via oggettiva e generale, quella dello Stato di **residenza abituale del *de cuius* al tempo della morte** (art. 21, § 1° reg.), identificabile nel luogo di ubicazione del centro principale degli interessi di vita e di affari del soggetto, risultante da una valutazione complessiva delle circostanze (DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato*

*delle successioni a causa di morte: dalla L. n. 218/1995 al Reg. UE n. 650/2012*, cit., p. 50 ss.; DAVÌ, ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione Europea*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013, V, II, p. 33 ss.; FRANZINA, LEANDRO, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte in Europa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 297 ss.), ovvero, in via di eccezione, quella dello Stato con cui il defunto, al momento del decesso, aveva **collegamenti manifestamente più stretti** (art. 21, § 2° reg.). Vengono così superate le criticità proprie del criterio della cittadinanza (DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte: dalla L. n. 218/1995 al Reg. UE n. 650/2012*, cit., p. 47 ss.; DAVÌ, ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione Europea*, cit., p. 29 ss.; BALLARINO, *Il nuovo regolamento europeo sulle successioni*, cit., p. 1121 ss.). Il Regolamento ammette la possibilità, per il *de cuius*, di operare una **professio iuris** in favore della sua **legge nazionale**, o di una qualsiasi delle sue leggi nazionali se pluricittadino, **al tempo della morte o della scelta stessa** (art. 22, § 1° reg.), senza che, in questa seconda ipotesi, la perdita successiva della cittadinanza possa inficiare l'opzione già operata (DAVÌ, ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione Europea*, cit., p. 41; BONOMI, *Il regolamento europeo sulle successioni*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2013, II, p. 308). La scelta è da farsi per l'**intera successione** (art. 22, § 1° reg.), **esplicitamente** o **implicitamente**, mediante atto con **forma di disposizione a causa di morte** (art. 22, § 2° reg.). La modifica o la revoca dell'opzione sono possibili, purché rivestano le forme richieste per la modifica o la revoca di una disposizione a causa di morte (art. 22, § 4° reg.). La validità formale di tali atti è da valutarsi a norma dell'art. 27 reg. (DAVÌ, ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione Europea*, cit., p. 50 ss.). La validità sostanziale della scelta, ivi inclusa la capacità di compierla (DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte: dalla L. n. 218/1995 al Reg. UE n. 650/2012*, cit., p. 58), nonché della modifica o della revoca (DAVÌ, ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione Europea*, cit., p. 53) è regolata dalla stessa legge designata (art. 22, § 3° reg.). L'esercizio della *professio iuris* esclude l'operatività del rinvio (art. 34, § 2° reg.). Da rilevare infine come l'applicazione della *lex successionis*, individuata in base ai criteri di collegamento di cui sopra, non sia limitata dal riconoscimento di alcuna particolare tutela in favore dei legittimari (diversamente da quanto accade *ex art. 46, co. 2, l. n. 218/1995*).

## 47 Capacità di testare

La capacità di disporre per testamento, di modificarlo o di revocarlo è regolata dalla legge nazionale del disponente al momento del testamento, della modifica o della revoca.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Legge applicabile in materia di successioni* (Reg. UE 4.7.2012 n. 650)

## SOMMARIO

1. Deroga alla disciplina generale delle capacità speciali. – 2. Ambito di applicazione. – 3. Reg. UE 4.7.2012 n. 650.

**1. Deroga alla disciplina generale delle capacità speciali.**

– La disposizione in esame sottrae la regolamentazione della capacità di testare all'area di applicazione della generale *lex successionis*, individuata a norma dell'articolo che precede (v. *sub art.* 46). Viene infatti adottato, in materia, un distinto criterio di collegamento, ossia quello della **cittadinanza posseduta dal *de cuius***, non al momento della morte, bensì **al tempo della redazione, della modifica o della revoca del testamento**. Il risultato è quindi quello per cui la capacità del soggetto di compiere l'atto deve essere valutata in base alla sua legge nazionale, temporalmente riferita al momento del compimento dell'atto medesimo. Tale soluzione, già sostenuta dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti anteriormente alla riforma (per la dottrina: VITTA, *Diritto internazionale privato*, Torino, 1973, II, p. 37; BALLARINO, *Successione ereditaria (diritto internazionale privato)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1279; per la giurisprudenza: Trib. Matera 31.7.1954, in *Giur. it.*, 1955, I, II, p. 520; App. Firenze 29.3.1967, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1968, p. 118) ed ora accolta dal legislatore, garantisce la maggior certezza del diritto: è solo mediante il richiamo alla legge nazionale, al tempo del confezionamento dell'atto, che si consente al testatore di valutare immediatamente la sussistenza delle condizioni di validità del testamento stesso, senza che eventuali successivi mutamenti di cittadinanza possano assumere alcuna rilevanza; viceversa, il riferimento alla legge nazionale, ovvero alla legge dello Stato di residenza del *de cuius*, al tempo della morte, avrebbe comportato il rischio che l'applicazione di un diverso diritto, identificabile solo al momento del decesso, invalidasse *ex post* la disposizione testamentaria. Si deve quindi concludere che, da un lato, il testamento valido, sotto il profilo della capacità, a norma dell'art. 47, rimanga tale anche qualora la *lex successionis ex art.* 46 disponga diversamente e che, dall'altro, quest'ultima non possa sanare l'invalidità del negozio invalido per incapacità secondo la legge nazionale del disponente al tempo della *testamenti factio*. La norma dà luogo, evidentemente, ad una **deroga** rispetto alla regola generalmente seguita per le **capacità speciali**, per cui le speciali condizioni di capacità, eventualmente richieste per il compimento di determinati atti, dovrebbero essere sottoposte alla stessa legge regolatrice di questi ultimi (v. *sub art.* 20 e art. 23, co. 1) (CLERICI, *sub art.* 47, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, Padova, 1996, p. 241; TONOLO, *sub art.* 47, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, Torino, 2009, p. 210; DI FABIO, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, in *Tratt. Rescigno-Ieva*, II, Padova, 2010, p. 784 ss.; DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte: dalla L. n. 218/1995 al Reg. UE n. 650/2012*, Milano, 2013, p. 22).

**2. Ambito di applicazione.** – Il criterio di collegamento è esteso espressamente alla modifica ed alla revoca del testamento, *sic et simpliciter* menzionate, il che sembrerebbe consentirne l'applicabilità anche alle ipotesi di modifica e revoca non realizzate mediante un successivo atto testamentario, bensì per mezzo di un diverso atto scritto, ovve-

ro in conseguenza di fatti concludenti o di eventi sopravvenuti (DI FABIO, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, cit., p. 786). Si esclude che l'art. 47 possa includere la disciplina della capacità a succedere e a ricevere per testamento, le quali, in quanto capacità speciali, sono come d'ordinario regolate dalla legge di disciplina del rapporto cui afferiscono, ossia dalla legge successoria *ex art.* 46. Parimenti, è prevalente l'orientamento che sottrae all'ambito di applicazione della norma in commento la disciplina dell'incapacità naturale o dei vizi della volontà del testatore, trattandosi di questioni così strettamente connesse alla natura dell'atto da essere attratte dalla legge regolatrice del medesimo (CLERICI, *sub art.* 47, cit., p. 241 ss.; PICONE, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998, p. 77; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1999, p. 532; DI FABIO, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, cit., p. 786; DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte: dalla L. n. 218/1995 al Reg. UE n. 650/2012*, cit., p. 22 ss.).

**3. Reg. UE 4.7.2012 n. 650.** – Anche il Reg. UE 4.7.2012 n. 650, sottrae la disciplina della capacità di testare all'area di applicazione della *lex successionis* generale, dedicando ad essa distinti criteri di collegamento. A norma dell'art. 26 reg. sono attinenti alla **validità sostanziale** di una disposizione a causa di morte le questioni concernenti: la **capacità della persona che fa la disposizione a causa di morte di fare tale disposizione**, le cause specifiche che impediscono alla persona che fa la disposizione di disporre a favore di determinate persone o che impediscono a una persona di ricevere beni della successione dalla persona che fa la disposizione, l'ammissibilità della rappresentanza ai fini di una disposizione a causa di morte, l'interpretazione della disposizione, il dolo, la violenza, l'errore e qualsiasi altra questione legata al consenso o alla volontà della persona che fa la disposizione. La legge regolatrice della validità sostanziale delle disposizioni a causa di morte è individuata nella c.d. *lex successionis anticipata*, ossia nella legge che, in base ai criteri di cui agli artt. 21, § 1° e 22 reg. (per l'analisi di questi v. *sub art.* 46), regolerrebbe la successione del disponente, se questi morisse al tempo in cui la disposizione viene fatta (art. 25 reg. per i patti successori; art. 24 reg. per le disposizioni a causa di morte diverse dai patti successori). È fatta salva la possibilità per il disponente (art. 24, § 2° reg.), o per le parti del patto successorio (art. 25, § 3° reg.), di **designare**, quale legge regolatrice della validità sostanziale della disposizione, **la legge nazionale del disponente, al tempo in cui la disposizione viene fatta** (DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte: dalla L. n. 218/1995 al Reg. UE n. 650/2012*, cit., p. 97 ss.; DAVÌ, ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione Europea, in Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013, V, II, p. 64; FRANZINA, LEANDRO, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni per causa di morte in Europa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 320). Tale *professio iuris* è da farsi nel rispetto delle condizioni indicate all'art. 22 reg.

## 48 Forma del testamento

Il testamento è valido, quanto alla forma, se è considerato tale dalla legge dello Stato nel quale il testatore ha disposto, ovvero dalla legge dello Stato di cui il testatore, al momento del testamento o della morte, era cittadino o dalla legge dello Stato in cui aveva il domicilio o la residenza.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Testamento internazionale* (Convenzione di Washington 26.10.1973) ✓ *Legge applicabile in materia di successioni* (Reg. UE 4.7.2012 n. 650)

### SOMMARIO

1. Criteri di collegamento in concorso alternativo. – 2. Ambito di applicazione. – 3. Convenzione di Washington del 26.10.1973. – 4. Reg. UE 4.7.2012, n. 650.

**1. Criteri di collegamento in concorso alternativo.** – L'art. 48 sottrae la disciplina della forma del testamento all'ambito di applicazione della *lex successionis* generale, di cui all'art. 46. La norma adotta in materia **sette criteri di collegamento**, tra loro in **concorso alternativo**, sicché, per la validità formale del negozio testamentario, è sufficiente che questa sia confermata da una qualsiasi delle leggi virtualmente applicabili (CLERICI, *sub art. 48*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, Padova, 1996, p. 243; DI FABIO, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, in *Tratt. Rescigno-Ieva*, II, Padova, 2010, p. 773; DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte: dalla L. n. 218/1995 al Reg. UE n. 650/2012*, Milano, 2013, p. 23). Nel senso precisato, vengono richiamate: la legge dello Stato in cui il testamento è stato redatto (c.d. *lex loci actus*); la legge nazionale del testatore al tempo del confezionamento dell'atto (corrispondente a quella richiamata ex art. 47); la legge nazionale del testatore al momento della morte (corrispondente a quella richiamata ex art. 46, co. 1); la legge dello Stato di residenza del testatore al tempo del confezionamento dell'atto; la legge dello Stato di residenza del testatore al momento della morte (corrispondente a quella richiamata ex art. 46, co. 2); la legge dello Stato di domicilio del testatore al tempo del confezionamento dell'atto; la legge dello Stato di domicilio del testatore al momento della morte. I primi tre criteri corrispondono a quelli già precedentemente indicati dall'art. 26 Preleggi; i restanti sono stati mutuati dalla Convenzione internazionale dell'Aja del 5.10.1961 sui conflitti di leggi in materia di forma delle disposizioni testamentarie, non ratificata dall'Italia, con l'esclusione della *lex rei sitae*, da quest'ultima Convenzione inclusa (CLERICI, *sub art. 48*, cit., p. 243; TONOLO, *sub art. 48*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, Torino, 2009, p. 212; DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte: dalla L. n. 218/1995 al Reg. UE n. 650/2012*, cit., p. 24). Il risultato è una disciplina liberale, espressione di un **favor verso la redazione di testamenti internazionali**, risultante anche dagli orientamenti giurisprudenziali anteriori alla riforma (per la dottrina: BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1999, p. 535; TONOLO, *sub art. 48*, cit., p. 211; DI FABIO, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, cit., p. 773; per la giurisprudenza: Cass. 19.6.1995 n. 6925); una conferma emerge dalla rite-

nuta validità anche del testamento nuncupativo, qualora conforme alla legge richiamata ex art. 48 (Trib. Belluno 22.12.1997, in *Dir. fam.*, 2000, p. 1110). Si sottolinea come, ex art. 13, co. 2, lett. b) (v. *sub art. 13*) non operi il rinvio in materia. In considerazione di ciò, nonché del fatto che la norma in esame non rinvia alla *lex rei sitae*, né contiene un richiamo *tout court* alla *lex successionis*, può determinarsi uno sfasamento tra la legge regolatrice della sostanza e la legge regolatrice della forma del testamento, quando, in virtù del meccanismo del rinvio, sia dichiarata applicabile alla successione la legge del luogo di situazione dei beni (CLERICI, *sub art. 48*, cit., p. 243; DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte: dalla L. n. 218/1995 al Reg. UE n. 650/2012*, cit., p. 24).

**2. Ambito di applicazione.** – Occorre distinguere le questioni attinenti alla validità formale da quelle relative alla validità sostanziale del negozio. Allo statuto della forma sono da ricondurre sia le c.d. norme dirette, nelle quali è contenuta una descrizione esauriente degli oneri di comportamento necessari per la validità della fattispecie negoziale, sia le c.d. norme indirette, con cui il legislatore pone l'esigenza di una data quantità o specie di forma (es. atto pubblico, olografo). Tali norme debbono essere applicate così come previsto dalla legge richiamata, nel rispetto di tutte le prescrizioni sulla competenza, sulla dichiarazione e sulla documentazione (BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 536; DI FABIO, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, cit., p. 775). L'ammissibilità del testamento congiuntivo deve essere valutata in base alla legge regolatrice della sostanza, non costituendo una forma pura e semplice, bensì un istituto giuridico autonomo (per la dottrina: BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 538; DI FABIO, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, cit., p. 776 ss.; DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte: dalla L. n. 218/1995 al Reg. UE n. 650/2012*, cit., p. 24 ss.; per la giurisprudenza: Cass. Firenze 12.11.1896). Difficoltà di qualificazione si sono poste nel verificare se determinate norme, che vietano di testare in certe forme, siano attinenti alla forma o alla capacità di testare (per casi pratici v. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 537 ss.; DI FABIO, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, cit., p. 777 ss.). L'istituto del *probate*, tipico dei

Paesi di *common law*, non sarebbe attinente né alla forma né alla sostanza del testamento, ma riguarderebbe piuttosto la procedura processuale (per la dottrina: DI FABIO, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, cit., p. 778; per la giurisprudenza: Cass. 9.5.1994 n. 4477). Si ritiene che la norma in commento si applichi anche per la **disciplina formale della revoca e della modifica** delle disposizioni testamentarie (DI FABIO, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, cit., p. 775).

**3. Convenzione di Washington del 26.10.1973.** – La Convenzione di Washington del 26.10.1973, in vigore per l'Italia dal 16.11.1991, detta una **disciplina materiale uniforme** sulla forma del c.d. **testamento internazionale**. Essa dunque introduce una nuova forma di testamento, che si aggiunge, senza sostituirla, a quelle già previste negli Stati aderenti, accessibile anche in assenza di elementi di estraneità nella successione, ossia anche in fattispecie meramente interne (CLERICI, *sub art. 48*, cit., p. 244; TONOLO, *sub art. 48*, cit., p. 214 ss.; DI FABIO, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, cit., p. 780; DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte: dalla L. n. 218/1995 al Reg. UE n. 650/2012*, cit., p. 25). Quanto ai requisiti formali, la Convenzione prevede: la redazione per iscritto del testamento; la consegna al notaio del documento con contestuale dichiarazione, in presenza di due testimoni, che si tratta del proprio testamento; la sottoscrizione del testamento o il riconoscimento della propria anteriore sottoscrizione; la sottoscrizione dei testimoni e del notaio; ad opera del notaio, l'apposizione della data sul testamento, la redazione dell'atto di ricevimento e la conservazione del testamento (TONOLO, *sub art. 48*, cit., p. 215; DI FABIO, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, cit., p. 780 ss.).

**4. Reg. UE 4.7.2012 n. 650.** – Il Reg. UE 4.7.2012 n. 650, ricorre alla tecnica del *depeçage* in relazione alla **validità formale delle disposizioni a causa di morte fatte per iscritto**. Similmente alla Convenzione dell'Aja del

5.10.1961, vengono richiamate, in **concorso alternativo**: la *lex loci actus*; la legge della cittadinanza, del domicilio (da verificarsi secondo la legge dello Stato interessato) o della residenza abituale del testatore o di almeno una delle persone la cui successione è interessata da un patto successorio, al momento del confezionamento dell'atto o della morte; la *lex rei sitae*, limitatamente alle disposizioni *mortis causa* con oggetto beni immobili (art. 27, § 1 reg.). Il Regolamento, esplicitamente, riconduce alle leggi indicate anche la validità formale della revoca e della modifica della disposizione a causa di morte (art. 27, § 2 reg.) e dichiara attinenti alla forma le prescrizioni di legge che limitano le forme ammesse delle disposizioni a causa di morte con riferimento all'età, alla cittadinanza o ad altre qualità personali del testatore o delle persone la cui successione è interessata da un patto successorio, nonché quelle indicanti i requisiti che devono possedere i testimoni per la validità di una disposizione a causa di morte (art. 27, § 3 reg.). La validità della **forma orale** delle disposizioni a causa di morte, esclusa dal campo di applicazione dalla normativa europea, rimane oggetto delle **norme di conflitto nazionali**, sicché dovrà valutarsi *ex art. 48 l. n. 218/1995* (DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte: dalla L. n. 218/1995 al Reg. UE n. 650/2012*, cit., p. 105 ss.; DAVÌ, ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione Europea*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013, V, II, p. 78 ss.). Distinta norma è dedicata alla **validità formale degli atti di accettazione e rinuncia** ad un legato o all'eredità, nonché degli atti contenenti la **dichiarazione volta a limitare la responsabilità del dichiarante**, da valutarsi, **alternativamente**, in base alla *lex successionis*, ovvero alla legge dello Stato di residenza abituale del dichiarante (art. 28 reg.) (DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte: dalla L. n. 218/1995 al Reg. UE n. 650/2012*, cit., p. 108; DAVÌ, ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione Europea*, cit., p. 81).

## 49 Successione dello Stato

Quando la legge applicabile alla successione, in mancanza di successibili, non attribuisce la successione allo Stato, i beni ereditari esistenti in Italia sono devoluti allo Stato italiano.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Acquisto dei beni da parte dello Stato* (art. 586 c.c.) ✓ *Beni immobili vacanti* (art. 827 c.c.) ✓ *Legge applicabile in materia di successioni* (Reg. UE 4.7.2012 n. 650)

### SOMMARIO

1. Conflitto negativo. – 2. Reg. UE 4.7.2012 n. 650.

**1. Conflitto negativo.** – La norma in commento, non contemplata nel sistema previgente, rappresenta una novità per la disciplina internazional-privatistica italiana (TONOLO, *sub art. 49*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, Torino, 2009, p. 216). Occorre innanzitutto evidenziare come comune a quasi tutti gli ordinamenti giuridici sia la previsione dell'**attribuzione allo Stato dei beni ereditari, in**

**assenza di altri successibili**. Tale acquisto può tuttavia fondarsi su considerazioni differenti; in alcuni ordinamenti, come avviene in Italia *ex art. 586 c.c.*, esso si basa sul riconoscimento, di natura privatistica, della **qualità di erede** allo Stato (BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1999, p. 530; TONOLO, *sub art. 49*, cit., p. 216; DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle*

*successioni a causa di morte: dalla L. n. 218/1995 al Reg. UE n. 650/2012*, Milano, 2013, p. 26). Qualora applicabile alla successione fosse una legge straniera ispirata al suddetto principio successorio, sarebbe fatto salvo il diritto del relativo Stato a rivendicare i beni ereditari situati in Italia (CLERICI, *sub art. 49*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, Padova, 1996, p. 246); viceversa, l'applicazione della legge italiana, quale *lex successionis*, consentirebbe allo Stato italiano di acquisire i beni ereditari vacanti ubicati in uno Stato estero, che qualificati allo stesso modo detta successione (TONOLO, *sub art. 49*, cit., p. 217). In altri ordinamenti, invece, la successione dello Stato si basa su considerazioni di natura pubblicistica, riconducibili al c.d. **dominio eminente** spettante allo Stato sul proprio territorio. In tal caso l'acquisto da parte dello Stato avviene per effetto di un diritto di occupazione o di sovranità ed è limitato ai soli beni ubicati nel territorio dello Stato medesimo, mentre non sussiste alcun titolo per rivendicare il patrimonio situato all'estero (CLERICI, *sub art. 49*, cit., p. 245; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 530; TONOLO, *sub art. 49*, cit., p. 216; DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte: dalla L. n. 218/1995 al Reg. UE n. 650/2012*, cit., p. 26). La norma in commento ha lo scopo di dare soluzione alle conseguenti possibili situazioni di c.d. **conflitto negativo**, in cui, in base alla *lex successionis* applicabile, nessuno Stato, né italiano né straniero, si ritenga competente ad assumere la proprietà dell'eredità vacante localizzata in Italia, concludendo per l'apprensione della stessa da parte dello Stato italiano (CLERICI, *sub art. 49*, cit., p. 245 ss.; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 530; TONOLO, *sub art. 49*, cit., p. 217 ss.; DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte: dalla L. n. 218/1995 al Reg. UE n. 650/2012*, cit., p. 27). Si sottolinea come, in tale ipotesi, diversamente da quella disciplinata dall'art. 586 c.c., non sia ravvisabile una vera e propria "devoluzione", poiché lo Stato italiano si appropria dei beni non in forza di un diritto successorio, ma per il solo fatto che essi non sono di proprietà di alcuno, analogamente a quanto accade *ex art. 827 c.c.*, relativamente ai beni immobili vacanti (PICONE, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998, p. 102). L'art. 49 detta dunque una **norma di diritto materiale, unilaterale**, in quanto si occupa della sola ipotesi in cui i beni ereditari siano localizzati in Italia; secondo parte della dottrina essa estenderebbe ai beni mobili il principio di ordine pubblico di cui al citato art. 827 c.c. (DELI, *sub art. 49*, in *Comm. Bariatti*, Padova, 1996, p. 1310; PICONE, *La riforma ita-*

*liana del diritto internazionale privato*, cit., p. 99; TONOLO, *sub art. 49*, cit., p. 217; DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte: dalla L. n. 218/1995 al Reg. UE n. 650/2012*, cit., p. 28), mentre una diversa opinione ne limita l'operatività in relazione ai soli beni immobili (BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 529). Si evidenzia come la norma non si occupi dell'ipotesi di c.d. **conflitto positivo**, in cui la *lex successionis* sia quella italiana e la pretesa dello Stato italiano, sui beni ereditari situati all'estero, contrasti con la pretesa dello Stato di ubicazione degli stessi, fondata sul proprio diritto sovrano (BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 531; TONOLO, *sub art. 49*, cit., p. 218). La formulazione della norma, che inquadra il problema in termini di conflitto di leggi, sembrerebbe legittimare le pretese dello Stato italiano, la cui effettiva soddisfazione potrebbe tuttavia essere frustrata dall'imposizione di fatto dello Stato straniero (CLERICI, *sub art. 49*, cit., p. 246; DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte: dalla L. n. 218/1995 al Reg. UE n. 650/2012*, cit., p. 28).

**2. Reg. UE 4.7.2012 n. 650.** – L'art. 33 del Reg. UE 4.7.2012 n. 650, riconduce la disciplina della successione dello Stato alla *lex successionis*, ma al tempo stesso fa salvo il "diritto di uno Stato membro o di un'istituzione designata dalla legge di quello Stato di acquisire a norma della propria legge i beni ereditari situati sul suo territorio", se qualificabile come esplicazione di una potestà d'imperio. In tal modo viene espressamente risolta l'ipotesi di **conflitto positivo** (v. *supra*) tra la *lex successionis*, che attribuisca al relativo Stato un diritto successorio sui beni, e la *lex rei sitae*, che riconosca allo Stato di ubicazione un diritto sovrano, in favore di quest'ultima. Al contrario, in assenza di tali rivendicazioni a connotazione pubblicistica, possono trovare soddisfazione le pretese dello Stato, la cui legge sia applicabile alla successione, in ordine ai beni ereditari vacanti situati all'estero (TONOLO, *Successioni e donazioni*, in CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Manuale di diritto internazionale privato*, Torino, 2013, p. 245; DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte: dalla L. n. 218/1995 al Reg. UE n. 650/2012*, cit., p. 110). La parte finale della norma detta poi una **disposizione materiale**, garantendo ai creditori ereditari il diritto di soddisfare le proprie pretese su tutti i beni ereditari, anche se attribuiti allo Stato di ubicazione ed indipendentemente da quanto previsto dalla legge di quest'ultimo (DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte: dalla L. n. 218/1995 al Reg. UE n. 650/2012*, cit., p. 110 ss.).

## 50 Giurisdizione in materia successoria

In materia successoria la giurisdizione italiana sussiste: a) se il defunto era cittadino italiano al momento della morte; b) se la successione si è aperta in Italia; c) se la parte dei beni ereditari di maggiore consistenza economica è situata in Italia; d) se il convenuto è domiciliato o residente in Italia o ha accettato la giurisdizione italiana, salvo che la domanda sia relativa a beni immobili situati all'estero; e) se la domanda concerne beni situati in Italia.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Foro per le cause ereditarie* (art. 22 c.p.c.) ✓ *Competenza giurisdizionale in materia di successioni* (Convenzione italo-svizzera 22.7.1868) ✓ *Competenza giurisdizionale in materia di successioni* (Reg. UE 4.7.2012, n. 650)

## SOMMARIO

1. Criteri speciali di giurisdizione. – 2. Materia successoria. – 3. Convenzione italo-svizzera del 22.7.1868. – 4. Reg. UE 4.7.2012 n. 650.

**1. Criteri speciali di giurisdizione.** – La norma in commento individua dei **criteri speciali** di giurisdizione in materia successoria (TONOLO, *sub art. 50*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, Torino, 2009, p. 219). Innanzitutto, la giurisdizione italiana sussiste qualora la *de cuius* avesse la cittadinanza italiana al tempo della morte (TONOLO, *sub art. 50*, cit., p. 222); è stato invece eliminato il criterio relativo alla cittadinanza italiana del convenuto (CLERICI, *sub art. 50*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, Padova, 1996, p. 247; DI FABIO, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, in *Tratt. Rescigno-Ieva*, II, Padova, 2010, p. 745), di cui autorevole giurisprudenza ha fatto applicazione, anche in materia successoria, in vigenza del precedente sistema internazionale-privatistico (Cass. 22.11.1984 n. 5984). Si nota, poi, come l'art. 50 riproduca alcuni **titoli generali di giurisdizione** (domicilio e residenza del convenuto in Italia, proroga di giurisdizione), di cui agli artt. 3 e 4, l. n. 218/1995 (BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1999, p. 550; TONOLO, *sub art. 50*, cit., p. 223), la cui operatività è tuttavia esclusa in relazione alle domande concernenti beni immobili situati all'estero, in coordinamento con la previsione di cui all'art. 5 (v. *sub art. 5*) (TONOLO, *sub art. 50*, cit., p. 224; DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte: dalla L. n. 218/1995 al Reg. UE n. 650/2012*, Milano, 2013, p. 31); la giurisprudenza ha precisato che la collocazione all'estero dei beni immobili non permette, invece, di escludere la giurisdizione italiana, qualora questa sussista in base agli altri criteri indicati dalla norma in esame (Cass. 12.7.2011 n. 15233); in senso ancor più restrittivo, parte della dottrina limita l'operatività dell'eccezione in relazione al solo criterio dell'accettazione della giurisdizione (BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 552). Pur mancando il richiamo generalizzato ai criteri di competenza territoriale, operato dall'art. 3, co. 2, per l'individuazione della giurisdizione, l'art. 50, lett. b (apertura della successione in Italia), c (localizzazione in Italia dei beni di maggiore consistenza economica) ed e (localizzazione in Italia dei beni oggetto della controversia), individua criteri analoghi, ed in parte pienamente coincidenti, a quelli previsti dall'art. 22 c.p.c. Può dunque dirsi che la norma in commento incorpori, in sostanza, tutti i criteri generali di giurisdizione, con la sola esclusione di quello, di cui all'art. 3, co. 1, relativo alla presenza in Italia di un rappresentante del convenuto autorizzato a stare in giudizio, nonché degli ulteriori criteri di competenza territoriale ricavabili dall'art. 22 c.p.c. (CLERICI, *sub art. 50*, cit., p. 250; TONOLO, *sub art. 50*, cit., p. 220 ss.; DI FABIO, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, cit., p. 744 ss.). In ragione di ciò, assume una limitata rilevanza concreta (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, II, Torino, 2006, p. 144; TONOLO, *sub art. 50*, cit., p. 221), la questione, comunque oggetto di ampia discussione, relativa all'applicazione della norma in esame in via **esclusiva** (in tal senso: DELI, *sub art. 50*, in *Comm. Bariatti*, Padova, 1996, p. 1318; DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di*

*morte: dalla L. n. 218/1995 al Reg. UE n. 650/2012*, cit., p. 29), ovvero **concorrente** con i criteri generali (in quest'ultimo senso, per la dottrina: PICONE, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998, p. 65; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 550; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, II, cit., p. 144; per la giurisprudenza: Trib. Lucca 23.9.1997, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1998, p. 818). Per espressa previsione normativa, in materia di **giurisdizione volontaria**, ai criteri di cui all'art. 50 si aggiungono quelli indicati dall'art. 9 (v. *sub art. 9*) (CLERICI, *sub art. 50*, cit., p. 250 ss.; DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte: dalla L. n. 218/1995 al Reg. UE n. 650/2012*, cit., p. 29 ss.). È evidente come i criteri sanciti dalla norma in commento portino ad un'**ampia affermazione della giurisdizione italiana**, talvolta in termini criticabili: l'art. 50, lett. e, affermando la competenza del giudice italiano in base alla pura e semplice localizzazione in Italia dei beni oggetto della domanda, a prescindere dalla consistenza economica degli stessi e con ciò superando il limite *ex art. 50*, lett. c, estenderebbe eccessivamente la giurisdizione, anche in relazione a controversie prive di effettivi legami con l'ordinamento italiano (DELI, *sub art. 50*, cit., p. 1321 ss.; PICONE, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, cit., p. 65; TONOLO, *sub art. 50*, cit., p. 223); la previsione potrebbe tuttavia giustificarsi nell'obiettivo di realizzare la coincidenza tra *forum* e *ius* nell'ipotesi di cui all'art. 46, co. 3 (v. *sub art. 46*) (CLERICI, *sub art. 50*, cit., p. 248; TONOLO, *sub art. 50*, cit., p. 223). Si precisa come la cittadinanza italiana del *de cuius* al tempo della morte, l'apertura della successione, il domicilio o la residenza del convenuto in Italia debbano essere accertati secondo il diritto italiano, quale *lex fori* (BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 551; TONOLO, *sub art. 50*, cit., p. 222 ss.; DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte: dalla L. n. 218/1995 al Reg. UE n. 650/2012*, cit., p. 30); analogamente, l'accettazione della giurisdizione deve essere verificata secondo i criteri di cui all'art. 4 l. n. 218/1995 (v. *sub art. 4*) (BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 552; TONOLO, *sub art. 50*, cit., p. 223; DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte: dalla L. n. 218/1995 al Reg. UE n. 650/2012*, cit., p. 31). Si è osservato che nella previsione di cui all'art. 50, lett. c, dovrebbero ricomprendersi tanto i beni mobili, quanto i beni immobili, ma non anche i beni immateriali, regolati dalle norme speciali in materia (DELI, *sub art. 50*, cit., p. 1320; TONOLO, *sub art. 50*, cit., p. 222; DI FABIO, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, cit., p. 745).

