

Capo II

***Capacità e diritti delle persone fisiche***

di Sara Tonolo



## ART. 20

### *Capacità giuridica delle persone fisiche*

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

**SOMMARIO:** 1. La disciplina della capacità giuridica. Ambito d'applicazione dell'art. 20. – 2. Esistenza della persona e diritti dei nascituri. – 3. La cittadinanza dei soggetti come criterio di collegamento. – 4. Le condizioni speciali di capacità: la regola generale. – 5. Applicazioni della regola generale. – 6. Aspetti problematici. La capacità di acquistare beni immobili. La capacità lavorativa. – 7. La capacità a contrarre matrimonio. – 8. Altre fattispecie. – 9. Limiti.

**Legislazione** L. 31.5.1995, n. 218 – c.c., artt. 462-463, art. 784, artt. 596-598 – l. 24.10.1980, n. 742, esecuzione Convenzione de L'Aja 5.10.1961, concernente la competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione dei minori – l. 15.1.1994, n. 64, norme di attuazione Convenzione de L'Aja del 5.10.1961, concernente la competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione dei minori – d.p.r. 10.9.1990, n. 285 recante il "Nuovo Regolamento di Polizia Mortuaria" (come modificato dalla l. 30.3.2001, n. 130).

**Bibliografia** Badiali 1995 – Giardina 1995 – Cafari Panico 1996a – Di Blase 1996 – Mosconi 1997a – Ballarino 1999 – Campiglio 2001 – Ricci 2004 – Mosconi e Campiglio 2006 – Uber-tazzi 2006.

#### **1. La disciplina della capacità giuridica. Ambito d'applicazione dell'art. 20**

La norma dell'art. 20 disciplina, mediante il richiamo alla legge nazionale, la capacità giuridica dei soggetti, qualificata come condizione generale della persona o come attitudine alla titolarità di diritti e obblighi giuridici. Si tratta di una soluzione fedele all'impostazione tradizionale del sistema di diritto internazionale privato italiano previgente (art. 17, 1° co., disp. prel. c.c.).

Attualmente l'art. 20 sottopone espressamente la capacità giuridica alla **legge nazionale** del soggetto della cui capacità si tratta.

I dubbi in passato generati dai riferimenti allo stato e ai rapporti di famiglia contenuti nell'art. 17, disp. prel. c.c., nonostante la presenza di norme specificamente rivolte a regolare i rapporti tra coniugi (artt. 18 e 19), i rapporti tra genitori e figli (art. 20), la tutela e gli altri istituti di protezione degli incapaci (art. 21), sono risolti dalla legge di riforma, che ha distinto le questioni relative allo

stato e alla capacità delle persone da quelle inerenti ai rapporti di famiglia, sia tra coniugi (artt. 29-30), sia tra genitori e figli (art. 36).

Un'ulteriore semplificazione è determinata dalla creazione della disciplina autonoma dei diritti della personalità nell'ambito dell'art. 24 e dalla distinzione tra capacità giuridica (art. 20) e capacità di agire (art. 23).

## **2. Esistenza della persona e diritti dei nascituri**

La disciplina fissata dall'art. 20 per la capacità giuridica si estende alla questione dell'esistenza in vita delle persone, dal momento che tale aspetto presuppone la titolarità di posizioni giuridiche ed è quindi inscindibile dalla capacità giuridica.

A tale riguardo, occorre peraltro sottolineare, in via preliminare, che l'attribuzione della capacità giuridica ad ogni persona vivente costituisce un principio fondamentale dell'ordinamento giuridico italiano e le norme che la regolano sono norme assolute di ordine pubblico interno; di conseguenza, non è possibile riconoscere efficacia a limitazioni di attribuzione della capacità giuridica o a cause di perdita della stessa eventualmente previste da ordinamenti stranieri. In tali ipotesi, il limite dell'ordine pubblico escluderebbe ogni effetto alla legge straniera (Di Blase 1996, 107), e determinerebbe pertanto la necessità di rinviare alla legge

«richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa»

(art. 16, l. 218/1995).

Dalla natura di norma di **ordine pubblico interno** della disposizione che attribuisce la capacità giuridica a partire dal momento della nascita discende anche la conseguenza che non è da ritenere che l'attribuzione di diritti al soggetto non ancora nato possa essere regolata in base alla norma dell'art. 20. Pertanto, è possibile osservare che i diritti eventualmente riconosciuti a soggetti futuri (ad es. art. 462, 1° co., c.c., art. 784, 1° co., c.c.), al fine del funzionamento delle norme di conflitto e della qualificazione dei rapporti cui ineriscono, sono assimilabili, quanto al trattamento, alle capacità speciali (Badiali 1995, 117 ss.; Cafari Panico 1996a, 1088; Ballarino 1999, 319-320).

