

**STEFANO ARMELLINI
BRUNO BAREL**

DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

Seconda edizione

PRESENTAZIONE ALLA SECONDA EDIZIONE

Nell'introdurre il frutto del lavoro di Bruno Barel e Stefano Armellini qualche anno fa, partivo dalla riflessione che non è facile spiegare in modo conciso, ma chiaro ed esauriente, il Diritto internazionale privato e processuale a chi si appresta a sostenere l'esame orale per l'ammissione alla professione forense. Il volume, infatti, era proposto come strumento per rinfrescare le nozioni apprese nei corsi universitari, o per supplire alla loro mancanza, al momento della prova per l'accesso alla professione, ove limitata era allora la scelta di manuali specifici. Con questa finalità, il volume garantiva quell'attenzione agli aspetti concreti dell'applicazione delle norme che permetteva di rispondere alle sollecitazioni degli esaminatori, che proprio quegli aspetti meglio conoscono per la personale esperienza maturata in occasione della valutazione di casi concreti. D'altra parte, la grande competenza degli autori introduceva i temi in modo ampio e approfondito, utilizzando i casi e la giurisprudenza per illustrare le questioni più complesse, completando le spiegazioni anche mediante la proposta di domande-tipo e di risposte ragionate.

Fin da subito, però, questo volume si è affermato anche come utilissimo manuale per la preparazione dell'esame nel percorso universitario, dove il Diritto internazionale privato e processuale sta ritrovando una certa fortuna tra gli studenti, almeno in quelle sedi ove ne viene riconosciuta l'importanza nei programmi di studio al fine della preparazione per tutte le professioni del settore legale, dall'avvocatura alla magistratura, al notariato, all'impiego negli uffici legali delle imprese. Lo studente universitario trova in questo volume un modo diverso di introdurre una materia concettualmente difficile, sempre più ampia e complessa, diversa da tutte le altre, ma affascinante.

La vastità della materia, la complessità del sistema delle fonti e degli strumenti interpretativi utilizzati, l'aumento degli atti normativi, anche internazionali, e della prassi giurisprudenziale, nazionale e dell'Unione europea, la necessità di conoscere e collegare nozioni e istituti propri ad altre materie — dal Diritto privato al Diritto processuale civile, dal Diritto internazionale al Diritto dell'Unione Europea — rendono infatti il Diritto internazionale privato e processuale una materia ostica. Un'ulteriore difficoltà, comune a tutti i settori del diritto "positivo", è data dalle continue modifiche, ormai solo raramente determinate da modifiche della normativa nazionale. Sotto questo profilo, invero, l'attribuzione di ampie competenze nel settore dei conflitti di leggi e di giurisdizioni all'Unione europea ha aumentato il numero delle disposizioni normative in costante evoluzione da prendere in considerazione nella valutazione del caso

concreto, oltre a rendere ancor più complesso il sistema delle fonti. Basti ricordare che sono oggi in vigore numerosi regolamenti comunitari che disciplinano vari aspetti della materia, sono oggetto di centinaia di pronunce interpretative della Corte di giustizia delle Comunità, e si combinano variamente con convenzioni internazionali e atti interni.

D'altro canto, lo studio dei metodi e dei modi di funzionamento del Diritto internazionale privato e processuale nel delimitare l'esercizio di funzioni e poteri fondamentali dello Stato e nel coordinare — a livello internazionale ed europeo — l'azione degli stessi Stati per garantire il godimento di diritti e libertà dei singoli e delle imprese, pur nella diversità delle normative materiali, mantiene intatto il suo fascino, imponendo di aprire lo sguardo a considerare le soluzioni adottate in altri ordinamenti e a comprenderne le ragioni e le radici.

Negli anni, a queste esigenze ha risposto pienamente questo volume, predisposto da due seri professionisti del diritto, che hanno coniugato e riversato in questo lavoro il risultato della loro pluriennale attività professionale e l'ampia esperienza universitaria e scientifica maturata con costanza a fianco della prima. Questa doppia prospettiva affiora continuamente nel testo, ove la *ratio* delle norme viene chiaramente spiegata e ricondotta alle sue origini dogmatiche. Per questo, il volume si è affermato anche come uno strumento indispensabile di riferimento e approfondimento che accompagna l'operatore del diritto nella sua attività quotidiana nel tempo: non solo chi lo ha utilizzato per la preparazione dell'esame universitario o per l'accesso alle professioni legali trova difficile separarsene, ma tutti gli operatori che si trovano ad affrontare tematiche di conflitti di leggi e giurisdizioni vi scoprono — costantemente e attentamente aggiornate — molte risposte alle domande che si presentano di continuo nello svolgimento della professione.

STEFANIA BARIATTI ⁽¹⁾

NOTA DEGLI AUTORI

Quest'opera è giunta alla sua seconda edizione nella versione con riferimenti di dottrina e giurisprudenza ma entrambe nascono dall'esperienza di un precedente manuale, pubblicato con lo stesso Editore (che ringraziamo), ininterrottamente dal 2006.

L'opera precedente era denominata *Manuale Breve*, in quanto inizialmente era stato pensato per la preparazione agli esami di avvocato ma il fatto che abbia finito per essere adottato come libro di testo in numerosi

⁽¹⁾ Ordinario di Diritto internazionale. Università degli Studi di Milano.

corsi universitari ha suggerito agli autori l'opportunità di offrire agli studenti un'*editio maior* che, pur mantenendo la struttura compatta e sintetica della precedente, contenesse approfondimenti e citazioni di dottrina e giurisprudenza.

In sede di presentazione di un'opera può essere opportuno dire qualcosa intorno alla materia che ne costituisce l'oggetto.

A questo riguardo va premesso che non ci sarebbe bisogno di un'opera di questo tipo, perché il diritto internazionale privato sarebbe di nessuna utilità, se tutti condividessero l'opinione di Blaise Pascal secondo cui i mali del mondo nascono dal fatto che la gente non sta a casa propria.

Per fortuna le cose sono andate diversamente rispetto a ciò che auspicava, tra il serio e il faceto, il grande filosofo francese.

In realtà il mondo è progredito grazie alla circolazione delle persone, che da sempre, nonostante le difficoltà che ciò poteva comportare, sono state disponibili a spostarsi alla ricerca di migliori condizioni di vita.

Il motto dei Romani *navigare necesse est* è sempre valido, anzi lo è sempre di più in un mondo globalizzato dove la "navigazione" si svolge con mezzi molto più progrediti e si estende a tutto il mondo, comprendendo talvolta anche luoghi virtuali (non a caso si parla di "navigare" su internet, un mondo delocalizzato dove avvengono quotidianamente milioni di negoziazioni).

A rammentare questa prospettiva alle giovani generazioni, dovrebbe esserci un mappamondo sul tavolo di ogni ragazza e di ogni ragazzo e una carta geografica sulle pareti delle aule scolastiche.

Il diritto internazionale privato ha sempre assecondato e tutelato, con le necessarie garanzie giuridiche, la tendenza delle persone a spostarsi e ad entrare in contratto con altre culture e altre abitudini alla ricerca di migliori condizioni di vita, attraverso la creazione di norme destinate a regolamentare le relazioni transnazionali sotto il profilo della legge ad esse applicabile, della giurisdizione e del riconoscimento degli atti e dei provvedimenti stranieri.

In un primo momento lo scopo di queste disposizioni era quello di fissare e presidiare i confini dell'ordinamento interno rispetto alle fattispecie contenenti elementi di estraneità rispetto ad esso.

Ma un tale assetto dell'ordinamento italiano, risalente alle preleggi al codice civile del 1942 e ripreso dalla legge organica n. 218 del 1985, se per un verso era connotato da una apertura ai valori stranieri e al rispetto dello *status* delle persone straniere, per altro verso, essendo unilaterale non era in grado di garantire l'uniformità delle soluzioni con gli altri ordinamenti, e, quindi, di garantire certezza del diritto ed effettività di tutela agli amministrati.

A quello scopo era indispensabile la cooperazione internazionale, che in effetti si è sviluppata dagli inizi del XX secolo ad oggi dando vita ad una grande quantità di accordi internazionali, che hanno creato una rete di diritto internazionale privato uniforme, calata nei singoli ordinamenti nazionali come disciplina speciale prevalente su quella di matrice nazionale.

Il processo si è ulteriormente sviluppato con la cooperazione giudiziaria civile nell'Unione europea, che ha generato una serie sempre più estesa di regolamenti di diritto internazionale privato, concepiti proprio per rafforzare la certezza del diritto, delle persone e degli affari, mediante strumenti normativi uniformi atti a consentire la prevedibilità e tendenzialmente la unicità del foro competente a dare tutela e così pure della legge materiale applicabile in quel foro. In questo modo, si è andata gradualmente delineando una giurisdizione unionale, ripartita fra i vari Stati membri secondo criteri univoci e predeterminati, e, ancora, pur in mancanza di una legislazione civilistica uniforme nell'Unione, la previsione univoca e uniforme della legge da applicare nel foro stabilito, attingendo a questa o quella legge nazionale di uno Stato membro.

All'esito di questa evoluzione storica, e politica, il diritto internazionale privato è oggi la risultante di tre livelli di fonti, unionali internazionali e interne, le prime due settoriali e prevalenti, le ultime generali ma sussidiarie.

Va aggiunto che l'ambito di applicazione proprio di ciascuna fonte è delimitato secondo categorie giuridiche e lessico propri del livello in cui essa si colloca, rimettendo così all'interprete di comprendere il significato dei termini usati in un regolamento UE o in una convenzione internazionale sulla base rispettivamente del diritto unionale o del diritto internazionale.

Di fronte a questo quadro complesso, e in continua evoluzione, si è ritenuto opportuno confermare l'impostazione dell'opera precedente, che ha incontrato il gradimento dei lettori, di mantenere il punto di vista dell'operatore del diritto che, dovendo risolvere un caso concreto, va alla ricerca del suo inquadramento giuridico anzitutto cercando di individuare la disciplina di riferimento.

In questa prospettiva è stato confermato il metodo di suddividere la materia non per fonti ma per settori, individuati in base alle tradizionali categorie giuridiche (persone, famiglia, obbligazioni, contratti, successioni etc.), per ciascuno dei quali viene proposta una visione d'insieme dei tre diversi aspetti

Termine estratto capitolo

civilistica, giurisdizione,

Parte generale

**IL SISTEMA DEL DIRITTO
INTERNAZIONALE PRIVATO**

Capitolo I

**NOZIONE, FUNZIONE ED EVOLUZIONE STORICA
DEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO**

SOMMARIO: 1. Il diritto internazionale privato. — 2. Storia del diritto internazionale privato.
— 3. Il trattamento dello straniero. — 4. Fonti del diritto internazionale privato.

Un architetto italiano stipula un contratto per la progettazione di un edificio di design destinato ad ospitare una galleria d'arte a Mougins con una società francese, proprietaria del terreno su cui l'edificio dovrà essere costruito.

Nel corso del rapporto sorge controversia tra le parti in ordine all'interpretazione e all'esecuzione del contratto e ciascuna parte lamenta l'inadempimento dell'altra.

Qual è il giudice competente a pronunciarsi sull'azione di inadempimento? La soluzione cambia a seconda di quale delle parti assume la veste processuale di attore?

In base a quali norme si dovrà giudicare se vi è stato inadempimento del contratto, quali sono i rimedi a disposizione della parte non inadempiente e quali sono i criteri per calcolare il risarcimento del danno? La soluzione cambia a seconda di quale è il giudice competente?

A quali condizioni una decisione emessa dal giudice di uno dei Paesi collegati con la fattispecie potrebbe essere riconosciuta e portata in esecuzione in Italia?

In questo capitolo illustreremo la ragion d'essere del diritto internazionale privato, ripercorreremo l'affascinante storia di questa disciplina ed esporremo i principi generali di funzionamento del sistema.

1. Il diritto internazionale privato

(1) BLAISE PASCAL sosteneva che i mali del mondo nascono dal fatto che la gente non vuole stare a casa propria ⁽¹⁾. Se tutti condividessero l'assunto del grande filosofo francese, del diritto internazionale privato

Nozione
della materia

(1) “Quando mi è capitato di riflettere sulle diverse inquietudini degli uomini, sui pericoli e sulle pene a cui si espongono a corte, in guerra, là dove nascono tanti contrasti, passioni, imprese ardite e spesso malvagie, mi son detto spesso che tutti i mali degli uomini derivano da una sola cosa, dal non saper stare senza far nulla in una stanza. Un uomo che avesse beni sufficienti per vivere, se sapesse stare a casa propria con piacere, non ne uscirebbe per andare sul mare o all'assedio di una fortezza, non acquisterebbe a caro prezzo una carica nell'esercito se non trovasse insopportabile la vita nella sua città, e non

non ci sarebbe bisogno. Fin dai tempi antichi questa disciplina è infatti sorta per assecondare e tutelare, con le necessarie garanzie giuridiche, la naturale **tendenza delle persone a spostarsi** alla ricerca delle condizioni di vita più vantaggiose e ad intrattenere relazioni in modo trasversale rispetto al territorio o alla popolazione delle varie organizzazioni politiche territoriali.

Questo fenomeno è sempre più attuale. Basti pensare che nel 2023, secondo l'Istat, più di cinque milioni di persone residenti in Italia (pari a circa l'11% della popolazione) avevano la cittadinanza straniera mentre più di sei milioni erano gli italiani residenti all'estero.

Il diritto internazionale privato ⁽²⁾ (cui in prosieguo ci riferiremo con

cercherebbe le conversazioni e i divertimenti dei giochi se sapesse stare a casa propria con piacere". Blaise PASCAL (1623-1662), *Pensieri*. 126. *Fuggire la noia*.

(2) La letteratura in materia di diritto internazionale privato è, naturalmente, sterminata. Volendocisi limitare, per una introduzione alla materia, ad una selezione delle opere della dottrina italiana di carattere generale, si possono ricordare: FRANZINA, *Introduzione al diritto Internazionale*, 2ª ed., Torino, 2023; MOSCONI-CAMPIGLIO, *Diritto Internazionale privato e processuale*, vol. 1, 9ª ed., Milano, 2020; CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Manuale di diritto internazionale privato*, 9ª ed., Milano, 2020; VILLANI, *Diritto internazionale privato. Profili generali*, Napoli, 2019; AGO, *Teoria del diritto internazionale privato*, Napoli, 2019; T. BALLARINO, E. BALLARINO, PETRELLI, *Diritto internazionale privato italiano*, 8ª ed., Padova, 2016; CARBONE - IVALDI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Padova, 2000; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 2ª ed., 1999; DE BLASE - GIARDINA, *Diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 1994; MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato*, 12ª ed., Napoli, 1986 (rist. 1991); VITTA, *Corso di diritto internazionale privato e processuale*, 3ª ed., Torino, 1987; BARILE, *Lezioni di diritto internazionale privato*, 2ª ed, Padova, 1980; BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato italiano*, 1974; VITTA, *Diritto internazionale privato*, voll. I, II e III, Torino, 1971-1973-1975; SPERDUTI, *Scopo e funzioni del diritto internazionale privato* (1966), in SPERDUTI, *Saggi di teoria generale del diritto internazionale privato*, Milano, 1967, 73; CAPOTORTI, *Premesse e funzioni del diritto internazionale privato*, Napoli, 1961; BETTI, *Problematica del diritto internazionale privato*, Milano, 1956; MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*, 2ª ed., Padova, 1954; QUADRI, *Funzione del diritto internazionale privato* (1936), *Scritti giuridici*, II, 1; ANZILOTTI, *Corso di lezioni di diritto internazionale privato* (litogr.), Roma, 1918.

Per un approfondimento della materia secondo un approccio più ampio, anche nella prospettiva comparatistica e storica e di altri Paesi (soprattutto quelli più vicini all'Italia, come Francia e Svizzera dove si è formata una letteratura di eccellente livello), v. AUDIT, *Droit international privé*, 3ª ed., Paris, 2000; MÉLIN, *Droit international privé*, 14ª ed., Paris, 2024; MONÉGER, *Droit international privé*, 3ª ed., Paris, 2021; BATIFFOL E LAGARDE, *Droit international privé*, 8ª ed.,

Termine estratto capitolo

Capitolo II

**LE NORME DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO:
STRUTTURA E FUNZIONE**

SOMMARIO: 1. Le norme di diritto internazionale privato. — 2. Gli elementi di estraneità della fattispecie. — 3. Le norme di conflitto. — 4. *Segue*: funzione delle norme di conflitto. — 5. *Segue*: i metodi utilizzati per la scelta di legge. — 6. *Segue*: i principi di applicazione delle norme di conflitto. — 7. *Segue*: limiti al funzionamento delle norme di conflitto. — 8. *Segue*: i criteri di collegamento. — 9. *Segue*: concorso di criteri di collegamento. — 10. Le norme di diritto internazionale privato materiale. — 11. Le norme sulla competenza giurisdizionale. — 12. *Segue*: i criteri di giurisdizione. — 13. *Segue*: concorso di criteri di giurisdizione. — 14. Il criterio di connessione della cittadinanza. — 15. Il criterio di connessione della volontà. — 16. Le norme sul riconoscimento e l'esecutività degli atti e dei provvedimenti stranieri. — 17. Le regole di funzionamento. — 18. L'interpretazione delle norme di diritto internazionale privato. — 19. *Segue*: la qualificazione. — 20. *Segue*: l'interpretazione dei criteri di connessione e dei requisiti per il riconoscimento e l'esecutività degli atti e dei provvedimenti stranieri. — 21. La tecnica del *depeçage*. — 22. La questione preliminare.

Un cittadino boliviano sposa a Madrid una cittadina spagnola, che diviene anche boliviana per matrimonio.

La coppia vive per un breve periodo negli Stati Uniti, poi si trasferisce in Francia e infine decide di separarsi.

Il marito ottiene il divorzio in Messico mentre la moglie intende chiedere la divisione dei beni.

Qual è il giudice competente a pronunciarsi sulla domanda di divisione dei beni?

Quale legge dovrà applicare il giudice? Quella francese perché è la legge del luogo dove la coppia risiedeva prima della separazione, quella spagnola perché la moglie è spagnola e il matrimonio è stato celebrato in Spagna, o quella boliviana perché entrambe le parti hanno la cittadinanza boliviana?

Qual è l'efficacia della sentenza di divorzio pronunciata in Messico negli altri Paesi con cui la fattispecie è collegata?

In questo capitolo verranno esaminate la struttura e la funzione delle norme di d.i.p. e processuale. Un po' come gli atomi nel mondo della fisica, esse costituiscono i mattoncini fondamentali che compongono l'architettura della materia.

1. Le norme di diritto internazionale privato

(34) Nel capitolo precedente si è chiarito che le norme di d.i.p.

possono essere di fonte interna, convenzionale o comunitaria. Qualunque sia la loro fonte, esse sono riconducibili a quattro diverse tipologie, a cui ora accenneremo per poi esaminarle in dettaglio nel corso del capitolo.

Norme sul
diritto
applicabile

(a) La prima è costituita dalle **norme sul diritto applicabile**, che a loro volta si distinguono in due categorie.

Le **norme di d.i.p. materiale** pongono una disciplina speciale per le fattispecie transnazionali che è strutturata secondo lo schema classico fattispecie/conseguenza pur tenendo conto del loro carattere internazionale, cioè della loro vocazione a venire in contatto con più ordinamenti giuridici.

Le norme di d.i.p. materiale, però, non sono le uniche norme sul diritto applicabile, e neanche le più diffuse.

Nella maggior parte dei casi le regole sul diritto applicabile non hanno carattere materiale, cioè non dettano una disciplina giuridica secondo lo schema classico fattispecie/conseguenza, ma formale, perché si limitano a designare il diritto applicabile tra quelli degli ordinamenti con cui la fattispecie è collegata, approfittando quindi dell'opera dei legislatori nazionali, in relazione alle connessioni che la fattispecie presenta con un determinato ordinamento. Queste regole sono denominate **norme sulla scelta di legge o di conflitto**.

Nel sistema di d.i.p. italiano è dato riscontrare anche l'esistenza di norme di conflitto che rinviano direttamente alla legge italiana, indipendentemente dai collegamenti che la fattispecie può presentare con altri ordinamenti, in quanto la legge italiana è quella ritenuta meglio in grado di realizzare un particolare risultato avuto di mira dal legislatore. Si parla al riguardo di **norme di conflitto unilaterali**.

Norme sulla
giurisdizione

(b) La seconda categoria è costituita dalle norme **sulla competenza giurisdizionale** le quali hanno il compito di individuare il giudice competente a pronunciarsi in relazione a fattispecie che presentano elementi di estraneità rispetto all'ordinamento del foro.

Norme sul
riconosci-
mento e
l'esecuzione

(c) Vi sono poi le norme **sul riconoscimento (e l'esecutività)** le quali stabiliscono se e a quali condizioni le sentenze e gli altri atti e provvedimenti della pubblica autorità possono avere efficacia (anche esecutiva) in un ordinamento diverso da quello cui appartiene l'autorità che li ha emanati.

Norme di
funziona-
mento

(d) L'ultima categoria di norme di d.i.p. è costituita dalle norme **di funzionamento** che hanno natura accessoria rispetto alle norme di conflitto in quanto deputate a stabilire attraverso quali modalità, condizioni e limiti può avvenire l'applicazione — da parte del giudice interno — del diritto straniero nei casi in cui lo stesso viene designato come diritto applicabile.

La riunione in unico testo delle norme sul diritto applicabile (che hanno natura sostanziale), delle norme sulla giurisdizione (che hanno natura processuale) e di quelle sul riconoscimento (che hanno natura mista) facilita la percezione dello stretto nesso di interdipendenza che le lega. La legge applicabile dipende dai criteri di collegamento del sistema di d.i.p. del giudice adito. Quando più giudici risultano, ciascuno in base alle proprie norme sulla giurisdizione, competenti a decidere un determinato caso, è possibile che ciascuno di essi, in dipendenza delle determinazioni del proprio sistema di d.i.p., pervenga ad applicare una legge diversa sicché il caso può avere soluzioni diverse a seconda del giudice adito.

Questa eventualità emerge con chiarezza nel caso di inizio capitolo, tratto dalla giurisprudenza francese, dove è noto come caso Patiño ⁽¹⁾. Un cittadino boliviano sposa a Madrid una cittadina spagnola, che diviene anche boliviana per matrimonio. La coppia vive per un breve periodo negli Stati Uniti, poi si trasferisce in Francia, infine decide di separarsi. Il marito ottiene il divorzio in Messico mentre la moglie intende chiedere la divisione dei beni.

Qual è il giudice competente a pronunciarsi sulla domanda di divisione dei beni?

E quale legge dovrà applicare il giudice? Quella francese perché è la legge del luogo dove la coppia risiedeva prima della separazione, quella spagnola perché la moglie è spagnola e il matrimonio è stato celebrato in Spagna, o quella boliviana perché entrambe le parti hanno la cittadinanza boliviana?

In questa sede interessa evidenziare che la legge applicabile dipende dai criteri di collegamento del sistema di d.i.p. del giudice adito — quindi dalla giurisdizione — e, a sua volta, rileva in ordine alla fondatezza della pretesa. La divisione dei beni è infatti ammissibile in base al diritto spagnolo (legge della cittadinanza della moglie) e al diritto francese (legge del luogo dove la vita matrimoniale è stata prevalentemente localizzata), ma non in base al diritto boliviano (legge della comune cittadinanza delle parti).

Come si è detto nel capitolo precedente [*supra*, n. 22], proprio per scongiurare — o quantomeno ridurre — il rischio della difformità delle soluzioni ai problemi internazionalprivatistici a seconda del giudice adito, sono stati elaborati regolamenti europei e convenzioni internazionali di unificazione del d.i.p. che impongono l'applicabilità delle stesse norme sulla giurisdizione e sulla legge applicabile in tutti gli Stati aderenti al sistema.

2. Gli elementi di estraneità della fattispecie

(35) Prima della riforma del 1995, quando il d.i.p. era costituito dalle Nozione

(1) MAYER-HEUZÉ, *Droit international privé*, 8^a ed., 2004, Montchrestien, 1 ss.

norme di conflitto contenute nelle preleggi al codice civile mentre le norme sulla giurisdizione e il riconoscimento erano contenute nel codice di procedura civile, il Prof. EDOARDO VITTA aveva già chiaro che tutte queste norme costituivano un sistema unitario; scriveva l'insigne Autore che “tanto le norme del d.i.p. quanto quelle del diritto processuale civile internazionale sono rivolte alla regolamentazione di fattispecie contraddistinte da elementi di estraneità” ⁽²⁾ rispetto all'ordinamento giuridico italiano.

In effetti, se una fattispecie è localizzata interamente ed esclusivamente all'interno dell'ordinamento giuridico statale si applica, *proprio vigore*, il diritto interno, senza che le norme di d.i.p. vengano nemmeno in considerazione. Le norme di d.i.p. trovano applicazione quando (e solo quando) la fattispecie si atteggia come internazionale (*rectius*, transnazionale) in quanto presenta elementi che sono, nel contempo:

- di **estraneità rispetto all'ordinamento giuridico dello Stato del foro**, e in particolare rispetto ai suoi elementi materiali costituiti dal territorio o dalla popolazione o, nel caso del riconoscimento degli atti e dei provvedimenti stranieri, rispetto al suo apparato istituzionale;

- e (salvi i casi di scuola di rapporti intercorrenti con persone prive di cittadinanza o in territori di nessuno) di **collegamento con un altro ordinamento giuridico**.

Possono costituire elementi di estraneità, tali da attivare il ricorso al sistema di d.i.p., tutte le **circostanze, di carattere oggettivo o soggettivo**, idonee a rivelare un distacco della fattispecie dall'ordinamento del foro e il suo collegamento con un ordinamento straniero. Si pensi, ad esempio, al matrimonio in cui uno dei coniugi è cittadino straniero, o celebrato tra due italiani ma all'estero, al contratto stipulato tra parti residenti in Stati diversi o avente ad oggetto una prestazione che deve essere eseguita in un Paese straniero, al testamento redatto all'estero da un cittadino italiano, alla successione di un cittadino straniero che comprende beni esistenti in Italia, etc.

Le circostanze che possono rilevare come elemento di estraneità (cittadinanza, domicilio, residenza, luogo di redazione dell'atto, etc.) sono sostanzialmente le stesse utilizzate dalle norme di conflitto come possibili criteri di collegamento per individuare la legge applicabile alla fattispecie, ma non è detto che sempre la stessa circostanza svolga entrambi i ruoli. Per esempio, in una norma di conflitto [*infra*, n. 38] come l'art. 23 l. 218/1995, che stabilisce l'applicabilità della legge nazionale per le questioni relative alla capacità di agire della persona [*infra*, n. 39] la cui capacità si tratta

Termine estratto capitolo

Capitolo III

L'APPLICAZIONE DEL DIRITTO STRANIERO

SOMMARIO: 1. Il rinvio. — 2. Conoscenza e applicazione del diritto straniero. — 3. L'individuazione del diritto straniero applicabile all'interno di ordinamenti plurilegislativi. — 4. L'ordine pubblico. — 5. Le norme di applicazione necessaria. — 6. Il funzionamento del criterio di connessione della cittadinanza in casi particolari.

Due coniugi, di nazionalità indiana e di religione induista, residenti in Italia, propongono domanda di divorzio al giudice italiano prima dell'entrata in vigore del Regolamento Roma III.

La norma di conflitto dell'art. 31 l. 218/1995 rende applicabile al divorzio la legge della nazionalità comune dei coniugi.

L'ordinamento indiano prevede una disciplina dei rapporti tra coniugi (compreso il divorzio) differenziata in funzione della loro appartenenza ad una determinata confessione religiosa.

In questo capitolo prenderemo in esame le disposizioni degli artt. 13-19 l. 218/1995 (c.d. regole di funzionamento) che disciplinano le modalità di applicazione del diritto straniero nei casi in cui lo stesso viene designato dalle norme di conflitto della l. 218/1995. Si è già detto che tali regole invece non valgono — in linea di massima, ma con alcune eccezioni — nei casi in cui il diritto straniero è richiamato da norme di conflitto di fonte comunitaria o convenzionale [*supra*, n. 83].

1. Il rinvio

(104) La problematica del rinvio consiste nel domandarsi se il richiamo delle norme di conflitto al diritto straniero vada inteso alle norme sostanziali o a quelle di d.i.p. Se si deve stabilire la capacità di agire di un cittadino argentino, trova applicazione la norma di conflitto dell'art. 23 l. 218/1995 che designa la legge della cittadinanza, quindi la legge argentina. Ma quali norme della legge argentina andranno applicate? Quelle del codice civile sulla capacità di agire o quelle di d.i.p. che designano la legge applicabile alla capacità di agire nelle fattispecie transnazionali? In astratto sono possibili entrambe le soluzioni. Il richiamo delle norme di conflitto del foro all'ordinamento straniero può infatti essere di due tipi: con rinvio, quando deve essere riferito, in prima battuta, alle norme di d.i.p.; senza rinvio, quando designa direttamente le norme materiali dell'ordinamento richiamato applicabili *ratione materiae*. Nozione

Il rinvio è dunque il **richiamo internazionalprivatistico compiuto**

dalle norme di conflitto dell'ordinamento straniero designato dalle norme di conflitto del foro ⁽¹⁾.

Il problema del rinvio presenta un profilo di rilevanza pratica solo quando le norme di d.i.p. dell'ordinamento straniero designato dalle norme di conflitto del foro non considerano competente l'ordinamento cui appartengono, ma **rinviano “alla legge di un altro Stato”** (la formulazione letterale dell'art. 13 l. 218/1995, di cui in seguito ci occuperemo, è chiara in questo senso).

L'idea del rinvio è sempre stata presente nel dibattito internazionale-privatistico, anche prima di ricevere un adeguato approfondimento concettuale.

Per quanto è dato sapere, il problema si è proposto per la prima volta in un caso di cui si è dovuto occupare il Senato di Milano nel XVII secolo.

Un cittadino di Milano che aveva lasciato alcuni immobili nel territorio di Milano aveva fatto testamento in Belgio davanti a due testimoni, mentre le norme di Milano ne richiedevano sette. Per la validità del testamento, le norme vigenti a Milano richiamaavano la *lex loci actus*, quindi la legge belga. Ma quali disposizioni della legge belga andavano applicate? Quelle (materiali) sulla forma del testamento, che consideravano sufficiente la presenza di due testimoni, o quelle (formali) di conflitto che, per la successione immobiliare, consideravano competente la *lex rei sitae*, quindi la legge di Milano? Nel primo caso il diritto belga sarebbe stato applicato senza rinvio, nel secondo con. Il Senato di Milano applicò il diritto belga col rinvio e quindi considerò il testamento invalido in base alla legge di Milano. In seguito l'erede rimasto insoddisfatto si rivolse al principe belga e attraverso la sua intercessione, nel tentativo di far cambiare la decisione del Senato milanese, si procurò la dichiarazione, da parte del Consiglio delle Province, che la designazione della *lex rei sitae* contenuta nell'editto delle Fiandre valeva per le questioni di sostanza della successione, mentre per quelle di forma era confermata la competenza della *lex loci actus* ⁽²⁾. Un livello di raffinatezza del dibattito davvero notevole per quei tempi.

⁽¹⁾ Sul rinvio esiste una letteratura vastissima. Per tutti, v. PICONE, *Il rinvio nel diritto internazionale privato italiano*, in *Studi di diritto internazionale privato*, Napoli, 2003, 655 ss. e, dello stesso Autore, *Riflessioni sulle finalità del rinvio nel diritto internazionale privato contemporaneo*, in *RDI*, 2013, 192 ss. e *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998, 122 ss. Sul tema v. anche CAMPIGLIO, *Rinvio (diritto internazionale privato)*, in *Enciclopedia del diritto (Annali)*, Milano, 2011, 1025-1037; FRANZINA, *Introduzione al diritto internazionale privato*, Torino, 2023, 190 ss.; CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, Torino, 2001, 41 ss.; ANNIBALE, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Padova, 1997, 101 ss.; BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, 1996, 175 ss. Per una rassegna della letteratura straniera della prima metà del secolo scorso, v. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, 3^a ed., Padova, Cedam, 1999, 254.

⁽²⁾ Il caso è riportato da CAMPIGLIO, in *Versatilità e ambiguità del meccanismo del rinvio*, in *RDIPP*, 2010, 367, la quale conclude la sua dottrina ricostruendo dando atto che non si sa come il caso sia andato a finire a causa dei bombardamenti del 1943 che hanno distrutto l'Archivio giudiziario di Milano.

La problematica del rinvio è sorta in relazione a problematiche afferenti al diritto delle persone, delle successioni e della famiglia, per evitare la difformità delle soluzioni che deriva dalla scelta alternativa, nell'ambito dei criteri di collegamento soggettivi (normalmente utilizzati in queste materie), tra quello personale della cittadinanza e quello territoriale del domicilio [*supra*, n. 69].

In particolare, il dibattito sul rinvio ha trovato sviluppo nell'Ottocento per dare una risposta all'esigenza pratica di "salvare" la validità del testamento fatto dagli inglesi domiciliati in Italia (Roma e Firenze, soprattutto) nella forma inglese, che non era ammessa dalla legge italiana richiamata dal d.i.p. inglese in materia di successioni a titolo di *lex domicilii*. Attraverso il rinvio, si poteva invece tenere conto delle disposizioni di d.i.p. della legge italiana, la quale (allora) rinviava alla legge della nazionalità (inglese), che ammetteva la forma testamentaria prescelta.

(105) Il rinvio può assumere due configurazioni: all'ordinamento del foro (c.d. rinvio "indietro") oppure all'ordinamento di un terzo Stato (c.d. rinvio "oltre" o "altrove").

Configurazioni
del rinvio

Un tipico caso di **rinvio indietro** è quello conosciuto in letteratura come caso Forgo, del 1889, in cui la Corte di cassazione francese risolse una questione di successione di un cittadino bavarese intendendo il richiamo alla legge bavarese, a titolo di *lex domicilii*, da parte della norma di conflitto francese sulle successioni, con rinvio, e riferendolo alla parte di d.i.p. del *Codex Maximilianus Bavaricus* che, in materia di successioni, rinviava alla legge della residenza abituale del defunto, che era la legge francese.

Vediamo adesso un esempio di **rinvio oltre**: si discute dinanzi ai giudici dello Stato A della capacità di agire di un cittadino dello Stato B domiciliato nello Stato C; le norme di d.i.p. dello Stato A richiamano il diritto dello Stato di cui la persona è cittadina (B), le cui norme di d.i.p. richiamano il diritto dello Stato del domicilio (C); se le norme di d.i.p. dello Stato C utilizzano come criterio di collegamento il domicilio (o un altro criterio che rimanda allo Stato C), si dice che lo Stato C "accetta" il rinvio ⁽³⁾, e quella che può sembrare una partita di tennis (con continui rimandi della palla da un campo all'altro) si conclude con la designazione dell'ordinamento competente a regolare la fattispecie, senza ulteriori rimbalzi; se invece il d.i.p. dello Stato C utilizza un collegamento che conduce ad un ordinamento diverso, il rinvio non è accettato, nel qual caso le opzioni sono due: o non si tiene conto del rinvio o si fa continuare

⁽³⁾ MOSCONI-CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Vol. I, 8ª ed., 2017, 240.

la serie di rinvii fino a che non si trovi un ordinamento che accetta il rinvio (e tra breve vedremo qual è la soluzione prescelta dal legislatore italiano).

Ratio e
controindici-
cazioni

(106) L'apertura al rinvio, in teoria, risponde all'**esigenza di favorire l'uniformità delle soluzioni** ai problemi internazionalprivatistici nell'ambito dei vari ordinamenti collegati con la fattispecie, quale che sia il giudice adito.

L'obiettivo dell'armonia internazionale delle soluzioni, però, si potrebbe raggiungere solo se il giudice del foro ragionasse come il giudice straniero, secondo la "**foreign court theory**" patrocinata dai giuristi inglesi a partire dal caso Collier v. Rivaz del 1841 (in Germania invece si ragiona di *Gesamtverweisung*, rinvio totale). In base a questa dottrina, il giudice del foro "*must consider itself sitting*" nello Stato designato dalle norme di conflitto del foro "*under the particular circumstances of the case*", e deve adottare la soluzione in tema di rinvio vigente in tale ordinamento. Infatti, in quella vicenda il giudice inglese si comportò come avrebbe fatto il suo collega belga (4).

Nella fattispecie, la Prerogative Court of Canterbury, occupandosi della successione mobiliare di un inglese domiciliato in Belgio, dopo essere stata indirizzata in prima battuta verso il diritto belga dalla norma di conflitto che designava la *lex domicilii*, ha ritenuto di dover decidere come avrebbe fatto il giudice belga ed ha finito per applicare la legge materiale inglese in quanto richiamata (senza rinvio) dalla norma di conflitto belga in base al criterio di collegamento della cittadinanza.

Ma la *foreign court theory*, pur autorevolmente sostenuta da ANZILOTTI (5) non è stata accolta dal legislatore. La conseguenza è che il rinvio **non sempre garantisce l'uniformità delle soluzioni**, perché non tiene conto delle regole sul rinvio vigenti nell'ordinamento richiamato dalla norma di conflitto del foro. In realtà, perché il rinvio fornisca la stessa soluzione che si avrebbe nell'ordinamento richiamato dalla norma di conflitto del foro bisogna che quello Stato non ammetta il rinvio in caso di rinvio indietro e che lo ammetta in caso di rinvio oltre.

Il rinvio è poi addirittura controproducente quando le norme di conflitto prevedono già un concorso di criteri di collegamento, sicché l'istituto finisce per diventare un'inutile complicazione.

Il rinvio in
Italia

(107) Da quanto precede risulta chiaro che il rinvio introduce un **elemento di incertezza** nel richiamo internazionalprivatistico perché sostituisce la valutazione del sistema di d.i.p. del foro circa l'ordinamento

Termine estratto capitolo

Capitolo IV

LE PERSONE E GLI ENTI

SOMMARIO: 1. La capacità del soggetto. — 2. *Segue*: la capacità giuridica. — 3. *Segue*: la capacità di agire. — 4. Commorienza e situazioni correlate alla scomparsa. — 5. Diritti della personalità. — 6. *Segue*: la disciplina del nome. — 7. Società ed altri enti. — 8. *Segue*: disciplina di trasferimenti e fusioni. — 9. *Segue*: i principi sul diritto di stabilimento suscettibili di interferire con il funzionamento della disciplina di conflitto. — 10. *Segue*: disciplina delle società costituite all'estero. — 11. La protezione dei minori. — 12. *Segue*: la Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996. — 13. La protezione degli adulti. — 14. Cenni sul Regolamento UE 606/2013 sul riconoscimento delle misure di protezione in materia civile.

Un cittadino della Ruritania, dove la maggiore età si acquista a ventun anni, durante una vacanza in Italia acquista un orologio prezioso in una gioielleria di Roma. Il gioielliere aveva venduto l'orologio previa verifica che il compratore avesse compiuto diciotto anni, come richiesto dalla legge italiana per l'acquisto della capacità di agire. In seguito il padre del compratore chiede l'annullamento del contratto facendo valere che in base alla legge della cittadinanza, il figlio non era capace di agire al momento dell'acquisto.

In questo capitolo ci occuperemo della disciplina che il d.i.p. dedica ai soggetti di diritto, persone fisiche ed enti.

Le norme di d.i.p. seguono la traiettoria naturale delle persone fisiche dalla nascita (cui consegue l'acquisto della capacità giuridica) alla morte (cui consegue l'estinzione della capacità, e alla quale si riferiscono gli istituti della commorienza e della morte presunta), dedicando spazio anche alla disciplina dei diritti personalissimi che spettano loro durante la vita (diritti della personalità) e alla tutela dei soggetti non in grado di provvedere a se stessi (istituti di protezione degli incapaci).

Vengono poi disciplinate tutte le vicende degli enti diversi dalle persone fisiche, tra i quali rivestono particolare importanza le società.

1. La capacità del soggetto

(133) Il tema della capacità dei soggetti ⁽¹⁾ di diritto è regolato Fonti

⁽¹⁾ In generale sul tema della capacità nel diritto internazionale privato, v.: TONOLO, *Capacità e diritti delle persone fisiche*, in CONETTI TONOLO VISMARA, *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, 2^a ed., Torino, 2009, 65; UBERTAZZI, *La capacità delle persone fisiche nel diritto internazionale privato*, Padova, 2006; VILLANI, *Capacità e*

prevalentemente da fonti interne ma per alcuni aspetti anche da fonti transnazionali.

Prima della riforma l'art. 17 delle preleggi stabiliva una disciplina di conflitto unitaria per la capacità della persona, senza distinguere tra capacità giuridica e di agire, sottoponendola alla legge nazionale. Ora gli **artt. 20 e 23 della l. 218/1995** prevedono una **disciplina di conflitto** distinta per la capacità giuridica e di agire, mentre in tema di **giurisdizione e riconoscimento/esecutività** non sono dettate disposizioni specifiche trovando applicazione, quindi, le regole generali che verranno esaminate nel capitolo IX.

La capacità delle persone giuridiche è invece ricompresa nell'ambito di applicazione dell'**art. 25 l. 218/1995** sugli enti [*infra*, n. 156].

Alcune **capacità speciali** in materia di successioni e responsabilità extracontrattuale e la tutela dell'**affidamento** in materia di contratti e titoli di credito rientrano nell'ambito di applicazione dei **regolamenti** e delle **convenzioni** internazionali in materia.

Incapacità
naturale

(134) Non esistono specifiche norme di d.i.p. in materia di incapacità naturale, che è l'**incapacità di intendere e/o di volere non accertata legalmente** e dipendente da qualsiasi causa, anche transitoria.

Mentre in tema di giurisdizione e riconoscimento si applicano le regole generali, per quanto riguarda la legge applicabile, nel silenzio del legislatore, la giurisprudenza in un'occasione (sotto il vigore delle preleggi) si è espressa per la *lex fori* ⁽²⁾, anche se sembra più corretto ricorrere alla **lex causae** analogamente a quanto, come vedremo, è previsto per le condizioni speciali di capacità e incapacità di agire, cui l'incapacità naturale è assimilata ⁽³⁾ [*infra*, n. 141].

2. Segue: la capacità giuridica

Nozione

(135) L'espressione "**capacità giuridica**" designa l'idoneità del sog-

diritti delle persone fisiche (diritto internazionale privato), in *Enc. dir.*, IV, Aggiornamento, Milano, 2000, 173; MOSCONI CAMPIGLIO, *Capacità (diritto internazionale privato)*, in *Dig. civ.*, IV, Aggiornamento, Torino, 2000, 125; CAFARI PANICO, *Commentario alla riforma del sistema di diritto internazionale privato*, in BARIATTI (a cura di), *Art. 20*, in *NLCC*, nn. 5-6, sett.-dic. 1996, 1086; BADIALI, *Personalità e capacità nel d.i.pr. e processuale*, in *Scritti G. Barile*, Padova, 1995, 3; QUADRI, *La capacità delle persone in diritto internazionale privato*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1988, 709; DE NOVA, *Esistenza e capacità del soggetto in diritto internazionale privato*, in *Scritti Perassi*, Milano, 1957, I, 387.

(2) Cass., Sent. 28 aprile 1992, n. 5059.

(3) BARUFFI, *Commentario alla riforma del sistema di diritto internazionale privato*, BARIATTI (a cura di), *Art. 23*, in *NLCC*, nn. 5-6, sett.-dic. 1996, 1098.

getto ad essere titolare di situazioni giuridiche soggettive e comprende anche la questione relativa all'esistenza in vita della persona ⁽⁴⁾.

La disciplina di conflitto della capacità giuridica distingue la capacità giuridica generale da quella speciale.

(136) Il 1° periodo del 1° comma dell'art. 20 l. 218/1995 ⁽⁵⁾, in linea di continuità con la tradizione, stabilisce il **criterio di collegamento della cittadinanza** per la disciplina della capacità giuridica; va però considerato che per effetto del **rinvio** potrebbe accadere di dovere applicare una legge diversa da quella nazionale del soggetto. Legge applicabile

La legge regolatrice disciplina i fatti giuridici che determinano l'acquisto (di solito è richiesta la nascita) e la perdita (morte) della capacità, le conseguenze dell'incapacità e l'eventuale presupposto (non richiesto dalla legge italiana) della vitalità del soggetto.

L'attribuzione della capacità giuridica ad ogni essere umano vivente è principio fondamentale del nostro ordinamento; per questo, la legge regolatrice deve essere sottoposta ad attento controllo circa il rispetto dell'**ordine pubblico**, che risulterebbe violato, ad esempio, ove la legge designata dalla norma di conflitto contenesse disposizioni sulla morte civile o disposizioni odiose in contrasto col principio di uguaglianza.

(137) Il 2° periodo del comma 1° dell'art. 20 l. 218/1995 disciplina le **“condizioni speciali di capacità”**, in sostanza delle capacità speciali che possono essere eventualmente richieste nell'ambito di particolari rapporti (prevalentemente in materia familiare, successoria e di responsabilità extracontrattuale). Più frequentemente ciò che viene richiesto è l'**assenza di condizioni giuridiche ostative** che possono essere date dall'età, dalla titolarità di determinati *status*, dal compimento di condotte riprovevoli, dalla sussistenza di rapporti di parentela o affinità, etc. La mancanza di condizioni speciali di capacità dà luogo a **incapacità speciali**. Per qualche esempio in diritto italiano, si pensi all'indegnità o alla qualità di tutore, che impediscono di addivenire alla successione ereditaria, o alla incapacità di rispondere per fatto illecito per ragioni di età. Le condizioni speciali di capacità

Configurano condizioni speciali di capacità giuridica anche le disposizioni che riconoscono diritti al **conceptito** o anche al *nondum conceptus*

⁽⁴⁾ DANIELE, *Capacità e diritti delle persone*, in CAPOTORTI (a cura di), *Il nuovo sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Corr. giur.*, 1995, 1240.

⁽⁵⁾ Su cui v.: CAFARI PANICO, *Articoli 20-22*, in BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995, n. 218. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *NLCC*, nn. 5-6, sett.-dic. 1996, 1085; DI BLASE, *Articoli 20-24*, in AA.VV., *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996, 105.

in materie specifiche, come ad es., la capacità di ricevere per testamento o per donazione ⁽⁶⁾.

Legge applicabile alle condizioni speciali di capacità

(138) Il legislatore ha ritenuto che le condizioni speciali di capacità non concorrano a definire lo statuto personale del soggetto, ma costituiscano dei presupposti di carattere soggettivo per la titolarità di determinate situazioni giuridiche. Per questo, la disciplina di conflitto prevede un collegamento accessorio [*supra*, n. 52] con la **legge regolatrice del rapporto** cui la situazione inerisce: così, ad esempio, la capacità a ricevere per donazione è regolata dalla *lex donationis*. Va però tenuto conto che in alcune materie (come successioni e obbligazioni extracontrattuali) la *lex causae* è ora quella che risulta in base alla disciplina di conflitto posta dai regolamenti europei sull'unificazione del d.i.p., i quali regolano anche l'aspetto della capacità prevalendo sulla l. 218/1995 (di solito tuttavia si trova confermata la regola che la legge regolatrice del rapporto si applica anche alle capacità speciali).

La disposizione sulle condizioni speciali di capacità è derogata da altre che tornano al **collegamento della cittadinanza per la disciplina di specifiche capacità**, così caratterizzanti da concorrere a definire non solo il rapporto nell'ambito del quale sorgono ma più ampiamente la situazione personale del soggetto: così per la capacità di contrarre matrimonio (art. 27 l. 218/1995 [*infra*, n. 189]), la capacità di riconoscere il figlio nato fuori del matrimonio (art. 35, 2° comma, l. 218/1995 [*infra*, n. 258]), la capacità di adottare (art. 38 l. 218/1995 [*infra*, n. 293]).

Le condizioni speciali di capacità per cui si torna alla legge nazionale riguardano specificamente il compimento di determinati atti giuridici. Si potrebbe quindi pensare che si tratti di ipotesi di capacità speciale di agire, piuttosto che non giuridica [*infra*, n. 139]. In realtà, si tratta di atti che incidono su diritti personalissimi, che quindi non ammettono la rappresentanza come rimedio per l'eventuale incapacità. Perciò, è preferibile ritenere che, sebbene la capacità o incapacità sia riferita al compimento di un determinato atto, su cui certamente si riflette, essa abbia in realtà una connotazione più ampia, in quanto prevede o esclude, a monte, l'idoneità del soggetto ad essere titolare del rapporto che si svolge nell'atto.

Capitolo V

IL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO DELLA FAMIGLIA

SOMMARIO: 1. Evoluzione del concetto di famiglia. — 2. Il matrimonio e le nuove forme di unione familiare. — 3. *Segue*: la promessa di matrimonio. — 4. *Segue*: giurisdizione in tema di matrimonio, unione civile e convivenze di fatto. — 5. *Segue*: legge applicabile in materia di matrimonio, unione civile e contratti di convivenza. — 6. *Segue*: matrimonio e unione civile dell'italiano all'estero e dello straniero in Italia. — 7. *Segue*: matrimoni poligamici e omosessuali. — 8. *Segue*: riconoscimento degli atti e dei provvedimenti stranieri in materia di matrimonio e di unioni civili. — 9. Rapporti tra coniugi, parti delle unioni civili e conviventi di fatto. — 10. *Segue*: disciplina di conflitto interna dei rapporti tra i coniugi e le parti dell'unione civile. — 11. *Segue*: disciplina unionale dei regimi patrimoniali tra i coniugi e degli effetti patrimoniali delle unioni civili registrate. — 12. Separazione, divorzio e scioglimento delle unioni civili. — 13. *Segue*: giurisdizione in materia di separazione, divorzio, scioglimento dell'unione civile e invalidità del matrimonio e dell'unione civile. — 14. *Segue*: legge applicabile in materia di separazione, divorzio e scioglimento dell'unione civile. — 15. *Segue*: riconoscimento degli atti e dei provvedimenti stranieri in materia di separazione, divorzio, scioglimento delle unioni civili e invalidità del matrimonio e delle unioni civili. — 16. La filiazione. — 17. *Segue*: il rapporto di filiazione. — 18. *Segue*: le nuove forme di filiazione: maternità surrogata e bambini con due madri. — 19. *Segue*: la legittimazione. — 20. *Segue*: il riconoscimento del figlio. — 21. La responsabilità genitoriale e i rapporti tra genitori e figli. — 22. — *Segue*: giurisdizione. — 23. *Segue*: legge applicabile — 24. *Segue*: riconoscimento degli atti e dei provvedimenti stranieri. — 25. *Segue*: cooperazione. — 26. Le obbligazioni alimentari nella famiglia. — 27. *Segue*: giurisdizione. — 28. *Segue*: legge applicabile. — 29. *Segue*: riconoscimento ed esecutività degli atti e dei provvedimenti stranieri. — 30. L'adozione. — 31. *Segue*: giurisdizione. — 32. *Segue*: legge applicabile. — 33. *Segue*: riconoscimento degli atti e dei provvedimenti stranieri.

Una coppia italiana con problemi di fertilità stipula un contratto di maternità surrogata con una donna ucraina affinché acconsenta a sottoporsi ad inseminazione artificiale con materiale genetico del marito e a portare a termine la gravidanza al posto della moglie. Dopo che il bambino è nato in Ucraina, dove è registrato come figlio della coppia committente, i genitori italiani chiedono la trascrizione dell'atto di nascita in Italia.

Il d.i.p. dedica agli istituti del diritto di famiglia una disciplina molto articolata, che ricomprende il matrimonio (e rapporti correlati), la filiazione e i vari rapporti (c.d. parentali) che intercorrono tra persone aventi una comune discendenza fondata su rapporti di sangue o su fatti equiparati a rapporti di sangue.

1. Evoluzione del concetto di famiglia

Concetto
tradizionale

(176) La famiglia costituisce il nucleo essenziale e primigenio della società umana, quello dove le persone crescono, vengono educate e trovano solidarietà e protezione.

Tradizionalmente si distinguono la **famiglia allargata**, composta dalle persone che vantano una comune discendenza, e la **famiglia ristretta** composta da una coppia di persone di sesso diverso unite in matrimonio e (se ve ne sono) i loro figli.

Nuovi istituti

(177) Negli ultimi venti anni le legislazioni nazionali in materia di diritto di famiglia, un tempo sostanzialmente omogenee in quanto fondate sul concetto tradizionale di matrimonio tra un uomo e una donna, si sono differenziate dato che alcuni Stati hanno accolto, con una certa varietà di formulazioni, istituti nuovi quali il **matrimonio omosessuale**, le **unioni civili o partnership registrate** (omo o eterosessuali), le **convivenze registrate**, la **maternità surrogata** ⁽¹⁾.

Nello stesso torno di anni anche l'Unione europea ha adottato vari regolamenti sull'unificazione del diritto internazionale privato della famiglia in forza delle competenze attribuite con il Trattato di Amsterdam del 1997.

Assenza di
una nozione
uniforme di
famiglia. La
tecnica del
rinvio agli
ordinamenti
nazionali

(178) In questo scenario, è logico domandarsi se il legislatore europeo abbia inteso uniformare le varie legislazioni nazionali introducendo una nozione unitaria di famiglia così come è avvenuto in altri settori come, ad esempio, le società e (a livello giurisprudenziale) i contratti.

La risposta è negativa.

Fin dall'inizio del Programma dell'Aja attuato nel 2004 per uniformare le legislazioni nazionali in vari settori del d.i.p., il Consiglio europeo ha tenuto a precisare che l'armonizzazione del diritto internazionale privato della famiglia era mirata a garantire i diritti dei singoli nell'ambito dello Spazio libertà, sicurezza e giustizia, e non comportava anche la necessità dell'introduzione di un diritto di famiglia di matrice europea, sicché in detto settore sarebbero state **rispettate le diverse tradizioni giuridiche e culturali degli Stati membri**.

Questo intento del legislatore è scoperto nel penultimo periodo del § 3.4.2 del Programma dell'Aja: "Gli strumenti in questi settori dovrebbero essere messi a punto entro il 2011 e dovrebbero contemplare questioni di diritto privato internazionale e **non dovrebbero essere basati sui concetti armonizzati di "famiglia", "matrimonio", o altri**. Si dovrebbero varare disposizioni uniformi di diritto sostanziale soltanto come misure di ac-

⁽¹⁾ Sul tema v. QUEIROLO - BENEDETTI - CARPANETO (a cura di), *Le nuove famiglie tra globalizzazione e identità statuali*, Roma, 2014.

compagnamento, qualora fosse necessario per procedere al reciproco riconoscimento delle decisioni o per migliorare la cooperazione giudiziaria in materia civile”.

Del resto, **l'Unione europea non ha competenze specifiche** per adottare atti **in materia di diritto di famiglia sostanziale**. In forza della competenza concorrente con quella degli Stati membri nell'ambito dello Spazio libertà, sicurezza e giustizia (art. 4.2 lett. j), TFUE), l'Unione può intervenire solo per regolare **aspetti del diritto di famiglia di carattere transnazionale con misure adottate dal Consiglio all'unanimità** su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento (art. 81.3 TFUE).

Da quanto precede risulta che gli istituti familiari contemplati dai regolamenti di unificazione devono essere individuati mediante **rinvio ai vari ordinamenti nazionali** degli Stati membri ⁽²⁾.

Il fatto che il legislatore europeo non abbia imposto nozioni uniformi degli istituti familiari ha determinato l'emersione, nell'ambito dello Spazio libertà sicurezza e giustizia, di una **nozione di famiglia a geometria variabile** a seconda dello Stato dove i vari regolamenti devono essere applicati.

Nonostante la rinuncia a definire in modo autonomo i singoli istituti, emerge comunque lo **sforzo del legislatore comunitario di utilizzare categorie molto ampie** in modo da ricomprendere le diverse formulazioni con cui i vari istituti familiari sono delineati negli ordinamenti nazionali degli Stati membri.

Ciò vale sia per quegli istituti familiari che costituiscono l'oggetto specifico dei regolamenti sull'unificazione del diritto internazionale privato (divorzio, responsabilità genitoriale, obbligazioni alimentari, ecc.) sia per quelli, di carattere più generale (come il matrimonio, ad esempio), che dei primi costituiscono il presupposto.

Vedremo poi che alcuni “paletti” sono stati posti dalla Corte EDU e dalla Corte di Giustizia per evitare che le legislazioni nazionali, nel disciplinare gli istituti di famiglia, consentano delle discriminazioni contrarie ai diritti fondamentali dell'uomo e/o ai principi di libera circolazione delle persone.

Autorevole dottrina ha osservato che “in moltissimi settori della vita giuridica non è stata attribuita alla Comunità alcuna competenza normativa e dunque vi sono norme di conflitto di origine comunitaria senza le corrispondenti norme materiali. Di conseguenza, mentre in alcuni ambiti esistono norme nazionali armonizzate secondo modelli di fonte comunitaria, che si inseriscono e si integrano nella normativa interna, in altri invece non ci sono ancora norme armonizzate e probabilmente non ci saranno ancora per molto tempo”. La

(2) MOSCONI-CAMPIGLIO, *I matrimoni tra persone dello stesso sesso: livello “federale” e livello statale in Europa e negli Stati Uniti*, in RDIPP, 301.

manca di nozioni uniformi non deve stupire perché il diritto internazionale privato “si è sviluppato allo scopo di fornire una soluzione a casi con elementi di estraneità, che presentano punti di contatto con più Stati, i quali hanno norme sostanziali diverse. L’armonizzazione delle norme materiali nazionali non è mai stata ritenuta necessaria né richiesta per l’adozione di norme nazionali di diritto internazionale privato, e si è invece sviluppata in alcuni settori attraverso convenzioni internazionali e leggi modello ⁽³⁾”.

2. Il matrimonio e le nuove forme di unione familiare

Matrimonio

(179) L’istituto matrimoniale include:

- sia il **negozio giuridico solenne** con il quale due persone (che nel nostro Paese devono essere di sesso diverso [*infra*, n. 197]) si scambiano la volontà di instaurare una stabile comunione di vita materiale e spirituale;
- sia i **rapporti giuridici tra coniugi** che da tale negozio derivano.

La rilevanza del matrimonio non è solo privatistica, e in genere gli ordinamenti statali prevedono forme di pubblicità e l’intervento di una pubblica autorità, civile o religiosa, che raccoglie e certifica la volontà degli sposi e forma l’atto di matrimonio, un atto dello stato civile di cui può essere richiesta la trascrizione anche in Paesi diversi da quelli in cui è stato formato [*infra*, n. 200].

Rimangono al di fuori dell’ambito del matrimonio (di cui costituiscono una possibile evoluzione patologica), e sono regolati con autonoma, completa, disciplina internazionalprivatistica, gli istituti della separazione e dello scioglimento del matrimonio (divorzio).

In Italia il **modello tradizionale** di matrimonio tra un uomo e una donna costituiva l’unica forma di unione familiare regolamentata fino a quando la l. 20 maggio 2016, n. 76 (comunemente conosciuta come legge Cirinnà, dal nome della prima firmataria della proposta, senatrice Monica Cirinnà) ha introdotto anche le unioni civili omosessuali e le convivenze di fatto. In altri Paesi, invece, oltre alle unioni civili, sono presenti e sempre più diffusi **modelli differenti** quali il matrimonio poligamico e il matrimonio omosessuale.

Matrimonio
poligamico

(180) Benché la parola poligamia significhi matrimonio plurimo, nella pratica è usata solo per indicare la relazione **tra un uomo e una pluralità di donne**, che è ammessa in determinati ordinamenti di ispirazione religiosa (poliginia) ⁽⁴⁾; è invece rarissima, per non dire sconosciuta, l’opposta situazione della donna con più mariti: poliandria.

⁽³⁾ BARIATTI, C. Termine estratto capitolo *Il diritto internazionale privato comune*

Capitolo VI

**IL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO
DELLE SUCCESSIONI *MORTIS CAUSA***

SOMMARIO: 1. Le successioni *mortis causa*: quadro d'insieme della disciplina. — 2. Il Regolamento UE 650/2012 (Roma IV). — 3. Giurisdizione. — 4. Legge applicabile. — 5. *Segue*: la capacità di succedere e di disporre. — 6. *Segue*: la forma del testamento. — 7. *Segue*: la divisione ereditaria. — 8. *Segue*: la successione dello Stato. — 9. Riconoscimento ed esecutività delle decisioni, delle transazioni giudiziarie e degli atti pubblici.

Tizio, cittadino italiano residente abitualmente in uno Stato dove non è previsto il diritto alla legittima, fa testamento in quello Stato e disereda il figlio. Negli ultimi mesi della sua vita torna in Italia, dove trasferisce la residenza e successivamente muore. Il figlio instaura nei confronti degli eredi designati per testamento una causa in cui rivendica la quota di legittima spettantegli in base alla legge italiana.

1. Le successioni *mortis causa*: quadro d'insieme della disciplina

(304) Il tema delle successioni concerne la **trasmissione delle situazioni giuridiche** a seguito della morte del loro titolare. Nozione

(305) La disciplina internazionalprivatistica delle successioni è ripartita tra varie **fonti** a livello interno, internazionale e comunitario. Fonti

Nella **legge 218/1995** sono contenute una serie di disposizioni (artt. 46-50) in tema di giurisdizione e legge applicabile, mentre per quanto riguarda riconoscimento ed esecutività si applicano le regole generali che saranno esaminate nell'apposita *sedes materiae*.

La normativa interna, però, è divenuta solo residuale a seguito dell'entrata in vigore del **Reg. 650/2012 (Roma IV)** che si occupa di tutti tre i profili internazionalprivatistici della materia successoria: giurisdizione, legge applicabile, riconoscimento / esecutività degli atti stranieri.

Vi è poi da tenere conto di alcune **convenzioni internazionali**, solo alcune delle quali sono state ratificate dall'Italia (la più importante è la Convenzione di Washington 26 ottobre 1973 che contiene norme uniformi di d.i.p. materiale in tema di forma del testamento).

2. Il Regolamento UE 650/2012 (Roma IV)

Il Regola-
mento Roma
IV

(306) Il Reg. 650/2012 (c.d. Reg. Roma IV) disciplina la **competenza**, la **legge applicabile**, il **riconoscimento** e l'**esecutività** delle decisioni, degli atti pubblici e delle transazioni giudiziarie in materia di successioni ⁽¹⁾. Al Regolamento partecipano tutti i Paesi tranne (considerando 82 e 83) Danimarca, Irlanda e, già prima della Brexit, Regno Unito; questi Stati, quindi, non sono ricompresi dalle disposizioni del Regolamento che si riferiscono agli Stati membri. Questo strumento costituisce uno dei testi più omnicomprensivi e ambiziosi del sistema di d.i.p. europeo *in fieri* ⁽²⁾ in quanto colma i vuoti lasciati dalle esplicite esclusioni della materia successoria che si rinvenivano negli altri atti normativi e si applica alle successioni delle persone decedute a partire **dal 17 agosto 2015** ⁽³⁾.

Al fine di consentire la pianificazione della successione e l'attribuzione dei diritti in capo agli eredi e ai legatari, il Reg. Roma IV pone tre capisaldi:

- il principio della **coincidenza tra forum e ius**;
- l'applicabilità di un'**unica lex successionis** indipendentemente dalla natura e dal luogo di situazione dei beni ereditari;
- il **reciproco riconoscimento e l'esecutività** delle decisioni e degli altri atti che sono adottati nell'ambito della vicenda successoria.

Certificato
successorio
europeo

(307) Il Regolamento contiene anche un'innovativa disciplina del **certificato successorio europeo** ⁽⁴⁾ che ha valore di prova legale per quanto riguarda la sussistenza dei beni ereditari, l'individuazione di eredi,

⁽¹⁾ Sulla genesi del Regolamento e la sua gestazione, v. BONOMI, *Introduzione*, in BONOMI, WAUTELET (a cura di) *Il regolamento europeo sulle successioni*, Milano, 2015, 1 ss.; FRANZINA, *Ragioni, valori e collocazione sistematica della disciplina internazionalprivatistica europea delle successioni mortis causa*, in *Il d.i.p. europeo delle successioni mortis causa*, Collana di studi a cura del Consiglio nazionale del notariato, AA.Vv., a cura di FRANZINA e LEANDRO, 2013, 1 ss.; DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte*, Giuffrè, 2013, 33 ss.

⁽²⁾ Sugli obiettivi del Regolamento Roma IV si rimanda a BONOMI, *Il regolamento europeo sulle successioni*, in RDIPP, 2013, 293.

⁽³⁾ L'art. 83, alla cui lettura si rinvia, detta alcune presunzioni e disposizioni di diritto transitorio: in base ad esse, la sentenza del Trib. Belluno 29 dicembre 2015 ha applicato la disciplina di conflitto italiana, non quella del Regolamento, ad una successione apertasi nel 2010.

⁽⁴⁾ Sul certificato successorio, v. DAMASCELLI, *La legge applicabile alla successione per causa di morte secondo il diritto internazionale privato italiano*, in RDIPP, 2003, 85; PADOVINI, *Il certificato successorio europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, 729 ss.; WAUTELET, PADOVINI, *Istituzione di un certificato successorio europeo*, in BONOMI, WAUTELET (a cura di), *Il regolamento europeo sulle successioni*, Milano, 2015, 635 ss.; PENNAZIO, *Il nuovo diritto delle successioni in Europa: l'introduzione del certificato successorio europeo e la tutela dei terzi acquirenti di beni ereditari*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2015, 317 ss.; RUSCONI, *Il*

legatari, esecutori testamentari e amministratori dell'eredità e loro diritti e poteri, facilitando quindi la prova dei diritti che derivano da decisioni e atti notarili stranieri (art. 63). L'art. 32 della l. 161/2014 individua nei notai l'autorità italiana competente al rilascio del certificato successorio.

Il certificato può essere rinnovato, rettificato e modificato in base a nuove risultanze emergenti dalla *lex successionis* (art. 71); in considerazione dei possibili cambiamenti le copie autentiche hanno una durata limitata a sei mesi (art. 70.3) dalla data del rilascio ma tale validità (anche se recassero la dicitura "a tempo indeterminato"), se sussisteva al momento di presentazione della domanda, permane per la durata del procedimento ⁽⁵⁾.

(308) L'**ambito di applicazione** del Reg. Roma IV copre la materia della successione a causa di morte ⁽⁶⁾, intendendosi per tale "qualsiasi modalità di trasferimento di beni, diritti e obbligazioni a causa di morte", sia che avvenga volontariamente oppure in base alla legge (art. 3.1, lett. a)). Il trasferimento su base volontaria avviene per il tramite di apposite **disposizioni a causa di morte** tra le quali rientrano non solo il testamento e il testamento congiuntivo ma anche i patti successori (art. 3.1, lett. b)).

Ambito di
applicazione

In una delle poche sentenze con cui sinora si è pronunciata sul Regolamento Roma IV, la Corte di Giustizia ha chiarito che ha natura successoria, e quindi rientra nell'ambito di applicazione del Regolamento, la disposizione dell'art. 1371 del codice civile tedesco in base alla quale, se tra i coniugi vi è un regime di comunione limitato agli incrementi realizzati durante il matrimonio, quando il regime patrimoniale cessa per la morte di uno di essi, la quota successoria del coniuge superstite è maggiorata di un quarto a titolo di conguaglio degli incrementi patrimoniali ⁽⁷⁾.

L'art. 1.1 sancisce l'**esclusione dall'ambito di applicazione** del Regolamento della **materia fiscale** (le imposte di successione continuano quindi ad essere regolate su base nazionale, ostacolando l'uniformità di regolamentazione delle successioni transfrontaliere), **doganale e amministrativa**, mentre l'art. 1.2 prevede l'**esclusione dal raggio di azione del Regola-**

certificato successorio nell'ordinamento italiano: da diritto secondo a diritto primo?, in Europa e dir. priv., 2020, 389 ss.

⁽⁵⁾ Corte di Giustizia, Sent. 1° luglio 2021, C. 301/20.

⁽⁶⁾ Sull'ambito di applicazione del Regolamento, v. BIAGIONI, *L'ambito di applicazione del Regolamento sulle successioni*, in *Il d.i.p. europeo delle successioni mortis causa, Collana di studi* a cura del Consiglio nazionale del notariato, AA.VV., a cura di FRANZINA e LEANDRO, 2013, 25 ss.; DAMASCELLI, *Dir. int. priv. delle successioni*, cit. 39 ss.; FUMAGALLI, *Il sistema italiano di diritto internazionale privato e processuale e il regolamento (UE) n. 650/2012 sulle successioni. Spazi residui per la legge interna?*, in RDIPP, 2015, 779 ss.; BONOMI, WAUTELET, *Ambito di applicazione*, in BONOMI, WAUTELET (a cura di), *Il regolamento europeo sulle successioni*, Milano, 2015, 24 ss.

⁽⁷⁾ Corte di Giustizia, Sent. 1° marzo 2018, C-558/16, *Mahnkopf*.

mento di taluni istituti civilistici, anche se collegati con la materia successoria: (a) stato e rapporti di famiglia e assimilati; (b) capacità delle persone fisiche, salvo capacità di succedere (art. 23.2, lett. c)), di disporre *mortis causa* e di disporre e ricevere nei confronti di determinate persone (art. 26.1, lett. a e b)); (c) scomparsa, assenza e morte presunta; (d) regimi patrimoniali tra coniugi e assimilati (anche se la giurisdizione in materia è attratta da quella in materia di successione [*supra*, n. 209]); (e) obbligazioni alimentari diverse da quelle a causa di morte; (f) validità formale delle disposizioni a causa di morte fatte oralmente; (g) diritti e beni creati o trasferiti con strumenti diversi dalla successione, come le comproprietà accompagnate dal divieto di alienazione della quota vita natural durante con reversibilità a favore del comproprietario superstite (c.d. clausola tontinaria, che in Italia è ritenuta nulla ma che negli ordinamenti dove è ammessa ha natura contrattuale ⁽⁸⁾) e le donazioni, tranne quelle *mortis causa* che sono configurabili come patti successori in presenza dei requisiti di cui all'art. 3.1, lett. b) ⁽⁹⁾ [*infra*, n. 317]: la Corte di Giustizia ha però chiarito che tale restrizione va intesa restrittivamente e che un atto di liberalità contenuto in un accordo relativo ad una successione che produce effetti al momento della morte del *de cuius* rientra nell'ambito di applicazione del Regolamento ⁽¹⁰⁾; (h) le clausole degli atti costitutivi e degli statuti che stabiliscono la destinazione delle quote di partecipazione alla morte del loro titolare; (i) scioglimento, fusione ed estinzione di società e altri enti; (j) *trust*; (k) natura dei diritti reali; (l) iscrizioni dei beni in appositi registri con finalità pubblicitarie.

Con riferimento ad un tema molto dibattuto, si ritiene che non attenga alla capacità di succedere, ma alla responsabilità genitoriale (e non ricada quindi nella materia successoria bensì nell'ambito di applicazione del Reg. Bruxelles II *bis* e, dal 1° agosto 2022, del Reg. Bruxelles II *ter*) la questione relativa alla **necessità di un'autorizzazione per l'accettazione dell'eredità e del legato da parte di un minore** ⁽¹¹⁾.

Rapporti con
le altre fonti

(309) Come diremo, il Regolamento ha efficacia *erga omnes* [*infra*, nn. 311 e 318] e quindi, a partire dalla data prevista per la sua applicazione, **si sovrappone completamente alla disciplina della l. 218/1995**, la cui applicazione è divenuta conseguentemente residuale *ratione materiae* (per quei pochi aspetti della materia successoria di cui il Regolamento non si occupa) *et temporis*. Il Regolamento **prevale sulle convenzioni** di cui sono parte esclusivamente due o più Stati membri in materie disciplinate

Termine estratto capitolo

Capitolo VII

I BENI

SOMMARIO: 1. Diritti reali e possesso su beni mobili e immobili. — 2. Giurisdizione. — 3. Legge applicabile. — 4. *Segue*: i beni in transito. — 5. *Segue*: l'usucapione dei beni mobili. — 6. La pubblicità degli atti aventi ad oggetto determinati beni. — 7. I diritti sui beni immateriali.

A acquista un bene mobile in forza di un contratto di compravendita ignorando che il venditore, B, non è proprietario del bene. L'acquisto avviene in un Paese dove non vale il principio "possesso vale titolo". Il bene viene rivendicato dal proprietario dopo che A lo ha portato in Italia, dove è previsto l'acquisto della proprietà in virtù di un titolo astrattamente idoneo e del possesso di buona fede.

In questo capitolo esamineremo la disciplina internazionalprivatistica stabilita per i beni e per le situazioni che si instaurano tra i soggetti e i beni: siano esse di diritto (diritti reali) o di fatto (possesso).

1. Diritti reali e possesso su beni mobili e immobili

(335) Gli antichi Romani definivano diritti reali quelli che avevano Nozione oggetto le **cose** (le *res*), considerate come parti della materia. Nella misura in cui possono formare oggetto di diritti per soddisfare bisogni dell'uomo, le cose materiali sono definite, dal codice civile italiano, "**beni**" (art. 810 c.c.).

Non rientrano dunque tra i beni le cose di cui allo stato non è possibile appropriarsi (come ad es. i giacimenti su altri pianeti) e quelle che non costituiscono risorse scarse, come ad es. la luce o l'acqua del mare, e quindi non danno luogo al conflitto di interessi alla cui soluzione è preordinato il sistema di diritto privato.

Oggi è peraltro acquisito che possono essere oggetto di diritti reali anche utilità diverse dalle cose, beni di carattere ideale che costituiscono il risultato di creazioni intellettuali (marchi, brevetti, etc.) e vengono denominati **beni immateriali** [*infra*, n. 349].

(336) Il diritto civile disciplina tutte le situazioni per mezzo delle quali si realizza l'aspirazione dell'uomo ad appropriarsi dei beni, materiali e immateriali: normalmente si tratta di situazioni di diritto, denominate **diritti reali**, Catalogo dei diritti reali ma entro certi limiti ricevono tutela ed assumono giuridica rilevanza anche situazioni di fatto, come il possesso e la detenzione.

Anche il diritto internazionale privato segue lo schema del diritto civile e disciplina tutte le situazioni per mezzo delle quali si realizza l'aspirazione dell'uomo ad appropriarsi dei beni ⁽¹⁾.

I **diritti reali** oggetto della disciplina internazionalprivatistica sono: la proprietà, i diritti reali di godimento, i diritti reali di garanzia ⁽²⁾, i privilegi speciali; a questi si aggiungono due situazioni di fatto come il possesso e la detenzione. Il **possesso** consiste nel potere sulla cosa (*corpus*) che si manifesta in modi corrispondenti all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale ed è accompagnato dall'intenzione di esercitare il diritto reale come a sé spettante (*animus possidendi*); la **detenzione** consiste pure in un potere sulla cosa, ma si distingue dal possesso per la mancanza di *animus possidendi*. Oltre a queste, che sono le situazioni reali previste dal diritto italiano, vanno ricomprese quelle situazioni regolate negli ordinamenti stranieri che posseggono le **caratteristiche della realtà**, consistenti nell'inerenza al bene e nella tutelabilità *erga omnes*, come ad es. il *lien* e il *mortgage* dei sistemi del diritto anglosassone, e soprattutto il **trust** ⁽³⁾.

Questo istituto contempla un rapporto giuridico fiduciario per l'amministrazione, da parte di un soggetto (detto *trustee*), dei beni che un altro soggetto (detto *settlor*) conferisce (e che costituiscono una massa separata rispetto al patrimonio del *trustee* cui sono intestati) a vantaggio proprio o di un terzo (detto *cestui que trust*) per uno scopo determinato. In materia di *trust* riveste grande importanza la Convenzione dell'Aja del 10 luglio 1985 la quale regola l'atto unilaterale che costituisce il *trust* per dichiarazione di volontà del disponente, mentre non si occupa dei *trust* che derivano dalla legge. L'atto con cui i beni sono trasferiti al *trustee* è invece sottoposto alla *lex causae* (che, a seconda dei casi, può essere la *lex contractus*, la *lex successionis*, la legge regolatrice della promessa unilaterale, etc.). La Convenzione prevede il riconoscimento del *trust* costituito alla stregua della legge designata in base ai criteri di collegamento convenzionali (scelta del costituente o, in subordine, Paese con il quale il *trust* presenta il collegamento più stretto), stabilendo che lo stesso può essere negato nel caso che il *trust* presenti i collegamenti più stretti con uno Stato che non conosca l'istituto (art. 13). La

(1) In generale, sul tema, v. BARSOTTI, *Diritti reali nel diritto internazionale privato*, in *Dig. civ.*, IV, V, Torino, 1989, 409; RE, *I diritti reali nella riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. notariato*, 1996, 691; ADAM, *Diritti reali*, in *Corr. Giur.*, 1995, 1251 ss.

(2) Su cui v. CRESPI REGHIZZI, *Lex rei sitae e disciplina delle garanzie mobiliari nel diritto internazionale privato*, Milano, 2007.

(3) Sul *trust* v.: PERSIANO, *Trust esteri e applicazione delle norme di conflitto tra modello inglese e modello internazionale*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2019, 369 ss.; REALI, *I trusts, gli atti di assegnazione di beni. I trusts e la Convenzione dell'Aja*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017, 398 ss.; TONOLO, in CONETTI-TONOLO-VISMARA, *Manuale di diritto internazionale privato*, Giappichelli, Torino, 2013, 255; UBERTAZZI, *La capacità delle persone fisiche relativa al trust nel diritto internazionale privato*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2008, 25 ss.; CONTALDI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, Milano, 2001; SALVATORE, *Il trust. Profili di diritto internazionale e comparato*, Padova, 1996.

Convenzione dell'Aja non si occupa invece di giurisdizione in materia di trust, in quanto una disciplina al riguardo era già contenuta nella Convenzione di Bruxelles del 1968, ed ora nel Reg. Bruxelles I *bis*.

(337) Le fonti in materia di diritti reali sono estremamente **eterogenee**.

Panoramica
delle fonti

A livello interno, la **l. 218/1995** detta una norma sulla giurisdizione e la disciplina di conflitto generale in materia di diritti reali; il d.lgs. 30/2005 (**codice della proprietà industriale**) regola la giurisdizione per i titoli di proprietà industriale mentre le disp. prel. del **codice della navigazione** dettano la disciplina di conflitto di navi ed aeromobili; per quanto non disposto trovano applicazione anche ai diritti reali le **regole ordinarie** in tema di giurisdizione e riconoscimento/esecutività.

Per quanto riguarda le principali fonti sovranazionali, la **Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985**, ratificata in Italia con l. 364/1989 disciplina la legge applicabile al *trust*, mentre il **Reg. Bruxelles I *bis*** detta norme specifiche sulla giurisdizione in materia di diritti reali che modificano e integrano quelle che in precedenza erano contenute nella Convenzione di Bruxelles e che sono state riprese nella parallela **Convenzione di Lugano II**.

È inoltre necessario considerare che **speciali categorie di beni sono sottoposte a particolari regolamentazioni**, di fonte comunitaria o convenzionale, la cui specifica trattazione esula dagli obiettivi della presente opera. Ciò vale, in particolare, per le opere d'arte e i beni culturali, la c.d. proprietà intellettuale (oggetto di vari regolamenti, direttive comunitarie e convenzioni internazionali [*infra*, n. 350]), i mezzi di trasporto di massa (navi, aeromobili, e treni) e gli oggetti lanciati nello spazio.

2. Giurisdizione

(338) Mentre il tema del riconoscimento e dell'esecutività degli atti e dei provvedimenti stranieri in materia di diritti reali è sottoposto alla disciplina comune, sono dettate alcune specifiche regole di giurisdizione, di fonte interna e unionale, di cui di seguito ci occuperemo.

Le regole
sulla
giurisdizione

A queste si aggiungono le regole contenute nelle fonti sovranazionali relative a materie particolari di cui si è detto nel paragrafo precedente, il cui esame è riservato alle trattazioni specialistiche ⁽⁴⁾.

L'unica specifica disposizione sulla giurisdizione contenuta nella l. 218/1995 in materia di diritti reali è quella dell'art. 5, secondo cui la

⁽⁴⁾ V., ad es., SEATZU, *La disciplina della giurisdizione nel regolamento CE n. 6/2002 sui disegni e modelli comunitari*, in RDIPP, 2004, 1279.

giurisdizione italiana non sussiste rispetto ad azioni reali aventi ad oggetto **immobili siti all'estero** [*infra*, n. 448].

Per quanto non specificamente disposto si applicano anche ai diritti reali le regole di giurisdizione di carattere generale che verranno esaminate nel capitolo IX.

Così, sussiste la giurisdizione italiana in base al foro del convenuto previsto dal Reg. Bruxelles I *bis*, per l'azione di accertamento dell'acquisto *a non domino* di un autoveicolo, proposta dal possessore che ne abbia effettuato l'acquisto in Germania da un rivenditore autorizzato, contro un soggetto domiciliato in Italia che affermi di vantare un titolo di proprietà anteriore e di avere subito il furto dell'auto in epoca precedente all'acquisto effettuato in Germania dal possessore ⁽⁵⁾.

Il Reg. Bruxelles I *bis* detta alcuni criteri di giurisdizione che si applicano anche quando non ricorre il presupposto di applicabilità del Regolamento costituito dall'avere il convenuto domicilio in uno Stato UE, o perché sono criteri esclusivi (che prescindono da tale presupposto [*infra*, n. 438]) o perché rientrano nel richiamo dell'art. 3 della l. 218/1995 alla Convenzione di Bruxelles, oggi da intendersi al Regolamento [*infra*, n. 430].

La regola generale e più importante è quella dell'art. 24, n. 1 del Reg. Bruxelles I *bis* che contempla un criterio di giurisdizione esclusivo in materia di **diritti reali su beni immobili** attribuendo la **competenza ai giudici dello Stato in cui l'immobile è situato** ma solo se il bene si trova in uno Stato dell'UE.

La Corte di Giustizia ha chiarito che la disposizione non concerne tutte le azioni relative a diritti reali immobiliari, ma solo le azioni che “tendono a determinare **l'estensione o la consistenza dei diritti reali e del possesso** di beni immobili o ad assicurare al suo titolare le prerogative derivanti dal titolo” ⁽⁶⁾.

Così le controversie su obbligazioni relative a beni immobili sono assoggettate alle norme sulla giurisdizione in materia di obbligazioni contrattuali [*infra*, nn. 356 ss.]: il principio è stato affermato, ad esempio, con riferimento all'azione per la risoluzione di un contratto di compravendita immobiliare e il risarcimento dei danni ⁽⁷⁾ e all'azione di annullamento di una donazione immobiliare ⁽⁸⁾. La Relazione Schlosser (una delle relazioni esplicative della Convenzione di Bruxelles, utilizzabile anche per i Regolamenti che l'hanno sostituita) precisa che anche

⁽⁵⁾ Trib. Ivrea. Termine estratto capitolo

€ 34,00
024221485

ISBN 978-88-28-85940-6



9 788828 859406