**2. Materia successoria.** – L'art. 50 non fornisce alcuna indicazione in relazione a quali siano le cause inerenti alla "**materia successoria**", rispetto alle quali lo stesso debba applicarsi per l'accertamento della giurisdizione italiana. Parte della dottrina ritiene ancora applicabile, per quanto in via esemplificativa, la delimitazione contenuta all'art. 22 c.p.c., a cui si faceva riferimento precedentemente alla

riforma; l'art. 50 si dovrebbe così applicare alle cause relative alla petizione ed alla divisione dell'eredità, alla rescissione della divisione, alle cause tra coeredi fino alla divisione, alle cause relative ai crediti verso il defunto o ai legati dovuti dall'erede, alle cause contro l'esecutore testamentario, alle cause per la tutela dell'erede accettante con beneficio d'inventario, nonché relativamente all'azione di collazione della donazione; non si dovrebbe applicare rispetto all'azione di riduzione per lesione di legittima ed all'azione di restituzione contro i beneficiari delle disposizioni ridotte e contro i terzi acquirenti (BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 552 ss.; DI FABIO, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, cit., p. 744). Secondo altra parte della dottrina, l'assenza di riferimenti consentirebbe di includere nella materia successoria coperta dall'art. 50 altresì controversie non ricomprese tra quelle di cui all'art. 22 c.p.c., purché dotate una connessione sufficientemente stretta con la materia in parola (DELI, *sub art. 50*, cit., p. 1319; MOSCONI, CAMPILGIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, II, cit., p. 143; TONOLO, *sub art. 50*, cit., p. 220); in tal senso anche la recente giurisprudenza, che ha dichiarato l'applicabilità dell'art. 50 anche in relazione alle azioni di riduzione e restituzione (Cass. 19.5.2009 n. 11532). La Suprema Corte ha chiarito che l'accertamento pregiudiziale della qualità di erede, ai fini della legittimazione ad agire, in una causa relativa all'esecuzione di un contratto di conto corrente, instaurata tra uno dei contraenti originari e l'erede dell'altro, non vale ad attribuire natura successoria alla stessa (Cass. 20.12.2006 n. 27182); viceversa, ha concluso per l'estensione della giurisdizione italiana, a norma dell'art. 50, anche in relazione a questioni preliminari prive di natura successoria, quando di tale natura sia la causa principale (Cass. 27.10.2008 n. 25875).

**3. Convenzione italo-svizzera del 22.7.1868.** – L'art. 17 della Convenzione di stabilimento e consolare italo-svizzera del 22.7.1868, nonché il relativo protocollo di applicazione del 1.5.1869, stabiliscono che le controversie relative alla successione di un cittadino italiano o svizzero debbano essere deferite al giudice dell'ultimo domicilio che il *de cuius* aveva nel suo Paese di origine, anche qualora il decesso sia avvenuto nell'altro Stato. Tale previsione è attributiva di una **competenza giurisdizionale esclusiva** ed è **prevalente** rispetto alla normativa internazionale-privatistica di cui alla l. n. 218/1995, a norma dell'art. 2 della stessa (v. *sub art. 2*). Ciò significa che il giudice italiano non può affermare la propria giurisdizione rispetto alle controversie relative alla successione di un cittadino svizzero, morto in Italia o in Svizzera (Cass. 31.7.1967, n. 2038), anche qualora, ad esempio, l'apertura della successione, il domicilio o la residenza dei convenuti ed i beni ereditari siano localizzabili in Italia (CLERICI, *sub art. 50*, cit., p. 250; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 553 ss.).

**4. Reg. UE 4.7.2012, n. 650.** – Le disposizioni attinenti alla competenza giurisdizionale, contenute nel Reg. UE n. 650/2012, si applicano a tutte le procedure in materia successoria (secondo i limiti materiali di cui all'art. 1 reg.), siano esse contenziose o di volontaria giurisdizione, e valgono per tutti gli organi giurisdizionali (secondo la definizione di cui all'art. 3, § 2 reg.) (DAVÌ, ZANOBETTI, *Il nuo-*

*vo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione Europea*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013, V, II, p. 113; BONOMI, *Il regolamento europeo sulle successioni*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2013, II, p. 298). L'art. 4 reg. sancisce, innanzitutto, una **competenza generale** in favore del giudice dello Stato membro in cui il *de cuius* aveva **residenza abituale al momento della morte**; la residenza abituale viene dunque adottata dal Regolamento sia come titolo generale di giurisdizione, sia come principale criterio di collegamento oggettivo per l'individuazione della legge applicabile, favorendo la coincidenza tra *forum* e *ius* (DAVÌ, ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione Europea*, cit., p. 114 ss.; BONOMI, *Il regolamento europeo sulle successioni*, cit., p. 299; DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte: dalla L. n. 218/1995 al Reg. UE n. 650/2012*, cit., p. 47; FRANZINA, LEANDRO, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni per causa di morte in Europa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 297). Nel caso in cui il defunto non avesse la suddetta residenza all'interno del territorio dell'Unione Europea, subentra la **competenza sussidiaria** di cui all'art. 10 reg., attribuita agli organi dello Stato membro in cui sono ubicati i beni ereditari, indipendentemente dal tipo o dal valore degli stessi, purché il defunto avesse, al momento del decesso, la cittadinanza di quello Stato, ovvero vi avesse comunque avuto residenza abituale nel corso dei cinque anni antecedenti all'instaurazione della causa. Per l'ipotesi in cui non sussista nessuna delle condizioni di cui sopra, viene fissato un criterio di **competenza residuale c.d. interna**, disponendo che la giurisdizione venga comunque assegnata ai giudici degli Stati membri in cui si trovino i beni ereditari, limitatamente, tuttavia, alle sole controversie concernenti i beni situati nei rispettivi territori (DAVÌ, ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione Europea*, cit., p. 116; BONOMI, *Il regolamento europeo sulle successioni*, cit., p. 300; DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte: dalla L. n. 218/1995 al Reg. UE n. 650/2012*, cit., p. 67 ss.). L'art. 11 reg. individua, infine, un criterio di **competenza residuale c.d. esterna (o forum necessitatis)**, in forza del quale se le norme sopra esposte non conducono all'individuazione, come competente, di un organo giurisdizionale di uno Stato membro, ma tale sarebbe il giudice di uno Stato terzo, e se questo nega la propria competenza, ovvero si rifiuta di occuparsi della causa, o ancora appare impossibile lo svolgimento del processo in quello Stato, allora viene riconosciuta competenza giurisdizionale a qualsiasi Stato membro che abbia con la fattispecie un collegamento sufficiente, allo scopo di evitare, ragionevolmente, situazioni di diniego di giustizia all'interno dell'ordinamento comunitario (DAVÌ, ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione Europea*, cit., p. 119 ss.; BONOMI, *Il regolamento europeo sulle successioni*, cit., p. 302; DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte: dalla L. n. 218/1995 al Reg. UE n. 650/2012*, cit., p. 68 ss.; FRANZINA, LEANDRO, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni per causa di morte in Europa*, cit., p. 309). L'art. 5 reg. si occupa degli **accordi di scelta del foro**, disponendo che qualora il *de cuius* abbia scelto, quale legge regolatrice della successione *ex art. 22 reg.*, la

legge di uno Stato membro, le parti interessate alla lite possano confermare tale scelta sotto il profilo processuale, attribuendo competenza giurisdizionale esclusiva al giudice dello Stato membro indicato dal *de cuius*, mediante un accordo scritto e firmato dalle stesse. In caso di mancato raggiungimento dell'accordo, su istanza di una qualsiasi parte interessata, spetta all'autorità giudiziaria inizialmente adita valutare l'opportunità di dichiarare la propria incompetenza, in favore del giudice dello Stato la cui legge sia stata prescelta dal *de cuius*. Il Regolamento prevede che la competenza del giudice adito in base ad un accordo di scelta del foro, a cui, tuttavia, non abbiano preso parte tutti i soggetti coinvolti nel procedimento, sia comunque confermata se le parti escluse la accettino espressamente (art. 7, lett. c reg.), ovvero tacitamente, non sollevando l'eccezione di incompetenza nell'atto di comparizione (art. 9 reg.) (DAVÌ, ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale*

*privato delle successioni nell'Unione Europea*, cit., p. 117 ss.; BONOMI, *Il regolamento europeo sulle successioni*, cit., p. 311 ss.; DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte: dalla L. n. 218/1995 al Reg. UE n. 650/2012*, cit., p. 59 ss.; FRANZINA, LEANDRO, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni per causa di morte in Europa*, cit., p. 302 ss.). Infine, si rileva come la normativa comunitaria preveda delle **competenze speciali**, che si aggiungono a quelle di cui sopra, per la ricezione di dichiarazioni di accettazione o rinuncia all'eredità, a legati o a quote di legittima, ovvero di dichiarazioni dirette a limitare la responsabilità della persona interessata in relazione alle passività ereditarie (art. 13 reg.) e per l'adozione di provvedimenti urgenti o cautelari (art. 19 reg.) (DAVÌ, ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione Europea*, cit., p. 121 ss.).

#### CAPO VIII DIRITTI REALI

## 51 Possesso e diritti reali

Il possesso, la proprietà e gli altri diritti reali sui beni mobili ed immobili sono regolati dalla legge dello Stato in cui i beni si trovano.

La stessa legge ne regola l'acquisto e la perdita, salvo che in materia successoria e nei casi in cui l'attribuzione di un diritto reale dipenda da un rapporto di famiglia o da un contratto.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Beni culturali* (Direttiva 2014/60) ✓ *Contratti* (l. 31.5.1995 n. 218, art. 57) ✓ *Famiglia* (l. 31.5.1995 n. 218, artt. 26 ss.) ✓ *Navi e aeromobili* (Codice della navigazione; Convenzione di Ginevra del 19.7.1984 sul riconoscimento internazionale dei diritti sugli aeromobili) ✓ *Successioni* (l. 31.5.1995 n. 218, artt. 46 ss.; Reg. n°650/2012) ✓ *Territorio nazionale* (Codice della navigazione) ✓ *Trust* (Convenzione dell'Aja del 1.7.1985 sulla legge applicabile ai trust e sul loro riconoscimento)

### SOMMARIO

1. Nozione. – 2. L'ambito di applicazione. – 2.1. Il Regolamento UE in materia successoria. – 2.2. Speciali categorie di beni. – 3. Legge applicabile. – 3.1. *Lex rei sitae* e territorio nazionale. – 3.2. Il bene mobile trasferito. – 4. Limiti di diritto pubblico.

**1. Nozione.** – La presente norma di conflitto richiede preliminarmente di definire la portata delle nozioni di “possesso”, “proprietà” e “altri diritti reali”, alla luce del principio di tipicità dei diritti reali. Tale esigenza nasce dalla possibilità che una stessa situazione assuma connotazioni giuridiche differenti nei diversi ordinamenti stranieri. Così accade, ad esempio, per la locazione la quale nell'ordinamento giuridico austriaco viene fatta rientrare nella categoria dei diritti reali. Di qui l'esigenza di adottare una “qualificazione elastica” che non sia incentrata esclusivamente sui concetti propri del diritto interno (v. BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato*, Milano, 2016, p. 60 ss.). A tal fine, si ricorre prevalentemente al procedimento della c.d. **doppia qualificazione**: dapprima, si accerterà se la fattispecie concreta possa essere qualificata quale proprietà, possesso o diritto reale ai sensi della legge del luogo in cui è radicata la controversia (c.d. *lex fori*) (e,

quindi, il diritto italiano) per poi, in caso di esito negativo, verificare sulla base della legge del luogo in cui si trova il bene oggetto di controversia (c.d. *lex rei sitae*) se il diritto presenti le caratteristiche tipiche rispettivamente di proprietà, possesso o altri diritti reali (CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, Torino, 2009, p. 228). Così si esprimeva la giurisprudenza già nel vigore dell'art. 22 delle Preleggi il cui testo è stato pressoché integralmente trasfuso nell'art. 51 (v. Trib. Torino 25.3.1982, in *Riv. dir. inter. priv. proc.*, 1982, p. 625). Per quanto riguarda specificamente il nostro ordinamento, sotto il profilo della qualificazione, il giudice italiano investito della controversia ravviserà esistente una situazione rientrante nel concetto di “**proprietà**” laddove si faccia riferimento al potere di godere e disporre in modo pieno ed esclusivo del bene con il correlato dovere di astensione da parte di terzi (v. FERRA-

RI, *sub art. 832*, in *Codice civile commentato*, a cura di Franzoni, Rolli, De Marzo, Torino, 2018, p. 1085 ss.). Il “**possesso**”, è invece da intendersi quale potere sulla cosa che si manifesta in un’attività corrispondente all’esercizio della proprietà o di altro diritto reale (v. UGOLINI, *sub art. 1140*, in *Codice civile commentato*, a cura di Franzoni, Rolli, De Marzo, Torino, 2018, p. 1516 ss.). Infine, la nozione di “**altri diritti reali**” include tutte quelle situazioni in cui sia riscontrabile il potere di godere e disporre di alcune determinate utilità da beni altrui, con la possibilità di far valere il diritto *erga omnes* (c.d. assolutezza). Così ad esempio nel caso di usufrutto o enfiteusi (BENVENUTI, *sub art. 51*, in AA.VV., *Commento alla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato – L. 31 maggio 1995, n. 218*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, 5/6, p. 1327). La portata della norma – che si applica pacificamente sia ai diritti reali di godimento che ai diritti reali di garanzia – include inoltre i **privilegi speciali** i quali sono stati considerati da autorevole dottrina come aventi natura di diritto reale (BIANCA, *Diritto civile – Le garanzie reali. La prescrizione* (vol. VII), Milano, 2012, pp. 21-22). Si ritiene invece che i **privilegi generali**, costituendo una particolare qualificazione del diritto di credito, debbano essere disciplinati dalla legge regolatrice del predetto diritto di credito (in questo senso, BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato*, Milano, 2016, p. 234; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1999, p. 570; *contra* BIANCA, *Diritto civile – La proprietà* (vol. VII), Milano, p. 22). Ciò detto, costituiranno quindi diritti reali ai fini dell’art. 51 figure non note al nostro ordinamento quali il *lien* o il *mortgage*. Lo stesso si può dire in astratto per il **trust**. Rispetto a tale istituto, tuttavia, si deve ricordare l’adesione dell’Italia alla Convenzione dell’Aja del 1.7.1985 sulla legge applicabile ai trust e sul loro riconoscimento, che attualmente conta 14 Stati membri. L’ambito di applicazione di tale Convenzione è limitato alle ipotesi di *trust* volontariamente istituiti. I *trust* costituiti *ex lege* al fine di tutelare soggetti incapaci saranno soggetti agli artt. 42 e 43 (v. *sub artt. 42-42*); in presenza di *trust ex lege* in materia successoria si applicherà invece il Reg. n. 650/2012 (MOSCONI, CAMPILGIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2016, II, p. 305. *Amplius*, GAMBARO, voce *Trust*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, p. 449 ss.).

**2. L’ambito di applicazione.** – Come risulta espressamente dal testo della disposizione, oggetto del diritto fatto valere e regolato dalla presente norma di conflitto può essere indifferentemente un bene di natura **mobile o immobile**. Il legislatore, equiparando la disciplina delle due tipologie di beni, ha confermato la scelta operata nel Codice Civile del ’42 di superare il regime differenziato che sottoponeva i beni mobili al criterio di collegamento domiciliare. Per quanto attiene alla distinzione tra i due commi, mentre il **co. 1** riguarda la legge regolatrice del diritto reale o del possesso, il **co. 2** estende la portata della previsione alla legge regolatrice del loro acquisto o perdita. Vengono però **fatte salve alcune materie** esplicitamente elencate: materia successoria (v. *sub* capo VII, artt. 46 ss.); derivazione del diritto da un rapporto di famiglia (v. *sub* capi IV e V, artt. 26 ss.); derivazione del diritto da un contratto (v. *sub* capo X, artt. 57 ss.). Peraltro si ritiene che il riferimento a successioni, famiglia e contratti abbia carattere meramente esemplificativo e che la clausola di esclusione vada intesa come riguardante tutti gli **acquisti**

a **titolo derivativo**. Al riguardo si è, infatti, evidenziato che ritenendo l’elenco esaustivo risulterebbe difficilmente spiegabile l’assenza fra le ipotesi delle donazioni, espressamente disciplinate dal capo IX (VISMARA, CONETTI, TONOLO, *Manuale di diritto internazionale privato*, Torino, 2015, p. 261). Più specificamente, per quanto attiene alla **materia successoria**, l’eccezione viene ritenuta totale riguardando sia modalità di acquisto che di perdita del diritto; in **materia di rapporti di famiglia e contrattuale**, invece, l’eccezione concerne solo il profilo dell’attribuzione del diritto o del possesso (v. *Relazione allegata allo schema di articolato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 972). Conseguentemente si applica sempre la *lex rei sitae* nei casi di acquisto a titolo originario (compresa l’usucapione, su cui v. *sub art. 53*) mentre, in caso di acquisti a titolo derivativo, la legge di situazione del bene cede a favore della legge regolatrice del rapporto legittimante con riferimento ad acquisto e perdita dello stesso. Quindi nell’ipotesi, ad esempio, di un contratto di compravendita, gli effetti obbligatori saranno determinati in base alle norme di cui all’art. 57 (v. *sub art. 57*); gli effetti reali, invece, in base al presente capo. Nello specifico – conformemente all’orientamento prevalente già con riferimento al previgente art. 22 delle Preleggi – la validità del titolo, i vizi del consenso, i rimedi contrattuali e l’astratta idoneità del negozio a creare la situazione giuridica assoluta sono regolati dalla *lex tituli* (v. Cass. 3.11.1988, n. 5960). La condizione giuridica del bene, l’idoneità ad essere oggetto di scambio, la qualificazione del tipo di diritto reale che può essere costituito in concreto, dipendono invece dalla *lex rei sitae* (v. Cass. 21.12.1993, n. 12663) (GARDELLA, *Le garanzie finanziarie nel diritto internazionale privato*, Milano, 2007, p. 24 ss.). In presenza di una controversia tra coniugi avente ad oggetto la comproprietà di un’**azienda agricola** con richiesta di sequestro giudiziario della stessa, non deve essere applicata la legge che disciplina i rapporti patrimoniali tra coniugi né quella sui diritti reali, bensì la legge che disciplina la materia societaria la quale riguarda, ai sensi dell’art. 25, tutti i rapporti d’impresa (in questo senso Trib. Firenze 18.11.1999, in *Gius.*, 2000, 24, p. 2980). Rientrano nel campo di applicazione dell’art. 51 anche i trasferimenti di proprietà derivanti da **provvedimenti di carattere pubblicistico** (quali, espropriazioni, nazionalizzazioni, ...) purché emanati o comunque resi efficaci dalle autorità del luogo dove il bene si trova. Al di fuori dei predetti limiti, infatti, si rientra nel profilo dell’esecuzione di un provvedimento straniero, profilo attinente all’esercizio della sovranità di quel Paese. Peraltro, bisogna tener conto dell’esistenza di accordi internazionali su tali materie. In questo senso, la giurisprudenza ha applicato il **Trattato di amicizia italo-tedesco concluso a Roma il 21.11.1957** e ratificato in Italia dalla l. 9.3.1961, n. 361, in una causa avente a oggetto l’espropriazione da parte di un Comune italiano di beni appartenenti a cittadini tedeschi arrivando, conseguentemente, a commisurare l’indennità al valore venale delle aree espropriate *ex art. 6, co. 4* (Cass. 8.3.2007, n. 5352).

**2.1. Il Regolamento UE in materia successoria.** – Il **Reg. (UE) n. 650 del 4.7.2012**, 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, esclude esplicitamente dalla propria sfera di applicazione le questioni inerenti la natura dei diritti reali (art. 1.2, lett. k) nonché qualsiasi iscrizione

in un registro di diritti su beni mobili o immobili, ivi compresi i requisiti legali relativi a tale iscrizione e gli effetti connessi (lett. I). Ciò nonostante, il Regolamento influisce direttamente sulla materia nel caso in cui una persona invochi un diritto reale riconosciute ai sensi della *lex successio-nis* ma sconosciuto dalla legge dello Stato membro in cui il diritto è invocato. In questa ipotesi, infatti, l'art. 31 prevede il c.d. **adattamento dei diritti reali** in base al quale l'invocato diritto viene adattato, se necessario e comunque nella misura possibile, al diritto reale equivalente più vicino previsto dalla legge dello Stato (tenendo conto degli obiettivi e degli interessi perseguiti dal diritto in questione nonché avuto riguardo ai suoi effetti) (DAVÌ, ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione Europea*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013, V-2, pp. 19-20).

**2.2. Speciali categorie di beni.** – Non rientrano nel campo di applicazione dell'art. 51 alcune categorie di beni che sono oggetto di specifiche norme all'interno del presente capo. Per i **beni immateriali** è stata prevista un'apposita disciplina all'art. 54 (v. *sub art.* 54). Similmente la legge applicabile ai **beni mobili in transito** è stabilita dall'art. 52 (v. *sub art.* 52). Sono inoltre escluse dal campo di applicazione dell'art. 51 alcune categorie di beni che trovano altrove le proprie norme di conflitto. Fra queste in particolare si ricordano i **beni culturali** la cui azione di restituzione ai sensi della Direttiva 2014/60 relativa alla restituzione dei beni culturali usciti illecitamente dal territorio di uno Stato membro e che modifica il Reg. (UE) n. 1024/2012 (la quale ha anche rifiuto la Direttiva 93/7) è disciplinata dalla legge dello Stato membro richiedente (art. 13). Esulano altresì dal campo di applicazione i diritti su **navi e aeromobili** che ai sensi dell'art. 6 c. nav. sono regolati dalla c.d. legge di bandiera, ossia la legge nazionale della nave o dell'aeromobile in questione (App. Roma 15.7.2003, in *Foro it.*, 2004, c. 1905. Non ha invece applicato il codice della navigazione ma, erroneamente, l'art. 51 – giungendo peraltro inspiegabilmente ad una legge diversa da quella del *situs rei* – Trib. Venezia 6.7.1998, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 92). Per quanto riguarda gli aeromobili è inoltre in vigore la Convenzione di Ginevra del 19.6.1948 concernente il riconoscimento internazionale dei diritti sugli aeromobili.

**3. Legge applicabile.** – L'art. 51 designa quale legge applicabile la legge dello Stato in cui il bene si trova (c.d. *lex rei sitae*). Tale disposizione dovrà però essere coordinata con l'art. 13 (v. *sub art.* 13) qualora per effetto dell'applicazione della disposizione risultasse applicabile una legge straniera.

**3.1. Lex rei sitae e territorio nazionale.** – Il riferimento alla legge dello Stato in cui i beni si trovano è chiaramente collegato al concetto di territorio nazionale. Vengono considerati tali non solo il suolo rientrante nei confini dello Stato, lo spazio aereo che lo sovrasta, il mare territoriale

(art. 3 cod. nav.), ma anche il c.d. territorio flottante ossia le navi e gli aeromobili militari ovunque si trovino, le navi italiane in alto mare e gli aeromobili italiani in luogo o spazio non soggetto alla sovranità di alcuno Stato (art. 4 cod. nav.) nonché gli accessori di questi. In particolare, la giurisprudenza ha interpretato l'art. 4 come includente anche la rete da pesca immersa in mare aperto (Trib. Pesaro ord. 10.2.2010, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2010, p. 149; conf. Trib. Sciacca 9.1.1963, in *Foro it.*, 1963, I, c. 1317).

**3.2. Legge regolatrice del bene mobile trasferito.** – Nel caso in cui un bene venga trasferito dal territorio di uno Stato a quello di un altro, si determina un mutamento nel tempo della legge che regola il diritto sul bene: il c.d. **conflitto mobile**. In conseguenza del mutamento, il **contenuto** del diritto si adatterà all'estensione riconosciutagli dalla legge dell'ordinamento di nuova ubicazione. Un profilo particolarmente delicato è quello relativo alla circostanza che l'adattamento possa o meno concernere anche l'**attribuzione** del diritto reale. Si pensi alla possibilità che un diritto – il quale non poteva costituirsi in base alla *lex rei sitae* dello Stato di provenienza – sorga *ex post* ai sensi della legge dell'ordinamento dove il bene è stato trasferito. Si pensi all'applicabilità della regola "possesso vale titolo" di cui all'art. 1153 c.c. in caso di acquisto a *non domino* di un bene rubato e alienato in Spagna (nazione che esclude l'usucapibilità dei beni oggetto di furto), poi trasferito in Italia. Sul punto si afferma che l'attribuzione è sottoposta alla legge di ubicazione del bene al momento dell'acquisto. Ovviamente resta ferma la possibilità che nell'attuale paese di situazione sopravvengano nuovi fatti giuridici modificativi. Specularmente sarà da risolversi il caso opposto: costituzione di un diritto reale nell'ordinamento A e successivo trasferimento del bene all'ordinamento B dove, in base alla normativa dello Stato, il diritto non sarebbe potuto sorgere. In questa circostanza sarà salvo il diritto già sorto prima del trasferimento. Diversamente, Trib. Pesaro 10.2.2010, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2010, p. 149 il quale applica la legge italiana alla questione proprietaria nonostante il bene (una statua greca) si trovi negli Stati Uniti. Alla base della decisione il fatto che la statua era stata in origine ripescata in alto mare da nave battente bandiera italiana.

**4. Limiti di diritto pubblico.** – Nel silenzio del legislatore si pone il problema della riconoscibilità dei limiti di diritto pubblico posti alla circolazione dei beni. La giurisprudenza ha affermato che la legittimità del trasferimento va valutata *ex art.* 51 con riguardo alla legge dello Stato in cui il bene si trovava al tempo del trasferimento stesso (Trib. Pesaro 10.2.2010, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2010, p. 149). In questo senso è stato negato il riconoscimento della non commerciabilità stabilita da un ordinamento straniero di beni acquistati in buona fede nel territorio italiano, dopo l'illecito trasferimento (Cass. 24.11.1995, n. 12166).

## 52 Diritti reali su beni in transito

I diritti reali su beni in transito sono regolati dalla legge del luogo di destinazione.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Aeromobili* (Convenzione di Ginevra del 19.6.1948 concernente il riconoscimento internazionale dei diritti sugli aeromobili) ✓ *Navi e aeromobili* (Codice della navigazione)

## SOMMARIO

1. Nozione. Ambito di applicazione. – 2. Beni esclusi. – 3. Legge applicabile.

**1. Nozione. Ambito di applicazione.** – Per la nozione di “diritti reali” si rinvia *sub art.* 51. La qualificazione del bene quale “in transito” costituisce presupposto per l’applicazione della presente norma di conflitto ed è rimessa alla legge del luogo di ubicazione del bene (c.d. *lex rei sitae*) (CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, Torino, 2009, p. 235). Nello specifico, sono stati definiti **beni in transito** “le cose mobili che, in conseguenza di qualsiasi evento, si trovino nell’ambito di uno Stato diverso da quello di stabile situazione per mere finalità di transito” (BARSOTTI, *Diritti reali nel diritto internazionale privato*, Pisa, 1997, p. 426). Il bene quindi ha perso il collegamento con il luogo di provenienza ma non ha ancora fisicamente raggiunto il luogo di destinazione. Pertanto il concetto acquisita significato in relazione a circostanze eventuali di carattere spazio-temporale. Affinché un bene possa essere qualificato come “in transito” si ritiene che esso non debba trovarsi nella **materiale disponibilità del titolare**, come accade invece nel caso della valigia di un passeggero. Nell’ipotesi in cui il bene si trovi nella disponibilità del titolare si applicherà l’art. 51, in caso contrario invece l’art. 52. Quest’ultimo, quindi, riguarda sostanzialmente diritti reali su merci in viaggio verso il luogo di destinazione (c.d. **merci viaggianti**) (BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato*, Milano, 2016, p. 238). Peraltro nell’ipotesi in cui il bene **perda la caratteristica di mero transito** – come per esempio a seguito di smarrimento dello stesso o di furto – la legge applicabile sarà determinata ai sensi dell’art. 51 (v. *sub art.* 51).

**2. Beni esclusi.** – Sebbene per loro natura possano rientrare nella nozione di beni in transito, si ritiene siano sottratti all’art. 52 i **mezzi di trasporto**. In tal caso bisognerebbe infatti applicare la legge del luogo di immatricolazione nei

registri nazionali (CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, Torino, 2009, p. 236). Sulla questione si noti però che l’intento del legislatore era quello di includere anche i mezzi di trasporto nell’ambito di operatività dell’art. 53 (v. *Relazione allegata allo schema di articolato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 972). Per quanto riguarda i diritti reali su **navi e aeromobili**, essi sono disciplinati ai sensi dell’art. 6 c. nav. dalla c.d. legge di bandiera ossia la legge nazionale della nave o dell’aeromobile in questione (App. Roma 15.7.2003, in *Foro it.*, 2004, c. 1905. Non ha invece applicato il c. nav. ma erroneamente l’art. 51 – giungendo peraltro inspiegabilmente ad una legge diversa da quella del *situs rei* – Trib. Venezia 6.7.1998, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 92). Per gli aeromobili è inoltre in vigore la Convenzione di Ginevra del 19.6.1948 concernente il riconoscimento internazionale dei diritti sugli aeromobili.

**3. Legge applicabile.** – La presenza di un collegamento solo fortuito con il luogo in cui il bene transita, ha fatto sì che il legislatore abbia ritenuto opportuno derogare all’applicazione della *lex rei sitae* (ossia appunto la legge dello Stato in cui il bene si trova) stabilita dall’art. 51 (v. *sub art.* 51) per privilegiare, invece, il collegamento con il luogo a cui il bene è destinato essendo questo il luogo dove il bene dovrebbe acquistare **stabile localizzazione**. Tale soluzione legislativa, evitando di adottare un criterio di collegamento meramente fortuito, favorisce la **prevedibilità** della legge applicabile, anche rispetto ai terzi. Conformemente, la giurisprudenza ha riconosciuto che la legge regolatrice dei privilegi sul carico è quella del luogo di destinazione del carico (Trib. Trieste 29.5.2007, in *Dir. maritt.*, 2009, 4, p. 1201). Ciò detto, bisogna in ogni caso ricordare che quando è richiamata la legge straniera, la norma in commento dovrà essere coordinata con l’art. 13 (v. *sub art.* 13).

## 53 Usucapione su beni mobili

L’usucapione di beni mobili è regolata dalla legge dello Stato in cui il bene si trova al compimento del termine prescritto.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Beni culturali* (Convenzione UNESCO concernente le misure da adottare per interdire e impedire l’illecita importazione, esportazione e trasferimento di proprietà dei beni culturali del 14.4.1970; Convenzione UNIDROIT sui beni culturali rubati o illecitamente esportati del 24.6.1995; Direttiva 2014/60) ✓ *Navi e aeromobili* (Codice della navigazione)

## SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Ambito di applicazione. – 3. Disciplina. – 4. Limiti di diritto pubblico.

**1. Premessa.** – La presente disposizione è strettamente collegata al problema del trasferimento di un bene oltre i confini nazionali (c.d. **conflitto mobile**). Lo scopo dell’art. 53 è infatti quello di stabilire quale legge debba applicarsi all’usucapione di un bene nel caso di spostamento dello stesso. Nello specifico, costituendo tale istituto una fatti-

specie acquisitiva per il cui verificarsi occorre il trascorrere di un periodo di tempo, ben può accadere che il bene venga trasferito da uno Stato a un altro in pendenza del possesso *ad usucapendi*. Sotto diverso profilo, lo spostamento può avvenire anche a bene usucapito. In tal caso il problema di identificare la legge applicabile si pone qualo-

ra venga instaurata una causa per l'accertamento dell'avvenuta usucapione nel Paese di nuova ubicazione del bene in quanto la legge nazionale di detto Paese potrebbe disciplinare l'istituto diversamente dallo Stato in cui esso si trovava al momento del compimento del termine. Elemento accumulante le predette ipotesi è appunto il c.d. conflitto mobile. Infatti, in assenza di una dislocazione del bene, i requisiti per la realizzazione della fattispecie acquisitiva si avvereranno in un unico ordinamento (lo stesso di ubicazione del bene) con la conseguenza che la fattispecie rivestirà carattere prettamente interno e non risulterà necessario ricorrere alle norme di diritto internazionale privato. In quest'ottica si spiega l'esclusione dalla norma dei beni immobili i quali per loro natura non sono adatti al mutamento di ubicazione.

**2. Ambito di applicazione.** – L'art. 53 limita espressamente il proprio campo di applicazione ai soli **beni mobili**; l'usucapione sui beni immobili rimane pertanto sottoposta alla disciplina di cui all'art. 51 (v. *sub art.* 51). Ugualmente si ritiene che esuli dall'articolo in esame l'usucapione che abbia ad oggetto **navi o aeromobili** in quanto sottoposta alla legge nazionale della nave o dell'aeromobile (c.d. legge di bandiera) *ex art.* 6 c. nav. Per quanto riguarda il concetto di usucapione e la sua portata, bisogna considerare che i **requisiti** richiesti variano da Stato a Stato. Ordinamenti come quello spagnolo, ad esempio, escludono che essa operi in presenza di beni rubati. Sulla legge applicabile ai presupposti v. *infra* nel testo.

**3. Disciplina.** – Come visto, l'art. 53 disciplina sia l'ipotesi in cui l'usucapione si verifichi in un ordinamento dal quale poi il bene venga spostato, sia l'ipotesi di trasferimento del bene in pendenza del possesso *ad usucapendi*. Nel primo caso – **trasferimento ad usucapione già avvenuta** – la fattispecie verrà regolata dalla legge del primo Stato in quanto luogo dove si è compiuto il termine. L'ordinamento in cui tale bene si trova non potrà che riconoscere l'esistenza del diritto di proprietà anche qualora ai sensi della propria legge nazionale l'acquisizione non si sarebbe perfezionata. Il trasferimento successivo è, quindi, ininfluente. Se così non fosse si pregiudicherebbe la certezza del diritto vanificando al contempo la stessa tutela proprietaria. Problemi maggiori si pongono rispetto alla seconda ipotesi ossia il **trasferimento del bene prima del perfezionarsi dell'usucapione**. Sul punto, l'art. 53 prevede che i **requisiti** richiesti *ad usucapendi* siano regolati dalla legge dello Stato in cui il bene si trova quando il termine si compie. Saranno pertanto, ad esempio, sottoposti a tale legge l'*animus possidendi*, l'idoneità del bene a essere usucapito, i termini per usucapire, l'ammissibilità di fatti interruttivi o sospensivi, la possibilità di rinunciare all'usucapione. Peraltro la **validità del titolo** ai fini di una eventuale usucapione abbreviata sarà invece valutata ai sensi *lex tituli*, così come si applicherà la *lex causae* ai **singoli fatti determinanti interruzione o sospensione** (si pensi alla maggiore età) (BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato*, Milano, 2016, p. 238). Vigente l'art. 22 delle Preleggi, ci si era inoltre espressi in senso dubitativo circa la possibilità di tenere conto anche del possesso

esercitato nello Stato da cui il bene proveniva. Tale opinione si deve considerare ad oggi superata. Nello specifico, qualora il **possesso precedente** possa considerarsi valido ai sensi dell'ordinamento dell'allora situazione del bene e la somma dei periodi non contrasti con la legge di nuova ubicazione del bene, i due possessi possono essere cumulati (ADAM, *Diritti reali*, in *Corriere giur.*, 1995, 11, p. 1251). Ne consegue che, nel caso in cui un bene venga trasferito in uno Stato che stabilisce termini più brevi, tali da risultare già decorsi all'entrata del bene nel territorio nazionale, l'acquisizione si deve considerare compiuta nel momento stesso del trasferimento. In via generale si noti che la scelta di utilizzare quale criterio di collegamento il luogo dove il bene si trova al compimento del termine prescritto, consente al soggetto di trasferire il bene in un ordinamento che gli assicuri l'acquisizione della proprietà sulla cosa e, in questo modo, determinare con il proprio comportamento il diritto applicabile (v. *Relazione allegata allo schema di articolato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 973). Peraltro si segnala che la legge concretamente applicata potrebbe risultare diversa da quella individuata ai sensi dell'art. 53 in conseguenza del disposto di cui all'**art. 13** (v. *sub art.* 13).

**4. Limiti di diritto pubblico.** – Un profilo di particolare problematicità si rileva con riferimento all'esistenza, nell'ordinamento di provenienza della *res*, di limiti di diritto pubblico posti alla circolazione dei beni con speciale riguardo alla non usucapibilità e alla qualificazione dello stesso nell'ambito delle *res extra commercium*. Secondo la disciplina vista, dovrebbe essere negato il riconoscimento della non commerciabilità di beni stabilita da un ordinamento straniero qualora i beni siano stati, dopo l'illegittimo trasferimento, acquistati in buona fede nel territorio italiano (in questo senso Cass. 24.11.1995 n. 12166). Qualora però si tentasse successivamente di far valere il titolo nello Stato da cui il bene è stato illecitamente esportato si potrebbero creare problemi di contrasto con le norme di diritto pubblico del foro (Ufficio Indagini preliminari Pesaro 10.2.2011, *Giur. merito*, 2011, 9, p. 2178). Il problema è ben noto nell'ambito del mercato dell'arte ponendosi in special modo nell'ipotesi di **beni culturali** illecitamente usciti dal territorio di uno Stato e poi venduti a un terzo in buona fede. Al fine di far fronte a tale questione, le convenzioni internazionali in materia hanno incentivato meccanismi di cooperazione fra Stati, prevedendo inoltre, in caso di furto, il diritto dell'originario proprietario alla restituzione del bene. Tale previsione è bilanciata dalla corresponsione di un indennizzo all'eventuale acquirente in buona fede (cfr. Convenzione UNESCO concernente le misure da adottare per interdire e impedire l'illegittima importazione, esportazione e trasferimento di proprietà dei beni culturali del 14.4.1970 nonché Convenzione UNIDROIT sui beni culturali rubati o illecitamente esportati del 24.6.1995). A livello europeo, la questione è stata affrontata dalla Direttiva 93/7 recentemente rifiuta a opera della Direttiva 2014/60 relativa alla restituzione dei beni culturali usciti illecitamente dal territorio di uno Stato membro e che modifica il Reg. (UE) n. 1024/2012.

## 54 Diritti sui beni immateriali

I diritti sui beni immateriali sono regolati dalla legge dello Stato di utilizzazione.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Banche dati* (Direttiva 1996/9) ✓ *Convenzioni internazionali in materia* (Convenzione dell'Unione di Berna del 9.9.1886 per la protezione delle opere artistiche e letterarie; Convenzione Universale di Ginevra del 1952 sul diritto d'autore; Convenzione di Stoccolma del 1967 istitutiva dell'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale; Accordo di Marrakech del 1994 (c.d. TRIPS); Trattato del 1996 sul diritto d'autore (c.d. WCT); Convenzione sul brevetto europeo (c.d. CBE 2000)) ✓ *Disegni e modelli* (Reg. n. 6/2002) ✓ *Indicazioni geografiche e denominazioni d'origine* (Reg. n. 510/2006) ✓ *Marchi d'impresa* (Direttiva 2015/2436) ✓ *Marchio europeo* (Reg. n. 207/2009; Reg. n. 2424/2015) ✓ *Obbligazioni extracontrattuali* (art. 62, l. n. 218/1995) ✓ *Obbligazioni contrattuali* (art. 57, l. n. 218/1995) ✓ *Proprietà intellettuale* (Direttiva 2004/48) ✓ *Ritrovati vegetali* (Reg. n. 2100/1994)

### SOMMARIO

1. Nozione. – 2. Ambito di applicazione. – 2.1. Le fonti comunitarie. – 2.2. Le fonti convenzionali. – 3. Disciplina.

**1. Nozione.** – I **beni immateriali** sono “entità di carattere ideale, che costituiscono oggetto di creazioni intellettuali nel settore industriale, letterario o artistico” (BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato*, Milano, 2016, p. 241). Nell'ambito di tale categoria rientrano quindi i diritti sulle opere d'ingegno (diritto d'autore), i diritti sui segni distintivi dell'impresa (marchio, ditta, insegna), i diritti su invenzioni, modelli e disegni industriali (brevetti) nonché le indicazioni di provenienza dei prodotti alimentari e i nomi di dominio (sull'identificazione dei nomi di dominio quali beni immateriali, v. Cass. 3.12.2010 n. 24620; Trib. Napoli 7.7.2005, in *Foro it.*, 2006, II, 1, c. 598; Trib. Modena 18.10.2005).

**2. Ambito di applicazione.** – Al fine di individuare il campo di operatività della presente norma bisogna innanzitutto tener conto che esso viene limitato dal concorrere della *lex contractus*. Esula infatti dall'art. 54 il diritto applicabile al contratto di licenza d'uso e di fabbricazione in esclusiva di prodotti brevettati che va individuato in virtù del rinvio di cui all'art. 57 (v. *sub art. 57*) ai sensi della Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19.6.1980 oppure, per i contratti conclusi dopo il 17.12.2009, in base al Reg. n. 593/2008 (c.d. Roma I) sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Trib. Este 22.4.2009, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2010, 3, p. 772). Inoltre, in presenza di violazioni del diritto qualificabili come **illeciti civili** la norma di conflitto è rinvenibile nell'art. 62 (il quale, però, ha ormai carattere residuale stante l'intervento del legislatore europeo ad opera del Reg. n. 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (c.d. Roma II). V. *sub art. 62*). Accanto a tali aspetti la portata applicativa dell'art. 54 è stata negli anni limitata in conseguenza del fiorire di numerose norme di carattere sovranazionale.

**2.1. Le fonti comunitarie.** – I diritti sui beni immateriali sono stati oggetto di un cospicuo numero di interventi ad opera del legislatore europeo non solo con la stesura di apposite norme di conflitto ma anche e soprattutto con la predisposizione di una normativa di carattere sostanziale. Sotto il primo profilo – **norme di conflitto** – l'art. 8 del

Regolamento Roma II sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali individua la legge applicabile in caso di obbligazione extracontrattuale derivante da una violazione di un diritto di proprietà intellettuale (come il diritto d'autore, i diritti connessi, il diritto *sui generis* alla protezione delle banche dati, nonché i diritti di proprietà industriale) prevedendone al contempo l'inderogabilità. Sotto il secondo profilo – **disciplina sostanziale** – in ordine cronologico si ricordano: il Reg. n. 40/1994 sul marchio comunitario; il Reg. n. 2100/1994 concernente la privativa comunitaria per ritrovati vegetali; la Direttiva 1996/9 sulla tutela giuridica delle banche dati; il Reg. n. 6/2002 su disegni e modelli comunitari; la Direttiva 2004/48 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale; il Reg. n. 510/2006 relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli e alimentari; il Reg. n. 207/2009 sul marchio comunitario modificato dal Reg. n. 2424/2015 il quale è entrato in vigore il 23.3.2016; il Reg. n. 1151/2012 sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari; Direttiva 2015/2436 sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa.

**2.2. Le fonti convenzionali.** – Accanto alla normativa europea numerosi sono anche gli accordi internazionali in materia. Fra questi, in ordine cronologico: la Convenzione dell'Unione di Berna del 9.9.1886 per la protezione delle opere artistiche e letterarie; la Convenzione Universale per il diritto d'autore firmata a Ginevra nel 1952; la Convenzione di Stoccolma del 14.7.1967 istitutiva dell'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale; l'Accordo relativo agli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale concernenti il commercio (c.d. TRIPS) siglato a Marrakech nel 1994; il Trattato sul Diritto d'autore (c.d. WCT) del 1996; la Convenzione sul brevetto europeo (c.d. CBE 2000).

**3. Disciplina.** – La circostanza che i beni immateriali siano caratterizzati dal **principio di territorialità** – in quanto ciascuno Stato tutela solo quei diritti che hanno effetto all'interno del suo territorio nazionale – ha fatto dubitare della possibilità di predisporre una disciplina di conflitto (BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato*, Mila-

no, 2016, p. 242). Proprio in applicazione del principio di territorialità (e in relazione all'apprezzamento del *fumus boni iuris* quale presupposto per la concessione di misure cautelari) nella valutazione dei requisiti di validità di un brevetto italiano, in particolare sotto il profilo della novità, si è affermato che il fatto che un corrispondente brevetto estero sia stato limitato per carenza di novità non implica che anche il brevetto italiano debba essere di per sé automaticamente limitato. I due brevetti costituiscono infatti titoli autonomi (Trib. Bologna 13.12.2000, in *Giur. it.*, 2002, p. 330. Sull'applicazione del diritto di territorialità in materia già Cass. 29.7.1958, n. 2754). Con la riforma del diritto internazionale privato il legislatore del '95 ha scelto di introdurre una norma appositamente dedicata ai beni immateriali allo scopo dichiarato di adottare un criterio unitario. Ciò in considerazione del fatto che dottrina e giurisprudenza erano divise in merito al criterio da adoperarsi: per alcuni, era da preferirsi il luogo di situazione della cosa su cui si estrinseca il singolo diritto; per altri, il luogo di utilizzazione; per altri ancora, tra i quali la stessa Corte Cassazione, il luogo in cui si dispone del bene (v. *Relazione allegata allo schema di articolato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 973). La natura dei beni immateriali (caratterizzata da incorporabilità e intangibilità) li rende infatti inidonei a rapportarsi a un criterio come quello utilizzato dall'art. 51, collegato all'ubicazione. La scelta del legislatore si è indirizzata verso la **legge dello Stato di utilizzazione**. Anche a causa della genericità della formulazione, il concetto di "**Stato di utilizzazione**" è però risultato di difficile interpretazione. Si sono pertanto sviluppati diversi orientamenti. **1)** Secondo una prima opinione maggioritaria, la disposizione dovrebbe interpretarsi non tanto quale vera e propria norma di conflitto ma, piuttosto, **in senso negativo al fine di ribadire il principio di territorialità**. La funzione sarebbe quindi quella di affermare che, nel caso di utilizzo in Italia di un bene immateriale, l'unica legge applicabile è quella italiana (FRIGO, voce *Diritti reali (dir. intern. priv.)*, in *Enc. dir.*, III aggiornamento, Milano, p. 525; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2016, II, p. 299; LUZZATTO, *sub art. 54*, in AA.VV., *Commentario del*

*nuovo diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1996, 50, p. 257 ss.). Tale orientamento non corrisponde alla volontà originaria del legislatore, il quale leggeva l'art. 54 quale vera e propria norma di conflitto. Spiegando la scelta, infatti, la Commissione dichiarava che attraverso "una analisi della disciplina dei singoli beni immateriali, la Commissione ha ritenuto che si possa sempre individuare il luogo di utilizzazione rispetto al caso concreto" (v. *Relazione allegata allo schema di articolato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 973). **2)** Una seconda tesi, identifica come "luogo di utilizzazione" quello in cui il **diritto è sorto**. Secondo tale orientamento l'art. 54 risponderebbe allo scopo di rendere applicabile tale legge quando le norme sulla giurisdizione rimandino a un giudice diverso da quello dello Stato in cui il diritto è sorto. La *ratio* sarebbe pertanto quella di individuare la legge da cui dipende il diritto violato in quanto è tale legge che ne determina contenuto e portata (BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato*, Milano, 2016, p. 244). In tal modo, inoltre, si arriverebbe all'auspicabile coincidenza del criterio in esame con quello in materia di giurisdizione poiché l'art. 24 del Reg. n. 1215/2012 (c.d. Bruxelles I bis) – così come in precedenza l'art. 22 del Reg. n. 44/2001 (c.d. Regolamento Bruxelles I) – attribuisce la giurisdizione in materia di registrazione o validità di brevetti, marchi, disegni e modelli e di altri diritti analoghi per i quali è prescritto il deposito o la registrazione, allo Stato membro nel cui territorio il deposito o la registrazione sono stati richiesti, effettuati o sono da considerarsi effettuati a norma di un atto normativo dell'Unione o di una convenzione internazionale (fatta salva, ovviamente, la competenza dell'Ufficio europeo dei brevetti) (BALLARINO, MILAN, *Diritto internazionale privato*, Padova, 2008, p. 221). **3)** Una terza impostazione, identifica lo Stato di utilizzazione con il luogo dove viene **materialmente fabbricato o** dove viene **impresso nel mercato il bene fisico collegato al diritto stesso** (si pensi a un libro). Per concludere si noti che nel caso in cui si accolga la seconda o la terza interpretazione e si individui come applicabile una legge straniera, la norma in esame dovrà essere coordinata con l'**art. 13** (v. *sub art. 13*).

## 55 Pubblicità degli atti relativi ai diritti reali

La pubblicità degli atti di costituzione, trasferimento ed estinzione dei diritti reali è regolata dalla legge dello Stato in cui il bene si trova al momento dell'atto.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Autoveicoli* (l. 19.2.1928, n. 510) ✓ *Navi e aeromobili* (Codice della navigazione) ✓ *Procedure di insolvenza* (Reg. n. 1346/2000) ✓ *Riserva di proprietà* (Direttiva 2011/7; d.lgs. 9.10.2002, n. 231)

### SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Ambito di applicazione. – 3. Disciplina.

**1. Premessa.** – La pubblicità svolge una funzione fondamentale all'interno dell'ordinamento in quanto garantisce la certezza degli acquisti favorendo la sicurezza del commercio giuridico. Le peculiarità delle norme in materia previste dai singoli Paesi rende particolarmente importante

la presenza di una norma di conflitto in grado di identificare la legge applicabile ai singoli casi. Prima della riforma del diritto internazionale privato del 1995, tale funzione era svolta dall'art. 26, co. 2 della **Preleggi** il quale sanciva che le "forme di pubblicità degli atti di costituzione, di

trasmissione e di estinzione dei diritti sulle cose sono regolate dalla legge del luogo in cui le cose stesse si trovano". La predetta norma era stata oggetto di numerose critiche incentrate in particolare sulla collocazione sistematica prescelta (: all'interno di un articolo che regolava la forma degli atti, mentre la sua sede naturale sarebbe stata l'art. 22 in materia di "possesso, proprietà e altri diritti su cose") e la scelta terminologica di utilizzare la locuzione "forme di pubblicità" (: con conseguente confusione fra la forma degli atti in senso proprio e la pubblicità degli stessi). Proprio da tali critiche si è mosso il legislatore della riforma per stabilire contenuto e collocazione dell'attuale norma. Pertanto per una migliore comprensione dell'art. 55 è parsa opportuna questa breve premessa.

**2. Ambito di applicazione.** – In considerazione di quanto detto in premessa sul ruolo delle critiche mosse al previgente art. 26 delle Preleggi rispetto alla stesura dell'art. 55, appare opportuno innanzitutto notare che la norma in esame fa riferimento in via generale alla "pubblicità". Il legislatore ha quindi abbandonato l'espressione "forme di pubblicità". Tale scelta ha appunto reso chiara la circostanza che la legge applicabile alla forma dell'atto in sé esula dalla portata della norma. Pertanto l'art. 55 attiene esclusivamente alle **misure pubblicitarie** degli atti e quindi, in particolare, ai presupposti, agli effetti nonché alle forme della pubblicità (intese come modalità, tipologie. Si pensi, per esempio, a trascrizione o registrazione) (v. *Relazione allegata allo schema di articolato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 974). Laddove ai fini della pubblicità, la legge concretamente applicata richiede che l'atto rivesta una specifica forma, bisognerà riferirsi alle disposizioni relative ai singoli negozi (MOSCONI, CAMPILIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2016, II, p. 306). Per quanto concerne gli atti oggetto della pubblicità, lo stesso art. 55 delimita espressamente il proprio ambito di applicazione agli **atti di costituzione, trasferimento e estinzione dei diritti reali** (sulla qualificazione di un diritto quale reale v. *sub art.* 51) in quanto non si è ritenuto necessario disciplinare ogni tipo di pubblicità (v. *Relazione allegata allo schema di articolato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 974). Sulla **natura** della pubblicità si segnala che parte della dottrina ha affermato che l'articolo sarebbe limitato esclusivamente alle ipotesi di pubblicità costitutiva, mentre resterebbero esclusi i casi di pubblicità dichiarativa o notizia. In questo modo – in caso di spostamento di un bene – si garantirebbe, da un lato, che l'effetto costitutivo rimanga vincolato a un solo ordinamento (quello in cui il bene si trovava al momento dell'atto) e, dall'altro, si riuscirebbe a ottenere la necessaria flessibilità ai fini della tutela dei terzi (FRIGO, voce *Diritti reali (dir. intern. priv.)*, in *Enc. dir.*, III aggiornamento, Milano, p. 529). Un profilo che ha suscitato ampio dibattito in dottrina è quello dell'applicabilità della norma alla pubblicità di **beni immateriali**. A favore dell'inclusione, si valorizza la scelta di utilizzare il termine "bene", al posto di "cose" adoperato invece nelle Preleggi. Il sostantivo "cose", infatti, mal si conciliava con beni non dotati di corporalità. Di qui si è affermato che la ragione sottostante al cambiamento lessicale risiederebbe proprio nella volontà del legislatore di assicurarsi che l'art. 55 si applichi anche ai beni immateriali. Tale intenzione peraltro si ricava dalla stessa Relazione della Commissione (v. *Re-*

*lazione della Commissione per la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, 973). In ogni caso, la dottrina maggioritaria afferma che in base al principio di specialità la norma di conflitto in materia di beni immateriali non può che essere l'art. 54 (BENVENUTI, *sub art.* 51, in AA.VV., *Commento alla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato – L. 31 maggio 1995, n. 218*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, 5/6, p. 1341; MOSCONI, CAMPILIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2016, II, p. 306). Ciò detto, esula pacificamente dal campo di applicazione dell'art. 55 la pubblicità riguardante **navi e aeromobili**. Ai sensi dell'art. 6 c. nav. infatti le forme di pubblicità degli atti di costituzione, trasmissione ed estinzione dei relativi diritti reali e di garanzia sono sottoposte alla legge nazionale della nave o dell'aeromobile (c.d. legge di bandiera). Si ritiene, inoltre, che anche gli **autoveicoli** non siano sottoposti all'art. 55 in quanto soggetti al r.d.l. 15.3.1927 n. 436 (convertito dalla l. 19.2.1928 n. 510). Ai sensi dell'art. 6 di tale norma i trasferimenti di proprietà e i vincoli di privilegio costituiti sull'autoveicolo debbono essere iscritti nell'apposito registro pena l'inefficacia nei confronti dei terzi che abbiano proceduto all'apposita iscrizione. Sul punto, è stato evidenziato che la predetta disposizione si applica solo agli autoveicoli immatricolati in Italia con conseguente soggezione all'art. 55 dei casi di pubblicità riguardanti autoveicoli immatricolati all'estero (VITTA, *Diritto internazionale privato*, Unione-Tipografico Editore Torinese, II, 1973, p. 163). Contro tale affermazione, parte della dottrina non ha mancato di sostenere che l'esclusione degli autoveicoli deve considerarsi assoluta. Nello specifico, partendo dalla considerazione del duplice carattere territoriale dei pubblici registri (determinato, da un lato, dalla circostanza che operano unicamente nel territorio del relativo Stato e, dall'altro, dal fatto che il loro funzionamento è stabilito dalle norme dell'ordinamento cui appartengono) si è dedotto che solo la legge dell'ordinamento in cui il singolo registro si trova (c.d. *lex auctoris*) può regolare la pubblicità sullo stesso (c.d. *lex publicitatis*). Infatti non sarebbe possibile separare un sistema di pubblicità dalla relativa normativa, per cui bisognerebbe intendere che la norma in questione si applichi solo se e in quanto i registri siano organizzati sul criterio territoriale del *locus rei sitae*; in caso contrario dovrebbe invece farsi riferimento alla legge dello Stato del registro. In via generale quindi, secondo tale opinione, nell'ipotesi di **beni mobili registrati** i cui registri rispondano a criteri differenti dalla presenza del bene sul territorio, la legge applicabile risulta essere quella dello Stato di registrazione (v. BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato*, Milano, 2016, p. 240). Per concludere, la portata dell'art. 55 viene chiaramente influenzata da quelle disposizioni comunitarie che stabiliscono norme *ad hoc* in determinati settori. Al riguardo, si ricorda che in materia di **insolvenza** sono state previste apposite norme ad opera del Reg. n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza.

**3. Disciplina.** – Il legislatore ha conservato il criterio di collegamento previsto nelle Preleggi, ovvero sia il luogo di **ubicazione del bene al momento dell'atto**. Per quanto riguarda la scelta di riferirsi alla **ubicazione del bene** si è evidenziato come l'ubicazione costituisca il c.d. "centro di gravità" del rapporto in considerazione dell'incidenza sulla

certezza delle transazioni e quindi, in via generale, sulla sicurezza dei traffici (LUZZATTO, *sub art. 55*, in AA.VV., *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1996, 50, p. 263). Tale criterio è stato meglio precisato con l'aggiunta di una connotazione di carattere temporale in grado di definire il momento determinante la legge applicabile *ex art. 55* rendendola prevedibile: il “**momento dell'atto**”. Questa scelta risponde alle esigenze di certezza e prevedibilità che favoriscono i commerci. Per concludere si ricorda che la norma in esame dovrà essere coordinata con l'**art. 13** (*v. sub art. 13*) qualora risultasse applicabile una legge straniera.

**3.1. La vendita con riserva di proprietà.** – Particolarmente spinosa risulta la questione della validità del contratto di compravendita con patto di riservato dominio in assenza delle formalità prescritte dalla legge di ubicazione del bene. Grazie alla sua struttura che lo rende in grado di garantire il venditore contro l'eventuale inadempimento dell'acquirente, il patto di riservato dominio è utilizzato di frequente nella prassi commerciale. Ciò vale in special modo per nazioni come la Germania e l'Austria i cui ordinamenti non richiedono formalità particolari per la costituzione della riserva, pur assicurando l'opponibilità della stessa a terzi. La mancanza di formalità contrasta però con la tutela dei terzi e, quindi, la sicurezza dei commerci. Per questo motivo altri ordinamenti hanno preferito prevedere limitazioni e sottoporre il patto a regimi di pubblicità. In questo senso il legislatore italiano ha subordinato l'opponibilità dello stesso, da un lato, alla circostanza che la riserva risulti da atto scritto avente data certa anteriore al pignoramento dei creditori (art. 1524, co. 1) e, dall'altro, all'onere di registrazione nel caso di compravendita di macchine (art. 1524, co. 2). Vengono inoltre fatte salve le disposizioni relative a beni mobili iscritti in pubblici registri. (Per un'analisi delle norme codicistiche in materia v. GULMANELLI, *sub artt. 1523 ss.*, in *Codice civile commentato*, a cura di Franzoni, Rolli, De Marzo, Torino, 2018, p. 2128 ss.). Ora, sebbene in vigenza del patto non vi sia la costituzione di un diritto reale (in quanto la proprietà rimane in capo al venditore), si è affermato che l'esigenza di proteggere i terzi imporrebbe di sottrarre tale profilo dalla legge regolatrice del contratto (c.d. *lex contractus*) e di sottoporlo alla *lex rei sitae* più facilmente conoscibile da parte loro. Di conseguenza nel caso di contratto di compravendita avente a oggetto un bene che si trova in Italia – a prescindere dalla *lex contractus* – il patto per essere opponibile dovrà rispettare le prescrizioni dell'art. 1524 c.c. (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2016, II, p. 295). In realtà il problema maggiore si pone **in caso di trasferimento del bene** da uno Stato a un altro. Sarà sufficiente che il patto rispetti quanto statuito dall'ordinamento di partenza o dovrà ri-

spettare anche le statuizioni dello Stato di attuale ubicazione? Nel vigore delle Preleggi, la Suprema Corte si era espressa nel senso della inopponibilità del patto di riservato dominio non registrato *ex art. 1524 c.c.* affermando che il contenuto, le modalità per rendere opponibile il diritto ai terzi e gli effetti rientrano nella sfera di competenza della *lex rei sitae* (Cass. 21.6.1974 n. 1860, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1975, p. 335). Successivamente alla riforma di diritto internazionale privato, la soluzione è stata considerata rinvenibile proprio nell'art. 55. Infatti, il riferimento al “momento dell'atto” come elemento di carattere temporale individuante la legge applicabile, farebbe sì che il patto validamente costituito all'estero risulti efficace in Italia anche se non conforme al dettato dell'art. 1524 c.c. Peraltro ciò risulta vero solo laddove non si qualifichi la disposizione di cui all'art. 1524 c.c. come norma di applicazione necessaria (*v. sub art. 17*) (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2016, II, p. 295; BALLARINO, MILAN, *Diritto internazionale privato*, Padova, 2008, p. 215). Per concludere, si segnala che l'importanza della questione nell'ambito dei traffici giuridici internazionali ha fatto sì che il legislatore europeo nell'ambito della **Direttiva 2011/7 relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali** (conformemente a quanto già stabilito nella **Direttiva 2000/35** che ha sostituito) dedicasse al patto con riserva di proprietà l'art. 9 ai sensi del quale “1. Gli Stati membri dispongono, in conformità delle disposizioni nazionali applicabili secondo il diritto internazionale privato, che il venditore conservi il diritto di proprietà sulle merci fintanto che non siano state pagate totalmente, qualora sia stata esplicitamente concordata una clausola di riserva di proprietà tra l'acquirente e il venditore prima della consegna delle merci. 2. Gli Stati membri possono adottare o mantenere disposizioni relative ad anticipi già versati dal debitore”. L'auspicio è quello di garantire che i creditori siano in posizione tale da poter avvalersi di una clausola di riserva di proprietà su base non discriminatoria in tutta l'Unione, se la clausola di riserva di proprietà è valida ai sensi delle disposizioni nazionali applicabili secondo il diritto internazionale privato (in questo senso cfr. il Considerando n. 31). Nella direzione di facilitare il ricorso al patto di riservato dominio si è mosso il legislatore nazionale con il **d.lgs. 9.10.2002, n. 231** di attuazione della **Direttiva 2000/35**, prevedendo all'art. 11, co. 3 che la “riserva della proprietà di cui all'articolo 1523 del codice civile, preventivamente concordata per iscritto tra l'acquirente ed il venditore, è opponibile ai creditori del compratore se è confermata nelle singole fatture delle successive forniture aventi data certa anteriore al pignoramento e regolarmente registrate nelle scritture contabili” (*v. Cass. 19.2.2010, n. 3990*).

## CAPO IX DONAZIONI

### 56 Donazioni

Le donazioni sono regolate dalla legge nazionale del donante al momento della donazione.

Il donante può, con dichiarazione espressa contestuale alla donazione, sottoporre la donazione stessa alla legge dello Stato in cui egli risiede.