L'estensione della disciplina della capacità giuridica alla questione dell'esistenza in vita delle persone, cui risulta applicabile la legge nazionale della persona di cui si tratta, può pertanto consentire, fermo il limite dell'ordine pubblico, il rispetto delle norme degli ordinamenti stranieri che, a differenza di quanto dispone l'art. 1 c.c., prevedono che il neonato acquisti la capacità solo dopo aver vissuto 24 ore dal momento della nascita (così ad es. l'art. 30 del Código civil spagnolo, sul quale, così come sulle discipline analoghe di altri ordinamenti v. Ubertazzi 2006, 152 ss.).

Infine la disciplina dettata dall'art. 20 per la capacità giuridica si ritiene generalmente applicabile alla morte quale momento finale di tale fattispecie, e dunque idonea a regolare ogni problema relativo al decesso, salva l'operatività di norme di applicazione necessaria, quale ad es. il d.p.r. 10.9.1990, n. 285 recante il "Nuovo Regolamento di Polizia Mortuaria" (come modificato dalla l. 30.3.2001, n. 130), che disciplina le modalità di sepoltura in Italia (sul punto v. Ubertazzi 2006, 160 ss.).

### **3. La cittadinanza dei soggetti come criterio di collegamento**

Nella legge italiana di diritto internazionale privato, il criterio di collegamento della cittadinanza degli individui assume un ruolo fondamentale nella disciplina della capacità giuridica.

A tale riguardo, si ricorda che l'**art. 19** risolve alcune problematiche connesse al criterio in esame (v. *supra*, *sub* art. 19), relativamente alle persone titolari di più cittadinanze. Se si tratta di soggetti stranieri si accorda preferenza alla cittadinanza con la quale la persona ha il collegamento più stretto; tuttavia – come già osservato (Giardina 1995, 438) – l'adozione del principio di effettività non è completa perché se fra le cittadinanze possedute vi è anche la cittadinanza italiana, quest'ultima prevale.

Alcune deroghe all'operatività della cittadinanza in ordine all'individuazione della disciplina della capacità possono tuttavia derivare dalla disposizione dell'**art. 13** della legge italiana di diritto internazionale privato (v. *supra*, *sub* art. 13). L'introduzione del **rinvio** è, infatti, in grado di determinare l'applicazione della legge italiana ad un cittadino straniero domiciliato o residente in Italia, nelle ipotesi in cui le norme di diritto internazionale privato dello Stato cui lo straniero appartiene prevedano quali criteri di collegamento il domicilio o la residenza. Ed inoltre, sempre in forza del rinvio, è possibile ipotizzare l'operatività della legge di uno Stato straniero in cui il soggetto della cui capacità si tratta è residente o domiciliato.

Nel caso in cui rilevi la capacità di un cittadino di un paese che presenti un **ordinamento plurilegislativo** si applica la norma dell'art. 18, l. 218/1995 (su cui v. in generale Ricci 2004).

### **4. Le condizioni speciali di capacità: la regola generale**

La legge di riforma del diritto internazionale privato italiano fissa una disciplina particolare per le "condizioni speciali di capacità", prescritte per la titolarità dei diritti inerenti ad un determinato rapporto, stabilendo che esse siano sottoposte alla legge regolatrice del rapporto stesso.

Ciò accade ad es. relativamente alle incapacità di **succedere** e di **ricevere per testamento** di cui, rispettivamente, agli artt. 463 e 596-598 c.c.

La disciplina fissata dalla legge italiana di diritto internazionale privato per le capacità speciali è in linea generale approvata dalla dottrina, in quanto consente di regolare in base ad un'unica legge i rapporti giuridici, le condizioni per la capacità e le conseguenze dell'incapacità. Le capacità speciali sono spesso così connesse alla materia cui si riferiscono da non poter essere dissociate dalla disciplina di quest'ultima senza il rischio di incertezze e contraddizioni (Badiali 1995, 44; Di Blase 1996, 107 ss.; Cafari Panico 1996a, 1090).

### **5. Applicazioni della regola generale**

Alcuni dubbi sono stati evidenziati, invece, in ordine all'individuazione delle fattispecie cui si riferisce la disciplina in esame.

Un'applicazione della norma dell'art. 20, seconda frase, è possibile ad esempio relativamente alla capacità di obbligarsi per fatto illecito, come risulta dalla Relazione al disegno di legge 1192/1993 (art. 62).

Tra le altre fattispecie, in ordine alle quali viene in rilievo l'art. 20, 2<sup>a</sup> frase, ricorrono ad esempio le capacità di ricevere per donazione o per successione e le relative indegnità, riconducibili alla legge che disciplina la donazione e la successione (artt. 46 e 56), in quanto strettamente connesse agli istituti in esame (Di Blase 1996, 109).

Alcune incertezze vengono invece rilevate in relazione all'incapacità dei coniugi di farsi reciproche donazioni; tuttavia l'attinenza di tale questione allo *status* coniugale costituisce valido motivo per preferire, in materia, la legge che regola i rapporti patrimoniali tra coniugi (art. 30), piuttosto che le norme che disciplinano la donazione.

Un altro esempio di capacità speciale, riconducibile al rapporto cui inerisce, è stato individuato dalla dottrina nell'insieme di condizioni stabilite dalla legge per l'esercizio della funzione di tutore e di curatore. Al riguardo si è affermata infatti l'indubbia competenza della *lex substantiae*, e cioè della legge regolatrice della tutela (Badiali 1995, 80), designata attualmente dalla **Convenzione de L'Aja del 5.10.1961**, sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori, espressamente richiamata dall'art. 42 (su cui v. *infra*, sub art. 42).

### **6. Aspetti problematici. La capacità di acquistare beni immobili. La capacità lavorativa**

Desta invece alcune perplessità l'applicabilità dell'art. 20 alla **capacità di acquistare beni immobili**, relativamente alla quale appare preferibile l'operatività della *lex rei sitae*, nelle ipotesi in cui essa non coincida con la legge regolatrice dell'atto (Badiali 1995, 45). Si pensi ad esempio all'ipotesi in cui una successione comporti la devoluzione di beni immobili ad un erede che sia cit-

tadino di un paese diverso da quello nel cui territorio i beni si trovano. Se tale soggetto è ritenuto incapace di acquistare i beni ereditari in base alle norme della *lex rei sitae*, in ipotesi non coincidente con la *lex successionis*, occorre considerare le disposizioni dell'ordinamento così determinato, e non quelle della legge che regola il rapporto in ordine al quale si pone il problema di verificare l'esistenza della capacità (Badiali 1995, 45, n. 102).

Particolari incertezze possono emergere inoltre nei casi in cui si verifichi la contemporanea rilevanza di diverse cause di incapacità derivanti sia dalla legge che regola il rapporto, sia dalla legge nazionale; così potrebbe accadere ad esempio per la **capacità di lavoro**, suscettibile di valutazione sia da parte della *lex civitatis*, per quanto attiene all'aspetto della maturità del soggetto, sia da parte della *lex substantiae*, in relazione al tipo di attività prevista, sia infine ad opera della *lex fori* per il carattere pubblicistico delle norme che tutelano la posizione dei minori nei rapporti di lavoro (Badiali 1995, 55 ss.; Di Blase 1996, 109).

### **7. La capacità a contrarre matrimonio**

La disciplina delle condizioni speciali di capacità, contenuta nell'art. 20, viene inoltre completata da altre disposizioni della legge italiana di diritto internazionale privato, che, in ordine a singoli istituti, richiama la **legge nazionale** per la determinazione della capacità degli individui, circoscrivendo quindi in maniera inevitabile la portata dell'art. 20 (Mosconi 1997a, 152). La ragione di tale difformità di regolamentazione va ricercata nel fatto che, relativamente a determinate fattispecie, si pone la necessità di regolare le condizioni di capacità o di incapacità in vista di esigenze fondamentali legate alla situazione del soggetto, piuttosto che non al rapporto.

Ciò accade ad esempio in ordine alla **capacità a contrarre matrimonio** che, in base all'art. 27, deve essere sottoposta alla legge nazionale del nubendo al momento del matrimonio, in considerazione del fatto che, quando ci si accinge a valutare la capacità a contrarre matrimonio di una persona, il matrimonio ancora non è stato celebrato. Tale disciplina si inquadra peraltro nell'impostazione generale della l. 218/1995, che differenzia nettamente gli aspetti inerenti ai presupposti del rapporto matrimoniale (art. 27) da quelli relativi alla costituzione del rapporto stesso *ex art.* 28.

### **8. Altre fattispecie**

La capacità di effettuare il **riconoscimento** del figlio naturale è sottoposta alla legge nazionale del genitore, secondo quanto dispone l'art. 35, 2° co. Si esclude così che tale questione possa essere ricondotta alla disposizione dell'art. 35, 1° co., secondo cui le condizioni per il riconoscimento sono regolate

dalla legge nazionale del figlio al momento della nascita, se più favorevole, nonché alla norma dell'art. 36 che disciplina i rapporti tra genitori e figli, in base alla legge nazionale del figlio.

In relazione alla capacità di **testare** (art. 47), è inoltre stabilita l'operatività della legge nazionale del disponente al momento del testamento, della modifica o della revoca.

Anche in tema di adozione, infine, la capacità degli **adottanti** è sottoposta alla legge nazionale di tali soggetti, se comune (oppure alla legge nazionale dell'adottante), o, in mancanza, al diritto dello Stato nel quale gli adottanti sono entrambi residenti, o a quello del paese in cui la loro vita matrimoniale è prevalentemente localizzata al momento dell'adozione.

## 9. *Limiti*

La disciplina individuata dall'art. 20 per la capacità giuridica è soggetta ai limiti generali, previsti quanto all'applicazione della legge straniera dagli **artt. 16 e 17** della l. 218/1995.

Così ad es. per quanto riguarda la capacità a effettuare il riconoscimento del figlio naturale, l'applicazione della legge nazionale del genitore è naturalmente soggetta ai limiti generali di cui agli artt. 16 e 17 della l. 218/1995, come ritenuto ad es. con riguardo alla legge egiziana che non prevede il riconoscimento del figlio naturale da parte del padre, e pertanto ritenuta contraria all'ordine pubblico, in forza dell'

«(...) esistenza, nel nostro ordinamento, di un principio di ordine pubblico (internazionale) che riconosce il diritto alla acquisizione dello *status* di figlio naturale a chiunque sia stato concepito, indipendentemente dalla natura della relazione tra i genitori (...)

(Cass. 28.12.2006, n. 27592, *RIPP*, 2007, 443 ss.).

Problemi interpretativi più complessi riguardano invece l'applicazione della **condizione di reciprocità**, come prevista dall'**art. 16, 1° co., disp. prel. c.c.**, secondo il quale

«Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità e salve le disposizioni contenute in leggi speciali»

(art. 16, 1° co., disp. prel. c.c.).

Ciò in ragione del fatto che, considerando applicabile tale disposizione, non abrogata espressamente né dalla l. 218/1995 né da altre disposizioni concernenti la condizione dello straniero, si potrebbe ritenere che lo straniero possa godere degli stessi diritti civili attribuiti al cittadino italiano a condizione di dimostrare che lo Stato di cui è cittadino riconosca al cittadino italiano gli stessi di-



ritti. Pare tuttavia che il limite dell'art. 16, 1° co., disp. prel. c.c. debba ritenersi abrogato implicitamente secondo quanto dispone l'art. 15, disp. prel. c.c., che include tra le ipotesi di abrogazione quelle in cui “la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore” (sul punto v. *amplius* Campiglio 2001, 45; Mosconi e Campiglio 2006, 6 s.).

## ART. 21

### *Commorienza*

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

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. – 2. La disciplina della commorienza nella legge italiana di diritto internazionale privato. – 3. Incertezze applicative.

**Legislazione** L. 31.5.1995, n. 218 – d.l. 17 gennaio 1909, n. 23.

**Bibliografia** Morelli 1954 – Capotorti 1963 – Badiali 1995 – Di Blase 1996 – Ballarino 1999 – Mosconi e Campiglio 2006 – Ubertazzi 2006.

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

Il momento finale dell'esistenza delle persone è generalmente disciplinato dalla **legge nazionale**, in quanto elemento costitutivo della personalità, riconducibile pertanto alla stessa disciplina della capacità giuridica (art. 20). L'art. 21 stabilisce invece una deroga all'operatività della legge nazionale, riconducendo l'istituto della commorienza alla **legge applicabile al rapporto** in ordine al quale rileva accertare quale tra due o più persone sia morta prima. Pertanto è possibile ipotizzare che, nella generalità dei casi, sarà la legge applicabile alla successione, *ex art. 46*, a regolare l'istituto della commorienza, anche se non è da escludere che il problema possa riguardare anche istituti diversi (Relazione, *sub art. 21*), come ad es. i rapporti patrimoniali tra coniugi (Mosconi e Campiglio 2006, 7 s.).

#### **2. La disciplina della commorienza nella legge italiana di diritto internazionale privato**

La soluzione prescelta dalla legge di riforma del diritto internazionale privato italiano è stata **criticata** come “casuale e contraddittoria” da parte della dottrina (Badiali 1995, 161). Si è rilevato che la disciplina contenuta nell'art.

21 è casuale perché l'applicazione di una legge piuttosto che di un'altra è accidentale e dipende dal fatto che la questione della commorienza si ponga in relazione ad un rapporto giuridico piuttosto che in relazione ad un altro. Ed inoltre è contraddittoria nelle ipotesi in cui il problema sia affrontato in una controversia di competenza del giudice italiano, nel contesto di rapporti regolati da leggi differenti, e diventi pertanto suscettibile di soluzioni di volta in volta diverse, previste dalle disposizioni degli ordinamenti in conflitto (si veda ad es. l'art. 720 del *code civil* francese, che a differenza dell'art. 4 c.c. italiano adotta il principio della premorienza). È stata, ad esempio, delineata teoricamente l'ipotesi in cui, relativamente ad un contratto di assicurazione sulla vita a favore di un terzo, l'assicurato venga considerato dalla *lex contractus* come premorto rispetto al beneficiario, mentre ai fini della successione possa operare fra i due soggetti la presunzione di commorienza prevista dalla *lex successionis* (Badiali 1995, 161). In alternativa al collegamento prescelto dalla legge italiana di diritto internazionale privato, la dottrina in esame avrebbe pertanto preferito l'applicabilità della *lex fori*, perché maggiormente idonea a regolare la fattispecie della commorienza in quanto presunzione giuridica (Badiali 1995, 163). Tuttavia tale soluzione non è stata accolta, probabilmente in considerazione del fatto che il legislatore della riforma si è ispirato all'impostazione tradizionale (Morelli 1954, 38; Capotorti 1963, 190-191), secondo cui le presunzioni legali assolute devono considerarsi estranee al diritto processuale.

Alla luce di tali considerazioni, la disciplina prevista dall'art. 21 per la commorienza appare pertanto coerente con l'impostazione del sistema italiano di diritto internazionale privato in cui le presunzioni legali assolute sono generalmente riconducibili al diritto sostanziale, che, tramite esse, stabilisce un'equivalenza tra due fatti, attribuendo all'uno le conseguenze giuridiche dell'altro, e pertanto suscettibili di essere regolate dalla legge competente in ordine al rapporto cui esse ineriscono (v. in tal senso anche Ubertazzi 2006, 352).

### 3. Incertezze applicative

L'applicazione della norma dettata dalla legge italiana di diritto internazionale privato per la materia della commorienza può tuttavia condurre a delle incertezze. Si potrà ad esempio prospettare l'ipotesi in cui la medesima fattispecie sia regolata da **presunzioni diverse** relativamente alla successione temporale dei decessi, in ragione del fatto che ordinamenti differenti disciplinino il rapporto di successione o il contratto di assicurazione cui la commorienza inerisce. Nell'ipotesi più grave, in cui non sia possibile accertare il momento esatto della morte dei soggetti implicati in un determinato rapporto, potrà essere utilizzato il richiamo alla *lex fori* (Di Blase 1996, 112).

È stato infine rilevato che l'operatività delle presunzioni in materia di commorienza è esclusa, in presenza di disposizioni – di regola adottate in se-

guito a catastrofi naturali – che stabiliscono una situazione legale di non sopravvivenza e quindi una presunzione assoluta di commorienza (come ad es. l'art. 6 del d.l. 17.1.1909, n. 23, emanato in seguito al terremoto calabro-siculo). Si è affermato infatti che tali disposizioni, in quanto **norme di applicazione necessaria**, devono essere applicate se contenute nella *lex fori*, e possono essere considerate se appartengono ad un ordinamento straniero che presenta contatti significativi con la questione (Ballarino 1999, 326; Ubertazzi 2006, 358).

## ART. 22

### *Scomparsa, assenza e morte presunta*

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

*Sussiste la giurisdizione italiana per le materie di cui al comma 1:*

*a) se l'ultima legge nazionale della persona era quella italiana;*

*b) se l'ultima residenza della persona era in Italia;*

*c) se l'accertamento della scomparsa, dell'assenza o della morte presunta può produrre effetti giuridici nell'ordinamento italiano.*

SOMMARIO: 1. Ambito d'applicazione della disciplina. – 2. Fattispecie problematiche. – 3. I criteri di giurisdizione. – 4. Criteri interpretativi. – 5. Connessione e provvedimenti cautelari.

**Legislazione** L. 31.5.1995, n. 218 – c.p.c., artt. 721-722 – c.c., art. 48.

**Bibliografia** Picone 1971 – Migliazza 1993 – Starace 1994 – Attardi 1995 – Badiali 1995 – