

Capo VI

***Protezione degli incapaci  
e obblighi alimentari***

di Sara Tonolo



## ART. 42

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

*La protezione dei minori è in ogni caso regolata dalla Convenzione de L'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.*

*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.*

SOMMARIO: 1. Osservazioni generali. – 2. Ambito d'applicazione della disciplina: estensioni operate dall'art. 42. – 3. Aspetti sottratti alla disciplina dell'art. 42: incapacità e patria potestà. – 4. Definizione della nozione "misure tendenti alla protezione della persona del minore o dei suoi beni". – 5. La disciplina della protezione dei minori nell'ambito della Convenzione de L'Aja del 1961: coincidenza tra *forum* e *ius*. – 6. Operatività della legge nazionale del minore. – 7. Problemi di coordinamento: competenza ad adottare le misure protettive del minore. – 8. Il caso dei minori pluricittadini. – 9. Provvedimenti adottati in sede di separazione e divorzio. – 10. Il riconoscimento delle misure di tutela dei minori.

**Legislazione** L. 31.5.1995, n. 218 – l. 4.5.1983, n. 184 – l. 27.5.1991, n. 175, esecuzione Conv. New York 20.1.1989 sui diritti del fanciullo – l. 15.1.1994, n. 64, esecuzione Conv. L'Aja 5.10.1961 concernente la competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione dei minori, artt. 1-11, e Conv. L'Aja 28.5.1970, relativa al rimpatrio dei minori, e Conv. Lussemburgo 20.5.1980 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento, e Conv. L'Aja 25.10.1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori – Reg. (CE) 1347/2000 del Consiglio, del 29.5.2000, relativo alla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i genitori – Reg. (CE) 2201/2003 del Consiglio del 27.11.2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, art. 12.3.

**Bibliografia** De Steiger 1960 – Droz 1973 – Verwilghen e Van Houtte 1980 – Batiffol e Lagarde 1983 – Siehr 1990 – Lequette 1994 – Bonomi 1995 – Mori 1995 – Franchi 1996 – Honorati 1996a – Pasqualis 1996 – Picone 1996 – Fioravanti 1997 – Franchi 1997 – Mosconi 1997b – Picone 1998 – Ballarino 1999 – Bonomi 2001 – Davi 2002 – Montanari 2002 – Biagioni 2004 – De Cesari 2005 – Mosconi e Campiglio 2006.

### 1. Osservazioni generali

La l. 218/1995 innova profondamente la regolamentazione previgente in tema di tutela degli incapaci (art. 21 disp. prel. c.c.), prevedendo le norme dell'art. 42 in materia di protezione dei minori, e degli artt. 43 e 44 per le fattispecie relative alla protezione dei maggiori d'età.

Relativamente alla tutela dei minori, l'art. 42 richiama la Convenzione de L'Aja del 5.10.1961 (in vigore per l'Italia soltanto a far data dal 22.4.1995), estendendone l'ambito d'applicazione, tramite il richiamo ad essa operato "**in ogni caso**".

In questo modo la nuova legge italiana di diritto internazionale privato mira a disciplinare alcuni istituti in maniera unitaria. Tuttavia le disposizioni contenute negli artt. 42, 45, 57 e 59 hanno – come si vedrà (v. *infra*, sub artt. 45, 57 e 59) – portata diversa, in quanto solo la Convenzione di Roma del 1980 in materia di obbligazioni contrattuali e la Convenzione de L'Aja del 1973 in tema di obbligazioni alimentari sono applicabili *erga omnes*. Pertanto, mentre in relazione a queste ultime Convenzioni è sufficiente il riferimento all'espressione "in ogni caso" per operare un'estensione materiale della disciplina convenzionale, nelle altre due ipotesi il richiamo in questione è completato da specifiche disposizioni dirette ad illustrare le più estese possibilità di applicazione delle Convenzioni in esame (Picone 1998, 226 ss.).

Il richiamo della Convenzione de L'Aja del 1961 da parte dell'art. 42 è stato criticato in dottrina (Bonomi 1995, 610 ss.; Honorati 1996a, 210), dal momento che la Convenzione de L'Aja – all'epoca dell'entrata in vigore della l. 218/1995 – era oggetto di revisione in sede internazionale. Infatti una **nuova Convenzione** concernente la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità dei genitori e di misure di protezione dei minori è stata adottata dalla Conferenza de L'Aja in data 19.10.1996, ed è destinata a sostituire la Convenzione de L'Aja del 1961, secondo quanto prevede l'art. 30 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati. È ipotizzabile pertanto che, quando la nuova Convenzione entrerà in vigore per l'Italia, l'art. 42 dovrà essere sottoposto a modifica legislativa (Franchi 1996, 1260; Mosconi 1997b, 77; Picone 1998, 223).

### 2. Ambito d'applicazione della disciplina: estensioni operate dall'art. 42

L'art. 42 estende l'operatività della Convenzione de L'Aja del 5.10.1961, sia per quanto riguarda l'ambito d'applicazione **soggettivo** della disciplina dalla stessa prevista, sia relativamente al raggio d'azione **oggettivo** della medesima.

I limiti soggettivi dell'ambito d'applicazione della Convenzione in esame vengono infatti superati dalla norma secondo cui:

«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»

(art. 42, 2° co., l. 218/1995).

Ciò in conformità a quanto prevedono, tra l'altro, la Convenzione di New York del 20.1.1989 sui diritti del fanciullo, in vigore per l'Italia dal 5.10.1991, e la Convenzione de L'Aja del 19.10.1996 sulla protezione dei minori (Mosconi e Campiglio 2006, 29). Ai fini della qualificazione dello *status* di minore rileva pertanto solo la disciplina prevista dalla legge nazionale dello stesso, corrispondendo così anche alla regolamentazione dell'art. 23, 1° co., l. 218/1995 (v. in tal senso Trib. Como, decr. 21.10.2003, *RIPP*, 2004, 1032 ss.).

L'ampliamento dell'ambito d'applicazione oggettivo discende invece dal richiamo "in ogni caso" alla Convenzione del 1961; dato che l'estensione *ratione personae* è già consentita grazie alla disposizione dell'art. 42, 2° co., non si vedrebbe quale significato attribuire all'espressione "in ogni caso" di cui all'art. 42, 1° co., se non la possibilità di regolare, tramite essa, le fattispecie materiali che di per sé sarebbero escluse dall'operatività della Convenzione, come ad es. la curatela dei minori emancipati (Franchi 1996, 1242; Honorati 1996a, 211).

### **3. Aspetti sottratti alla disciplina dell'art. 42: incapacità e patria potestà**

Appare tuttavia opportuno sottolineare che l'ampliamento dell'ambito di applicazione oggettivo della Convenzione del 1961 non consente in alcun modo di estendere la disciplina dalla stessa prevista ai **presupposti** della protezione dei minori: l'incapacità a causa della minore età e il venir meno della patria potestà (a causa ad es. della morte dei genitori o della decadenza).

Per quanto concerne, infatti, l'accertamento dell'incapacità del minore, appare sicura la riconducibilità delle medesima alle questioni attinenti alla capacità delle persone (Bonomi 1995, 618; Franchi 1996, 1243), e dunque all'art. 23. Relativamente poi all'assenza della patria potestà dei genitori, si può ritenere che anche questo aspetto debba essere sottratto alla disciplina dell'art. 42, per ricadere invece nell'ambito di applicazione della legge regolatrice dei rapporti tra genitori e figli (Honorati 1996a, 213), e quindi della legge nazionale del figlio in base all'art. 36. Tale questione assume peraltro un rilievo meramente teorico (Bonomi 1995, 624; Pasqualis 1996, 150; Mosconi 1997b, 62),

dal momento che si perverrebbe alla medesima disciplina anche seguendo la diversa interpretazione suggerita da parte della dottrina, secondo cui l'accertamento dell'assenza della patria potestà dei genitori rientra nei "rapporti d'autorità risultanti di pieno diritto" di cui all'art. 3 della Convenzione de L'Aja del 1961 (Bonomi 1995, 620).