La donazione è valida, quanto alla forma, se è considerata tale dalla legge che ne regola la sostanza oppure dalla legge dello Stato nel quale l'atto è compiuto.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Definizione di donazione* (art. 769 c.c.) ✓ *Donazione a favore del tutore o protutore* (art. 779 c.c.) ✓ *Legge applicabile alle obbligazioni contrattuali* (Convenzione di Roma 19.6.1980) ✓ *Legge applicabile alle obbligazioni contrattuali* (Reg. CE 17.6.2008 n. 593 (Roma I)) ✓ *Legge applicabile in materia di successioni* (Reg. UE 4.7.2012 n. 650)

### SOMMARIO

1. Criteri di collegamento: nazionalità e luogo di residenza del donante. – 1.1. Ambito di applicazione. – 2. Validità formale della donazione. – 3. Coordinamento con la Convenzione di Roma ed il Regolamento Roma I.

**1. Criteri di collegamento: nazionalità e luogo di residenza del donante.** – L'art. 56 sottolinea l'individualità della donazione rispetto alla categoria dei contratti, sottoponendola ad una **disciplina autonoma** modellata su quella delle **successioni** (BOSCHIERO, *sub art. 56*, in *Comm. Pocar-Treves-Carbone-Giardina-Luzzatto-Mosconi-Clerici*, Padova, 1996, p. 264). L'accostamento alle successioni della donazione, seppur formalmente strutturata come contratto, si spiega trattandosi in entrambi i casi di atti di liberalità, logicamente sottoposti al diritto di chi occupa una posizione centrale nel negozio, ossia di chi effettua la liberalità, nonché alla luce del fatto che le rispettive discipline materiali di diritto italiano presentano forti analogie (BOSCHIERO, *sub art. 56*, cit., p. 265). Così come l'art. 46 (*v. sub art. 46*), anche l'art. 56 prevede dunque, quale criterio di collegamento oggettivo ai fini dell'individuazione della legge applicabile, quello della **nazionalità del disponente**, ammettendo poi altresì la possibilità per quest'ultimo di optare in favore della legge dello Stato di **residenza**. Più precisamente, l'art. 56, co. 1, l. n. 218/1995 rimette la disciplina della donazione alla legge dell'ordinamento di **nazionalità del donante**, temporalmente definita in relazione al **momento di perfezionamento dell'atto di donazione** medesimo (TONOLO, *sub art. 56*, in *Comm. Conetti-Tonolo-Vismara*, Torino, 2009, p. 255). Le ipotesi di pluricittadinanza o di appartenenza del donante ad ordinamenti plurilegislativi vanno ovviamente risolte a norma, rispettivamente, degli artt. 19 (*v. sub art. 19*) e 18 (*v. sub art. 18*) della legge di riforma. Si segnala la possibilità che in materia trovi applicazione il meccanismo del **rinvio** (*v. sub art. 13*); a tal proposito occorre evidenziare come la sottoposizione delle donazioni ad un'apposita norma di conflitto rappresenti una peculiarità del sistema italiano, risultando più frequente, in altri sistemi giuridici, la diretta assimilazione delle stesse, anche sotto il profilo internazionalprivatistico, alla disciplina delle obbligazioni contrattuali ovvero delle successioni (BOSCHIERO, *sub art. 56*, cit., p. 264). È dunque possibile che, a fronte di un differente inquadramento giuridico della fattispecie da parte dell'ordinamento indicato come competente *ex art. 56*, co. 1, l. n. 218/1995, potendo operare il rinvio in senso stretto, occorra procedere ad una riquilibrata della stessa secondo i criteri dell'ordinamento richiamato, dando luogo al fenomeno del c.d. **rinvio di qualificazione** (*v. sub art. 13*) (TONOLO, *sub art. 56*, cit., p. 250 ss.). Il co. 2 dell'art. 56 individua poi un criterio di collegamento soggettivo, con ciò innovando la disciplina previgente di cui all'art. 24

Preleggi, riconoscendo al donante la possibilità di operare, unilateralmente nonostante la struttura contrattuale dell'atto donativo, una **professio iuris**, seppur limitata per esigenze di certezza del diritto e di stabilità delle situazioni: la scelta può infatti dirigersi unicamente in favore della legge dello Stato di **residenza del donante**, anche in tal caso riferita al **momento in cui si perfeziona la donazione**, e deve risultare da una **dichiarazione espressa e contestuale** alla donazione stessa (BOSCHIERO, *sub art. 56*, cit., p. 269 ss.). In tal caso è certamente esclusa l'operatività del rinvio, a norma dell'art. 13, co. 2, lett. a), l. n. 218/1995 (*v. sub art. 13*).

**1.1. Ambito di applicazione.** – Occorrendo definire rispetto a quali situazioni giuridiche la disciplina delle donazioni, di cui alla norma in commento, trovi applicazione ed ancora quali aspetti dell'istituto siano destinati ad essere regolamentati dalle leggi alternativamente individuate dai primi due commi dell'art. 56, si può innanzitutto rispondere che rientrano certamente nella categoria dell'art. 56 tutte quelle figure che contengono gli elementi essenziali attribuiti alla donazione dall'art. 769 c.c.: l'**animus donandi**, nonché l'**arricchimento patrimoniale di una parte**, accompagnato dal **correlativo impoverimento di un'altra** per effetto di un **contratto** tra le stesse (TONOLO, *sub art. 56*, cit., p. 250). Appare tuttavia preferibile accogliere una qualificazione elastica dell'istituto, così da potervi includere anche le **fattispecie liberali atipiche** (BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato. Manuale breve*, Milano, 2017, p. 294). È certamente esclusa l'applicazione della norma in commento ad un patto di quota lite sottoscritto da un cittadino straniero nei confronti di un avvocato italiano (Cass. 21.12.1999 n. 919). Alla legge regolatrice della donazione si riconduce la disciplina di tutti gli **elementi costitutivi della donazione** stessa, nonché di tutte le **conseguenze** ad essa ricollegabili: l'individuazione dei beni che ne possono costituire oggetto, le condizioni apponibili, i limiti di ammissibilità del patto di reversibilità, i vizi della volontà che giustifichino l'impugnazione dell'atto donativo, le responsabilità del donante, la garanzia per evizione, l'irrevocabilità dell'atto, le cause, i termini e gli effetti della revocazione e della restituzione (BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1999, p. 560; TONOLO, *sub art. 56*, cit., p. 255). Quando con la donazione si trasferiscono dei **diritti reali**, si impone un coordinamento tra la legge individuata a norma dell'art. 56 e la **lex rei sitae**, secondo quanto previsto dall'art. 51, co. 2, l. n. 218/1995 (*v. sub art. 51*) (TONOLO,

*sub art. 56, cit., p. 255; BAREL, ARMELLINI, Diritto internazionale privato. Manuale breve, cit., p. 296*), competente, quest'ultima, a stabilire quali diritti possano essere costituiti sul bene oggetto di donazione e con quale contenuto, nonché quali limitazioni incidano sulla disponibilità del bene stesso (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2016, II, p. 314). La legge regolatrice della donazione viene in considerazione anche per la disciplina delle **capacità**, o meglio delle eventuali **incapacità, speciali** in materia (si pensi ad es. al divieto di donazione al tutore o protutore di cui all'art. 779 c.c.); ciò in virtù del rinvio operato dagli artt. 20, co. 1 (v. *sub art. 20*) e 23, co. 1 (v. *sub art. 23*) della legge di riforma alla legge regolatrice del rapporto (BOSCHIERO, *sub art. 56, cit., p. 270 ss.*; TONOLO, *sub art. 56, cit., p. 256*; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale, cit., p. 314 ss.*).

**2. Validità formale della donazione.** – Il co. 3 dell'art. 56 separa il profilo della **validità formale** della donazione da quello della validità sostanziale, disponendo, in ossequio al principio del *favor validitatis*, che affinché la donazione possa dirsi valida quanto alla forma, sia sufficiente che sia considerata tale, alternativamente, dalla legge, individuata a norma dei commi precedenti, destinata a regolare la sostanza della stessa, ossia dalla **legge nazionale** o dall'eledda **legge del luogo di residenza del donante**, ovvero dalla **lex loci actus**. È esclusa in relazione alle questioni di forma l'operatività del rinvio (v. *sub art. 13*) (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale, cit., p. 314*; BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato. Manuale breve, cit., p. 296*).

**3. Coordinamento con la Convenzione di Roma ed il Regolamento Roma I.** – Occorre evidenziare come la disciplina della donazione sia altresì attratta dalla **Convenzione di Roma del 1980**, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, nonché dal **Reg. CE n. 593/2008** (c.d. Roma I), che ha sostituito la Convenzione in parola, entrambi prevalenti sulla normativa di conflitto nazionale nei relativi limiti di applicazione (v. *sub art. 2*). Sebbene infatti nel progetto preliminare della Convenzione, e parimenti nella Relazione di accompagnamento, le donazioni fossero espressamente indicate come escluse dal campo di appli-

cazione materiale della stessa, in ragione della loro connessione con settori del diritto privato diversi da quello delle obbligazioni in senso stretto, tale previsione non è poi stata mantenuta nel testo definitivo della Convenzione (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale, cit., p. 311*). Le **donazioni ordinarie di natura contrattuale** rientrano quindi certamente nell'ambito di applicazione *proprio vigore* della normativa uniforme e risultano assoggettate alla disciplina dalla stessa dettata per le **obbligazioni contrattuali** in genere (v. *sub art. 57*). Rimangono invece escluse da quest'ultima le **donazioni che non derivano da contratto**, nonché, ai sensi dell'art. 1, § 2, lett. b) della Convenzione (come confermato anche dalla Relazione Giuliano – Lagarde) ed, analogamente, dell'art. 1, § 2, lett. b) del Regolamento Roma I, le **donazioni contrattuali caratterizzate dal contesto familiare, matrimoniale o successorio**, purché il collegamento con tali materie sia tale da comportare una diversità di disciplina rispetto alle donazioni ordinarie (tali ad es. sono le donazioni *mortis causa* e le donazioni *propter nuptias*) (BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato. Manuale breve, cit., p. 295*). In ragione di ciò, non essendo soggette ad un regime differenziato, ricadono sotto la disciplina della Convenzione e del Regolamento le **donazioni tra coniugi**. Sottoposte alla normativa uniforme sono, inoltre, le **donazioni indirette**, la **donazione modale** ed il **negotium mixtum cum donazione** (TONOLO, *sub art. 56, cit., p. 252 ss.*). In relazione alle fattispecie che rimangono escluse da tale disciplina trova applicazione in via **residuale** l'art. 56, l. n. 218/1995 (con la precisazione che per le donazioni *mortis causa* occorre far riferimento al Reg. UE n. 650/2012, quando queste integrino dei patti successori a norma dell'art. 3, § 1, lett. b dello stesso); la norma in commento, per **rapporto di specialità**, prevale infatti sulla disposizione di cui al successivo art. 57, diretta ad estendere l'applicazione della Convenzione di Roma e del Regolamento Roma I "in ogni caso" alla materia delle obbligazioni contrattuali, anche oltre i termini di applicazione *proprio vigore* (v. *sub art. 57*) (POCAR, *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, Milano, 1997, p. 55; TONOLO, *sub art. 56, cit., p. 252*; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale, cit., p. 312*; BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato. Manuale breve, cit., p. 295*).

## CAPO X

### OBBLIGAZIONI CONTRATTUALI

## 57 Obbligazioni contrattuali

1. Le obbligazioni contrattuali sono in ogni caso regolate dalla Convenzione di Roma del 19.6.1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, resa esecutiva con la legge 18 dicembre 1984, n. 975, senza pregiudizio delle altre convenzioni internazionali, in quanto applicabili.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Definizione di contratto* (art. 1321 c.c.) ✓ *Fonti delle obbligazioni* (art. 1173 c.c.) ✓ *Legge applicabile alle obbligazioni contrattuali* (Convenzione di Roma 19.6.1980) ✓ *Legge applicabile alle obbligazioni contrattuali* (Reg. CE 17.6.2008 n. 593 (Roma I)) ✓ *Competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale* (Reg. UE 12.12.2012 n. 1215)

## SOMMARIO

1. Il diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali nell'ambito del diritto internazionale privato dell'Unione europea. – 2. Il rinvio operato dalla disciplina interna alla convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. – 3. Autonomia privata e scelta della legge. – 4. I limiti all'autonomia privata. – 5. La legge applicabile in mancanza di scelta.

**1. Il diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali nell'ambito del diritto internazionale privato dell'Unione europea.** – Gli Stati membri della (allora) Comunità Economica Europea hanno sentito sin dagli anni Sessanta l'esigenza di coordinare i criteri di determinazione della competenza giurisdizionale e di scelta della legge. Ciò portò, in primo luogo, all'adozione della convenzione di Bruxelles del 27.9.1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile commerciale, la cui forma giuridica (convenzione) è giustificata dal fatto che a quel tempo l'unificazione delle regole in materia di giurisdizione era certamente esclusa dall'ambito delle competenze della Comunità. Successivamente, dopo che il trattato di Amsterdam attribui alla Comunità competenze connesse con la creazione di un'area di libertà, sicurezza e giustizia, la convenzione di Bruxelles venne sostituita nel 2000 da un regolamento (c.d. Regolamento *Bruxelles I*), oggi a sua volta sostituito dal Reg. (UE) n. 1215/2012 (c.d. Regolamento *Bruxelles I-bis*). Peraltro, già prima del trattato di Amsterdam, il legislatore europeo non si era fermato all'unificazione delle regole sulla giurisdizione, ma aveva proceduto anche ad uniformare le regole di diritto internazionale privato attraverso le quali è possibile identificare il diritto applicabile ai rapporti contrattuali. In questo modo l'identificazione del diritto nazionale applicabile e, dunque, delle regole sostanziali applicabili in ambito europeo porta al medesimo risultato indipendentemente da quale giudice nazionale europeo venga adito, posto che ciascuno è chiamato ad applicare i medesimi criteri di soluzione del conflitto di leggi. Rileva in questo contesto la convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, anch'essa sostituita (dopo il trattato di Amsterdam) dal Reg. (CE) n. 593/2008 (c.d. regolamento *Roma I*), il quale afferma il principio di un'ampia autonomia delle parti nella determinazione della legge nazionale applicabile al contratto, prevedendo che in assenza di scelta si ricorra alla legge del paese dove è domiciliata la parte che deve effettuare la prestazione caratteristica e identificando specificamente, per le principali tipologie contrattuali, la legge applicabile in ossequio al criterio predetto (cfr., *ex multis*, AA.VV., in FERRARI, LEIBLE (a cura di), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Monaco di Baviera, 2009; UBERTAZZI, *La legge applicabile alle obbligazioni contrattuali nel Regolamento "Roma I"*, in BONOMI (a cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile, Trattato di diritto privato dell'Unione europea* (a cura di Ajani e Benacchio), Torino, 2009, p. 345). Oggi, dunque, il sistema europeo di diritto internazionale privato applicabile alle obbligazioni contrattuali si fonda, in primo luogo, sulla più ampia libertà attribuita alle parti di scegliere la legge applicabile. Si tratta non soltanto di un principio giuridico ampiamente condiviso a livello globale da gran parte degli ordinamenti giuridici, ma anche di un principio imprescindibile per un'efficace implementazione

di un sistema fondato sul modello di federalismo competitivo, posto che la competizione tra ordinamenti giuridici si fonda necessariamente sulla capacità delle parti di scegliere il regime giuridico maggiormente appropriato a disciplinare l'operazione economica nella quale sono coinvolte. Il principio è riconosciuto solennemente nell'ambito del Regolamento "Roma I", nel cui Preambolo è affermato che «[l]a libertà delle parti di scegliere la legge applicabile dovrebbe costituire una delle pietre angolari del sistema delle regole di conflitto di leggi in materia di obbligazioni contrattuali» (considerando n. 11). L'art. 3 del Regolamento (titolato "Libertà di scelta") traduce il principio espresso dal Preambolo in regola giuridica, affermando che «[i]l contratto è disciplinato dalla legge scelta dalle parti» e consentendo che la scelta sia non solo espressa, ma anche desumibile implicitamente.

**2. Il rinvio operato dalla disciplina interna alla convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.** – Si è già detto dell'importanza dell'unificazione del diritto internazionale privato in materia di obbligazioni e contratti. Di tale importanza il legislatore italiano della *Riforma* era tanto ben consapevole che nella norma dedicata alle obbligazioni contrattuali (art. 57) ha previsto un mero meccanismo di rinvio ed estensione della disciplina europea al tempo vigente, stabilendo che le obbligazioni contrattuali sono "in ogni caso" (e, dunque, anche al di là dei limiti dell'ambito di applicazione territoriale della convenzione) regolate dalla convenzione di Roma del 1980, pur senza pregiudizio delle altre convenzioni internazionali, in quanto applicabili. L'espressione «in ogni caso» è da interpretarsi come un rinvio «mobile» alla convenzione (ossia al contenuto che il trattato prevede nel momento in cui l'interprete è chiamato ad applicarla) e non come un ampliamento delle materie previste dalla convenzione (BENEDETTELLI, *La legge regolatrice delle obbligazioni contrattuali tra Convenzione di Roma e diritto internazionale privato comune*, in *Dir. comm. int.*, 1996, 738). Oggi, peraltro, a seguito della sostituzione della convenzione di Roma con il Regolamento Roma I ed in considerazione dall'applicabilità *erga omnes* del Regolamento, per cui la legge designata trova applicazione anche se deriva da uno Stato non contraente (art. 2), il rinvio operato dall'art. 57 della l. n. 218/1995 risulta ridimensionato (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*. Vol. I. *Parte generale e obbligazioni*, Torino, 2017, p. 375) e la fonte di gran lunga principale di determinazione della legge applicabile alle obbligazioni contrattuali è costituita dal Regolamento Roma I.

**3. Autonomia privata e scelta della legge.** – Tornando, dunque, alla scelta della legge applicabile ai rapporti contrattuali sulla base della disciplina europea, rileva osservare che i rapporti transfrontalieri che caratterizzano i rapporti contrattuali nell'ambito della UE sono, a tutti gli effetti, rapporti "internazionali", per cui l'ambito di operati-

vità della libertà di scelta non è soggetto alla limitazione di cui all'art. 3, co. 3, del Reg. "Roma I", applicabile ai rapporti prettamente domestici, che prevede che «[q]ualora tutti gli altri elementi pertinenti alla situazione siano ubicati, nel momento in cui si opera la scelta, in un paese diverso da quello la cui legge è stata scelta, la scelta effettuata dalle parti fa salva l'applicazione delle disposizioni alle quali la legge di tale diverso paese non permette di derogare convenzionalmente». In altre parole, nell'ambito di rapporti transfrontalieri, la scelta della legge ha l'effetto di determinare la disapplicazione integrale (salvo quanto si dirà nel paragrafo successivo) del diritto nazionale applicabile in mancanza di scelta, ivi comprese le norme imperative di tale ordinamento e di assoggettare il rapporto al diritto prescelto, sia con riguardo alla operatività suppletiva delle norme dispositive applicabili in mancanza di scelta contrattuale, sia con riguardo alla individuazione delle norme imperative non derogabili per volontà delle parti. D'altra parte, tale soluzione è coerente con la considerazione per cui i valori fondamentali tutelati dagli ordinamenti europei sono per lo più salvaguardati dalle regole uniformi create dal legislatore dell'Unione. La portata assai rilevante della scelta della legge operata dalle parti giustifica, sotto diverso profilo, la scelta del legislatore europeo di limitare l'oggetto di tale scelta esclusivamente a diritti nazionali. Tale soluzione, per quanto del tutto coerente con la soluzione già vigente ai sensi della Convenzione di Roma del 1980, non è stata affatto accolta *de plano* in sede di redazione del Reg. "Roma I" e, anzi, il progetto preliminare di regolamento ammetteva la possibilità di attribuire valenza internazionale-privatistica alla scelta di raccolte di regole prodotte a livello sovranazionale, quali i Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali o simili. Tale soluzione, tuttavia, venne opportunamente esclusa nella versione finale del Regolamento, né una soluzione di segno opposto potrebbe oggi fondarsi sul Considerando n. 13, ai sensi del quale «[i]l presente regolamento non impedisce che le parti includano nel loro contratto, mediante riferimento, un diritto non statale ovvero una convenzione internazionale», posto che l'inclusione mediante "riferimento" è chiaramente da intendersi quale incorporazione di regole contrattuali *per relationem* e non come scelta della legge applicabile (RAGNO, *Article 3*, in FERRARI (a cura di), *Rome I Regulation Pocket Commentary*, Monaco di Baviera, 2013, p. 85). Piuttosto, in prospettiva futura, appare opportuno richiamare l'ulteriore e diversa indicazione, secondo cui «[q]ualora la Comunità dovesse adottare in un idoneo strumento giuridico norme di diritto sostanziale dei contratti, comprendenti clausole e condizioni standard, tale strumento può prevedere la possibilità per le parti di scegliere l'applicazione di tali norme» (considerando 14). Il riferimento è al progetto oggi (almeno temporaneamente) abbandonato, di un diritto comune europeo delle obbligazioni o, almeno, della vendita.

**4. I limiti all'autonomia privata.** – È noto che la possibilità per le parti di determinare il regolamento contrattuale incontra il limite delle norme imperative poste dal diritto applicabile. Nell'ambito delle obbligazioni contrattuali tale principio assume una particolare rilevanza in relazione alla precipua funzione del diritto dell'Unione europea, la cui finalità è quella di intervenire – conformemente ai principi di sussidiarietà e proporzionalità – quando ciò sia «neces-

sario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati» (art. 5 TUE). Da ciò si può desumere la natura tendenzialmente non derogabile, e quindi imperativa del diritto dell'Unione europea, sia con riferimento alle fonti primarie (ci si riferisce, in primo luogo, alla disciplina della concorrenza e alle libertà di circolazione e di stabilimento) (BAREL, *L'incidenza del diritto europeo sulla regolamentazione del commercio in Italia*, in CORTESE (a cura di), *Studi in onore di Laura Picchio Forlati*, Torino, 2014, p. 273), sia con riferimento al diritto derivato, creato principalmente attraverso i regolamenti e le direttive. È pur vero che con riferimento al commercio internazionale le norme imperative di fonte europea sono relativamente limitate e concentrate in alcuni settori specifici, relativi ai soggetti, agli standard dei prodotti, e/o alle modalità di esercizio delle attività commerciali (quali il diritto antitrust, il diritto societario, la disciplina dei mercati finanziari, l'attività bancaria e assicurativa), ma non mancano anche norme imperative di natura prettamente contrattuale, quali quelle poste in materia di contratti con i consumatori, con gli agenti di commercio, o con riguardo ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. L'esistenza di un complesso di norme imperative (tendenzialmente di applicazione necessaria in quanto poste a tutela di valori irrinunciabili) create dal legislatore europeo, lascia impregiudicata la competenza dei singoli Stati membri a emanare norme imperative destinate ad operare, nei rapporti commerciali soggetti alla legge di quel paese, come limite alla libertà contrattuale delle parti. L'applicazione di tali norme imperative (per così dire "semplici"), tuttavia, può essere esclusa mediante la scelta di una legge straniera, di modo che si pone il problema di valutare i limiti a tale facoltà di scegliere il diritto applicabile ai rapporti commerciali. In questo senso, nell'ambito del commercio *intra* UE, in forza del principio di mutuo riconoscimento, gli operatori commerciali sono liberi di scegliere il diritto applicabile di un altro Stato membro, anche in deroga alle norme imperative del diritto nazionale, posto che l'uniformazione europea garantisce il livello minimo di protezione di valori irrinunciabili espressi da norme la cui natura è tendenzialmente da ricondurre alla nozione di "norme di applicazione necessaria" di cui all'art. 9 del Reg. "Roma I" (BONOMI, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, 1998, p. 138 ss.). Ove, invece, le parti scelgano il diritto di uno Stato *extra* UE, non opera la garanzia di protezione dei valori irrinunciabili condivisi realizzata attraverso l'uniformazione del diritto europeo, per cui si pone il problema di evitare che mediante la scelta di un diritto non europeo le parti eludano l'applicazione di una norma inderogabile irrinunciabile (cfr. C. giust. 9.11.2000, C-381/98, *Ingmar*, in *Rass.* I-9305).

**5. Il diritto applicabile in mancanza di scelta.** – In mancanza di una scelta del diritto applicabile operata dalle parti, l'art. 4 del Regolamento Roma I pone una regola generale che trova applicazione per tutte le obbligazioni, eccetto quelle per le quali il Regolamento stesso prevede una regola speciale. L'elencazione di regole speciali, peraltro, è un'innovazione del Regolamento rispetto alla convenzione di Roma. Oggi, dunque, in assenza di scelta, la prima verifica da compiere è se il contratto rientri in una delle otto tipologie espressamente previste dall'art. 4, co. 1, del Regolamento Roma I, tra le quali spiccano per importanza i contratti di vendita di beni mobili (ai quali risulta

applicabile la legge del paese nel quale il venditore ha la residenza abituale, ai sensi della lett. a), quelli di prestazione di servizi (ai quali risulta applicabile la legge del paese nel quale il prestatore di servizi ha la residenza abituale, ai sensi della lett. b) e quelli di distribuzione (ai quali risulta applicabile la legge del paese nel quale il distributore ha la residenza abituale, ai sensi della lett. f). Per i contratti che non rientrano in alcuna delle tipologie previste (ovvero che possano essere ricondotti a più di una tipologia), l'art. 4, co. 2, del Regolamento sancisce l'applicabilità della regola per cui il contratto è disciplinato dalla legge del paese nel quale la parte che deve effettuare la prestazione caratteristica del contratto ha la residenza abituale. Infine, se i predetti criteri non conducono ad una soluzione (ovvero se conducono ad

una soluzione manifestamente in contrasto con il reale legale territoriale del contratto), il contratto è disciplinato dalla legge del paese con il quale presenta il collegamento più stretto. Regole speciali, poi, trovano applicazione con riguardo ai contratti di trasporto (art. 5), contratti dei consumatori (art. 6), contratti di assicurazione (art. 7) e contratti individuali di lavoro (art. 8), mentre, sia pure ampiamente ridimensionata rispetto al regime della convenzione di Roma, persiste la possibilità che anche il Regolamento Roma I consenta l'applicazione di convenzioni precedentemente stipulate dagli Stati membri, per cui, in particolare, in Italia trova ancora applicazione la convenzione dell'Aja del 15.6.1955 sulla legge applicabile alla vendita (Cass. 7.10.2015 n. 20159).

## CAPO XI

### OBLIGAZIONI NON CONTRATTUALI

## 58 Promessa unilaterale

La promessa unilaterale è regolata dalla legge dello Stato in cui viene manifestata.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Obbligazioni contrattuali* (Regolamento Roma I) ✓ *Obbligazioni extracontrattuali* (Regolamento Roma II)

### SOMMARIO

1. Nozione – 2. Ambito di applicazione: esclusioni. – 2.1. Rapporto con i Regolamenti Roma I e II. – 3. Disciplina. – 3.1. Il rinvio *ex art.* 13.

**1. Nozione.** – La **promessa unilaterale** è un negozio unilaterale con effetto obbligatorio consistente in una dichiarazione per mezzo della quale il promittente si obbliga a effettuare una determinata prestazione a favore di un altro soggetto (c.d. beneficiario) senza previsione di una obbligazione a carico del beneficiario e a prescindere dalla necessità di una manifestazione di volontà da parte di quest'ultimo. Tradizionalmente le promesse unilaterali sono considerate soggette al **principio di tipicità** (cfr. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, p. 508 ss.) e pertanto sono ammesse solo nei casi espressamente previsti dal legislatore (Cass. 4.8.1962 n. 2514. V. *sub art.* 1987 c.c.). Rientrano in tale categoria la promessa di pagamento, la ricognizione di debito e la promessa al pubblico. La giurisprudenza, tuttavia, ha riconosciuto la validità anche di promesse unilaterali atipiche (Cass. 14.11.1994 n. 9562. D'ANGELO, *Le promesse unilaterali e la regola della tassatività*, in *Diritto Civile – vol. III-I (Obbligazioni – Il rapporto obbligatorio)*, a cura di Lipari, Rescigno, p. 586 ss.) purché rifiutabili dal destinatario. Fra di esse, vi sono le c.d. lettere di patronage (BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato*, Milano, 2016, p. 274. Inoltre v. Cass. 27.9.1995 n. 10235, nella quale in un caso in materia di lettera di patronage, si evidenzia come secondo la stessa Relazione al codice, l'art. 1987 c.c. non andrebbe inteso nel senso che “i casi, nei quali la legge riconosce effetti obbligatori alla promessa unilaterale siano soltanto quelli contemplati nel titolo

quarto del libro delle obbligazioni” (Rel. al codice 251).

**2. Ambito di applicazione: esclusioni.** – Rientrano nel campo di applicazione dell'articolo in commento le promesse che non costituiscano **parte di una più complessa fattispecie di natura contrattuale**, come ad esempio avviene nell'ipotesi dell'offerta al pubblico, la quale come noto produce gli effetti di una proposta contrattuale quando contiene gli elementi essenziali del contratto alla cui conclusione è diretta (v. *sub art.* 1336 c.c.). Esulano inoltre dal campo di applicazione dell'art. 58, le fattispecie di atti/negozi unilaterali oggetto di disciplina specifica. In fase di stesura della legge di riforma del diritto internazionale privato si è infatti deciso di regolamentare i principali istituti con previsioni *ad hoc* in modo da differenziare adeguatamente le soluzioni (così, *Relazione allegata allo schema di articolato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 979). Sotto questo profilo si pensi all'art. 59 relativo ai **titoli di credito** o alla **promessa di matrimonio** disciplinata dall'art. 26.

**2.1. Rapporto con i Regolamenti Roma I e II.** – La portata della disposizione in commento varia a seconda del campo di applicazione che si voglia riconoscere al **Reg. n. 593/2008** sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (c.d. Roma I). (Per un'analisi della questione con riferimento alla Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali v. BAREL, *sub art.* 58, in AA.VV., *Commento alla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato – L. 31 maggio 1995, n. 218*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, 5/6, p.

1394 ss.). Come noto, il concetto di “**obbligazioni contrattuali**” di cui al Regolamento Roma I non riceve una definizione espressa da parte del legislatore europeo. Di qui la necessità di identificare una nozione autonoma che, trascendendo le categorie dei singoli ordinamenti giuridici, sia in grado di garantire per quanto possibile l'applicazione uniforme del testo. L'interpretazione di “materia contrattuale” elaborata dalla Corte di Giustizia è tale da ricomprendere le **obbligazioni liberamente assunte da una parte nei confronti dell'altra** (C. giust. 27.10.1998, *Réunion européenne SA e a. v. Spliethoff's Bevrachtingskantor BV e Capitano della nave “Alblasgracht V002”*, C-51/97, ECLI:EU:C:1998:509; C. giust. 20.1.2005, *Petra Engler v. Janus Versand GmbH*, C-27/02, ECLI:EU:C:2005:33. Si noti che le predette sentenze riguardano l'ambito di applicazione del foro facoltativo in materia contrattuale di cui all'art. 5, n. 1 della Convenzione di Bruxelles del 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. Peraltro, stante il carattere di complementarietà della Convenzione di Bruxelles rispetto alla Convenzione di Roma e ai successivi Regolamenti che l'hanno sostituita, la definizione elaborata dalla Corte si ritiene valida anche con riferimento a questi ultimi. BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato*, Milano, 2016, p. 253; HONORATI, *sub art. 81 TFUE*, Sez. 11 (Reg. Roma I), in POCAR, BARUFFI, *Commentario breve ai Trattati dell'Unione Europea*, Padova, 2014, p. 614). Sulla base di tale interpretazione sembra potersi dedurre che il Regolamento Roma I abbia a oggetto non solo le obbligazioni contrattuali propriamente dette ma anche i **negozi unilaterali**. La Corte, infatti, fa riferimento in via generale alle ipotesi in cui una parte assume nei confronti dell'altra un'obbligazione: ad esse sarebbero riconducibili appunto anche i negozi unilaterali. In tale contesto, il campo di applicazione dell'art. 58 risulterebbe significativamente limitato. Nello specifico, il procedimento di formazione rimarrebbe regolato dall'art. 58, mentre al Regolamento Roma I spetterebbe disciplinare gli effetti obbligatori di una promessa unilaterale (BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato*, Milano, 2016, p. 274). Autorevole dottrina ha però evidenziato come la necessaria flessibilità nell'interpretazione del concetto di “materia contrattuale” non possa prescindere dalla nozione di contratto comune agli Stati membri, di modo che la promessa unilaterale deve ritenersi esulare dal campo di applicazione oggettivo di Roma I. Per l'effetto, la portata dell'art. 58 rimarrebbe piena (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2015, I, p. 491; TROMBETTA

PANIGAD, LUINI, *sub art. 58*, in *Atti Notarili – Diritto comunitario e internazionale*, a cura di Preite, Gazzanti Pugliese di Crotone, Torino, 2011, I, pp. 1114-1115). È invece pacifica l'assenza di ogni possibilità di interferenza fra l'art. 58 e il **Reg. n. 864/2007** sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (c.d. Roma II) (TROMBETTA PANIGAD, LUINI, *sub art. 58*, in *Atti Notarili – Diritto comunitario e internazionale*, a cura di Preite, Gazzanti Pugliese di Crotone, Torino, 2011, I, p. 1113 ss.).

**3. Disciplina.** – Il legislatore ha scelto quale criterio di collegamento quello della **manifestazione della promessa**. La formulazione però non è scevra da ambiguità interpretative. In particolare ci si è posti il problema di **identificare lo Stato di manifestazione** della promessa laddove vengano utilizzati mezzi tali che l'impegno viene reso conoscibile in un Paese diverso come ad esempio nel caso di una telefonata internazionale o di uso della posta elettronica. In tali casi, il luogo può essere inteso sia come quello in cui si trova il promittente sia come quello in cui la promessa è resa conoscibile (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2015, I, p. 492). Si ritiene che tale questione dovrebbe essere separata da quella del carattere recettizio dell'atto (BAREL, *sub art. 58*, in AA.VV., *Commento alla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato – L. 31 maggio 1995*, n. 218, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, 5/6, p. 1396). La stessa giurisprudenza ha dichiarato che il profilo della recettività rileva ai soli fini di efficacia e non, invece, in relazione alla formazione dell'atto stesso. Conseguentemente è stata considerata sottoposta alla legge italiana una promessa di pagamento formulata a mezzo fax in Roma ad una società avente sede a Vienna (Cass. 6.5.2003 n. 6866). È stata da più parti valutata preferibile l'interpretazione che considera applicabile la legge del luogo dove si trova il promittente, in quanto la sola in grado di assicurare l'applicabilità di un'unica legge anche nell'ipotesi di più controversie (si pensi, ad un concorso a premi bandito da una multinazionale nei punti vendita presenti in diverse nazioni. MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2015, I, p. 492; BAREL, *sub art. 58*, in AA.VV., *Commento alla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato – L. 31 maggio 1995*, n. 218, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, 5/6, p. 1397).

**3.1. Il rinvio ex art. 13.** – Per l'articolo in esame, così come per tutte le ipotesi regolate dal presente capo, è inoperante l'eventuale rinvio della legge straniera a quella italiana stante l'esclusione espressamente disposta dall'art. 13, co. 2, lett. c).

## 59 Titoli di credito

La cambiale, il vaglia cambiario e l'assegno sono in ogni caso regolati dalle disposizioni contenute nelle Convenzioni di Ginevra del 7 giugno 1930, sui conflitti di legge in materia di cambiale e di vaglia cambiario, di cui al regio decreto-legge 25 agosto 1932, n. 1130, convertito dalla legge 22 dicembre 1932, n. 1946, e del 19.3.1931, sui conflitti di legge in materia di assegni bancari, di cui al regio decreto-legge 24 agosto 1933, n. 1077, convertito dalla legge 4 gennaio 1934, n. 61.

Tali disposizioni si applicano anche alle obbligazioni assunte fuori dei territori degli Stati contraenti o allorché esse designino la legge di uno Stato non contraente.

Gli altri titoli di credito sono regolati dalla legge dello Stato in cui il titolo è stato emesso. Tuttavia le obbligazioni diverse da quella principale sono regolate dalla legge dello Stato in cui ciascuna è stata assunta.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Assegno* (Convenzione di Ginevra del 19.3.1931 per risolvere certi conflitti di legge in materia di assegni bancari; Convenzione di Ginevra del 19.3.1931 relativa al diritto di bollo in materia di assegni; Convenzione di Ginevra del 19.3.1931 recante una legge uniforme in materia di assegni cambiari) ✓ *Cambiale e vaglia cambiario* (Convenzione di Ginevra del 7.6.1930 per risolvere certi conflitti di legge in materia di cambiale e di vaglia cambiario; Convenzione di Ginevra del 7.6.1930 relativa al diritto di bollo in materia di cambiali e di vaglia cambiari; Convenzione di Ginevra del 7.6.1930 recante una legge uniforme sulla cambiale e il vaglia cambiario) ✓ *Efficacia esecutiva* (art. 63, co. 2, r.d. 14.12.1933, n. 1669; art. 55, co. 2, r.d. 21.12.1933, n. 1736)

### SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Art. 59, co. 1 e 2. Questioni escluse. – 2.1. Cambiale e vaglia cambiario. – 2.2. Assegno. – 3. Art. 59, co. 3. – 3. Coordinamento con la c.d. *lex cartae sitae*. – 4. Strumenti internazionali. – 4.1. Rapporto con i Regolamenti Roma I e II. – 5. Il rinvio ex art. 13.

**1. Premessa.** – La disciplina in materia di titoli di credito – in conformità a quanto già proposto dal progetto Vitta di riforma del diritto internazionale privato del 1960 – supera il sistema previgente basato sulla coesistenza tra regime di diritto comune e regime imposto su base convenzionale. L'articolo in esame pertanto regola – al co. 1 e 2 – la cambiale, il vaglia cambiario e l'assegno, generalizzando gli effetti del regime ricavabile dalla convenzioni in materia, mentre al co. 3 stabilisce il regime ordinario per gli altri titoli di credito. L'art. 59 non disciplina invece il tema dell'**efficacia esecutiva dei titoli di credito**. Stante la natura processuale di detto profilo, ciò appare coerente con la regola che prevede l'applicazione della legge italiana al processo instaurato in Italia (v. *sub* art. 12. MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2016, II, p. 497). La questione è affrontata nell'art. 63, co. 2, r.d. 14.12.1933, n. 1669, con riferimento alla cambiale e nell'art. 55, co. 2, r.d. 21.12.1933, n. 1736, per quanto attiene l'assegno. Tali norme considerano cambiale e assegno quali titoli esecutivi per capitale e accessori anche quando siano emessi all'estero purché, in tale ipotesi, detti effetti siano ammessi dalla legge del luogo di emissione. La verifica di tale circostanza spetta al giudice italiano. Diversamente ritenendo si verrebbe a privare le disposizioni di gran parte del loro significativo precettivo (Cass. 10.3.1993 n. 2894).

**2. Art. 59, co. 1 e 2. Questioni escluse.** – Con riferimento a cambiale, vaglia cambiario e assegno, l'art. 59 rinvia espressamente alla disciplina contenuta in due fondamentali convenzioni internazionali (sulle quali si dirà *infra*) superandone al contempo i limiti. Nello specifico, nel co. 1, si afferma che le convenzioni si applicano “in ogni caso”. Nel co. 2, il legislatore ne amplia il campo di applicazione fino a includere anche la designazione di una legge appartenente a un Paese non contraente o i casi in cui l'obbligazione venga assunta nel territorio nazionale di uno Stato non membro così da attribuire loro carattere universale (sul punto, v. *Relazione allegata allo schema di articolato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 979). Tali riferimenti testuali sono stati oggetto di differenti interpretazioni: **1)** Secondo una prima opinione essi fonderebbero un rinvio materiale alle singole convenzioni le quali verrebbero così a modellare la normativa comune. In tal modo, il legislatore avrebbe quindi operato una “nazionaliz-

zazione” delle convenzioni stesse (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2016, II, pp. 493-494; CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, Torino, 2009, pp. 276-277). **2)** Secondo una diversa interpretazione, l'articolo in commento farebbe sì venir meno la restrizione dell'ambito di applicazione dei due strumenti internazionali, ma non costituirebbe però un rinvio recettizio. Al contrario, l'art. 59 configurerebbe in sostanza un **mera integrazione** degli atti di esecuzione così che non vi sarebbe un regime di conflitto duplice (uno convenzionale e uno di diritto comune che ricalca quello convenzionale per i casi non rientranti nella sfera applicativa dello strumento internazionale), ma un regime unico (in quanto le due convenzioni si applicano direttamente a tutte le fattispecie). Conseguentemente, le dette convenzioni verrebbero ad applicarsi in via diretta e andrebbero interpretate autonomamente senza dover far ricorso alle categorie della *lex fori* (RADICATI DI BROZOLE, *Diritto internazionale privato uniforme*, l. n. 218/1995 e *titoli di credito*, in *Riv. dir. int.*, 1997, p. 354 ss.). In ogni caso, si è evidenziato che l'ampio rinvio escluderebbe la possibilità per le parti di designare negoziabilmente la legge applicabile (FAUCGLIA, *sub* art. 59, in *Atti Notarili – Diritto comunitario e internazionale*, a cura di Preite, Gazzanti Pugliese di Crotone, Torino, 2011, I, p. 1139). **Cambiale e vaglia cambiario** trovano pertanto la loro disciplina nella Convenzione di Ginevra del 7.6.1930 per risolvere certi conflitti di legge in materia di cambiale e di vaglia cambiario, mentre l'**assegno** è soggetto alla Convenzione di Ginevra del 19.3.1931 per risolvere certi conflitti di legge in materia di assegni bancari. Esse tuttavia non regolamentano compiutamente la materia ma, come emerge chiaramente dalla loro stessa denominazione, intendono piuttosto “risolvere certi conflitti di legge”. Rimangono **escluse**, tra l'altro, questioni come, ad esempio, il pegno del titolo e il ruolo del consenso all'emissione. Rispetto ad esse la dottrina ha sottolineato che, nell'applicare le norme di diritto internazionale privato del foro, l'interprete dovrebbe comunque tener conto dell'esigenza di armonizzare la disciplina nazionale con quella degli altri ordinamenti (CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, Torino, 2009, p. 279).

**2.1. Cambiale e vaglia cambiario.** – La Convenzione di Ginevra del 7.6.1930 (resa esecutiva in Italia dal r.d.l.

25.8.1932 n. 1130 convertito dalla l. 22.12.1932 n. 1946) è ispirata al **principio dell'autonomia delle singole sottoscrizioni cambiarie**: mentre gli **effetti** delle obbligazioni degli obbligati principali (accettante, nella cambiale e sottoscrittore, nel vaglia) sono regolati dalla legge del luogo dove i titoli sono pagabili, gli **effetti** derivanti dalle firme degli altri obbligati (obbligazioni in via di regresso di avvallante, girante, accettante per intervento) sono sottoposte alla legge del luogo in cui sono stati sottoscritti (art. 4 Convenzione). L'art. 2 tratta della legge applicabile con riferimento all'esistenza o meno della **capacità** di una persona a obbligarsi, dettando una disciplina ispirata al *favor validatis*. Infatti, anche se la persona risulta incapace ai sensi della sua legge nazionale o della diversa legge da questa richiamata (le quali regolano la questione ai sensi del co. 1), essa viene comunque ritenuta obbligata in base al co. 2 qualora possa essere considerata capace ai sensi della legge dello Stato in cui è avvenuta la sottoscrizione. È prevista, tuttavia, la facoltà dei Paesi membri di non riconoscere la validità delle obbligazioni assunte da propri cittadini considerati capaci da altri Stati contraenti esclusivamente in base al disposto del co. 2. L'articolo successivo è dedicato alla **forma** e appare ispirato a esigenze di semplicità e certezza (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2016, II, p. 495). L'art. 3, co. 1, infatti, prevede quale unico criterio di collegamento quello del luogo in cui è avvenuta la sottoscrizione. Peraltro, l'irregolarità di una sottoscrizione non inficia la regolarità di quelle successive, stante il suddetto principio di autonomia delle singole sottoscrizioni (co. 2). In ogni caso i Paesi contraenti possono scegliere di regolamentare diversamente i rapporti tra propri cittadini anche se assunti all'estero: al riguardo, il co. 3 autorizza i Membri a subordinare la validità formale di un obbligo assunto all'estero da un proprio cittadino nei confronti di un concittadino ai requisiti previsti dalla legge nazionale. La Convenzione identifica il luogo di emissione del titolo quale criterio di collegamento sia con riferimento alla legge applicabile ai **termini dell'esercizio dell'azione di regresso** (art. 5) che per determinare se il portatore di una cambiale **acquista il credito** che è causa dell'emissione del titolo (art. 6). La disciplina del **pagamento di vaglia cambiali**, la possibilità di **accettazione parziaria** e l'obbligo del portatore ad accettare un **pagamento parziariale** (art. 7) nonché le misure da seguire in caso di **perdita o furto del titolo** (art. 9) sono tutti profili sottoposti alla legge del luogo dove la cambiale o il vaglia sono pagabili. Diversamente, per la forma e i termini del **protesto** bisogna riferirsi al luogo dove esso deve essere elevato (art. 8). Infine, gli altri **atti necessari all'esercizio o alla preservazione dei diritti** sono regolati dalla legge del luogo in cui il singolo atto deve essere eseguito (art. 8). Si sottolinea che l'Italia ha apposto numerose **riserve** alla Convenzione, per una conoscenza completa delle quali si rinvia al testo del regio decreto.

**2.2. Assegno.** – La Convenzione di Ginevra del 19.3.1931 (resa esecutiva in Italia dal r.d.l. 24.8.1933 n. 1077, convertito dalla l. 4.1.1934 n. 61) riflette nel contenuto le scelte operate dalla Convenzione del '30 in materia di cambiali e vaglia cambiali. In merito alla **capacità** di una persona a obbligarsi, l'art. 2 (così come l'art. 2 della convenzione gemella) è ispirato al *favor validatis*. È, infatti, previsto un doppio criterio di collegamento: la questione sarà valutata,

in via principale, in base alla legge nazionale del soggetto o alla diversa legge da questa richiamata (co. 1) e, in via secondaria – nell'ipotesi in cui la persona fosse incapace ai sensi della legge di cui al co. 1 – in base alla legge dello Stato in cui è avvenuta la sottoscrizione (co. 2). È fatta salva la possibilità per i Paesi membri di non riconoscere la validità delle obbligazioni assunte da propri cittadini considerati capaci da altri Stati contraenti esclusivamente in base al disposto del co. 2 (co. 3). Il luogo dove è pagabile l'assegno viene utilizzato quale criterio di collegamento per una serie di questioni specificamente elencate nell'art. 7, ivi comprese il **termine di presentazione**, i provvedimenti da prendere in caso di **perdita o furto**, l'eventuale esistenza e la natura di **diritti speciali sulla provvista** a favore del portatore. La stessa legge regola anche l'identificazione delle **persone sulle quali l'assegno bancario può essere tratto** (art. 3). Peraltro, nel caso ne derivasse la nullità del titolo quale assegno bancario, rimangono comunque valide le eventuali obbligazioni nascenti da sottoscrizioni apposte in Stati le cui leggi nazionali non ne sanciscono la nullità (co. 2). Inoltre – differenziandosi in ciò rispetto alla Convenzione sulla cambiale – il luogo di pagamento è stato scelto anche quale criterio alternativo al luogo di sottoscrizione al fine di individuare la legge applicabile alla **forma** (art. 4). L'irregolarità della forma inficia esclusivamente la relativa sottoscrizione e non le altre, anche successive, purché sia valida ai sensi della legge dove l'obbligo successivo è stato sottoscritto (co. 2). Viene fatta salva la facoltà per i singoli Stati di affermare la validità degli obblighi fra propri concittadini qualora siano rispettate le forme previste dalla legge nazionale. Gli **effetti** delle obbligazioni sono regolati invece dalla legge dello Stato dove le stesse sono state sottoscritte (art. 5). I termini per l'**azione di regresso** si determinano con riferimento alla legge del luogo di emissione del titolo (art. 6). Infine, similmente a quanto disposto in tema di cambiale, la forma e i termini del **protesto** sono sottoposti alla legge del luogo dove deve essere elevato, mentre, gli altri **atti necessari all'esercizio o alla preservazione dei diritti** sono regolati dalla legge del luogo in cui il singolo atto deve essere eseguito (art. 8). Come nel caso della Convenzione del '30, l'Italia ha apposto numerose **riserve** alla Convenzione del '31, per l'esame analitico della quali pure si rinvia al testo del regio decreto di attuazione.

**3. Art. 59, co. 3** – Tale comma stabilisce una norma di conflitto volta a individuare la legge applicabile a titoli di credito diversi da cambiale, vaglia cambiario e assegno. Sono riconducibili ai **titoli di credito non cambiari** “i titoli rappresentativi di merci [...] i quali attribuiscono al legittimato – ossia al soggetto che essi stessi indicano come tale – una serie di diritti relativi alle merci in essi descritti, quali il diritto alla riconsegna, il possesso delle merci stesse ed il potere di disporre mediante il trasferimento del titolo” (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2015, I, p. 497). Come esplicitato dalla stessa Relazione si tratta, in sostanza, di titoli rappresentativi di merci quali nota di pegno, polizza di carico o lettera di vettura (*Relazione allegata allo schema di articolato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 980). La norma di conflitto varia a seconda che si debba individuare la legge applicabile alle obbligazioni diverse dalla principale o all'obbligazione principale. La prima –

**obbligazione non principale** – è regolata dalla legge dello Stato in cui essa viene assunta e, dunque, il luogo dove è avvenuto il fatto idoneo a far sorgere l'obbligazione stessa. Per la seconda – **obbligazione principale** – è stato preferito il criterio del luogo di emissione del titolo. Tuttavia, in dottrina si discute circa il reale significato da attribuire alla locuzione “**luogo di emissione**”. Sono infatti state prospettate due possibili interpretazioni: **1)** luogo di nascita dell'obbligazione cambiaria con perfezionamento della dichiarazione cartolare (c.d. creazione); **2)** luogo di concreta trasmissione del titolo al primo prenditore (c.d. emissione). A favore della **prima teoria** si fa notare, innanzitutto, che essa corrisponde alla volontà del legislatore, dal momento che nella Relazione si afferma che la soluzione prescelta consiste “nell'applicare in via generale il diritto dello Stato in cui il titolo è stato emesso (e cioè la legge del luogo di creazione dei vari titoli)” (*Relazione allegata allo schema di articolato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 980). Inoltre il riferimento al luogo di creazione sarebbe più coerente con la soluzione accolta dalle Convenzioni di Ginevra nonché più facilmente conoscibile, visto che solitamente l'indicazione del luogo risulta nel titolo stesso (CELLE, *sub art. 59*, in AA.VV., *Commento alla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato – L. 31 maggio 1995, n. 218*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, 5/6, p. 1403). In aggiunta si è sottolineato che tale criterio appare più funzionale a disciplinare i titoli dematerializzati (FAUCEGLIA, *sub art. 59*, in *Atti Notarili – Diritto comunitario e internazionale*, a cura di Preite, Gazzanti Pugliese di Crotone, Torino 2011, I, p. 1146). A sostegno della **seconda teoria** si mette, invece, in risalto la impossibilità di superare il dato letterale della scelta della locuzione “emissione” (MOSCONI, CAMPILIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2015, I, pp. 497-498).

**3.1. Coordinamento con la c.d. lex cartae sitae.** – La legge individuata ai sensi dell'**art. 59** disciplina diverse questioni fra cui la nascita del titolo, il contenuto, le modalità di circolazione (titolo al portatore, all'ordine o nominativo) e di estinzione (c.d. ammortamento). Bisognerà riferirsi alla **lex cartae sitae** designata dall'**art. 51** (v. *sub art. 51*) per quanto riguarda la costituzione di vincoli reali sul titolo nonché per stabilire se il possesso del titolo attribuisca il possesso della merce rappresentata (BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato*, Milano, 2016, p. 279).

**4. Strumenti internazionali.** – L'importanza dei titoli di credito in funzione del commercio internazionale hanno fatto sì che nel corso degli anni venissero stipulate diverse

convenzioni volte a normare la materia. Fra queste si ricordano la Convenzione di Ginevra del 7.6.1930 relativa al diritto di bollo in materia di cambiali e di vaglia cambiari e la Convenzione di Ginevra del 19.3.1931 relativa al diritto di bollo in materia di assegni che disciplinano il profilo della **regolarità fiscale**, non coperto dalle già viste convenzioni. Sempre nello stesso periodo – allo scopo espresso di prevenire le difficoltà derivanti dalla diversità esistenti nelle legislazioni nazionali così da rendere più sicure e rapide le relazioni commerciali – sono state adottate la Convenzione di Ginevra del 7.6.1930 recante una **legge uniforme** sulla cambiale e il vaglia cambiario nonché la Convenzione di Ginevra del 19.3.1931 recante una legge uniforme in materia di assegni cambiari.

**4.1. Rapporto con i Regolamenti Roma I e II.** – Come noto sia il **Reg. n. 593/2008** sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (c.d. Roma I) che il **Reg. n. 864/2007** sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (c.d. Roma II) escludono dal proprio ambito di applicazione le obbligazioni, rispettivamente contrattuali (art. 1.2, lett. d, Roma I) ed extracontrattuali, (art. 1.2, lett. c, Roma II) “derivanti da cambiali, assegni, vaglia cambiari e da altri strumenti negoziabili, nella misura in cui le obbligazioni derivanti da tali altri strumenti risultano dal loro carattere negoziabile”. La portata della predetta esclusione è stato oggetto di ampio studio in dottrina. In via di estrema sintesi si può affermare che essa si riferisce solamente al rapporto cartolare e non anche a quello causale o a quello di provvista e di valuta e neppure ai contratti con i quali viene procurata la disponibilità dei titoli negoziabili (BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato*, Milano, 2016, pp. 275-276. Per ulteriori approfondimenti, v. RADICATI DI BROZOLO, *Titoli di credito nel diritto internazionale privato*, in *Digesto*, § 3-4; CELLE, *sub art. 59*, in AA.VV., *Commento alla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato – L. 31 maggio 1995, n. 218*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, 5/6, p. 1404 ss.; FAUCEGLIA, *sub art. 59*, in *Atti Notarili – Diritto comunitario e internazionale*, a cura di Preite, Gazzanti Pugliese di Crotone, Torino 2011, I, p. 1144 ss.).

**5. Il rinvio ex art. 13.** – L'**art. 13**, co. 2, indica una serie di ipotesi in cui è inoperante l'eventuale rinvio effettuato alla legge italiana da una legge straniera. Fra queste, rientra l'articolo in esame (lett. c). Peraltro non si terrà conto dell'esclusione del rinvio nell'ipotesi in cui è la stessa normativa delle Convenzioni ad ammetterlo (in questo senso v. BAREL, *sub art. 59*, in *Commentario breve al Codice Civile*, a cura di Cian, Trabucchi, Padova, 2011, p. 4076).

## 60 Rappresentanza volontaria

La rappresentanza volontaria è regolata dalla legge dello Stato in cui il rappresentante ha la propria sede d'affari sempre che egli agisca a titolo professionale e che tale sede sia conosciuta o conoscibile dal terzo. In assenza di tali condizioni si applica la legge dello Stato in cui il rappresentante esercita in via principale i suoi poteri nel caso concreto.

L'atto di conferimento dei poteri di rappresentanza è valido, quanto alla forma, se considerato tale dalla legge che ne regola la sostanza oppure dalla legge dello Stato in cui è posto in essere.

### SOMMARIO

1. Nozioni. Ambito di applicazione. – 2. Validità sostanziale della procura. – 3. Validità formale della procura. – 4. Strumenti di diritto internazionale. – 5. Il rinvio ex art. 13.

**1. Nozioni. Ambito di applicazione.** – La “**rappresentanza**” è l’istituto in base al quale ad un soggetto (c.d. rappresentante) è attribuito il potere di compiere atti giuridici per conto di un altro soggetto (c.d. rappresentato). Se il rappresentante oltre che agire “per conto” agisce anche “in nome” si parla di rappresentanza c.d. **diretta/propria**, in caso contrario, invece, di rappresentanza c.d. **indiretta**. La distinzione si basa dunque sulla presenza o assenza della spendita del nome (c.d. *contemplatio domini*) la quale fa sì che gli effetti dell’atto giuridico compiuto si producano direttamente in capo al rappresentato. Nel caso di rappresentanza indiretta, poiché vi è una interposizione reale di persona, gli effetti si producono esclusivamente in capo al rappresentante a cui, poi, spetterà il compito di trasmetterli al rappresentato. A seconda che il potere venga conferito direttamente dall’interessato o sia di fonte legale si distingue, poi, tra rappresentanza c.d. legale e rappresentanza c.d. volontaria. Come emerge chiaramente dalla stessa rubrica, l’articolo in esame è volto a regolamentare esclusivamente le ipotesi di **rappresentanza volontaria diretta**. Esulano, quindi, dall’art. 60 sia la rappresentanza **legale** (disciplinata dalla legge regolatrice del rapporto da cui deriva) che la rappresentanza **organica** (ovverossia il potere rappresentativo che compete agli organi esterni di un ente giuridico, la cui disciplina rientra nello statuto dell’ente. BIANCA, *Diritto civile – Il contratto* (vol. 3), Milano, 2000, p. 78) nonché la rappresentanza volontaria indiretta. Oggetto della presente disposizione, inoltre, non è qualsiasi profilo connesso alla rappresentanza volontaria diretta ma esclusivamente la **procura** intesa quale atto giuridico di attribuzione della funzione rappresentativa (VISANTINI, *sub art. 1392*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 1993, p. 249). Nello specifico, il **co. 1** regola l’idoneità, la validità sostanziale e l’interpretazione dell’atto di conferimento, mentre il **co. 2** ne disciplina la validità formale. Restano pertanto **escluse**, tra l’altro, la disciplina del rapporto tra rappresentante e rappresentato, che sarà invece regolata sulla base della legge applicabile al negozio di gestione, così come l’eventuale conflitto d’interessi nonché la legge applicabile alla capacità d’agire del rappresentato e del rappresentante che viene, invece, individuata ai sensi dell’art. 23. Anche la **procura alle liti** non rientra nel campo di applicazione dell’art. 60, risultando invece disciplinata dalla legge regolatrice del processo ai sensi dell’art. 12 (v. *sub art. 12*. In questo senso, v. *Relazione allegata allo schema di articolato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 980). È controverso se vi rientri anche la ratifica dell’attività svolta dal **falsus procurator**. Infatti, se da un lato si è affermato che la ratifica, così come le conseguenze del negozio concluso dal **falsus procurator**, rientrerebbero nell’ambito di applicazione dell’art. 60 in quanto con essa si realizza l’effetto tipico della rappresentanza (BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 2011, p. 291), dall’altro, si è parimenti sostenuto che dovrebbe applicarsi la stessa legge del negozio cui accede (TROMBETTA, PANIGADI, *Rappresentanza volontaria e diritto internazionale privato*, Padova, 2003, p. 181 ss.).

**2. Validità sostanziale della procura.** – La legge applicabile alla validità sostanziale della procura viene individuata dal co. 2 dell’art. 60 secondo due diversi criteri: il luogo dove il rappresentante ha la propria **sede d’affari**; lo Stato in cui il rappresentante **esercita in via principale i suoi**

**poteri.** **1)** Il primo criterio – ubicazione della sede d’affari – è destinato a operare esclusivamente in presenza di due presupposti cumulativi: la **professionalità** del rappresentante (: il rappresentante deve agire a titolo professionale) e la conoscenza o **conoscibilità** della sua sede d’affari da parte del soggetto terzo con cui il rappresentante negozia in nome e per conto del rappresentato. Si è affermato che il requisito della conoscibilità debba riferirsi non solo al luogo della sede d’affari ma anche allo stesso carattere professionale dell’attività rappresentativa (v. BAREL, *sub art. 60*, in *Commentario breve al Codice Civile*, a cura di Cian, Trabucchi, Padova, 2011, p. 4082). In applicazione dell’art. 60, in giurisprudenza è stata riconosciuta la validità di una procura conferita da una società di Singapore a una società italiana ritenendo applicabile la legge italiana in quanto legge dello Stato in cui la rappresentante aveva la sede d’affari (Trib. Bergamo 4.12.2002, in *Riv. dir. int. priv. proc.* 2003, p. 986 ss.). Si ritiene che, come espressamente previsto ad esempio dalla normativa svizzera, il presente criterio funzioni anche quando tra rappresentante e rappresentato vi sia un rapporto di lavoro così che la sede d’affari in cui opera il rappresentante è anche la sede del rappresentato (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2015, I, p. 502). La disposizione in commento non fornisce un elemento di carattere temporale in grado di identificare la sede nell’ipotesi in cui essa venga trasferita e quindi **muti nel tempo**. Al riguardo, si ritiene logico considerare quale momento determinante la legge applicabile quello dell’esercizio dei poteri da parte del rappresentante (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2015, I, p. 503; CONETTI, TONOLO, VISMARÀ, *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, Torino, 2009, p. 283). Nel caso coesistano **più sedi in Stati diversi**, si discute in dottrina se ci si debba riferire alla sede principale, a quella conosciuta dal terzo oppure alle sede che presenta in concreto un legame più significativo con gli atti posti in essere dal rappresentante (v. BAREL, *sub art. 60*, in *Commentario breve al Codice Civile*, a cura di Cian, Trabucchi, Padova, 2011, p. 4082). Sul punto, facendo leva sull’importanza della prevedibilità della legge applicabile, si è affermato che solo laddove il terzo potesse conoscere più di una sede d’affari si potrebbe ricorrere al criterio del maggior numero di punti di contatto con il negozio rappresentativo, criterio quest’ultimo che riflette quello previsto dall’art. 11, co. 3 della Convenzione dell’Aja del 14.3.1978 sulla legge applicabile ai contratti d’intermediazione e alla rappresentanza (PETTINATO, *sub art. 60*, in AA.VV., *Commento alla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato – L. 31 maggio 1995, n. 218*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, 5/6, p. 1425). **2)** Il secondo criterio – luogo di esercizio in via principale dei poteri – opera in via  **sussidiaria** fungendo da norma di chiusura per tutte quelle ipotesi che non rientrano nella sfera di cui al primo criterio e, quindi, nei casi in cui non sia conosciuta o conoscibile la sede d’affari del rappresentante che agisca titolo professionale o nell’ipotesi di rappresentante non professionale. Peraltro la dottrina ritiene che l’esercizio professionale debba essere stabile, esulando dall’ambito applicativo del primo criterio un’attività avente carattere sì professionale ma tuttavia occasionale (TROMBETTA, PANIGADI, *sub art. 60*, in AA.VV., *Commentario del nuovo diritto internazionale*

privato, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1996, 50, p. 296). L'identificazione del luogo di riferimento per individuare la legge applicabile viene fatta considerando in concreto l'**esercizio dei poteri rappresentativi** e, dunque, sulla base di tutti gli atti posti in essere dal rappresentante in funzione del potere che gli è stato attribuito. Pertanto, nell'ipotesi di una procura volta alla conclusione di un contratto, si avrà riguardo non solo alla conclusione del contratto in sé ma anche a tutti gli atti preparatori a esso strumentali (v. BAREL, *sub art. 60*, in *Commentario breve al Codice Civile*, a cura di Cian, Trabucchi, Padova, 2011, p. 4082). La locuzione **"in via principale"** che caratterizza l'esercizio dei poteri viene interpretata nel senso che, nell'ipotesi in cui singole attività siano state compiute in più Stati, per l'ubicazione dell'esercizio dei poteri debba aversi riguardo non solo al profilo meramente quantitativo ma anche a quello qualitativo e, quindi, all'importanza che le varie attività rivestono nell'economia generale del negozio rappresentativo (PETTINATO, *sub art. 60*, in AA.VV., *Commento alla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato* – L. 31 maggio 1995, n. 218, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, 5/6, p. 1428).

**3. Validità formale della procura** – Il co. 2 dell'articolo in commento contiene una norma di conflitto volta a disciplinare la legge regolatrice della forma della procura. La disciplina in parola – ispirata al principio del *favor validitatis* – prevede la validità formale dell'atto istitutivo della rappresentanza qualora risulti conforme in via **alternativa** a una delle due seguenti leggi: quella che regola la sostanza oppure quella dello Stato in cui in cui l'atto di conferi-

mento è stato posto in essere. Si tratta della stessa scelta legislativa adottata con riferimento alla validità formale del contratto da parte dell'art. 9 della Convenzione di Roma del 19.6.1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, prima, e dall'art. 11 del Regolamento n. 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (c.d. Regolamento Roma I), poi. Si noti che tale disciplina non era presente nel disegno di legge ai sensi del quale tale profilo veniva regolato dalla *lex substantiae* (PETTINATO, *sub art. 60*, in AA.VV., *Commento alla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato* – L. 31 maggio 1995, n. 218, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, 5/6, p. 1430, nota n. 88). L'originario testo dell'art. 60, infatti, era composto di un unico comma che dava rilevanza alla legge scelta dalle parti o, in mancanza, al diritto "dello Stato in cui il procuratore risiede".

**4. Strumenti di diritto internazionale.** – La rappresentanza è regolata a livello internazionale dalla Convenzione dell'Aja del 14.3.1978 sulla legge applicabile ai contratti d'intermediazione e alla rappresentanza la quale però ha conta solo quattro Paesi membri (Argentina, Francia, Paesi Bassi, Portogallo) fra i quali non vi è l'Italia.

**5. Il rinvio ex art. 13.** – L'art. 60 rientra, insieme agli altri articoli di cui al presente capo, fra le ipotesi rispetto alle quali non opera l'eventuale rinvio della legge straniera che venisse individuata come applicabile a quella italiana, stante l'esclusione espressamente disposta dall'art. 13, co. 2, lett. c).

## 61 Obbligazioni nascenti dalla legge

La gestione di affari altrui, l'arricchimento senza causa, il pagamento dell'indebito e le altre obbligazioni legali, non diversamente regolate dalla presente legge, sono sottoposti alla legge dello Stato in cui si è verificato il fatto da cui deriva l'obbligazione.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Arricchimento senza causa* (Reg. n. 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali) ✓ *Pagamento dell'indebito* (Reg. n. 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali) ✓ *Gestione di affari altrui* (Reg. n. 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali)

### SOMMARIO

1. Norma. – 2. Il Regolamento Roma II. Rinvio. – 2.1. Il Capo III del Regolamento Roma II. – 3. Il rinvio ex art. 13.

**1. Norma.** – L'articolo in commento disciplina la **gestione di affari altrui**, l'**arricchimento senza causa**, e il **pagamento dell'indebito**. Esso funge al contempo da norma di chiusura in quanto si applica anche alle **"obbligazioni legali non diversamente regolate dalla presente legge"** o da **previsioni di livello comunitario o convenzionale**. Rientrano in tale categorie le obbligazioni derivanti da assistenza, salvataggio e recupero marino e aereo effettuati non in alto mare (ipotesi regolata ex art. 13 c. nav. dalla legge di bandiera) ma entro il mare territoriale (BAREL, *sub art. 61*, in *Commentario breve al Codice Civile*, a cura di Cian, Trabucchi, Padova, 2011, p. 4082). Le fattispecie in esame presentano connotati specifici tali da indurre il

legislatore a predisporre un criterio di conflitto *ad hoc*. A differenza delle usuali obbligazioni *ex lege* – che vengono disciplinate dalla legge regolatrice del rapporto principale in quanto accessorie ad esso – gli istituti di cui alla presente previsione sono infatti sottoposti alla **legge dello Stato in cui si è prodotto il fatto costitutivo dell'obbligazione** medesima. Tale **luogo** sarà, con riferimento alla gestione di affari, quello di svolgimento dell'attività da parte del gestore; in presenza di arricchimento senza causa, il luogo ove si è verificato l'arricchimento; nell'ipotesi di pagamento dell'indebito, il luogo in cui è stato effettuato il pagamento medesimo (v. *Relazione allegata allo schema di articolato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 981). L'art.

61 ha assunto carattere residuale a seguito dell'entrata in vigore del **Reg. n. 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (c.d. Roma II)** diventato la fonte principale in materia di responsabilità extracontrattuale. Rimangono soggette all'art. 61 le sole ipotesi non disciplinate dal suddetto Regolamento *ratione materiae* (v. § successivo) o *ratione temporis* (ovvero i fatti verificatisi prima dell'11.7.2008).

**2. Il Regolamento Roma II. Rinvio.** – V. *sub art. 62.*

**2.1. Il Capo III del Regolamento Roma II.** – Come anticipato, il Regolamento Roma II ha eroso il campo di applicazione dell'art. 61. Nel **Capo III** vengono infatti disciplinate le ipotesi di danno derivanti da un atto diverso dal fatto illecito (v. *Considerando* n. 29). Nello specifico, esso è composto da tre disposizioni: l'art. 10, in tema di arricchimento senza causa e ripetizione indebito; l'art. 11, in materia di *negotiorum gestio*; l'art. 12, riguardante la *culpa in contrahendo*. La struttura della disciplina è simile per tutte e tre le fattispecie, avendo il legislatore scelto, in primo luogo, di ancorare la legge applicabile alla quella che disciplina la relazione che presenta uno stretto legame con la fattispecie e, solo in secondo luogo, di introdurre criteri differenti che operino in via subordinata. Pertanto laddove l'**arricchimento senza causa o la ripetizione di indebito** – art. 10 – sia ricollegabile ad una relazione preesistente tra le parti che presenti uno stretto legame con l'arricchimento stesso, si applicherà la legge che disciplina la relazione. In caso contrario, la legge applicabile sarà quella dello Stato di residenza abituale delle parti, se nel momento in cui si è verificato il fatto fonte dell'arricchimento era comune alle parti oppure, in via sussidiaria, la legge del luogo in cui l'arricchimento si è prodotto. Da ultimo il legislatore europeo ha introdotto una clausola di salvaguardia in base alla quale si prescinde dai predetti criteri nel caso in cui risulti che l'obbligazione presenti "collegamenti manifestamente più stretti" con un Paese diverso. In tale ipotesi sarà la legge di questo Stato a doversi applicare (art. 10.4). *Amplius* v. HUBER/BACH, *sub art. 10* in Huber, *Rome II. Pocket Commentary*, Sellier,

2011, p. 286 ss.; DICKINSON, *The Rome 2 Regulation: the law applicable to non-contractual obligations*, Oxford University Press, 2008, p. 300 ss. Similmente è stata disciplinata anche la **gestione d'affari** (art. 11). In via preliminare, se l'obbligazione presenta uno stretto collegamento con una pre-esistente relazione tra le parti, la legge applicabile è quella che disciplina la relazione. In via secondaria, bisognerà ricorrere a due criteri in concorso successivo: la legge del luogo di residenza abituale delle parti, se comune al momento in cui si verifica il fatto dannoso; in caso di residenza diversa delle parti, invece, la legge del Paese dove si è svolta la *negotiorum gestio*. La localizzazione si effettua avendo riguardo all'attività gestoria nel suo complesso così da individuare il luogo di prevalente estrinsecazione della stessa (v. BAREL, *sub art. 61*, in *Commentario breve al Codice Civile*, a cura di Cian, Trabucchi, Padova, 2011, p. 4085). Infine – specularmente a quanto stabilito dall'art. 10 – anche in materia di gestione d'affari è prevista una clausola di eccezione che fa salva l'applicazione di una legge diversa laddove essa presenti un collegamento più stretto con la fattispecie concreta (art. 11.4). *Amplius* v. HUBER, BACH, *sub art. 11*, in HUBER, *Rome II. Pocket Commentary*, Sellier, 2011, p. 300 ss.; DICKINSON, *The Rome 2 Regulation: the law applicable to non-contractual obligations*, Oxford University Press, 2008, p. 509 ss. La disciplina degli artt. 10 e 11, si applica solo in assenza di una espressa (o comunque non equivoca) **scelta della legge** a opera delle parti (**art. 14**).

**3. Il rinvio ex art. 13.** – L'art. 61, in quanto compreso nel Capo XI, rientra fra le disposizioni in relazione alle quali è esclusa l'operatività di un rinvio, da parte della legge straniera individuata come applicabile, a quella di un terzo Stato (art. 13, co. 2, lett. c). Per una valutazione critica delle conseguenze di tale previsione v. BAREL, *sub art. 61*, in *Commentario breve al Codice Civile*, a cura di Cian, Trabucchi, Padova, 2011, p. 4084; CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, Torino, 2009, p. 290 ss.

## 62 Responsabilità per fatto illecito

La responsabilità per fatto illecito è regolata dalla legge dello Stato in cui si è verificato l'evento. Tuttavia il danneggiato può chiedere l'applicazione della legge dello Stato in cui si è verificato il fatto che ha causato il danno. Qualora il fatto illecito coinvolga soltanto cittadini di un medesimo Stato in esso residenti, si applica la legge di tale Stato.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Responsabilità extracontrattuale* (Reg. n. 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali – c.d. Roma II)

### SOMMARIO

1. Disciplina. – 2. Il Regolamento Roma II. Cenni generali. – 2.1. Legge applicabile.

**1. Disciplina.** – Prima dell'entrata in vigore della l. n. 218/1995, la norma di conflitto in tema di responsabilità per fatto illecito era contenuta nell'art. 25 Preleggi, il quale individuava la legge regolatrice tanto delle obbligazioni

nascenti da contratto (co. 1) quanto di quelle di natura non contrattuale (co. 2). Rispetto a queste ultime, il criterio di collegamento veniva individuato nel "luogo ove è avvenuto il fatto dal quale esse derivano". I dubbi interpretativi

che tale previsione aveva comportato – in particolare con riferimento alle ipotesi di illeciti a distanza (POCAR, *sub art. 62*, in AA.VV., *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1996, 50, p. 308 ss.) – hanno condotto in sede di riforma del diritto internazionale privato alla stesura attuale dell'art. 62. In particolare, il **co. 1**, in ossequio alla teoria dell'evento, favorisce quale criterio quello del luogo in cui si è verificato l'evento dannoso. Al contempo per garantire l'opportunità flessibilità si è attribuito al danneggiato il potere di richiedere l'applicazione della legge del luogo in cui si è verificato il fatto illecito (*Relazione allegata allo schema di articolato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 981). Sotto questo profilo, su richiesta dell'attore, è stata applicata la legge italiana in una causa riguardante un'azione di risarcimento del danno subito da un ex militare italiano catturato in Italia e internato in Germania durante la Seconda Guerra Mondiale, in quanto l'Italia era il luogo dove si era verificato il fatto-cattura (Trib. Torino 20.5.2010, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 1006). Il **co. 2** prevede una deroga nell'ipotesi in cui il fatto illecito coinvolga esclusivamente soggetti cittadini del medesimo Stato, nel quale siano pure residenti. Quando ciò si verifichi, si prescinde da luogo dell'evento o del fatto, applicandosi invece la legge dello Stato di comune residenza. La norma di conflitto risulta espressamente limitata dalla necessaria concomitante presenza delle due condizioni (cittadinanza comune e residenza delle parti nello Stato di cittadinanza) che devono sussistere per la totalità dei soggetti coinvolti. La disposizione si ritiene applicabile in via analogica anche a società o altri enti giuridici, con la precisazione che in questo caso i requisiti andranno verificati avendo riguardo al luogo di costituzione e alla sede sociale (DAVÌ, *Responsabilità non contrattuale nel diritto internazionale privato*, in *Digesto. Discipline privatistiche*, p. 321). Si ritiene che i requisiti debbano sussistere solo con riferimento alle persone direttamente implicate in quanto responsabili diretti del fatto illecito o vittime. Esulano, invece, il responsabile indiretto o per fatto altrui e l'assicuratore in quanto non "coinvolti" nell'illecito (DAVÌ, *Responsabilità non contrattuale nel diritto internazionale privato*, in *Digesto. Discipline privatistiche*, p. 320 ss.). In questo senso, Trib. Bolzano 21.4.2005, conf. da App. Trento 15.5.2006, in *RDIPP*, 2007, p. 137 ss. La Suprema Corte ha affermato che nel caso di domanda di risarcimento del danno tanatologico dovuto ad un incidente stradale avvenuto in Italia che abbia coinvolto esclusivamente cittadini rumeni, non si applica l'art. 62, co. 2 ma l'art. 61 laddove venga chiamato in causa l'UCI (Ufficio Centrale Italiano) in quanto non si tratta di mero domiciliatario *ex lege* ma di legittimato passivo diretto rispetto al quale l'obbligazione dedotta in giudizio non deriva dal sinistro in sé ma da un rapporto di natura legale, con conseguente applicazione della *lex loci facti* ai sensi dell'art. 61 (Cass. 18.5.2012 n. 7932). In ogni caso, è ovviamente fatta salva **ex art. 17** la prevalenza delle norme italiane di applicazione necessaria. In questo senso si è ritenuto di non applicare la legge spagnola (luogo dell'evento dannoso) individuata ai sensi dell'articolo in esame ma quella italiana con riferimento alla normativa antinfortunistica a tutela dei lavoratori (Trib. Torino 20.7.2010, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, p. 227). A seguito dell'intervento del legislatore europeo la fonte principale in materia di responsabilità acqui-

liana è però, oggi, il **Reg. n. 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (c.d. Roma II)** che ha eroso il campo di applicazione dell'articolo in commento. Il **carattere residuale** acquisito dall'art. 62 rispetto al Regolamento fa sì che la sua disciplina si applichi esclusivamente in presenza di ipotesi di responsabilità extra-contrattuale non disciplinate dal Regolamento Roma II in quanto non rientranti nel campo di applicazione *ratione materiae* (come, ad esempio, le violazioni dei diritti della personalità o della vita privata) oppure perché i fatti lesivi si sono verificati prima del 11.1.2009 (v. *amplius* § 2).

**2. Il Regolamento Roma II. Cenni generali.** – Il **Reg. n. 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (c.d. Roma II)** mira a realizzare – insieme al complementare Reg. n. 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (c.d. Roma I) – la comunitarizzazione del diritto internazionale privato. Esso si applica alle obbligazioni extracontrattuali in materia civile o commerciale in presenza di circostanze che determinino conflitti di legge (art. 1). **1) Il riferimento ai conflitti di legge** rende evidente come la disciplina si riferisca a ipotesi che presentano uno o più **elementi di estraneità** rispetto alla dimensione oggettiva (come nel caso di evento dannoso avvenuto in Stato A, danni insorti in Stato B) o alla dimensione soggettiva (laddove, ad esempio, danneggiante e danneggiato risiedono in Paesi differenti) (CRESPI REGHIZZI, *sub art. 81 TFUE* – Sezione 10, in *Comm. Breve ai Trattati dell'Unione Europea*, a cura di Pocar, Baruffi, p. 588). Anche la scelta delle parti di sottoporre l'obbligazione extracontrattuale a una legge straniera è di per sé elemento sufficiente a far sussistere il requisito di estraneità che costituisce il discrimine tra una fattispecie puramente domestica, come tale soggetta alle norme di diritto interno, e una avente carattere internazionale, disciplinata quindi dal Regolamento. L'elemento di estraneità può essere originale – esistendo già al momento di verifica del fatto – o sopravvenuto, come nell'ipotesi in cui una delle parti abbia modificato la propria residenza in un secondo momento. **2) Il Regolamento Roma II** si applica solo laddove il conflitto di leggi riguardi **obbligazioni extracontrattuali**. Tale concetto non trova però una definizione espressa da parte del legislatore europeo né, d'altra parte, è possibile basarsi su quella rinvenibile di volta in volta nei singoli ordinamenti nazionali. La nozione deve essere autonoma così da risultare unitariamente valida per tutti gli Stati membri. A tal fine la dottrina richiama i concetti già elaborati dalla Corte di Giustizia con riferimento al Convenzione di Bruxelles del 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale portando a una definizione negativa, residuale: la responsabilità extracontrattuale risulta così comprendere "qualsiasi domanda che miri a coinvolgere la responsabilità di un convenuto e che non si ricolleggi alla materia contrattuale" (C. giust. 27.9.1988, *Athanasios Kalfelis v. Banque Schröder, Hengst & Co., ed altri*, C-189/87, ECLI:EU:C:1988:459. Sulla definizione di "materia contrattuale" v. *sub art. 58*). La storica discussione in merito alla natura giuridica della responsabilità precontrattuale che avrebbe potuto riflettersi su quale regolamento fra il Roma I (contrattuale) e il Roma II (extracontrattuale) sia applicabile, è stato risolto dal legislatore europeo con la predisposizione di un'apposita disciplina

all'art. 12 dello strumento in esame. Sono, infine, **escluse** dal campo di applicazione una serie di obbligazioni espressamente indicate dall'art. 1.2. Si tratta di quelle derivanti: da rapporti di famiglia o da rapporti che secondo la legge applicabile a tali rapporti hanno effetti comparabili, comprese le obbligazioni alimentari (lett. a); da regimi patrimoniali tra coniugi, da regimi patrimoniali relativi a rapporti che secondo la legge applicabile a questi ultimi hanno effetti comparabili al matrimonio, nonché dalle successioni (lett. b); da cambiali, assegni, vaglia cambiari ed altri strumenti negoziabili, nella misura in cui le obbligazioni derivanti da tali altri strumenti risultano dal loro carattere negoziabile (lett. c); dal diritto delle società, associazioni e persone giuridiche, su aspetti quali la costituzione, tramite registrazione o altrimenti, la capacità giuridica, l'organizzazione interna e lo scioglimento delle società, associazioni e persone giuridiche, la responsabilità personale dei soci e degli organi per le obbligazioni della società, associazione o persona giuridica nonché la responsabilità personale dei revisori dei conti nei confronti di una società o dei suoi soci nel controllo dei documenti contabili (lett. d); dai rapporti tra i costituenti, i fiduciari e i beneficiari di un trust costituito per iniziativa volontaria (lett. e); da danno nucleare (lett. f); da violazioni della vita privata e dei diritti della personalità, compresa la diffamazione (lett. g). **3)** Ai sensi dell'art. 1, infine, le circostanze oggetto di regolamentazione sono esclusivamente quelle in **materia civile e commerciale**, con **esclusione** delle materie fiscali, doganali o amministrative o delle ipotesi di responsabilità dello Stato per atti od omissioni nell'esercizio di pubblici poteri (c.d. *acta iure imperii*). Il Regolamento Roma II riveste **carattere universale** (ovverosia, ai sensi dell'art. 3, la questione specifica potrà essere disciplinata anche dalla legge di uno Stato non membro, laddove il criterio di collegamento conduca ad essa) e si applica in tutti gli Stati membri – ad esclusione della sola Danimarca (art. 1.4) – a decorrere dall'11.1.2009 ex art. 32. Dubbi sono stati sollevati sull'**ambito di applicazione *ratione temporis*** a causa della scelta terminologica effettuata dal legislatore europeo. Nello specifico, mentre l'art. 32 stabilisce la "data di applicazione" del regolamento decorre dall'11.1.2009, l'art. 31, individuandone l'ambito di "applicazione nel tempo", dichiara che lo stesso disciplina i fatti che danno origine a danni verificatisi "dopo la sua entrata in vigore". Il dato letterale dell'art. 31, unito alla sfasatura temporale determinata dalla distinzione ontologica fra data di entrata in vigore (il 20.8.2007, al termine del periodo di *vacatio legis* di cui all'art. 297.1, co. 3 TFUE) e di applicazione (l'11.1.2009 ex art. 32) ha comportato dubbi circa l'applicazione o meno del presente strumento anche ai fatti verificatisi dopo l'entrata in vigore (20.8.2007) ma prima della data di applicazione (11.1.2009). La questione è stata sollevata dinanzi alla Corte di Giustizia la quale ha affermato che, nonostante il dato letterale, il Regolamento disciplina solo i conflitti di legge aventi ad oggetto fatti verificatisi dopo la data di applicazione e, quindi, l'11.1.2009. Diversamente si rischierebbe infatti di compromettere le finalità stesse dello strumento, ossia garantire la prevedibilità dell'esito delle controversie giudiziarie, la certezza del diritto quanto alla legge applicabile e l'applicazione uniforme di detto regolamento in tutti gli Stati membri (C. giust. 17.11.2011, C-412/10, *Deo Antoine Homawoo vs GMF Assurances SA*,

ECLI:EU:C:2011:747). Sul Regolamento v. *amplius* CRESPI REGHIZZI, *sub* art 81 TFUE – Sezione 10, in *Comm. Breve ai Trattati dell'Unione Europea*, a cura di Pocar, Baruffi, p. 586 ss.; DICKINSON, *The Rome 2 Regulation: the law applicable to non-contractual obligations*, Oxford University Press, 2008; HUBER, *Rome II. Pocket Commentary*, Sellier, 2011.

**2.1. Legge applicabile.** – La legge applicabile alla specifica controversia si determina in base alle singole norme di conflitto predisposte dal Regolamento solo in assenza di una **scelta della legge effettuata dalle parti** ai sensi e per gli effetti dell'art. 14. Dovrà, quindi, trattarsi di una scelta che sia espressa o che risulti in modo non equivoco avuto riguardo alle circostanze del caso concreto purché comunque non pregiudichi i diritti di terzi (si pensi ai diritti dell'assicuratore del responsabile). L'accordo derogatorio potrà essere posteriore al verificarsi del fatto o, se tutte le parti esercitano un'attività commerciale, anche anteriore. In quest'ultimo caso dovrà però essere liberamente negoziato, non essendo valida per esempio la semplice adesione a condizioni generali predisposte unilateralmente da una delle parti (CRESPI REGHIZZI, *sub* art. 81 TFUE – Sezione 10, in *Comm. Breve ai Trattati dell'Unione Europea*, a cura di Pocar, Baruffi, p. 599). Inoltre la libertà di scelta non può essere esercitata in materia di concorrenza sleale e atti limitativi della libertà di concorrenza (art. 6.4) nonché di violazione dei diritti di proprietà intellettuale (art. 8.4). In mancanza di una scelta di legge operata dalle parti, bisognerà far ricorso ai criteri previsti. Nello specifico, il Regolamento pone innanzitutto una norma di conflitto generale, l'**art. 4** il quale si applica laddove non sia disposto diversamente. Essa è composta da tre paragrafi: **1)** Nel primo viene individuato il **criterio generale** in materia di responsabilità da fatto illecito: il luogo in cui il danno diretto si è verificato (c.d. *first impact rule*; v. BACH, *sub* art. 4, in HUBER, *Rome II. Pocket Commentary*, Sellier, 2011, p. 76 ss.). Al fine duplice di favorire la prevedibilità delle decisioni e contemperare gli interessi contrapposti di responsabile e parte lesa, si è deciso di preferire la **lex loci damni** rispetto alla legge del luogo dove si è verificato il fatto generatore del danno (c.d. *lex loci delicti*) o dove sono avvenute le conseguenze indirette. Sebbene infatti il criterio della *lex loci delicti* risultasse la soluzione prescelta dalla maggior parte degli Stati membri, la sua applicazione pratica differiva sensibilmente da un Paese all'altro (v. *Consideranda* n. 15-17). In base a tale criterio pertanto qualora a seguito di un atto illecito compiuto da Tizio nello Stato A, Caio subisca una lesione personale nello Stato B in conseguenza della quale venga poi sottoposto a costose cure mediche nello Stato C, risulterà applicabile la legge dello Stato B. **2)** Il secondo paragrafo regola l'ipotesi in cui entrambe le parti – danneggiato e presunto responsabile – **risiedono abitualmente nello stesso Stato** nel momento in cui si verifica il danno, disponendo l'applicazione della legge di tale Stato (c.d. *lex domicilii communis*). Il concetto di "residenza abituale" viene definito all'art. 23 esclusivamente rispetto alle persone giuridiche o alle persone fisiche che agiscono nell'esercizio dell'attività professionale. **3)** Da ultimo, il terzo paragrafo contiene una clausola di salvaguardia in base alla quale si prescinde dai predetti criteri nel caso in cui risulti che il fatto illecito presenti **collegamenti manifestamente più stretti** con un Paese diverso, con conseguente applicazione della legge di

tale Paese. Come detto, l'art. 4 si applica solo se non "diversamente previsto nel presente regolamento". A tal riguardo il legislatore europeo ha introdotto **norme specifiche** in materia di responsabilità da prodotti, art. 5 (v. *sub* art. 63); concorrenza sleale e atti limitativi della libertà di

concorrenza, art. 6; danno ambientale, art. 7; violazione dei diritti di proprietà intellettuale, art. 8; attività sindacale, art. 9; arricchimento senza causa, art. 10 (v. *sub* art. 61); gestione d'affari altrui, art. 11 (v. *sub* art. 61); responsabilità precontrattuale, art. 12.

## 63 Responsabilità extracontrattuale per danno da prodotto

La responsabilità per danno da prodotto è regolata, a scelta del danneggiato, dalla legge dello Stato in cui si trova il domicilio o l'amministrazione del produttore, oppure da quella dello Stato in cui il prodotto è stato acquistato, a meno che il produttore provi che il prodotto vi è stato immesso in commercio senza il suo consenso.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Danno da prodotto difettoso* (Reg. n. 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali – c.d. Roma II; Convenzione dell'Aja del 2.10.1973 sulla legge applicabile alla responsabilità da prodotto; Direttiva 85/374/CEE relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati Membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi)

### SOMMARIO

1. Premessa. L'art. 63. – 2. Il Regolamento Roma II. Rinvio. – 2.1. La responsabilità per danno da prodotto difettoso. – 2.2. Rapporti con altre convenzioni.

**1. Premessa. L'art. 63** – L'art. 63 contiene l'unica ipotesi di disciplina speciale in tema di responsabilità extracontrattuale prevista dal legislatore delle riforme del '95 in ragione delle peculiari problematiche connesse alla responsabilità extracontrattuale per danno da prodotto. Peraltro tale norma è destinata ad una completa disapplicazione in quanto, con riferimento ai fatti verificatisi dopo l'11.1.2009 (v. *sub* art. 62), risulta ormai sostituita dall'art. 5 del Regolamento Roma II (BAREL, ARMELLINI, *Diritto internazionale privato*, Milano, 2016, p. 290). Il legislatore nella consapevolezza della firma da parte dell'Italia della Convenzione dell'Aja del 2.10.1973 sulla legge applicabile alla responsabilità da prodotto (convenzione peraltro mai entrata in vigore nel nostro ordinamento), ha deciso di ispirarsi a tale strumento semplificandone però al massimo la disciplina (v. *Relazione allegata allo schema di articolato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 982). L'articolo in commento prevede due **criteri alternativi di collegamento** attribuendo al **danneggiato la scelta** in ordine alla legge applicabile. Nello specifico, egli ha la possibilità di indicare in via alternativa la legge del Paese in cui si trova il domicilio o l'amministrazione del produttore oppure la legge dello Stato in cui il prodotto è stato acquistato. Con riferimento a quest'ultima ipotesi, però, viene prevista un'**eccezione** qualora il produttore provi che il prodotto è stato commercializzato in detto Stato senza il suo consenso. Anche ai fini di una lettura critica della norma v. *amplius* POCAR, *sub* art. 63, in AA.VV., *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1996, 50, p. 314 ss.; CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, Torino, 2009, p. 303 ss.; DAVI, *Responsabilità non contrattuale nel diritto internazionale privato*, in *Digesto. Discipline privatistiche*, p. 324 ss.; SARAVALLE, *sub* art. 58, in AA.VV., *Commento alla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato – L. 31 maggio 1995, n. 218*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, 5/6, p. 1451 ss.

**2. Il Regolamento Roma II. Rinvio.** – V. *sub* art. 62.

**2.1. La responsabilità per danno da prodotto difettoso.** – Il Regolamento Roma II prevede all'art. 5 una norma di conflitto speciale in materia di responsabilità per prodotti difettosi. Tale previsione disciplina unicamente i casi di **responsabilità extracontrattuale**, rimanendo invece escluse le ipotesi di responsabilità contrattuale per vizi della cosa (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2016, II, p. 459; VISMARA, CONETTI, TONOLO, *Manuale di diritto internazionale privato*, Torino, 2015, p. 298). Inoltre i criteri previsti si applicano solo nel caso in cui, al momento in cui il danno si verifica, il presunto responsabile e la parte lesa **non risiedono abitualmente nello stesso Stato**, poiché in tale diversa ipotesi si applica la legge di detto Paese ai sensi del combinato disposto dell'art. 5.1 comma e art. 4.2. Quanto alla nozione di **prodotto**, stante il silenzio del Regolamento, occorrerà riferirsi ad una nozione autonoma. A tal fine, ruolo centrale riveste la Direttiva 85/374/CEE relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati Membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi (CRESPI REGHIZZI, *sub* art. 81 TFUE, Sez. 10 (Reg. Roma II), in POCAR, BARUFFI, *Commentario breve ai Trattati dell'Unione Europea*, Padova, 2014, p. 593; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2015, I, p. 459. Sotto diverso profilo, v. DICKINSON, *The Rome 2 Regulation: the law applicable to non-contractual obligations*, Oxford University Press, 2008, p. 367 ss.). Nello specifico, per prodotto s'intende ogni bene mobile – ivi compresa l'elettricità – anche se forma parte di un altro bene mobile o immobile (cfr. art. 2 Direttiva). La **disciplina** prevista dal legislatore europeo mira a contemperare, ripartendo i rischi, la tutela del consumatore con le esigenze del mercato e della libertà di concorrenza (v. *considerando* 20). A tal fine l'art. 5 prevede, innanzitutto, un sistema di **criteri di collegamento a cascata** che operano

solo laddove la legge individuata sia di un **Paese nel quale il prodotto sia stato commercializzato**. Nello specifico si applicherà in via successiva: **1)** la legge dello Stato in cui il soggetto leso risiedeva abitualmente quanto ha subito il danno; **2)** la legge del Paese in cui è stato acquistato il prodotto; **3)** la legge dello Stato in cui il danno si è verificato. Tali fattori di connessione sono contemperati da una **clausola di prevedibilità** ai sensi della quale nell'ipotesi in cui il presunto responsabile non potesse ragionevolmente prevedere la commercializzazione del prodotto o di un prodotto dello stesso tipo nello Stato individuato secondo i tre predetti criteri, si applicherà la legge di residenza abituale del responsabile stesso. Ciò si ritiene vero anche nell'ipotesi (non espressamente prevista) nella quale il prodotto non sia stato commercializzato in detto Paese (CRESPI REGHIZZI, *sub art. 81 TFUE*, Sez. 10 (Reg. Roma II), in POCAR, BARUFFI, *Commentario breve ai Trattati dell'Unione Europea*, Padova, 2014, p. 593). Da ultimo, l'art. 5 prevede una **clausola di salvaguardia** ai sensi della quale, qualora il fatto illecito presenti un "collegamento manifestamente più stretto" con un Paese diverso da quello individuato a norma delle regole indicate, sarà proprio la legge di detto Stato a doversi applicare. La locuzione "collegamento manifestamente più stretto" è da intendersi come riferita a fattori oggettivi quali una relazione preesistente tra le parti collegata al fatto illecito di cui all'azione (DICKINSON, *The Rome 2 Regulation: the law applicable to non-contractual obligations*, Oxford University Press, 2008, p. 341). Nell'ipotesi di **concorso tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale** si ritiene debba appli-

carsi ad entrambe la legge individuata per la responsabilità contrattuale (ILLMER, *sub art. 5*, in HUBER, *Rome II. Pocket Commentary*, Sellier, 2011, p. 121). Infine, l'**art. 14** del Regolamento Roma II concede alle parti la **facoltà di scelta della legge applicabile** in deroga ai criteri previsti, purché la scelta sia effettuata in modo espresso o comunque risulti in modo non equivoco dalle circostanze del caso (sull'argomento v. *amplius* DICKINSON, *The Rome 2 Regulation: the law applicable to non-contractual obligations*, Oxford University Press, 2008, p. 539 ss.; BACH, *sub art. 14* in Huber, *Rome II. Pocket Commentary*, Sellier, 2011, p. 324 ss.).

**2.2. Rapporti con altre convenzioni.** – Ai sensi dell'**art. 28** del Regolamento, in presenza di convenzioni internazionali di cui uno o più Stati membri siano – insieme a Stati extra-europei – parti contraenti al momento dell'adozione del presente regolamento si applicherà la specifica convenzione per i profili da essa disciplinata e il Regolamento Roma II per i profili che ne esulano (art. 28.1). Nella diversa ipotesi in cui la convenzione internazionale sia stata stipulata esclusivamente tra Paesi membri prevale il Regolamento Roma II ai sensi dell'art. 28.2. Pertanto, per effetto di tale disposizione, l'art. 5 non si applicherà nei confronti agli Stati membri della **Convenzione dell'Aja del 2.10.1973 sulla legge applicabile alla responsabilità da prodotto** (v. VISMARA, CONETTI, TONOLO, *Manuale di diritto internazionale privato*, Torino, 2015, p. 298; DICKINSON, *The Rome 2 Regulation: the law applicable to non-contractual obligations*, Oxford University Press, 2008, p. 387 ss.).

#### TITOLO IV

### EFFICACIA DI SENTENZE ED ATTI STRANIERI

## 64 Riconoscimento di sentenze straniere

1. La sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento quando:
- a) il giudice che l'ha pronunciata poteva conoscere della causa secondo i principi sulla competenza giurisdizionale propri dell'ordinamento italiano;
  - b) l'atto introduttivo del giudizio è stato portato a conoscenza del convenuto in conformità a quanto previsto dalla legge del luogo dove si è svolto il processo e non sono stati violati i diritti essenziali della difesa;
  - c) le parti si sono costituite in giudizio secondo la legge del luogo dove si è svolto il processo o la contumacia è stata dichiarata in conformità a tale legge;
  - d) essa è passata in giudicato secondo la legge del luogo in cui è stata pronunciata;
  - e) essa non è contraria ad altra sentenza pronunciata da un giudice italiano passata in giudicato;
  - f) non pende un processo davanti a un giudice italiano per il medesimo oggetto e fra le stesse parti, che abbia avuto inizio prima del processo straniero;
  - g) le sue disposizioni non producono effetti contrari all'ordine pubblico.

#### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale* (Reg. UE 12.12.2012, n. 1215 (Reg. Bruxelles I-bis)) ✓ *Competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e genitoriale* (Reg. CE 27.11.2003, n. 2201 (Reg. Bruxelles II-bis)) ✓ *Riconoscimento ed esecuzione dei lodi arbitrali straniere* (artt. 839-840 c.p.c.) ✓ *Riconoscimento ed esecuzione delle decisioni arbitrali straniere* (Convenzione di New York del 10.6.1958)

## SOMMARIO

1. Il riconoscimento delle sentenze straniere in generale. – 2. Le condizioni di riconoscibilità: a) La competenza giurisdizionale del giudice straniero secondo l'ordinamento italiano. – 3. *Segue*: b) rispetto del principio del contraddittorio e dei diritti di difesa. – 4. *Segue*: c) regolare costituzione o dichiarazione di contumacia. – 5. *Segue*: d) passaggio in giudicato della sentenza straniera. – 6. *Segue*: e) assenza di contrasto con sentenza italiana passata in giudicato. – 7. *Segue*: f) assenza di litispendenza in Italia di processo iniziato precedentemente. – 8. *Segue*: g) assenza di profili di contrarietà all'ordine pubblico.

**1. Il riconoscimento delle sentenze straniere in generale.** –

Il titolo IV della l. n. 218/1995 contiene le disposizioni attraverso le quali l'ordinamento nazionale italiano disciplina l'efficacia delle sentenze e degli atti stranieri nell'ordinamento interno. Va detto subito, peraltro, che le disposizioni di cui alla l. n. 218/1995 vanno integrate attraverso il riferimento alla normativa in materia emanata dall'Unione europea e dunque, in primo luogo, attraverso il riferimento al Reg. UE n. 1215 del 15.12.2012 sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (c.d. Reg. Bruxelles I-bis) e al Reg. CE n. 2201 del 27.11.2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale (c.d. Reg. Bruxelles II-bis). Il riconoscimento si sostanzia nell'attribuire alla decisione la stessa imperatività ed efficacia che le è propria nello Stato in cui è stata pronunciata. In particolare, ai sensi dell'articolo 64, se la sentenza straniera riveste autorità di cosa giudicata nello Stato di origine e presenta gli ulteriori requisiti richiesti, ad essa va attribuita la stessa efficacia di un giudicato nazionale anche nell'ordinamento italiano, quale Stato c.d. "richiesto", e ciò senza bisogno di alcun riesame del merito. A differenza dei Regolamenti europei (art. 2, lett. a, Reg. Bruxelles I-bis e art. 2, n. 4, Reg. Bruxelles II-bis), l'art. 64 della l. n. 218/1995 non contiene una definizione di che cosa debba intendersi per "sentenza"; tale nozione, tuttavia, può essere dedotta sulla base della Relazione ministeriale, la quale fa riferimento all'atto straniero di un'autorità giudiziaria o di altra pubblica autorità conclusivo di un procedimento che, se si fosse svolto in Italia, avrebbe condotto alla pronuncia di una sentenza ed avente ad oggetto l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un diritto soggettivo, di una capacità o di una situazione e la possibile conseguente condanna. Per il riconoscimento delle sentenze straniere, peraltro, l'articolo in esame non richiede il ricorso ad alcun procedimento (App. Milano 13.3.1998, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 570), anche se l'atto giudiziario straniero può anche avere efficacia in Italia in virtù di una sentenza del giudice italiano, purché sussistano i requisiti stabiliti dall'articolo in questione (App. Venezia 14.11.1997, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, p. 414). Gli eventuali vizi e la stessa mancanza della motivazione della sentenza straniera non costituiscono cause ostative al riconoscimento (Cass. 25.6.2002 n. 9247), che può avere luogo a condizione che siano soddisfatti i requisiti posti dalla norma in esame. La norma interna, peraltro, fissa in positivo i requisiti necessari per il riconoscimento, a differenza dei Regolamenti dell'Unione europea, i quali prevedono in negativo gli ostacoli che precludono il riconoscimento.

**2. Le condizioni di riconoscibilità: a) la competenza giurisdizionale del giudice straniero secondo il diritto italiano.** – La prima condizione posta dall'art. 64 della l. n.

218/1995 è quella per cui il giudice straniero (che ha pronunciato la sentenza da riconoscere) fosse in grado di conoscere la causa secondo i principi italiani in ordine alla competenza giurisdizionale. La lett. a) della norma in esame, peraltro, riprendendo l'analogo requisito fissato dall'ormai abrogato art. 797, co. 1, c.p.c., "non intende designare altro concetto che quello secondo cui tali principi non siano altro che quegli stessi in base ai quali, in casi corrispondenti, il giudice italiano esercita la sua giurisdizione nei confronti dello straniero" (Cass. 28.5.2004 n. 10378). In base alle regole desumibili dalla l. n. 218/1995, dunque, "la competenza giurisdizionale del giudice straniero, che abbia pronunciato la sentenza del cui riconoscimento in Italia si discute, deve ritenersi sussistente non solo quando nel Paese straniero il convenuto abbia la residenza o il domicilio o vi abbia un rappresentante autorizzato a stare in giudizio (art. 64, comma 1, lettera a, in relazione all'art. 3, co. 1, della l. n. 218 del 1995), ma anche quando ricorra uno dei criteri di collegamento previsto dagli artt. 3, co. 2° e 4° del titolo II della Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale e protocollo, firmati a Bruxelles il 27.9.1968, resi esecutivi con la l. 21.6.1971, n. 804, e succ. modif., quando si tratti di una delle materie comprese nel campo di applicazione della Convenzione (a prescindere, in quest'ultimo caso, dal fatto che la sentenza sia stata emessa dal giudice di uno Stato aderente alla Convenzione di Bruxelles)" (Cass. 22.7.2004, n. 13662). Va peraltro ricordato, a questo riguardo, che il principio non opera allorché trovi applicazione diretta il Reg. UE n. 1215/2012 (Reg. Bruxelles I-bis), in quanto, provvedendo quest'ultimo a ripartire la competenza giurisdizionale tra gli Stati membri sulla base di un principio di mutuo riconoscimento e fiducia reciproca, è escluso che i giudici dello Stato del riconoscimento e dell'esecuzione possano sottoporre a sindacato la competenza del giudice *a quo* (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*. Vol. I. *Parte generale e obbligazioni*, Torino, 2017, p. 348). Quando, invece, la fattispecie sia estranea all'ambito di applicazione dei regolamenti dell'Unione europea e trovi, invece, la propria fonte di disciplina nella l. n. 218/1995, il legislatore avoca all'ordinamento italiano e affida al giudice il compito di verificare che il provvedimento straniero venga da un giudice di un ordinamento con il quale la fattispecie presenti una connessione tale da giustificare l'affermazione della competenza giurisdizionale del giudice straniero sulla base dei criteri accolti dall'ordinamento italiano. Non opera, quindi, in questo ambito, un rinvio ai singoli ordinamenti stranieri ed alle diverse regole sulla competenza giurisdizionale in essi presenti (MOCHI ONORY DI SALUZZO, *Competenza giurisdizionale internazionale*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988).

In tema di riconoscimento, l'accertamento devoluto alla Corte di appello in ordine al requisito di cui all'art. 64, lett. a), può essere sindacato in sede di legittimità solo sotto il profilo dell'individuazione del criterio di collegamento stabilito dalla legge e della sua corretta applicazione, nonché in relazione alla congruità della motivazione, mentre non sembra consentito alcun riesame dei presupposti di fatto sui quali detta competenza sia radicata (Cass. 25.6.2002, n. 9247). Quindi, un difetto di giurisdizione in capo al giudice straniero rilevato in base alla sua normativa, non impedirà il riconoscimento della sentenza da lui pronunciata in presenza di criteri fondanti la nostra giurisdizione (CAMPEIS, DE PAULI, *Il processo civile italiano e lo straniero*, Milano, 1996, p. 308). Conseguentemente, in tema di riconoscimento di sentenze straniere, i vizi che, se tempestivamente dedotti avanti al giudice straniero avrebbero inficiato il giudizio (quale il vizio della notifica dell'atto introduttivo e la pretesa incongruità del termine a comparire assegnato al convenuto), non possono essere fatti valere, per la prima volta, davanti al giudice italiano.

**3. Segue: b) rispetto del principio del contraddittorio e dei diritti di difesa.** – La seconda condizione a cui è assoggettata la riconoscibilità e attribuzione di esecutività della sentenza straniera riguarda la regolare instaurazione del processo (a cui concorre anche il successivo requisito di cui alla lett. c) e la garanzia dei fondamentali diritti della difesa e del contraddittorio. È necessario, dunque, che l'atto introduttivo del giudizio sia stato portato a conoscenza del convenuto in conformità alla legge del luogo di svolgimento del processo e che non siano stati violati i diritti essenziali della difesa (Cass. 29.9.2011 n. 19932). A tal fine, ove sia in contestazione il riconoscimento, la corte di appello non dovrà applicare pedissequamente i principi in tema di notificazione dettati dalla legge italiana, ma dovrà “verificare se la comunicazione o la notificazione dell'atto introduttivo del giudizio abbia rispettato le regole previste dal diritto straniero ed abbia soddisfatto i principi fondamentali dell'ordinamento, in modo tale da non ledere i diritti essenziali della difesa, primo tra tutti quello al contraddittorio” (Cass. 25.7.2006 n. 16978) come disciplinato e garantito dalle norme generali che regolano il processo straniero (App. Roma 12.4.2000, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, p. 126). L'accertamento di entrambi i requisiti si estrinseca in due procedure distinte, posto che la verifica della notificazione sfocia in una valutazione (di mera legittimità) della legge processuale straniera in materia di notificazioni; mentre l'accertamento della violazione dei diritti essenziali della difesa implica una valutazione (discrezionale) della regolarità dell'intero processo straniero (Cass. 11.7.2006 n. 15730). Entrambi i requisiti devono concorrere tra loro, nel senso che l'indagine relativa al primo di essi deve riguardare un controllo di legittimità in ordine al puntuale rispetto della legge straniera in materia di notificazioni, mentre l'indagine relativa al secondo deve coinvolgere un controllo di regolarità dell'intero processo alla stregua dei principi di ordine pubblico sanciti dall'ordinamento italiano a salvaguardia del contraddittorio e del diritto di difesa in ambito processuale. Ne consegue che “la verifica relativa alla sussistenza dell'uno dei due requisiti non assorbe quella attinente alla sussistenza dell'altro” (Cass. 22.7.2004 n. 13662). Come si è osservato, l'accertamento relativo “a tali due sotto-requisiti presenta car-

attere autonomo”, sia “rispetto all'oggetto dell'accertamento, che coinvolge la sola notifica dell'atto introduttivo nel primo caso, e la disciplina dell'intero processo straniero nel secondo”, sia ancora in rapporto all'ordinamento di riferimento “rappresentato dalla *lex processus* per quanto attiene al puntuale rispetto delle regole formali di instaurazione del giudizio, e dall'ordinamento italiano per la verifica del rispetto delle generali garanzie del *due process*”, sia infine “in ordine alla natura stessa dell'accertamento, che nel primo caso attiene al puntuale rispetto della ritualità della notifica, mentre nel secondo caso coinvolge una valutazione dell'intero processo straniero alla luce dei principi processuali italiani, e necessariamente comporta un certo margine di discrezionalità” (CARLEVARIS, *Violazione dei diritti essenziali della difesa nel giudizio estero e rispetto del contraddittorio nel procedimento di riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 1027). Per converso, un eventuale difetto del procedimento di notifica dell'atto introduttivo potrebbe essere sanato allorché siano stati comunque rispettati i diritti essenziali della difesa. In ossequio ai principi di apertura e cooperazione tra ordinamenti, e a quello più specifico secondo cui è la legge del luogo ove si svolge il processo a disciplinare lo stesso, la regolarità della notifica dell'atto introduttivo del giudizio (assieme alla regolarità della costituzione in giudizio delle parti e alla presa d'atto da parte del giudice che una parte sia contumace) va valutata alla luce della legge straniera (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Vol. I. Parte generale e obbligazioni*, Torino, 2017, p. 156).

**4. Segue: c) regolare costituzione o dichiarazione di contumacia.** – Collegandosi alla condizione di cui alla precedente lett. b), la previsione in esame riguarda la regolare instaurazione del processo e la garanzia dei diritti della difesa e del contraddittorio, comportando che le parti si siano costituite in giudizio secondo la legge del luogo dove si è svolto il processo, o la contumacia sia stata dichiarata in conformità a tale legge. La costituzione del convenuto, anche se il termine per la notifica a comparire non sia stata rispettata, vale a sanare il vizio (art. 164, co. 2, c.p.c.). È contumace la parte che non legittima davanti al giudice un proprio procuratore e perciò non si costituisce. In tale ipotesi, il giudice è chiamato a verificare se la notifica dell'atto introduttivo richiesta dall'attore sia stata correttamente eseguita secondo una delle forme previste dalla normativa posta dalle convenzioni internazionali vigenti con il paese di destinazione (quello cioè nel cui territorio l'atto va notificato per consentire al destinatario la conoscenza del processo).

**5. Segue: d) passaggio in giudicato della sentenza straniera.** – Il requisito in esame determina la differenza probabilmente più rilevante e significativa in materia di riconoscimento ed esecuzione di decisioni straniere tra la l. n. 218/1995, da un lato, ed il sistema di cui al Regolamento UE Bruxelles I-bis in materia civile e commerciale e il Regolamento UE Bruxelles II-bis, dall'altro lato (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Vol. I. Parte generale e obbligazioni*, Torino, 2017, 352). Infatti, mentre questi ultimi non richiedono il passaggio in giudicato per la riconoscibilità e l'esecuzione di

una sentenza straniera, il sistema di cui alla legge n. 218 esige che la sentenza straniera sia passata in giudicato secondo la legge del luogo in cui è stata pronunciata. Tale requisito implica che il provvedimento, ancora impugnabile non “produrrà, pur se riconosciuto in un ordinamento diverso da quello in cui fu emanato, gli effetti che gli sono propri” se non dopo il passaggio in giudicato (CARPI, *Dal riconoscimento delle decisioni all'esecuzione automatica*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 1134). Rileva, a questo fine, la nozione di cui all'art. 324 c.p.c., ai sensi della quale una sentenza passa in giudicato quando non è più soggetta nell'ordinamento di origine agli ordinari mezzi di impugnazione. Ne deriva che una sentenza straniera, pur dotata di esecutorietà nel proprio ordinamento, ma suscettibile di riforma o modifica con i normali mezzi di impugnazione, non potrà essere riconosciuta in Italia (App. Milano 27.2.1998, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 563). Va sottolineato, tuttavia, che l'accertamento dei requisiti concreti (di solito riassumibili nell'accertamento di tutti i mezzi ordinari d'impugnazione), necessario perché la sentenza ottenga la qualifica processuale di cosa giudicata, va operato alla luce della *lex causae* (CAMPEIS, DE PAULI, *Il processo civile italiano e lo straniero*, Milano, 1996, p. 309).

**6. Segue: e) assenza di contrasto con sentenza italiana passata in giudicato.** – Il requisito in esame tutela, come valore imprescindibile dell'ordinamento, la coerenza interna dell'ordinamento stesso (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*. Vol. I. *Parte generale e obbligazioni*, Torino, 2017, pp. 352-353). La sentenza straniera, quindi, non è suscettibile di riconoscimento se è contraria ad altra sentenza pronunciata da un giudice italiano. Il sistema di Bruxelles, a partire dall'art. 27, n. 3 della convenzione di Bruxelles del 1968 ha adottato a questo riguardo una nozione più ampia, che si estende a qualsiasi ipotesi di inconciliabilità logica tra la sentenza interna e quella straniera di cui sia stato chiesto il riconoscimento, anche se non vi è perfetta identità soggettiva e oggettiva. Il raffronto tra le due disposizioni, peraltro, sembra giustificare una interpretazione più elastica anche del requisito posto della l. n. 218/1995, che può essere, quindi, interpretata nel senso di precludere il riconoscimento di una sentenza straniera incompatibile con una sentenza italiana passata in giudicato. L'impedimento, in ogni caso, opera solo in relazione a sentenze italiane passate in giudicato e non anche in relazione a quelle straniere; ciò perché sarebbe eccessivo, come si legge nella Relazione ministeriale, attribuire ad una sentenza non vincolante, per gli altri giudici nazionali, l'efficacia di escludere il riconoscimento di una sentenza del giudice straniero. Si verifica un'incompatibilità qualora una corte italiana abbia dichiarato l'inammissibilità (sulla base della normativa previgente) dell'azione per la dichiarazione di efficacia della sentenza straniera di cui si chieda il riconoscimento in rapporto all'antecedente pendenza, prima del passaggio in giudicato della stessa, di un giudizio di accertamento negativo sulla stessa obbligazione, anche se non ancora concluso (App. Milano 28.12.1999, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 1081). Nel silenzio della disposizione sull'“ordine temporale” tra la sentenza italiana e quella straniera si ritiene che la norma in commento affermi la preminenza della sentenza italiana indipendentemente dal fatto che quest'ultima sia anteriore o successiva all'emanazione del giudicato

straniero (MARESCA, *Legge 31 maggio 1995, n. 218. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*. *Commento*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1996, p. 1482; *contra*: CARELLA, *Riconoscimento di sentenze e atti stranieri*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 2000, 1083, la quale ritiene che, “se la sentenza straniera produce effetti automaticamente dal momento della sua emanazione, solo il giudicato italiano anteriore a tale momento prevarrà su di essa”).

**7. Segue: f) assenza di litispendenza in Italia di processo iniziato precedentemente.** – Un altro requisito per il riconoscimento della sentenza straniera è soddisfatto a condizione che non penda “un processo davanti a un giudice italiano per il medesimo oggetto e fra le stesse parti, che abbia avuto inizio prima del processo straniero”. Il requisito in esame, dunque, pone un principio di priorità temporale in forza del quale il riconoscimento della sentenza straniera è possibile solo se il processo straniero sia iniziato prima di quello italiano (SAGGIO, *Efficacia di sentenze ed atti stranieri (artt. 64-71)*, in *Corr. giur.*, 1995, p. 1261). Va peraltro rilevato che la decisione di rigetto sulla deliberazione della sentenza straniera è pronunciata *rebus sic stantibus*, di modo che la parte che intende far valere la sentenza straniera, ove la causa introdotta in Italia si concluda con declaratoria di invalidità della costituzione del rapporto processuale, potrà reiterare la domanda di delibazione (Cass. 21.10.1996 n. 9153).

**8. Segue: g) assenza di profili di contrarietà all'ordine pubblico.** – L'ultimo requisito richiesto per il riconoscimento di sentenze straniere è che i loro contenuti non producano effetti contrari all'ordine pubblico. La giurisprudenza ha precisato che il controllo di conformità all'ordine pubblico va limitato alle sole statuizioni in cui si sostanzia il *decisum* della sentenza da riconoscere, senza estendersi alla motivazione (Cass. 14.1.1982 n. 228). Così, il controllo del giudice del riconoscimento non può estendersi all'accertamento di un'eventuale falsità di documenti utilizzati dal giudice straniero per decidere la causa nel merito (App. Milano 28.12.1999, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 1081). Tale interpretazione si giustifica alla luce della considerazione per cui la contrarietà all'ordine pubblico della sentenza rilevante ai fini “delibativi” è determinata dal contrasto con i valori fondamentali dell'ordinamento degli effetti prodotti dalla sentenza, ma ai fini di tale valutazione non rileva il meccanismo attraverso il quale la sentenza straniera sia pervenuta alla decisione (in materia di c.d. *punitive damages*, v. Cass. S.U. 5.7.2017, n. 16601, che ha affermato la possibilità di ritenere compatibile con l'ordine pubblico italiano una sentenza straniera di condanna al risarcimento di danni punitivi). Occorre segnalare, tuttavia, che l'ingresso nell'ordinamento di sentenze straniere prive di motivazione sembra comunque contrastare con l'ordine pubblico in quanto risulta impossibile la ricostruzione dell'*iter* procedimentale attraverso il quale il processo è giunto alla sua definizione e quello logico attraverso il quale il giudice è pervenuto alla decisione (CAMPEIS, DE PAULI, *L'ordine pubblico processuale come condizione ostativa al riconoscimento in Italia delle sentenze straniere e di Paesi dell'Unione Europea*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1999, p. 742). Nel valutare la contrarietà all'ordine pubblico di una sentenza straniera ai fini dell'attribuzione di efficacia in Italia

si deve tenere conto dello stato della legislazione italiana e comunitaria in vigore al momento della delibazione, nonché i possibili effetti socialmente rilevanti del riconoscimento di una sentenza (come nel caso delle possibili infiltrazioni criminali in relazione al gioco d'azzardo: cfr. Cass. 17.1.2013 n. 1163). In ogni caso, la nozione di ordine pubblico da utilizzare è quella di "ordine pubblico internazionale", inteso "come complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma fondati su esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordi-

namenti e desumibili, innanzi tutto, dai sistemi di tutela approntati a livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria" (Cass., ord. 16.5.2016 n. 9978). Anche se non espresso in maniera esplicita, deve ritenersi che anche nel sistema di cui alla l. n. 218/1995 debba trovare piena applicazione la regola affermata espressamente nell'ambito del Regolamento UE Bruxelles I-bis (art. 52) in forza della quale "in nessun caso la decisione straniera può formare oggetto di un riesame del merito" (cfr. anche art. 25 del Regolamento Bruxelles II-bis).

## 65 Riconoscimento di provvedimenti stranieri

1. Hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità quando essi sono stati pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge o producono effetti nell'ordinamento di quello Stato, anche se pronunciati da autorità di altro Stato, purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale* (Reg. UE 12.12.2012 n. 1215 (Reg. Bruxelles I-bis)) ✓ *Competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e genitoriale* (Reg. CE 27.11.2003 n. 2201 (Reg. Bruxelles II-bis))

### SOMMARIO

1. Funzione della norma e rapporto con l'art. 64. – 2. Ambito di applicazione. – 3. I requisiti per il riconoscimento di provvedimenti stranieri.

**1. Funzione della norma e rapporto con l'art. 64.** – La norma in esame svolge una funzione di norma speciale rispetto al precedente articolo 64, rispetto al quale prevede un accertamento più restrittivo dei requisiti relativi alla compatibilità con l'ordine pubblico e al rispetto dei diritti essenziali della difesa (BARIATTI, voce *Sentenza straniera*, *Digesto discipline privatistiche*, XVIII, Torino, 1998, p. 341). La specialità, si aggiunge, "potrebbe avanti tutto comportare una situazione di *alternatività* secca, [...] fra sentenze e provvedimenti di volontaria giurisdizione" – cioè quelli relativi alla capacità delle persone e all'esistenza di rapporti di famiglia e diritti della personalità – (che sentenze non sono) e "si spiegherebbe proprio in virtù del più che significativo requisito originale (ed aggiuntivo anche rispetto alla previsione dell'art. 65) previsto per i provvedimenti di volontaria giurisdizione: purché siano emessi da un'autorità che sarebbe quella competente secondo i criteri propri dell'ordinamento italiano, l'efficacia è comunque accordata" (CAMPEIS, DE PAULI, *Accertamento negativo dei presupposti e regole per il riconoscimento di un provvedimento straniero in materia di stato (rapporti fra gli artt. 64, 65 e 66 della l. n. 218/1995)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, p. 63). A sostegno della tesi del rapporto complementare tra le due norme, si sostiene che se si accettasse la tesi della specialità della materia si potrebbe verificare "una situazione di *alternatività* secca, sì che i provvedimenti relativi alla capacità delle persone e all'esistenza dei rapporti di famiglia e di diritti della personalità saranno efficaci solo in presenza dei requisiti minimi (conformità all'ordine pubblico e rispetto dei diritti di

difesa), ma ferma la richiesta operatività nell'ambito dell'ordinamento regolatore, pretesa dalla legge quale presupposto necessario. Ne deriverebbe l'inaccettabile conseguenza che – ogni qual volta il diritto materiale da applicarsi sia diverso da quello dell'ordinamento cui appartiene il giudice pronunciante o da quello ove il provvedimento spiega i suoi effetti – ad esso provvedimento (nell'ampia accezione facendosi rientrare anche le sentenze) dovrebbe negarsi qualsivoglia efficacia" (CAMPEIS, DE PAULI, *Accertamento negativo dei presupposti e regole per il riconoscimento di un provvedimento straniero in materia di stato (rapporti fra gli artt. 64, 65 e 66 della l. n. 218/1995)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, p. 63). La tesi del rapporto complementare tra le due norme è avvalorata anche dalla Suprema corte (Cass. 28.5.2004 n. 10378), secondo la quale "[i]l nuovo complesso della disciplina del riconoscimento delle sentenze straniere in Italia, così come configurato dalla legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato n. 218/95, non ha delineato un trattamento esclusivo e differenziato delle controversie in tema di rapporti di famiglia riconducendole obbligatoriamente nell'ambito operativo della disciplina di cui all'art. 65 (e perciò anche dei suoi presupposti), ma ha descritto, con l'art. 64, un meccanismo di riconoscimento di ordine generale (riservato in sé alle sole sentenze), valido per tutti i tipi di controversie, ivi comprese perciò anche quelle in tema di rapporti di famiglia e presupponente il concorso di tutta una serie di requisiti da a) a g) di quest'ultima disposizione normativa. Rispetto ad un tale modello operativo di ordine generale, la legge ha affidato

poi, all'art. 65, la predisposizione di un meccanismo complementare più agile di riconoscimento allargato, di per sé e questa volta, alla più generale categoria dei provvedimenti riservato all'esclusivo ambito delle materie della capacità delle persone, dei rapporti di famiglia o dei diritti della personalità il quale, nel richiedere il concorso dei soli presupposti della non contrarietà all'ordine pubblico e dell'avvenuto rispetto dei diritti essenziali della difesa esige tuttavia il requisito aggiuntivo per cui i provvedimenti in questione siano stati assunti dalle autorità dello Stato la cui legge sia quella richiamata dalle norme di conflitto".

**2. Ambito di applicazione.** – L'art. 65 riguarda le sentenze, i provvedimenti adottati da organi giurisdizionali che non rientrano nella volontaria giurisdizione, e gli atti di natura amministrativa che incidono sulle situazioni giuridiche inerenti alla capacità delle persone, all'esistenza di rapporti di famiglia e ai diritti della personalità, senza che vadano necessariamente presupposte una contrapposizione fra parti ed una lite da dirimere. Così, un provvedimento (non emesso dall'autorità giudiziaria) di nomina di un tutore provvisorio assunto all'estero, che abbia un suo rilievo nell'ambito di un processo civile pendente in Italia, è assunto come incontrovertibile dal giudice che conosce del rapporto litigioso su cui esso viene ad incidere, ferma la possibilità di valutazione nella stessa sede dell'eventuale difetto dei requisiti di cui all'art. 65, l. n. 218/1995 (principi essenziali della difesa, non conflittualità con il nostro ordine pubblico), esclusa invece la possibilità di sindacarne la correttezza. Ne deriva che "si potrà perciò, ad esempio, far valere avanti al giudice italiano in tale sede la mancata possibilità di interlocuzione nel procedimento in esito al quale il provvedimento è stato emesso, non già contestare metodi e risultanze dell'eventuale consulenza specialistica psichiatrica" (CAMPEIS, DE PAULI, *Accertamento negativo dei presupposti e regole per il riconoscimento di un provvedimento straniero in materia di stato (rapporti fra gli artt. 64, 65 e 66 della l. n. 218/1995)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, p. 64). Per le sentenze non riguardanti le (limitate) materie previste dall'art. 65, il riconoscimento (con efficacia di giudicato sostanziale) si basa sui requisiti previsti dalla stessa norma e accertabili alla stregua dell'art. 67.

**3. I requisiti per il riconoscimento di provvedimenti stranieri** – Affinché si possano riconoscere i provvedimenti

stranieri inerenti alla capacità delle persone, all'esistenza di rapporti di famiglia e ai diritti della personalità, il nostro ordinamento prevede due requisiti tra loro alternativi, oltre ad un ulteriore requisito (sempre necessario) di compatibilità con l'ordine pubblico. Come detto, i primi due requisiti sono tra loro alternativi: il provvedimento straniero, dunque, deve essere stato pronunciato da un'autorità dello Stato richiamato ai sensi della l. n. 218/1995, ovvero deve trattarsi di un provvedimento a cui è attribuita piena efficacia in quello stesso Stato (richiamato ai sensi della l. n. 218/1995). La sussistenza di almeno uno di tali requisiti, tuttavia, è necessaria ma non sufficiente, in quanto è altresì necessario che il provvedimento straniero non sia contrario all'ordine pubblico (App. Milano 27.3.1998, in *Fam. e dir.*, 1999, p. 151). Nell'ambito dei provvedimenti in materia di rapporti di famiglia la casistica relativa alla compatibilità con l'ordine pubblico è molto ampia. Non può essere dichiarata efficace in Italia, per esempio, perché contrastante con l'ordine pubblico, una dichiarazione unilaterale straniera di ripudio comunque resa dal marito e ricevuta, o certificata, da un pubblico ufficiale straniero. Tale istituto, infatti, contrasta irrimediabilmente con il principio dell'uguaglianza tra coniugi (art. 29 Cost.) giacché eleva il marito ad arbitro della continuazione o della cessazione del vincolo coniugale e riduce la moglie a soggetto passivo delle sue determinazioni (Cass. 13.12.1978 n. 5919). Si deve ritenere non più applicabile oggi, invece, la regola secondo la quale non potrebbe essere riconosciuto un provvedimento straniero che abbia pronunciato, in base alla *lex fori*, il divorzio di due cittadini italiani prima di due anni di separazione legale dei coniugi stessi, essendo lo scioglimento del matrimonio regolato dalla legge nazionale comune dei coniugi al momento della domanda (App. Milano 27.2.1998, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 2008). Deve negarsi anche la contrarietà all'ordine pubblico di una sentenza straniera di divorzio giustificata esclusivamente dalla ("capricciosa e immotivata") volontà delle parti, o dalla semplice "mancanza di affetto", ovvero pronunciata senza l'intervento del giudice, perché priva di un'obiettiva situazione di irrimediabile frattura della comunione coniugale (Cass. 1.3.1983 n. 1539). Certamente, invece, non può essere riconosciuta in Italia una sentenza di divorzio che ponga limiti alla moglie riguardo alla data del nuovo matrimonio e al cognome del nubendo perché contrastante con il principio di ordine pubblico dell'uguaglianza (App. Roma 26.4.1994, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, p. 390).

## 66 Riconoscimento di provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria

1. I provvedimenti stranieri di volontaria giurisdizione sono riconosciuti senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento, sempre che siano rispettate le condizioni di cui all'articolo 65, in quanto applicabili, quando sono pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle disposizioni della presente legge, o producono effetti nell'ordinamento di quello Stato ancorché emanati da autorità di altro Stato, ovvero sono pronunciati da un'autorità che sia competente in base a criteri corrispondenti a quelli propri dell'ordinamento italiano.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale* (Reg. UE 12.12.2012 n. 1215 (Reg. Bruxelles I-bis)) ✓ *Competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e genitoriale* (Reg. CE 27.11.2003 n. 2201 (Reg. Bruxelles II-bis))

## SOMMARIO

1. Il meccanismo di riconoscimento automatico. – 2. Ambito di applicazione della norma.

**1. Il meccanismo di riconoscimento automatico.** – Ai sensi di quanto affermato nella Relazione ministeriale, “essendo i provvedimenti di volontaria giurisdizione immediatamente costitutivi di situazioni giuridiche materiali”, si è ritenuto opportuno, in coerenza con quanto stabilito dall’art. 65, riconoscere con modalità semplificate tali provvedimenti dando rilievo, anche in questo contesto, al diritto applicabile secondo le disposizioni italiane di diritto internazionale privato (SAGGIO, *Efficacia di sentenze ed atti stranieri* (artt. 64-71), in *Corr. giur.*, 1995, p. 1262). La norma in esame, peraltro, disciplina soltanto una particolare categoria di provvedimenti di volontaria giurisdizione, non comprensiva di quelli in materia di capacità, famiglia e personalità, disciplinati dall’art. 65.

**2. Ambito di applicazione della norma.** – L’articolo in esame si occupa dei provvedimenti stranieri di volontaria giurisdizione, cioè di atti che, ove emanati in Italia, sarebbero qualificati come tali (BARIATTI, *Articolo 66 (Riconoscimento di provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria)*, in *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 337). Perché si possa

far valere in Italia il provvedimento di un giudice straniero in materia di volontaria giurisdizione, si deve far ricorso all’art. 65 per verificare la ricorrenza delle condizioni essenziali, consistenti nella pronuncia da parte dell’autorità dello Stato la cui legge sia stata richiamata dalle disposizioni della legge di riforma, l’efficacia nell’ordinamento dello Stato richiamato, la non contrarietà all’ordine pubblico, e il rispetto dei diritti essenziali della difesa. Si è rilevato, pertanto, che “il provvedimento straniero di ‘omologazione’ della separazione consensuale, pronunziato al termine di una procedura di giurisdizione volontaria, sarà suscettibile di riconoscimento ‘automatico’, senza ricorso ad alcun procedimento, nonostante la sua inidoneità a divenire *res iudicata*, posto che l’art. 66 della l. n. 218 del 1995 non esige tale condizione, ma soltanto che il provvedimento straniero di giurisdizione volontaria non sia contrario all’ordine pubblico interno, sia pronunciato nel rispetto dei diritti essenziali della difesa e provenga da un’autorità competente secondo criteri corrispondenti a quelli propri dell’ordinamento italiano” (Cass. 21.10.2005, n. 20464).

## 67 Attuazione di sentenze e provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria e contestazione del riconoscimento

1. In caso di mancata ottemperanza o di contestazione del riconoscimento della sentenza straniera o del provvedimento straniero di volontaria giurisdizione, ovvero quando sia necessario procedere ad esecuzione forzata, chiunque vi abbia interesse può chiedere alla corte d’appello del luogo di attuazione l’accertamento dei requisiti del riconoscimento.

2. La sentenza straniera o il provvedimento straniero di volontaria giurisdizione, unitamente al provvedimento che accoglie la domanda di cui al comma 1, costituiscono titolo per l’attuazione e per l’esecuzione forzata.

3. Se la contestazione ha luogo nel corso di un processo, il giudice adito pronuncia con efficacia limitata al giudizio.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale* (Reg. UE 12.12.2012 n. 1215 (Reg. Bruxelles I-bis)) ✓ *Competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e genitoriale* (Reg. CE 27.11.2003 n. 2201 (Reg. Bruxelles II-bis))

## SOMMARIO

1. L’attuazione di sentenze e provvedimenti stranieri di volontaria giurisdizione. – 2. Il procedimento di esecuzione. – 3. Provvedimento straniero e titolo esecutivo interno. – 4. Decisione sulle contestazioni nel corso di un processo.

**1. L’attuazione di sentenze e provvedimenti stranieri di volontaria giurisdizione.** – L’art. 67 prevede il controllo giurisdizionale in caso di contestazione di una pronuncia straniera, o nell’ipotesi in cui sia necessario procedere ad esecuzione, stabilendo che chiunque si possa rivolgere alla corte d’appello del luogo di attuazione al fine di richiedere l’accertamento dei requisiti del riconoscimento.

**2. Il procedimento di esecuzione.** – In caso di contestazio-

ne del riconoscimento della sentenza o provvedimento stranieri, chiunque vi abbia interesse può rivolgersi alla corte di appello del luogo di attuazione per richiedere l’accertamento dei requisiti del riconoscimento (App. Roma 12.4.2000, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, p. 126; App. Bari 11.5.2000, *ivi*, 2001, p. 135). La norma trova applicazione solo nell’ipotesi di mancata ottemperanza o di contestazione del riconoscimento della sentenza straniera (o del provvedimento di volontaria giurisdizione), oppu-

re quando sia necessario procedere ad esecuzione forzata (App. Milano 13.3.1998, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 570). In questi casi sussiste la giurisdizione del giudice italiano anche se nel periodo relativo all'esecuzione dovessero mancare in Italia beni da sottoporre alla misura cautelare, e la corte di appello, "attesa la natura ed i limiti di tale giudizio, deve limitarsi ad accertare, al fine di pronunciare il riconoscimento, la sussistenza dei soli requisiti per il riconoscimento automatico di cui all'art. 64"; deve altresì rimanere "estranea a tale giudizio, anche quale oggetto di accertamento solo incidentale, ogni altra questione in merito alla titolarità dei beni che l'attore intenda sottoporre ad esecuzione" (Cass. 23.10.2006 n. 22663; BARIATTI, *Articolo 67 (attuazione di sentenze e provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria e contestazione del riconoscimento)*, in *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 342). La corte di appello decide con decreto, anche *inaudita altera parte*; gli effetti del decreto non sono soggetti a sospensione (App. Venezia 9.4.1997, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 890). Quanto alla natura del procedimento, poiché l'art. 67 non prevede espressamente il rito camerale, va ritenuto applicabile il principio generale secondo cui la domanda di accertamento deve essere svolta nelle forme del giudizio ordinario di cognizione e nel contraddittorio delle parti, non essendo contemplata alcuna procedura di opposizione al provvedimento (App. Ancona 21.7.1999, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 169; CAMPEIS, DE PAULI, *Il riconoscimento automatico delle sentenze straniere nella legge di riforma: un'affermazione astratta che non elimina il concreto controllo giudiziale*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1998, p. 240; MASSETANI, *Sul riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio*, in *Foro it.*, 1997, c. 82). Del resto, un eventuale "giudizio camerale dinanzi alla Corte d'appello per il riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti stranieri che richiedono l'annotazione in pubblici registri, produrrà la vanificazione di ogni effetto di automaticità soprattutto per i provvedimenti stranieri resi in materia di rapporti di famiglia, per i quali è richiesta l'annotazione sui registri di stato civile" (SINAGRA, *Riconoscimento ed esecuzione in Italia degli atti giurisdizionali stranieri in materia di diritto di famiglia*, in *Diritto, famiglia e persona*, 1997, p. 673). L'art. 67, dunque, si differenzia dalla convenzione di Bruxelles (oggi Reg. UE n. 1215/2012) nella quale si prevede un procedimento monitorio a contraddittorio eventuale (GAJA, *Le convenzioni internazionali e le nuove norme sulla giurisdizione e sul riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 837). Ne deriva, ad esempio, che l'istanza di riconoscimento di una sentenza straniera di divorzio ai sensi dell'art. 67 deve essere proposta a pena di inammissibilità con atto di citazione e non mediante ricorso (App. Napoli 21.4.1999, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 163; App. Milano 27.7.1999, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 763). Nel caso di "mancata ottemperanza" (inadempimento di un obbligo derivante da una sentenza, astensione dal compiere un'attività che la legge può imporre in presenza di quella sentenza) l'interessato non può che essere colui il quale sia risultato vittorioso nel giudizio di merito. Nell'ipotesi in cui insorga una contestazione, vi potranno essere più interessati: la parte soccombente nel giudizio di merito, i suoi eredi e gli aventi causa, qualsiasi altro terzo interessato (ATTARDI, *La nuova disciplina in*

*tema di giurisdizione italiana e di riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1995, p. 778; CARELLA, *Riconoscimento di sentenze e di atti stranieri*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 2000, p. 1081). La formula "chiunque vi abbia interesse" sembra riferibile non solo alla persona per la quale deriverebbero effetti favorevoli dal riconoscimento della decisione straniera, ma anche a chi ne ricaverebbe effetti sfavorevoli; questi, infatti, potrebbe avere un interesse ad ottenere che il giudice italiano accerti, una volta per tutte, se difettano le condizioni richieste dall'art. 64 (salvo la lett. d) per il riconoscimento.

### 3. *Provvedimento straniero e titolo esecutivo interno.* –

La corte di appello investita della questione è chiamata a verificare la compatibilità della sentenza straniera, del provvedimento straniero di volontaria giurisdizione, o dell'atto pubblico ricevuto all'estero con i requisiti previsti dagli artt. 64-66 della l. n. 218/1995. Il provvedimento della corte di appello esplica un effetto accertativo e dichiarativo, ma non costitutivo. La sentenza straniera o il provvedimento straniero di volontaria giurisdizione, unitamente al provvedimento che accoglie la domanda, costituiscono, poi, titolo per l'attuazione e per l'esecuzione forzata. L'art. 67 non si occupa dell'idoneità del provvedimento a produrre effetti nell'ordinamento italiano, ma solo della sussistenza dei requisiti prescritti. Non è quindi una *condicio iuris* per la manifestazione di tali effetti poiché il provvedimento straniero gode, nel nostro ordinamento, di un'efficacia preesistente alla sentenza italiana e derivante dagli artt. 64-66 (BARIATTI, *Articolo 67 (attuazione di sentenze e provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria e contestazione del riconoscimento)*, in *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 339). Si è osservato, peraltro, che solo "in sede di giudizio (di merito) di opposizione all'esecuzione promossa in base alla condanna straniera delibata, il fatto estintivo (del credito, esistente per l'ordinamento di origine e di riflesso per il nostro) costituito dalla prescrizione *medio tempore* intervenuta (se non vi siano state beninteso, nuove interruzioni e/o sospensioni del termine) potrà essere fatto valere: come titolo, in sostanza, di una azione di accertamento negativo in forma esecutiva" (CONSOLO, *Limiti all'esecuzione di decisioni straniere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 419). Qualora si accerti la mancanza dei requisiti, la sentenza straniera cesserà di avere efficacia in Italia. La domanda, tuttavia, può essere riproposta qualora muti la situazione precedente.

### 4. *Decisione sulle contestazioni nel corso di un processo.* –

Il co. 3 della norma in esame si occupa dell'ipotesi in cui venga mossa una contestazione in ordine ad una circostanza di fatto oggetto della sentenza straniera nel corso di un processo. In tal caso, il giudice è chiamato a pronunciarsi su tale contestazione, sia pure con effetti limitati al processo in corso. Tale riconoscimento incidentale è ammissibile solo qualora l'accertamento della sentenza straniera produca conseguenze esclusivamente nel giudizio in cui detta sentenza è fatta valere in via incidentale, non quando la stessa costituisce la *causa petendi* della domanda attrice e ne è quindi l'unico fondamento; in tal caso il riconoscimento andrà chiesto in via principale (Trib. Milano 30.12.1967, in *Foro pad.*, 1968, I, p. 588). La contestazione incidentale può aver luogo ad iniziativa non solo dei soggetti che furono parti nel

giudizio straniero, ma da chiunque possa trarre degli effetti in termini positivi dal giudicato straniero, ad esempio, per impedire la proposizione in Italia della medesima causa già definita che potrebbe risultare svantaggiosa per il proponente, o anche per evitare la prosecuzione di un giudizio nazionale italiano che avrebbe dovuto essere sospeso in base

all'art. 7 della legge sulla base di una corretta valutazione previsionale di riconoscibilità ed eseguibilità nell'ordinamento del foro del futuro giudicato straniero (SINAGRA, *Riconoscimento ed esecuzione in Italia degli atti giurisdizionali stranieri in materia di diritto di famiglia*, in *Diritto, famiglia e persona*, 1997, p. 670).

## 68 Attuazione ed esecuzione di atti pubblici ricevuti all'estero

1. Le norme di cui all'articolo 67 si applicano anche rispetto all'attuazione e all'esecuzione forzata in Italia di atti pubblici ricevuti in uno Stato estero e ivi muniti di forza esecutiva.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Atto pubblico* (art. 2699 ss. c.c.) ✓ *Competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale* (Reg. UE 12.12.2012, n. 1215 (Reg. Bruxelles I-bis))

### SOMMARIO

1. La disciplina dell'attuazione ed esecuzione di atti pubblici ricevuti all'estero.

**1. La disciplina dell'attuazione ed esecuzione di atti pubblici ricevuti all'estero.** – L'art. 68 estende la normativa dell'art. 67 anche all'attuazione e all'esecuzione forzata in Italia di atti pubblici ricevuti in uno Stato estero e ivi muniti di forza esecutiva nonché, secondo la Relazione ministeriale, alla promessa unilaterale di pagamento, alla rinuncia all'azione, al riconoscimento della fondatezza della domanda e agli atti di conciliazione ricevuti dai giudici stranieri, dai cancellieri e dalle autorità amministrative. Per gli atti pubblici si pone il problema di valutare se la qualificazione come atto pubblico debba avvenire secondo la legge straniera richiamata, o sulla base dell'ordinamento italiano. Se si propende per la qualificazione secondo la legge italiana, l'efficacia esecutiva dell'atto pubblico straniero deve sottostare al disposto dell'art. 474, n. 3, c.p.c., il quale circoscrive la possibilità di procedere ad esecuzione forzata, sulla base degli atti ricevuti dal notaio o da altro

pubblico ufficiale, alle sole obbligazioni di somme di denaro. Tuttavia, l'art. 15 della legge di riforma («1. La legge straniera è applicata secondo i propri criteri d'interpretazione e di applicazione nel tempo») fa propendere per l'attribuzione di rilevanza alla *lex causae*. Ai fini della disposizione in esame, alla categoria di atti pubblici appartengono anche i documenti redatti con le formalità richieste dalla legge, da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato nel luogo della loro formazione (Trib. Genova 5.5.1965, in *Foro it.*, 1966, c. 1036; Trib. S. Angelo dei Lombardi 11.10.1967, in *Riv. dir. int.*, 1968, p. 593; Trib. Bolzano 8.3.1968, in *Rep. Giur. it.*, 1968, voce *Prova in genere* [mat. civ.], 18 e 19; voce *Successione*, 64). La qualità di pubblico ufficiale della persona che l'ha ricevuto, la sua competenza, la regolarità delle forme utilizzate, vanno apprezzate con riferimento alla legge dello Stato straniero dal quale l'atto proviene.

## 69 Assunzione di mezzi di prova disposti da giudici stranieri

1. Le sentenze e i provvedimenti di giudici stranieri riguardanti esami di testimoni, accertamenti tecnici, giuramenti, interrogatori o altri mezzi di prova da assumersi nella Repubblica sono resi esecutivi con decreto della corte d'appello del luogo in cui si deve procedere a tali atti.

2. Se l'assunzione dei mezzi di prova è chiesta dalla parte interessata, l'istanza è proposta alla corte mediante ricorso, al quale deve essere unita copia autentica della sentenza o del provvedimento che ha ordinato gli atti chiesti. Se l'assunzione è domandata dallo stesso giudice, la richiesta deve essere trasmessa in via diplomatica.

3. La corte delibera in camera di consiglio e, qualora autorizzi l'assunzione, rimette gli atti al giudice competente.

4. Può disporsi l'assunzione di mezzi di prova o l'espletamento di altri atti istruttori non previsti dall'ordinamento italiano sempreché essi non contrastino con i principi dell'ordinamento stesso.

5. L'assunzione o l'espletamento richiesti sono disciplinati dalla legge italiana. Tuttavia si osservano le forme espressamente richieste dall'autorità giudiziaria straniera in quanto compatibili con i principi dell'ordinamento italiano.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Prove in materia civile* (artt. 2697-2739 c.c.) ✓ *Assunzione dei mezzi di prova* (artt. 202-266 c.p.c.) ✓ *Assunzione all'estero delle prove in materia civile e commerciale* (Reg. CE 28.5.2001, n. 1206) ✓ *Assunzione all'estero delle prove in materia civile e commerciale* (Convenzione dell'Aja del 18.2.1970)

## SOMMARIO

1. Profili generali dell'assunzione di mezzi di prova disposti da giudici stranieri. – 2. Il procedimento di ammissione dell'assunzione della prova. – 3. L'applicazione del diritto processuale italiano e le forme richieste dal giudice estero.

**1. Profili generali dell'assunzione di mezzi di prova disposti da giudici stranieri.** – L'utilizzo nel nostro paese dei mezzi di prova disposti dal giudice straniero rientra senz'altro nel campo dell'assistenza giudiziaria internazionale e non nel settore del riconoscimento ed esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali di merito pronunciati all'estero (art. 64). Si arriva a tale conclusione ponendo a confronto l'art. 64 e l'art. 69 della l. n. 218/1995 per poi rilevare come “la sentenza straniera è di regola automaticamente riconosciuta in Italia senza necessità di un provvedimento *ad hoc*, [...] mentre all'assunzione in Italia del mezzo di prova disposto all'estero sono senz'altro ignoti simili automatismi» e come «per l'esecuzione nel nostro Paese della sentenza resa in un processo straniero l'iniziativa è affidata esclusivamente alla parte privata, mentre l'attuazione del provvedimento istruttorio esige un impulso, più o meno esplicito, dell'ufficio giurisdizionale precedente” (ROMANO, *L'assunzione di prove civili disposte dai giudici stranieri*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 227). La disposizione in esame disciplina i casi in cui al giudice italiano vengono richiesti, da parte di un giudice straniero, l'assunzione dei mezzi di prova in funzione di un procedimento civile pendente davanti a quest'ultimo (giudice straniero). La rogatoria passiva trova fondamento nell'articolo in questione che subordina l'assunzione dei mezzi di prova ad un provvedimento di esecutorietà da parte dell'autorità giudiziaria italiana (decreto della corte di appello). L'oggetto della richiesta può essere costituito da una prova testimoniale (Cass. 14.4.1969 n. 1185), accertamenti tecnici (Cass. 13.11.1965 n. 2371), giuramenti, interrogatori o altri mezzi di prova. La verifica della tipologia delle prove assumibili non richiede una piena identità fra mezzo istruttorio richiesto ed i mezzi tipici previsti dal nostro ordinamento (CAMPEIS, DE PAULI, *Rogatorie attive e passive nella nuova disciplina del diritto internazionale privato e processuale* (l. 31.5.1995, n. 218), in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1998, p. 185), essendo sufficiente una corrispondenza in via generale, nel senso che essi siano comunque riconducibili alle categorie del nostro ordinamento processuale. Ne deriva che potrebbe essere ammesso l'espletamento di un mezzo istruttorio sconosciuto all'ordinamento italiano, purché rientri nelle categorie previste dall'art. 69.

Il decreto della corte è un atto con cui si dispone l'escussione del mezzo istruttorio richiesto al fine di prestare assistenza giudiziaria internazionale (non già un atto di attribuzione di effetti giuridici a provvedimenti stranieri). Si tratta semplicemente di organizzare il compimento di attività giurisdizionali in funzione di un processo che pende all'estero (POCAR, *L'assistenza giudiziaria internazionale in materia civile*, Padova, 1967, p. 151). Esso è ascrivibile alla volontaria giurisdizione ed è sottoposto alle disposizioni procedurali ad essa applicabili (art. 737 c.p.c.) (FUMAGALLI, *Articolo 69 (Assunzione dei mezzi di prova disposti da giudici stranieri)*, in *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 352).

**2. Il procedimento di ammissione dell'assunzione della prova.** – La corte di appello del luogo in cui si deve procedere all'assunzione della prova è competente a dare esecuzione all'assunzione dei mezzi di prova mediante proprio decreto. La corte di appello, però, non ha il compito di verificare la competenza internazionale del giudice straniero, o l'esistenza (o meno) di un giudicato interno italiano sulla domanda azionata all'estero che ha dato luogo al procedimento per il quale sia stato richiesto l'atto istruttorio. Ne deriva che la rogatoria non può essere rifiutata per tali motivi in quanto appare del tutto irrilevante che la sentenza straniera, resa a definizione del giudizio cui appartiene l'atto oggetto della richiesta, possa essere (o meno) riconosciuta in Italia; ciò per il principio secondo cui rogatorie e riconoscimenti sono istituiti da collocarsi su piani del tutto diversi (CAMPEIS, DE PAULI, *Il processo civile italiano e lo straniero*, Milano, 1996, p. 224). L'art. 69, peraltro, non individua direttamente il giudice competente (FUMAGALLI, *Articolo 69 (Assunzione dei mezzi di prova disposti da giudici stranieri)*, in *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 352). È espressamente previsto, invece, che la corte d'appello deliberi in camera di consiglio, cosicché trovano applicazione “anche le disposizioni di procedura contemplate dagli artt. 737 ss. del codice di rito: il provvedimento, quale che ne sia il segno, è perciò reso con decreto motivato, è revocabile o modificabile in ogni tempo e non è soggetto né a reclamo né a ricorso straordinario per cassazione *ex art.* 111, comma 7°. Cost.” (ROMANO, *L'assunzione di prove civili disposte dai giudici stranieri*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, pp. 241-242). Una volta che la corte d'appello abbia autorizzato l'assunzione rimette gli atti al tribunale competente (cioè al tribunale del luogo dove la prova deve essere assunta), che può adottare ordinanze “su tutte le questioni che sorgano durante il suo corso” che non possono essere impugnate dinanzi ad alcun giudice superiore (ROMANO, *L'assunzione di prove civili disposte dai giudici stranieri*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 243).

**3. L'applicazione del diritto processuale italiano e le forme richieste dal giudice straniero.** – Il co. 4 della norma in esame prevede la possibilità che siano assunti mezzi di prova, o espletati atti istruttori non previsti dall'ordinamento italiano, ovvero assunti con modalità non previste dall'ordinamento italiano, purché conformi ai principi dell'ordinamento italiano. Poiché il provvedimento serve unicamente quale base per una corrispondente attività italiana, il limite dell'ordine pubblico non riguarda lo scopo perseguito nel processo pendente all'estero, o le norme in esso applicate, salvo che essi, risultando espressi nel provvedimento istruttorio, caratterizzino direttamente l'attività richiesta (FUMAGALLI, *Articolo 69 (Assunzione dei mezzi di prova disposti da giudici stranieri)*, in *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 354). Per le modalità di assunzione e di espletamento dei mezzi di prova disciplinati dalla legge italiana, il co. 5, richiede che si osservino le forme espressamente richieste

dal giudice straniero purché non contrastanti con i principi dell'ordinamento italiano. Incombe sulla parte interessata dimostrare eventuali violazioni della legge straniera nell'espletamento della rogatoria. Il co. 5 consente di osservare le forme espressamente richieste dall'autorità giu-

diziaria straniera (compatibili con il nostro ordine pubblico) qualora la legge italiana non vi provveda. Risulta, dunque, accoglibile, per fare un esempio, la richiesta di assumere una prova testimoniale adottando la modalità della c.d. *cross-examination*.

## 70 Esecuzione richiesta in via diplomatica

1. Se la richiesta per l'assunzione di mezzi di prova di atti di istruzione è fatta in via diplomatica e la parte interessata non ha costituito un procuratore che ne promuova l'assunzione, i provvedimenti necessari per questa sono pronunciati d'ufficio dal giudice precedente e le notificazioni sono fatte a cura del cancelliere.

### SOMMARIO

1. La rogatoria per via diplomatica.

**1. La rogatoria per via diplomatica.** – La norma in esame disciplina la richiesta di assunzione di mezzi di prova rivolta per via diplomatica alla corte di appello del luogo in cui si deve compiere l'atto istruttorio. La richiesta, in questo caso, segue i canali diplomatici: viene, cioè, consegnata dalla rappresentanza diplomatica straniera accreditata in Italia al Ministero degli affari esteri, da questo al Ministero di grazia e giustizia e quindi al pubblico ministero presso la corte di appello competente. Nel caso in cui l'assunzione venga chiesta direttamente dal giudice straniero, l'articolo in questione dispone che i provvedimenti necessari alla promozione dell'assunzione siano pronunciati d'ufficio dal giudice italiano competente a procedere (individuato dall'art. 69) e le notificazioni effettuate a cura

del cancelliere. A seguito dell'autorizzazione della corte d'appello, se l'atto del giudice straniero viene impugnato, il giudice italiano, anche se ne ha avuto notizia, dovrà comunque procedere, dato che ogni valutazione in ordine ad ammissibilità, rilevanza ed attualità di una prova connessa ad un procedimento straniero, è riservata al giudice estero (CAMPEIS, DE PAULI, *Il processo civile italiano e lo straniero*, Milano, 1996, p. 225). Può tuttavia avvenire che la parte nomini un procuratore che la rappresenti, nel qual caso il procuratore può attivarsi per ogni incombenza processuale (FUMAGALLI, *Articolo 70 (Esecuzione richiesta in via diplomatica)*, in *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 357).

## 71 Notificazione di atti di autorità straniera

1. La notificazione di citazioni a comparire davanti ad autorità straniere o di altri atti provenienti da uno Stato estero è autorizzata dal pubblico ministero presso il tribunale nella cui giurisdizione la notificazione si deve eseguire.
2. La notificazione richiesta in via diplomatica è eseguita, a cura del pubblico ministero, da un ufficiale giudiziario da lui richiesto.
3. La notificazione avviene secondo le modalità previste dalla legge italiana. Tuttavia si osservano le modalità richieste dall'autorità straniera in quanto compatibili con i principi dell'ordinamento italiano. In ogni caso l'atto può essere consegnato, da chi procede alla notificazione, al destinatario che lo accetti volontariamente.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Notificazioni in materia civile* (art. 137 ss. c.p.c.) ✓ *Notificazioni all'estero* (Regolamento CE 13.11.2007, n. 1393) ✓ *Notificazioni all'estero* (Convenzione dell'Aja del 15.11.1965)

### SOMMARIO

1. La notificazione di atti provenienti da uno Stato estero. – 2. Le modalità di notificazione.

**1. La notificazione di atti provenienti da uno Stato estero.** – La norma in esame intende evitare che l'ufficiale giudiziario espliciti le sue funzioni nell'interesse di altri Stati senza il preventivo controllo dell'ordine giudiziario interno. Il controllo del Pubblico Ministero ha la funzione di verificare la compatibilità dell'atto proveniente da una realtà estranea al nostro ordinamento con i principi irrinunciabili e le esigenze di quest'ultimo (CAMPEIS, DE PAULI, *Il processo civile italiano e lo straniero*, Milano, 1996, p. 173). La norma, quindi, stabilisce che la notifica-

sia autorizzata dal P.M. presso il Tribunale nella cui circoscrizione essa vada eseguita (su richiesta anche dei privati). È il P.M., se richiesto in via diplomatica, ad incaricare l'ufficiale giudiziario perché vi proceda se non ravvisi un'incompatibilità con l'ordine pubblico del contenuto dell'atto da notificare. La norma consente che si osservino le modalità richieste dall'autorità straniera in quanto compatibili con i principi dell'ordinamento italiano e, in ogni caso, consente che l'atto possa essere consegnato al destinatario che lo accetti volontariamente (App. Bari

11.5.2000, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, p. 135).

**2. Le modalità di notificazione.** – L'ufficiale giudiziario provvede alla notificazione secondo il nostro rito, salvo che il richiedente abbia indicato forme speciali ritenute non incompatibili con il nostro ordinamento. Tale compatibilità sussiste quando le particolari modalità prescritte dall'autorità richiedente siano tali da soddisfare le esigenze di cer-

tezza, o una ragionevole presunzione di avvenuta conoscenza dell'atto da parte del destinatario. Qualora la notificazione venga fatta secondo il nostro rito, occorre tener conto degli articoli previsti dal nostro codice di procedura civile in tema di notificazioni a persone non residenti, dimoranti, o domiciliate nella Repubblica o di residenza, dimora o domicilio sconosciuti (artt. 142-143, co. 3, c.p.c.).

## TITOLO V

### DISPOSIZIONI TRANSITORIE E FINALI

## 72 Disposizioni transitorie

1. La presente legge si applica in tutti i giudizi iniziati dopo la data della sua entrata in vigore, fatta salva l'applicabilità alle situazioni esaurite prima di tale data delle previgenti norme di diritto internazionale privato.
2. I giudizi pendenti sono decisi dal giudice italiano se i fatti e le norme che determinano la giurisdizione sopravvivono nel corso del processo.

## 73 Abrogazioni

1. Sono abrogati gli articoli dal 17 al 31 delle disposizioni sulla legge in generale premesse al codice civile, nonché gli articoli 2505 e 2509 del codice civile e gli articoli 2, 3, 4 e 37, secondo comma, del codice di procedura civile; gli articoli dal 796 all'805 del codice di procedura civile sono abrogati a far data dal 31 dicembre 1996.

## 74 Entrata in vigore

1. La presente legge entra in vigore il 1° settembre 1995; gli articoli dal 64 al 71 entrano in vigore il 31 dicembre 1996.