Sono infine sottratte all'operatività della disciplina in esame le questioni che risultano già regolate da altre disposizioni, come ad es. quelle relative all'adozione (v. *supra*, sub artt. 38-41) oppure quelle inerenti alla materia alimentare (v. *infra*, sub art. 45).

#### **4. Definizione della nozione "misure tendenti alla protezione della persona del minore o dei suoi beni"**

Rientrano invece nell'ambito d'applicazione oggettivo dell'art. 1 della Convenzione de L'Aja del 1961, come richiamata dall'art. 42, le "misure tendenti alla protezione della persona del minore o dei suoi beni". Al riguardo vi è da sottolineare l'opportunità di attribuire a tale nozione – in conformità a quanto prevede la Relazione alla Convenzione (de Steiger 1960, 220) – una qualificazione funzionale, autonoma rispetto a quella ricavabile sulla base delle singole legislazioni degli Stati membri (Honorati 1996a, 213). Ciò allo scopo di conferire alla norma una portata ampia, che riguardi tutti i tipi di attività e di provvedimenti rivolti in qualsiasi maniera a regolare o sottoporre a controllo la sfera personale e patrimoniale del minore, ad eccezione delle misure di diritto penale (Pasqualis 1996, 148). In realtà occorre rilevare che la Convenzione rinvia alle legislazioni dei vari Stati contraenti, ai sensi dell'art. 2, 2° co., per determinare le misure concretamente idonee a venire in rilievo (Picone 1998, 598; Siehr 1990, 1204 ss.).

Per quanto riguarda gli istituti di **protezione del minore**, si è rilevato che vi rientrano ad es. la tutela, la sua instaurazione, la decadenza, nonché i provvedimenti diretti a proteggere il minore nei confronti dei genitori, come ad es. l'allontanamento del minore dalla casa familiare, la pronuncia della decadenza del genitore dall'esercizio della potestà (Bonomi 1995, 627; Mosconi 1997b, 62). Si è ad es. ritenuto che rientrano nell'ambito d'applicazione dell'art. 42 i provvedimenti di cui all'art. 333 c.c., che, seppur incidendo sulla potestà parentale, hanno come precipua funzione la protezione del minore (Cass. Sez. U. 9.1.2001, n. 1, *RIPP*, 2002, 128 ss. e su di essa v. Montanari 2002, 99).

Sono inoltre riconducibili all'ambito d'applicazione dell'art. 42 le misure relative ai figli minori che vengono assunte in sede di separazione personale o di divorzio dei genitori; ciò in considerazione del fatto che l'Italia non si è avvalsa della facoltà, prevista dall'art. 15 della Convenzione, di creare una competenza speciale per le misure attinenti ai minori (affidamento e diritto di

visita per il coniuge non affidatario), c.d. “foro del divorzio” (Droz 1973, 631; Bonomi 1995, 628; Franchi 1997, 48 ss.; Mosconi e Campiglio 2006, 31).

Relativamente agli istituti di **protezione dei beni del minore**, la disciplina in esame si applica a numerose fattispecie, quali ad es. le autorizzazioni dell'autorità giurisdizionale in ordine alla vendita, alla divisione, all'accettazione dei beni del minore, nonché i pareri del giudice tutelare nell'ambito dei procedimenti successori, e la rimozione del genitore dall'amministrazione dei beni del figlio (Mosconi 1997b, 62). Non pare invece possibile estendere l'operatività della disciplina di cui all'art. 42 alle ipotesi in cui il patrimonio del minore sia costituito in *trust*. Ciò in considerazione del fatto che in questo caso la particolarità dell'istituto patrimoniale è maggiormente caratterizzante rispetto alla finalità di protezione del minore.

### **5. La disciplina della protezione dei minori nell'ambito della Convenzione de L'Aja del 1961: coincidenza tra forum e ius**

Il richiamo alla Convenzione de L'Aja del 1961, ad opera dell'art. 42 consente di disciplinare in maniera uniforme giurisdizione e legge applicabile in materia.

Infatti l'**art. 1** determina la competenza delle autorità giurisdizionali dello Stato di residenza abituale del minore e l'**art. 2** stabilisce che “le autorità competenti ai sensi dell'articolo 1 adottano le misure previste dalla loro legislazione interna”. In maniera analoga dispongono gli **artt. 4 e 5** della Convenzione che individuano come criterio di giurisdizione e come criterio di collegamento la cittadinanza del minore. Si realizza così la piena coincidenza tra *forum* e *ius*, “pietra angolare” della Convenzione (Lequette 1994, 54), rivolta a risparmiare alle autorità competenti tutte le difficoltà normalmente connesse con l'applicazione del diritto straniero (de Steiger 1960, 226).

Pertanto, per quanto concerne il nostro ordinamento, la giurisdizione italiana sussiste se il minore ha la residenza in Italia, indipendentemente dalla sua nazionalità (art. 1), anche in ordine alle misure assunte in caso di minaccia alla persona del minore o ai beni dello stesso, oppure in via subordinata se il minore ha la cittadinanza italiana (artt. 4 e 5). Alcuni problemi possono sorgere, in relazione al criterio della residenza abituale, nel caso di sottrazione illecita di un minore, che venga trasferito in uno Stato diverso da quello in cui risiede con il genitore che esercita la potestà o al quale è stato affidato. Anche in questa ipotesi, tuttavia, si ritiene che il minore possa acquistare la residenza abituale nel nuovo Stato se quest'ultimo diventa il centro dei suoi affetti ed interessi (Ballarino 1999, 497).

## 6. Operatività della legge nazionale del minore

Accanto al principio di coincidenza tra *ius e forum*, occorre inoltre ricordare la presenza, nell'ambito della Convenzione del 1961, di norme ispirate da criteri di collegamento diversi.

L'art. 3 prevede infatti che i rapporti di autorità costituiti di pieno diritto (quali ad es. la potestà parentale e la tutela di cui sia investito *ex lege* il genitore superstite o un ascendente, la tutela esercitata di diritto da un ente pubblico sui minori nati fuori del matrimonio) siano regolati dalla legge nazionale del minore. Si tratta pertanto di una vera e propria norma di conflitto, in base alla quale i rapporti d'autorità *ex lege* sono regolati dalla legge nazionale del minore, anche qualora non sussista la necessità di adottare misure protettive dative ai sensi dell'art. 1 o dell'art. 4 della Convenzione (Droz 1973, 612; Batiffol e Lagarde 1983, 129; Bonomi 1995, 622).

È stato peraltro oggetto di **dibattito dottrinale** il coordinamento tra la norma in esame e l'art. 1 della Convenzione del 1961, essendo incerto se l'esistenza di un rapporto d'autorità escluda sempre e comunque la competenza delle autorità dello Stato di residenza del minore (Droz 1973, 616), ovvero se queste ultime, nonostante il dettato letterale della Convenzione, restino libere di adottare, al di fuori di situazioni di pericolo o di urgenza, i provvedimenti protettivi necessari che abbiano l'effetto di estinguere o di modificare i rapporti d'autorità (Bonomi 1995, 640). Pare tuttavia preferibile una terza interpretazione, intermedia rispetto a queste due: la modifica o l'estinzione dei rapporti *ex lege*, in linea di principio vietate, potrebbero essere legittimate dalla tutela degli interessi del minore (Lequette 1994, 86). Le autorità dello Stato di residenza del minore adottano dunque le misure protettive ivi previste, tenendo conto però del rapporto d'autorità costituito e dunque intervenendo solo qualora tale rapporto non garantisca un'adeguata protezione al minore (Ballarino 1999, 498).

## 7. Problemi di coordinamento: competenza ad adottare le misure protettive del minore

L'art. 4 stabilisce poi che lo Stato nazionale del minore adotti misure concernenti il minore, se il solo interesse di quest'ultimo lo richieda, dopo aver informato le autorità dello Stato di residenza abituale del minore, allo scopo di evitare conflitti positivi di competenza e di garantire l'efficacia delle misure adottate dallo Stato nazionale (Bonomi 1995, 642). Tali provvedimenti prevalgono su quelli disposti precedentemente nello Stato di residenza del minore (art. 4, 4° co.), in caso di "serio pericolo" per la persona del minore o per i suoi beni (art. 8, 1° co.), e restano in vigore anche in caso di successivo trasferimen-



to della residenza abituale in un altro paese (art. 5, 3° co.). Essi godono inoltre della riconoscibilità prevista dall'**art. 7** della Convenzione, che prevede invece la possibilità di esecuzione degli stessi secondo le regole in vigore nello Stato di esecuzione (sul punto v. *infra*, par. 10).

Relativamente alle misure protettive adottate nello **Stato di residenza** del minore, è opportuno notare che le autorità degli altri Stati contraenti non sono tenute a riconoscere tali misure (art. 8, 2° co.); al contrario l'**art. 9** assicura un minimo di coordinamento per quanto concerne le misure d'urgenza, prevedendo che le autorità di ogni Stato contraente sul cui territorio si trovi un minore o un bene di sua proprietà prenderanno le misure di protezione necessarie e che tali misure cesseranno, salvi i loro effetti definitivi, non appena le autorità nazionali o quelle della residenza abituale avranno adottato le misure richieste dalla situazione. Tale diversità di disciplina evidenzia pertanto – come rilevato in dottrina (Mosconi e Campiglio 2006, 33 s.) – la necessità di distinguere le misure soggette al regime di cui all'art. 8 (misure protettive non urgenti, quale ad es. la decadenza dalla patria potestà) da quelle regolate dall'art. 9 (provvedimenti d'urgenza).

Il coordinamento tra le autorità dello Stato di cui il minore è cittadino e quelle del paese di residenza del minore è assicurato poi da altre disposizioni della Convenzione del 1961. Da un lato infatti gli **artt. 10 e 11** impongono obblighi di informazione, dall'altro gli **artt. 4 e 6** prevedono la necessità di ricercare un accordo tra le autorità dei due paesi allo scopo di realizzare la continuità del regime applicato al minore e la non contraddittorietà delle misure adottate (Verwilghen e Van Houtte 1980, 415; Honorati 1996a, 214). Ciò in considerazione del fatto che la Convenzione si basa su un delicato sistema di competenze concorrenti, che deve essere coordinato in vista del raggiungimento della finalità di protezione dei minori (Mosconi 1997b, 67).

## **8. Il caso dei minori pluricittadini**

Ulteriori problemi di **coordinamento** si possono poi verificare, nell'ordinamento italiano, in relazione ai minori pluricittadini, a causa del richiamo del collegamento della cittadinanza da parte degli artt. 3 e 4 della Convenzione del 1961 (Lagarde 1989a, 531 ss.), che però non risolve espressamente il problema dei soggetti titolari di più cittadinanze (de Steiger 1960, 238), e della disposizione dell'art. 19, che prevede in generale per i soggetti pluricittadini l'operatività della cittadinanza più effettiva, salva comunque la prevalenza di quella italiana, nel caso in cui essa sussista.

A questo riguardo, si rileva che l'operatività della cittadinanza italiana potrebbe condurre all'operatività del nostro ordinamento anche in assenza di un legame effettivo con esso, vanificando così l'obiettivo della tutela del minore, perseguito dalla Convenzione del 1961. Si rischierebbe infatti di considerare il collegamento con lo Stato nazionale come un limite all'intervento dello Stato

di residenza, o all'adozione di misure protettive da parte del Paese in cui il minore si trova. Allo scopo di realizzare l'obiettivo della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, ed assicurare ad ogni minore le condizioni necessarie per il suo benessere (Fioravanti 1997, 401 ss.), sembra pertanto opportuno seguire una diversa soluzione per il coordinamento delle disposizioni degli artt. 3 e 4 della Convenzione del 1961 con l'art. 19, privilegiando l'operatività della cittadinanza effettiva del minore, dedotta sulla base di indizi concreti, quale ad es. la coincidenza di cittadinanza e residenza, oppure il legame con il genitore che esercita la patria potestà nel momento in cui il problema si pone (come ritenuto da Cass. Sez. U. 9.1.2001, n. 1, *RIPP*, 2002, 128 ss.).

### **9. Provvedimenti adottati in sede di separazione e divorzio**

Infine alcune difficoltà applicative possono sorgere in ordine alle misure adottate nei confronti dei minori, in sede di separazione personale o di divorzio dei genitori, sottoposte nell'ordinamento italiano, come si è visto (v. *supra*, par. 6), alla disciplina dell'art. 42, in considerazione del fatto che l'Italia non si è avvalsa della riserva di cui all'art. 15 della Convenzione (Picone 1998, 589 ss.).

A tale riguardo, è stato rilevato il problema del coordinamento di questa disposizione con l'**art. 32 della l. 218/1995** (Franchi 1997, 49 ss.; Mori 1995, 1248).

L'art. 32 prevede infatti criteri di giurisdizione diversi rispetto a quelli di cui all'art. 42, con due eccezioni: la cittadinanza, che, richiamata dall'art. 32 in relazione a uno dei coniugi, si trasmette comunque al figlio e dunque può dirsi coincidente con la disposizione dell'art. 4 della Convenzione del 1961; la residenza del convenuto, richiamata dall'art. 32 così come prevista dall'art. 3, nelle ipotesi in cui essa corrisponda al concetto di residenza abituale del minore, di cui all'art. 1 della Convenzione del 1961. Pare tuttavia che i provvedimenti relativi ai **figli minori** che si rendano necessari a seguito dell'annullamento del matrimonio, della separazione personale o del divorzio dei genitori o anche nel corso della relativa procedura (v. Trib. Rovigo, decr. 12.11.2003, *FD*, 2004, 179) rientrano nell'ambito d'applicazione della Convenzione del 1961 e dunque il giudice italiano competente in materia può adottare i provvedimenti previsti dal diritto italiano nei confronti di figli minorenni residenti in Italia; in maniera analoga, il riconoscimento dei provvedimenti stranieri sarà possibile solo se adottati dal giudice dello Stato di residenza dei minori, eventualmente investito della causa matrimoniale (Mosconi e Campiglio 2006, 31 s.).

In tale contesto occorre inoltre ricordare la disciplina prevista dal **Regolamento (CE) 2201/2003** del 27.11.2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia

di responsabilità genitoriale (*G.U.U.E.* 23.12.2003, n. L. 338, 1-29) in vigore dall'1.3.2005, e noto come Regolamento Bruxelles II-bis" perché sostituisce il "Regolamento Bruxelles II", ovvero il Regolamento 1347/2000 del 29.5.2000 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi (*G.U.C.E.* 30.6.2000, n. L 160, 19-29, in vigore dall'1.3.2001), così denominato in quanto rivolto a riformulare il contenuto della Convenzione, relativa alle stesse materie (c.d. Bruxelles II, *G.U.C.E.* 26.1.1998, C 27, 1-19, quale ideale continuazione della Convenzione di Bruxelles del 27.9.1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale), che il Consiglio aveva adottato il 28.5.1998, raccomandandone agli Stati membri l'approvazione secondo le proprie norme costituzionali, e mai entrata in vigore (si v. in generale Bonomi 2001, 298 ss.; Davì 2002, 861 ss.; Biagioni 2004, 991 ss.; De Cesari 2005, 41 e ss.).

In considerazione del fatto che il Regolamento Bruxelles II-bis si applica ai procedimenti civili relativi alla responsabilità genitoriale, i criteri di giurisdizione dedotti dal coordinamento tra l'art. 32 e l'art. 42 l. 218/1995 sono dunque destinati ad avere efficacia residuale, rispetto ai criteri di cui agli art. 8 e ss. del Regolamento (per un caso in cui si è affermata tale residualità, privilegiando l'operatività dell'art. 12, par. 3 del Regolamento Bruxelles II bis: Trib Brindisi 1.8.2006, *RIPP*, 2007, 438 ss).

Un problema futuro riguarderà il coordinamento tra i criteri di giurisdizione previsti da tale Regolamento e i criteri fissati dalla Convenzione de L'Aja del 19.10.1996, nel momento in cui essa diventerà applicabile nell'ordinamento italiano.

## **10. Il riconoscimento delle misure di tutela dei minori**

La Convenzione del 1961 prevede anche che i provvedimenti di tutela dei minori siano riconosciuti in tutti gli Stati contraenti (art. 7). È tuttavia dibattuta l'applicabilità della norma dell'art. 7 della Convenzione del 1961, in base al richiamo operato dall'art. 42 a quest'ultima Convenzione.

Parte della dottrina ritiene infatti che la norma in esame sia applicabile nell'ordinamento italiano, al di là del dettato letterale, in base all'interpretazione teleologica che attribuisce rilievo allo scopo di tutela del minore perseguito sia dalla Convenzione che dalla disposizione dell'art. 42 (Honorati 1996a, 215; Mosconi 1997b, 63 ss.; Mosconi e Campiglio 2006, 32). In questo modo la regola generale dell'art. 7 riceverebbe applicazione anche in ordine ai provvedimenti assunti da autorità di Stati che non hanno ratificato la Convenzione del 1961.

Si verrebbe così a creare un sistema di riconoscimento dei provvedimenti adottati in materia di protezione dei minori differente da quello previsto dalla

**Convenzione di Lussemburgo del 20.5.1980**, relativa al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento, in vigore per l'Italia a far data dall'1.6.1995, e suscettibile di applicazione, secondo altra parte della dottrina per l'esecuzione delle misure protettive straniere (Bonomi 1995, 650; Franchi 1996, 1259; Picone 1998, 234 s.).

## ART. 43

### *Protezione dei maggiori di età*

*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.*

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. – 2. Ambito d'applicazione. – 3. Il criterio di collegamento della cittadinanza. – 4. Fattispecie problematiche. – 5. Limiti all'operatività del collegamento della cittadinanza: il rinvio e le misure provvisorie e urgenti. – 6. Applicabilità della legge italiana.

**Legislazione** L. 31.5.1995, n. 218 – I. svizzera 18.12.1987 sul diritto internazionale privato, art. 85.2 – I. 9 gennaio 2004, n. 6, relativa all'amministrazione di sostegno.

**Bibliografia** Dutoit 1967 – Lequette 1976 – Conetti 1991 – Picone 1994 – Franchi 1996 – Honorati 1996a – Picone 1998 – Ballarino 1999 – Bucher 2000 – Lagarde 2000 – Seatzu 2001 – Ricci 2004 – Mosconi e Campiglio 2006 – Ubertazzi 2006.

#### **1. Osservazioni introduttive**

Anteriormente all'entrata in vigore della legge italiana di diritto internazionale privato, la protezione dei maggiori di età veniva regolata, analogamente alla tutela dei minori, dall'art. 21 disp. prel. c.c. che richiamava al riguardo la legge nazionale dell'incapace (Conetti 1991, 94). Tale soluzione è seguita anche dall'art. 43; ad una prima lettura della norma parrebbe pertanto che la riforma del diritto internazionale privato italiano non abbia introdotto alcuna innovazione in materia.

In realtà il mantenimento del criterio di collegamento della cittadinanza non esclude l'esistenza di rilevanti **modifiche** nella disciplina complessiva della materia, modifiche concernenti sia la nozione di soggetto incapace cui la norma si riferisce, sia la tipologia di misure che possono essere adottate a tutela dell'incapace. È evidente allora che il giudice italiano risulta essere competente non solo in ordine all'organizzazione di tutela e curatela, ma anche in ordine a provvedimenti di tipo diverso, quali ad es. ricoveri in ospedali o in centri specializzati in relazione al tipo di menomazione di cui è affetto l'incapace (Franchi 1996, 1265).

## 2. *Ambito d'applicazione*

Un'innovazione significativa della disciplina della tutela riguarda inoltre l'ambito d'applicazione della norma in commento, che riguarda

«i presupposti e gli effetti delle misure di protezione degli incapaci»  
(art. 43, l. 218/1995).

Tra i **presupposti** della tutela, la dottrina (Franchi 1996, 1265) ha individuato sia elementi di fatto (referto o certificato medico indicante la diagnosi medica relativa alla menomazione), sia provvedimenti giudiziari assunti nello Stato di nazionalità dell'incapace o riconosciuti in questo Paese, e suscettibili di essere modificati o integrati dal giudice italiano secondo quanto prevede l'art. 44, 2° co. Rientrano inoltre nell'ambito d'applicazione della norma in esame gli **effetti** della tutela e cioè i rapporti personali ed economici derivanti dalla misura adottata: l'organizzazione degli istituti di protezione, i criteri da seguire nella scelta del tutore, del curatore e dei motivi di esonero dall'ufficio, i poteri che il tutore può esercitare e le responsabilità nelle quali incorre (Honorati 1996a, 219; Franchi 1996, 1266). Sono infine riconducibili all'ambito di applicazione dell'art. 43 alcuni nuovi istituti di protezione degli incapaci, quali il **mandat d'inaptitude**, ovvero il mandato in previsione della propria incapacità, previsto e regolato da molti ordinamenti giuridici, e soggetto a una prima regolamentazione sostanziale anche in Italia con la l. 9.1.2004, n. 6, relativa all'amministrazione di sostegno, o il **testamento biologico**, atto unilaterale con cui la persona determina il trattamento da riservare al proprio corpo, generalmente dal momento in cui l'interessato diventa incapace di manifestare il proprio consenso a determinati interventi medici (sul punto v. in generale Ubertazzi 2006, 198 ss.).

## 3. *Il criterio di collegamento della cittadinanza*

La previsione del collegamento della cittadinanza, in tema di tutela degli incapaci, appare teoricamente idonea a realizzare la disciplina uniforme della capacità e delle conseguenze dell'assenza della medesima. Tale coincidenza può tuttavia venire meno in seguito al **mutamento di cittadinanza** del soggetto, della cui tutela si tratta. La variabilità del criterio in esame può inoltre comportare problemi di coordinamento tra la legge in base alla quale viene costituita la tutela, l'interdizione, l'inabilitazione e quella che, in seguito, ne detta la disciplina, disponendone ad es. la cessazione per il conseguimento della maggiore età o dell'emancipazione (Lequette 1976, 42 ss.).

Problemi particolari sono stati ipotizzati in dottrina in ordine all'applicazione del collegamento della cittadinanza relativamente alle ipotesi degli incapaci titolari di **doppia cittadinanza** (Franchi 1996, 1266). Si è rilevato, infatti, che la scelta della legge dello Stato con cui l'incapace ha il collegamento

più stretto ai sensi dell'art. 19, 2° co., potrebbe pregiudicare l'applicazione di una misura protettiva, analogamente a quanto accadrebbe qualora si attribuisse operatività alla legge italiana, interpretando restrittivamente gli istituti di protezione previsti dal nostro ordinamento.

Nelle ipotesi in cui il collegamento della cittadinanza richiami un ordinamento plurilegislativo si applica la norma dell'**art. 18** (su cui v. Ricci 2004).

#### **4. Fattispecie problematiche**

Ulteriori incertezze si possono poi presentare nel caso in cui la legge nazionale dell'incapace, o quella da quest'ultima richiamata a seguito del rinvio, preveda **misure di protezione sconosciute** nell'ordinamento italiano (ad es. ricoveri coatti nella terapia delle tossicodipendenze) e il giudice italiano, titolare di giurisdizione pressoché illimitata in materia, sulla base di quanto dispone l'art. 44 (v. *infra*, sub art. 44), si trovi così costretto ad applicare istituti ignoti. Ciò in considerazione del fatto che, in ordine alla protezione dei maggiorenni, non è stata seguita, né la disciplina prevista dalla Convenzione de L'Aja del 1961, diretta ad assicurare la coincidenza tra *forum* e *ius* (Honorati 1996a, 219; Franchi 1996, 1267), né la soluzione suggerita in passato dalla dottrina che distingueva tra questioni di fondo sottoposte alla legge nazionale e questioni di forma regolate dalla *lex fori* (Dutoit 1967, 476 ss.).

Tale problema potrà però essere risolto con la ratifica da parte dell'Italia della **Convenzione de L'Aja del 13.1.2000** sulla protezione internazionale degli adulti, non ancora internazionalmente in vigore. La Convenzione segue il principio della coincidenza tra *forum* e *ius* (Bucher 2000, 37 ss.; Lagarde 2000, 172; Seatzu 2001, 1227 ss.; Mosconi e Campiglio 2006, 37).

#### **5. Limiti all'operatività del collegamento della cittadinanza: il rinvio e le misure provvisorie e urgenti**

Un limite generale all'operatività del collegamento della cittadinanza può essere rappresentato dal **rinvio** eventualmente disposto dalla legge nazionale alla legge italiana oppure alla legge di uno Stato terzo, ad es. lo Stato di residenza, qualora quest'ultimo si ritenga competente a disciplinare la fattispecie.

Ciò potrebbe accadere ad es. relativamente alla protezione di un cittadino svizzero residente in Italia, per la disciplina della quale l'art 43 conduce all'operatività della legge svizzera. Tuttavia l'art. 85, 2° co., della legge svizzera di diritto internazionale privato dispone l'applicazione analogica delle norme della Convenzione de L'Aja del 1961, il cui art. 1 prevede la competenza delle autorità e della legge dello Stato di residenza abituale dell'incapace. Dunque, nel caso ipotizzato, il giudice italiano potrà ritenere competente la legge italiana (Ballarino 1999, 504).

Il limite speciale all'applicazione della legge nazionale dell'incapace è contenuto nell'ultima parte dell'art. 43, in cui si prevede che il giudice italiano possa dare attuazione alla legge italiana, nelle ipotesi in cui debba adottare delle misure provvisorie e urgenti di protezione dei beni o della persona dell'incapace, quali ad es. gli interventi sostitutivi nell'interesse del singolo individuo, nascenti dall'impossibilità dell'incapace di curare i propri interessi, ivi compreso quello della propria salute (Franchi 1996, 1267).

### **6. Applicabilità della legge italiana**

Un punto controverso riguarda invece le ragioni che giustificano la disposizione dell'art. 43, 2° co.

Da un lato, vi è l'orientamento di quanti affermano che in questo caso il richiamo della legge italiana è sancito non tanto in considerazione del suo contenuto o dei suoi legami con la fattispecie, ma solo allo scopo di evitare complicazioni e ritardi che potrebbero pregiudicare la protezione degli incapaci nelle ipotesi di necessità ed urgenza (Honorati 1996a, 219; Franchi 1996, 1267). Tale deroga alla normale applicazione della legge straniera sarebbe pertanto consentita soltanto qualora le **misure urgenti** abbiano carattere "provvisorio". Una volta venuta meno l'urgenza di tali misure, esse dovrebbero essere sostituite con misure stabili previste dalla legge nazionale dell'incapace, in ordine alle quali si ipotizza la competenza delle autorità giurisdizionali italiane in base alla disposizione dell'art. 9.

Dall'altro lato si pone in maniera più convincente la ricostruzione secondo cui l'applicazione della *lex fori* discende in questo caso da una competenza funzionale della medesima (Picone 1998, 420 ss.; Picone 1994, 375 ss.). Non è pertanto l'urgenza delle misure a venire in rilievo come presupposto per la competenza sussidiaria della legge interna, bensì l'efficacia strettamente territoriale di tali misure (Picone 1998, 421).



## ART. 44

### *Giurisdizione in materia di protezione dei maggiori di età*

*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.*

*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.*

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. – 2. I criteri di giurisdizione: il richiamo dell'art. 9, l. 218/1995. – 3. Il richiamo dell'art. 3, l. 218/1995. – 4. Giurisdizione in materia di misure provvisorie e urgenti e modifica dei provvedimenti riconoscibili ai sensi dell'art. 66, l. 218/1995.

*Legislazione* L. 31.5.1995, n. 218 – c.p.c., art. 712, art. 77.

*Bibliografia* Monaco 1954 – Morelli 1954 – Batiffol 1962 – Dutoit 1967 – Giuliano 1970 – Tosato 1971 – Vitta 1973 – Gonzalez Campos 1977 – Franchi 1996 – Honorati 1996a – Pa-squalis 1996 – Ballarino 1999 – Salerno 2005 – Mosconi e Campiglio 2006.

#### **1. Osservazioni introduttive**

La norma dell'art. 44 colma una lacuna presente nell'ordinamento italiano prima dell'entrata in vigore della l. 218/1995, quando non si prevedeva alcuna norma relativa ai criteri di giurisdizione in materia di protezione degli incapaci, ad eccezione delle disposizioni contenute nelle Convenzioni internazionali, e la dottrina e la giurisprudenza erano divise tra il richiamo dell'art. 21 disp. prel. c.c. come criterio di giurisdizione (Monaco 1954, 124), l'applicazione analogica dei criteri dell'art. 4 c.p.c. (Morelli 1954, 150), o dei criteri di competenza territoriale interna (Giuliano 1970), oppure infine all'affermazione secondo cui la giurisdizione italiana sussisteva nelle ipotesi in cui era applicabile la legge italiana (Vitta 1973, 55), secondo le indicazioni della giurisprudenza prevalente (Trib. Minorenni Roma 16.3.1966, *RIPP*, 1966, 396-402, con nota Mosconi; Cass. Sez. U. 18.9.1970, n. 1555, *RIPP*, 1971, 175-182, con nota Mosconi).

## 2. I criteri di giurisdizione: il richiamo dell'art. 9, l. 218/1995

La norma dell'art. 44, 1° co., richiama l'art. 3 e l'art. 9, applicabili, rispettivamente, in tema di giurisdizione contenziosa e di giurisdizione volontaria, e fissa un **criterio speciale** per i provvedimenti provvisori e urgenti.

Il rinvio all'art. 9 comporta l'operatività dei criteri ivi previsti, e determina pertanto la competenza del giudice italiano in base ai collegamenti territoriali (art. 712 c.p.c.), o in relazione alle ipotesi in cui il provvedimento riguardi un cittadino italiano, oppure una persona residente in Italia, oppure infine nelle situazioni cui risulti applicabile la legge italiana (v. *amplius* Salerno 2005, 405 ss.). Tale ultima disposizione, basata sul parallelismo tra competenza giurisdizionale e competenza legislativa, si può apprezzare anche in quanto consacra legislativamente un principio elaborato per individuare la competenza in tema di giurisdizione volontaria nel vigore delle disp. prel. c.c. (Tosato 1971, 77 ss.), e adottato già da tempo in alcuni ordinamenti stranieri (Batiffol 1962, 55 ss.; Dutoit 1967, 467 ss.; Gonzalez Campos 1977, 236 ss.).

L'applicazione di tale ultimo criterio appare poi abbastanza agevole, dal momento che, nella materia in esame, esso di regola coincide con il collegamento della cittadinanza (Ballarino 1999, 505). Qualche complicazione potrebbe invece sorgere nel caso in cui si giungesse all'operatività della legge italiana, non in maniera diretta, ma in virtù del rinvio ad essa operato dalla legge straniera competente ai sensi dell'art. 43. Ciò si può ipotizzare ad es. nel caso in cui il rinvio indietro, previsto dall'art. 13, 1° co., lett. b), opera perché il soggetto straniero ha domicilio in Italia.

## 3. Il richiamo dell'art. 3, l. 218/1995

Alcune **perplexità** ha invece determinato, in dottrina, il richiamo dell'art. 3, considerato addirittura da alcuni come privo di autonoma rilevanza nella materia in esame, in ragione del fatto che gli interventi protettivi sono, in genere, provvedimenti di volontaria giurisdizione (Ballarino 1999, 505).

Anche se non si ritiene di aderire a tale interpretazione, pare comunque necessario rilevare la marginale operatività dell'art. 3, innanzitutto per i criteri dallo stesso richiamati (Honorati 1996a, 222), in parte coincidenti con quelli di cui all'art. 44, 1° co. (residenza o domicilio del convenuto in Italia, criteri di competenza territoriale), ed in secondo luogo per l'eccezionalità delle ipotesi in cui i procedimenti contenziosi vengono instaurati nella materia in esame.

Un caso in cui potrebbe ricevere attuazione la disposizione dell'art. 3 è ipotizzabile ad es. in relazione ai giudizi civili promossi nei confronti del tutore o del curatore dell'incapace che si siano comportati illegittimamente (Franchi 1996, 1270); il giudice italiano sarà allora competente se il convenuto è residente o domiciliato in Italia, se ha un rappresentante autorizzato a stare in giu-

dizio *ex art. 77 c.p.c.*, oppure se ricorrono i criteri di competenza per territorio, di cui all'art. 3, 2° co., ultima parte.

#### **4. Giurisdizione in materia di misure provvisorie e urgenti e modifica dei provvedimenti riconoscibili ai sensi dell'art. 66, l. 218/1995**

Ulteriore titolo di competenza del giudice italiano è rappresentato dall'esistenza in Italia della persona o dei beni dell'incapace, da proteggere urgentemente (art. 44, 1° co., ultima parte).

Tale criterio appare facilmente individuabile, in quanto rilevabile mediante un **accertamento di fatto**, che prescinde da valutazioni giuridiche. Ciò consente pertanto al giudice italiano di provvedere in situazioni di particolare necessità e urgenza, quale ad es. l'incidente stradale che causi una grave incapacità fisica o psichica allo straniero, per il quale sia necessaria l'autorizzazione ad intervento chirurgico, o per il quale sia necessario provvedere alla cura dei beni siti in Italia.

Infine l'art. 44, 2° co., attribuisce al giudice italiano la competenza a modificare ed integrare i provvedimenti stranieri in tema di capacità, riconoscibili ai sensi dell'art. 66, in quanto pronunciati dalle autorità dello Stato nazionale dell'incapace, o riconosciuti in quello Stato, oppure disposti da un'autorità che sia competente in base ai criteri propri dell'ordinamento italiano. È tuttavia discussa la natura di questa norma, relativamente alla quale la Relazione riconosce l'esistenza di un criterio di giurisdizione (Relazione *sub* art. 40). Pare corretta, a tale riguardo, l'interpretazione diretta a negare che questa disposizione possa essere considerata come autonomo criterio di giurisdizione (Franchi 1996, 1272; Ballarino 1999, 506). Ciò in considerazione del fatto che, seguendo la soluzione opposta (Pasqualis 1996, 158-159; Mosconi e Campiglio 2006, 26-27), la competenza del giudice italiano in tema di tutela degli incapaci verrebbe ammessa per la semplice presenza di un provvedimento straniero in materia, estendendosi così in maniera eccessiva.

## *Obbligazioni alimentari nella famiglia*

*Le obbligazioni alimentari nella famiglia sono in ogni caso regolate dalla Convenzione de L'Aja del 2 ottobre 1973 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari, resa esecutiva con la legge 24 ottobre 1980, n. 745.*

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. – 2. Ambito d'applicazione materiale. – 3. Fattispecie incerte: obbligazioni alimentari derivanti da rapporti successori e da contratti. – 4. Disciplina convenzionale delle obbligazioni alimentari. – 5. Il collegamento della residenza abituale. Fattispecie problematiche. – 6. Obbligazioni alimentari tra coniugi divorziati. – 7. Il limite dell'ordine pubblico. – 8. Le riserve.

**Legislazione** L. 31.5.1995 n. 218 – l. 23.3.1958, n. 338, esecuzione Conv. New York 20.6.1956 sul recupero degli alimenti all'estero – l. 4.8.1960, n. 918 esecuzione Conv. L'Aja 24.10.1956 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari nei confronti dei figli minori e Conv. L'Aja 15.4.1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni relative a dette obbligazioni, art. 1 – l. 24.10.1980, n. 754, esecuzione Conv. L'Aja 2.10.1973 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari e sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni relative a dette obbligazioni, artt. 3-9, art. 11, artt. 13-15, art. 18, art. 24 – Reg. (CE) 44/2001 del Consiglio del 22.12.2000 – Reg. (CE) 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale. – Reg. (CE) 4/2009 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.

**Bibliografia** Von Overbeck 1973 – Bellet 1974 – Verwilghen 1975 – von Overbeck 1982 – De Cesari 1983 – Pocar e Bariatti 1983 – Biscaretti di Ruffia 1989 – Conetti 1991 – Lanciotti 1992 – Badiali 1994 – Davi 1994 – Baratta 1996a – Bariatti 1996d – Baruffi 1996 – Boschiero 1996a – Honorati 1996a – Badiali 1997 – Damascelli 1997 – Picone 1998 – Ballarino 1999 – Jessurun d'Oliveira 2000 – Vassalli di Dachenhausen 2002 – Marongiu Buonaiuti 2005 – Mosconi e Campiglio 2006 – Tonolo 2007.

### **1. Osservazioni introduttive**

L'art. 45 richiama la **Convenzione de L'Aja del 2.10.1973**, per regolare “in ogni caso” le obbligazioni alimentari nella famiglia.

La Convenzione in esame è in vigore per l'Italia a far data dall'1.1.1982, con efficacia *erga omnes*; l'art. 3 della medesima prevede infatti che le disposizioni convenzionali si applichino anche se la legge richiamata è quella di uno Stato non contraente. In assenza di una specifica norma all'interno della disci-

plina previgente, la Convenzione de L'Aja del 1973 completava pertanto, unitamente alla Convenzione de L'Aja del 24.10.1956, la regolamentazione che la dottrina aveva elaborato per la materia alimentare, sulla base dell'interpretazione analogica delle disp. prel. c.c. (Pocar e Bariatti 1983, 272 ss.).

Anche attualmente la Convenzione de L'Aja del 1973 non costituisce l'unico riferimento normativo per la disciplina della materia alimentare; occorre considerare infatti che la Convenzione de L'Aja del 24.10.1956, in base all'art. 18 della Convenzione del 1973, resta applicabile nei rapporti con gli Stati che – essendo parti della Convenzione precedente – non hanno ratificato quella del 1973, ma soltanto quando il minore ha la sua residenza abituale in uno di tali Stati. La Convenzione del 1956 ha però un raggio d'azione più ristretto di quello della Convenzione del 1973, dal momento che quest'ultima individua la legge applicabile alle obbligazioni alimentari derivanti da tutti i tipi di rapporti di famiglia, di parentela, di coniugio o di affinità, ivi comprese quelle nei confronti di un figlio non legittimo (art. 1), mentre la prima riguarda esclusivamente gli alimenti dovuti ai minori (Badiali 1997, 80; Lanciotti 1992, 37; De Cesari 1983, 43 ss.; Biscaretti di Ruffia 1989, 126 ss.). Tale duplicità di regime non può essere eliminata, nemmeno in base all'espressione “in ogni caso” di cui all'art. 45, perché l'art. 2 impone il rispetto delle Convenzioni internazionali di cui l'Italia fa parte (Ballarino 1999, 507). In concreto, tuttavia, la coesistenza di tali Convenzioni non determina problemi di coordinamento (Conetti 1991, 93), dal momento che la disciplina da esse previste per l'individuazione della legge applicabile alle obbligazioni alimentari risulta in gran parte simile.

Per quanto concerne gli effetti dell'espressione “**in ogni caso**”, è possibile rilevare che essa non determina l'estensione dell'ambito d'applicazione soggettivo della Convenzione, dato che quest'ultima – come si è visto – è già applicabile *erga omnes* (Picone 1998, 235). Il richiamo della Convenzione del 1973 tramite l'espressione “in ogni caso” non pare possa consentire l'estensione, proposta da parte della dottrina (Davi 1994, 72; Baruffi 1996, 1275; Honorati 1996a, 225), dell'ambito d'applicazione temporale della Convenzione del 1973 agli alimenti reclamati per il periodo anteriore alla sua entrata in vigore in Italia, che ai sensi dell'art. 12 sarebbero esclusi, dal momento che si porrebbe in contrasto che la tutela delle situazioni giuridiche “acquisite dai soggetti privati” (Picone 1998, 231).

## **2. Ambito d'applicazione materiale**

La Convenzione del 1973 disciplina le obbligazioni alimentari derivanti da qualsiasi genere di legame familiare. Manca tuttavia, all'interno della Convenzione, una definizione della nozione di **obbligazioni alimentari**, in quanto l'operatività della disciplina convenzionale viene delimitata in maniera indiret-

ta, dato che l'art. 1 fa esclusivo riferimento all'ambito interpersonale in cui si pone il problema dell'obbligo alimentare (Badiali 1997, 83).

La natura dei rapporti in questione è irrilevante; potrà trattarsi di parentela legittima, illegittima, naturale o adottiva.

In particolare, relativamente ai **rapporti iure sanguinis**, occorre notare che la Convenzione del 1973 non opera alcuna distinzione tra parentela in linea retta e parentela in linea collaterale; anche i collaterali sono pertanto inclusi nell'ambito di applicazione del regime convenzionale in esame. Per quanto concerne i **rapporti di matrimonio**, si fa riferimento sia alle relazioni tra coniugi, sia a quelle tra ex coniugi. Vi rientrano pertanto gli obblighi alimentari tra coniugi conviventi, tra coniugi separati, di fatto o legalmente, divorziati, oppure infine tra coniugi il cui matrimonio sia stato annullato (Verwilghen 1975, 392). Pare inoltre possibile estendere la disciplina convenzionale agli obblighi alimentari tra soggetti conviventi, in considerazione dell'attenzione che le **convivenze more uxorio** ricevono da parte degli ordinamenti nazionali qualora risultino caratterizzate da una certa stabilità (Tonolo 2007, 148; Jessurun d'Oliveira 2000, 303). La Convenzione è infine applicabile alle obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di affinità, sia che si tratti di affini in linea retta, sia che si tratti di affini in linea collaterale (Badiali 1997, 89 s.).

### **3. Fattispecie incerte: obbligazioni alimentari derivanti da rapporti successori e da contratti**

È invece incerta l'applicabilità della disciplina convenzionale relativamente alle obbligazioni che hanno la loro origine in un **fatto diverso** dalle relazioni di famiglia, come ad es. quelle che si fondano su di un rapporto successorio (per la soluzione negativa v. tuttavia Mosconi e Campiglio 2006, 137), quelle derivanti da atto illecito o quelle del donatario nei confronti del donante, previste da alcune legislazioni (ad es. art. 437 c.c., o art. 955 *Code civil* francese).

In particolare, relativamente alle obbligazioni alimentari basate su di un **rapporto successorio**, si è rilevato che la loro esclusione dall'ambito d'applicazione della Convenzione potrebbe dipendere dalla difficoltà di qualificazione di alcune fattispecie (Badiali 1997, 87). Non è chiaro inoltre se la Convenzione si applichi alle obbligazioni alimentari derivanti da **contratto**: la dottrina sembra essere in linea generale favorevole alla soluzione affermativa, limitatamente però a quei contratti semplicemente confermativi di obblighi già esistenti *ex lege*, (Bellet 1974, 8; von Overbeck 1973, 143; Verwilghen 1975, 391).

Il richiamo "**in ogni caso**" alla Convenzione de L'Aja del 1973 consente tuttavia di estendere l'ambito d'applicazione di tale disciplina al punto da ricomprendere anche tali fattispecie controverse (Honorati 1996a, 226). Al contrario, per le obbligazioni alimentari derivanti da illecito, la specialità dell'art. 62 imporrà l'applicazione di tale norma rispetto all'estensione *ratione materiae* della Convenzione de L'Aja del 1973 (Damascelli 1997, 101).

#### **4. Disciplina convenzionale delle obbligazioni alimentari**

La Convenzione de L'Aja del 1973 individua la legge applicabile alle obbligazioni alimentari tra parenti in linea retta e tra coniugi non legalmente separati nell'ordinamento dello Stato di **residenza abituale** del creditore di alimenti (art. 4, 1° co.), analogamente a quanto dispone la Convenzione de L'Aja del 1956 (art. 1, 1° co.). Il riferimento alla "legge interna" dello Stato di residenza abituale, di cui all'art. 4, 1° co., della Convenzione del 1973 determina l'esclusione del rinvio.

Il sistema convenzionale che disciplina le obbligazioni alimentari è poi completato dalle norme delle Convenzioni che regolano il riconoscimento delle decisioni in materia alimentare (**Conv. L'Aja 15.4.1958**, **Conv. L'Aja 2.10.1973**, e **Conv. New York 20.6.1956** sul recupero degli obblighi alimentari su cui v. Badiali 1994, 131 ss., e 9 ss.; De Cesari 1983, 51 ss.) e, per quanto concerne la giurisdizione, dalle norme del **Regolamento (CE) 44/2001 del Consiglio del 22.12.2000** (*G.U.C.E.* 16.1.2001, n. L 12) che ha sostituito la **Convenzione di Bruxelles del 27.9.1968** concernente la competenza giudiziaria e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale in tutti gli Stati membri dell'Unione europea. Non pare infatti convincente la sostenuta applicabilità in materia del **Regolamento 2201/2003** all'obbligo di mantenimento inteso in maniera distinta dalle obbligazioni alimentari (v. in tal senso Trib. Firenze, decr. 20.5.2003, *RIPP*, 2005, 737 ss. e in senso giustamente critico Marongiu Buonaiuti 2005, 699 ss.)

Per coordinare tale complessa disciplina, si segnala tuttavia l'esistenza di alcune iniziative sia nell'ambito della Conferenza de L'Aja di diritto internazionale privato sia nell'ambito dell'Unione europea, attualmente riconducibili da un lato, alla **Convenzione dell'Aja del 23.11.2007** sull'esazione internazionale di prestazioni alimentari nei confronti di figli e altri membri della famiglia, e al protocollo relativo alla legge applicabile alle obbligazioni alimentari, e, dall'altro lato, al **Regolamento (CE) n. 4/2009** del Consiglio del 18.12.2008 (in *G.U.U.E.* L 7/1 del 10.1.2009) relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari. Con l'entrata in vigore del Regolamento 4/2009 (il 18.6.2011), si modificherà il Reg. 44/2001 in un sistema tendenzialmente rivolto a far ottenere al creditore di alimenti una decisione automaticamente esecutiva negli altri Paesi.

#### **5. Il collegamento della residenza abituale. Fattispecie problematiche**

In caso di **mutamento di residenza**, l'art. 4, 2° co., della Convenzione del 1973 prevede l'applicabilità della legge della nuova residenza purché essa sia abituale e a partire dal momento in cui il cambiamento è avvenuto. La nuova

disciplina è competente sia per quanto riguarda l'*an*, sia per ciò che concerne il *quantum* dell'obbligazione alimentare. Qualora però il mutamento di residenza avvenga nel corso di un giudizio, si è affermato che, in assenza di previsioni convenzionali al riguardo, si deve presumere che sia la *lex fori* a determinare il successivo comportamento del giudice (Biscaretti di Ruffia 1989, 172).

**Criteri di collegamento sussidiari** sono previsti per l'ipotesi in cui il creditore di alimenti non possa ottenere il soddisfacimento della propria pretesa in virtù della legge del luogo di residenza: nazionalità comune di creditore e debitore (art. 5), luogo di svolgimento del processo (art. 6). Tale ultima norma, contenente una soluzione simile a quella adottata dall'art. 3 della Convenzione del 1956, consacra un principio che in molti ordinamenti ha valore di ordine pubblico (Badiali 1997, 101). Appare dunque evidente che i criteri in esame non sono alternativi tra loro, poiché il testo convenzionale stabilisce un preciso ordine gerarchico; peraltro occorre sottolineare che essi non sono nemmeno criteri successivi nel senso tradizionale del termine, in quanto il passaggio dall'uno all'altro non è determinato dal mancato funzionamento del precedente. Si tratta invece di criteri "successivi in funzione del risultato" (von Overbeck 1982, 84), nel senso che il collegamento successivo viene richiamato quando il precedente non è in grado di assicurare il risultato materiale perseguito dal legislatore, che, nel caso, è rappresentato dall'obiettivo di assicurare al creditore la percezione degli alimenti (Honorati 1996a, 227; Ballarino 1999, 508).

Regole speciali sono poi previste per le obbligazioni alimentari relative ai rapporti tra collaterali, affini, coniugi separati ed ex coniugi (art. 7, Conv. L'Aja 2.10.1973).

Una disposizione speciale riguarda anche il diritto di un Ente pubblico ad ottenere il rimborso della prestazione fornita al creditore, diritto sottoposto alla legge regolatrice dell'Ente (art. 9 Conv. 1973).

## 6. *Obbligazioni alimentari tra coniugi divorziati*

Relativamente alle obbligazioni alimentari tra coniugi divorziati, la Convenzione del 1973 prevede che:

«Nonostante le disposizioni degli articoli da 4 a 6, la legge applicata al divorzio regola, nello Stato contraente nel quale il divorzio è concesso oppure riconosciuto, le obbligazioni alimentari tra coniugi divorziati e la revisione delle decisioni relative a queste obbligazioni»

(art. 8, Conv. L'Aja 2.10.1973).

Tale disciplina regola anche i casi di separazione legale, annullamento e nullità del vincolo coniugale (art. 8, 2° co.). In tema di scioglimento del matrimonio, è chiaro che l'autonomia dello statuto alimentare soggiace alla preminenza del fatto generatore dell'obbligazione alimentare; una volta venute meno le relazioni familiari da cui discende abitualmente l'obbligazione alimentare



(art. 1), le pretese tra ex coniugi potranno essere riconosciute nella misura in cui sia la legge regolatrice del divorzio ad ammetterle (Bellet 1974, 12). È opportuno sottolineare che la deroga alle previsioni di cui agli artt. 4, 5 e 6 della Convenzione del 1973 vale esclusivamente nei **rapporti tra ex coniugi**. Essa non riguarda pertanto l'insieme delle obbligazioni alimentari dovute a scioglimento del matrimonio, con la conseguenza che aspetti della medesima vicenda possono essere regolati da ordinamenti diversi; restano ad es. sottoposte alla disciplina generale le obbligazioni alimentari nei confronti dei figli (Verwilghen 1975, 448; von Overbeck 1973, 166).

La disciplina individuata dall'art. 8 si applica anche alla **revisione** delle decisioni relative alle obbligazioni alimentari tra coniugi divorziati. A tale riguardo si è rilevato che la revisione può riguardare non soltanto i provvedimenti adottati dall'autorità adita, ma anche quelli provenienti dallo Stato in cui il divorzio è stato pronunciato o in esso riconoscibili, secondo quanto prevedono gli artt. 64 e ss. l. 218/1995 (Badiali 1997, 106 ss.).

## 7. Il limite dell'ordine pubblico

Un limite di carattere generale all'operatività della disciplina convenzionale è previsto dalla norma secondo cui

«l'applicazione della legge indicata dalla presente Convenzione può essere negata solo se manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico»

(art. 11, Conv. L'Aja 2.10.1973).

Il riferimento all'incompatibilità "**manifesta**" con l'ordine pubblico circoscrive il più possibile l'operatività di tale eccezione (Honorati 1996a, 229; Badiali 1997, 103), escludendone ad es. l'applicabilità nelle fattispecie in cui la tutela accordata dalla legge competente sia inferiore rispetto a quella prevista per gli stessi casi dalla *lex fori*. Alcune ipotesi applicative dell'eccezione di ordine pubblico sono state ravvisate in relazione alla durata dell'obbligo e alle modalità di corresponsione della prestazione, nonché all'accertamento incidentale della filiazione, da cui discende l'obbligazione alimentare in circostanze o con mezzi di prova non ammissibili per contrarietà all'ordine pubblico (Badiali 1997, 103).

La disposizione in esame viene poi completata dalla regola materiale, secondo cui

«anche se la legge applicabile prevede altrimenti, si deve tenere conto dei bisogni del creditore e dei beni del debitore nella determinazione dell'ammontare della prestazione alimentare»

(art. 11, 2° co., Conv. L'Aja 2.10.1973).

Si tratta di una norma attuativa del principio, previsto da alcuni ordinamenti, secondo cui gli alimenti sono sempre dovuti in proporzione delle necessità di chi li riceve e delle risorse di chi li fornisce. È evidente allora che la disposizione ora in esame ha una portata applicativa parziale, a differenza di quella di cui all'art. 11, 1° co.; infatti la legge normalmente competente viene "corretta" unicamente nella misura in cui non preveda la considerazione di bisogni e risorse nella determinazione dell'ammontare della somma dovuta.

## 8. Le riserve

L'operatività della disciplina convenzionale può essere infine limitata – come si è visto – dalle riserve di cui agli **artt. 13, 14 e 15** della medesima (Biscaretti di Ruffia 1989, 178 ss.).

Per l'ordinamento italiano assume rilevanza la riserva, secondo cui

«ogni Stato contraente potrà, in conformità all'art. 24, fare una riserva ai sensi della quale le sue autorità applicheranno la legge interna se il creditore e il debitore possiedono ambedue la nazionalità di detto Stato e se il debitore vi ha la sua residenza abituale»

(art. 15, Conv. L'Aja 2.10.1973).

A tale riguardo si è posto in dottrina (Davì 1994, 72; Baratta 1996a, 750; Boschiero 1996a, 21; Picone 1998, 231 ss.) il problema di vedere se il rinvio "**in ogni caso**" al regime della Convenzione del 1973 consenta a tale riserva di mantenere il proprio effetto, oppure se l'inserimento di tale formula legislativa abbia ampliato la sfera d'applicazione di questa Convenzione, analogamente a quanto disposto dall'art. 57, in ordine alla Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (v. *infra sub* art. 57).

Dal punto di vista del **diritto internazionale**, non è stata data alcuna comunicazione circa il ritiro delle riserve al depositario della Convenzione del 1973 (Ministero degli affari esteri dei Paesi Bassi *ex* art. 24, 3° co.), pertanto la disciplina convenzionale è in vigore entro i limiti posti dalla riserva di cui all'art. 15.

Dal punto di vista del **diritto interno**, senza poter approfondire la complessa questione dei rapporti tra Governo e Parlamento relativamente alla competenza ad apporre le riserve, pare possibile aderire all'opinione secondo cui non è consentito leggere nella disposizione dell'art. 45 un'implicita e inequivocabile volontà che imponga al Governo di attenersi ad un'indicazione parlamentare di revoca della riserva di cui all'art. 15, in quanto il rinvio "in ogni caso" può intendersi come comprensivo degli effetti limitativi derivanti dalla riserva in questione (Baratta 1996a, 753; Bariatti 1996d, 894; Boschiero 1996a, 21; Honorati 1996a, 226; Damascelli 1997, 101 s.; Picone 1998, 231).

Di conseguenza, la disciplina applicabile alle fattispecie sulle quali incide la

riserva dell'art. 15 della Convenzione del 1973 verrà determinata dalla *lex fori*, purché debitore e creditore siano cittadini italiani e il debitore abbia in Italia la propria residenza abituale. Ciò in deroga ai criteri di collegamento previsti “a cascata” dagli artt. 4, 5 e 6 della Convenzione in esame.

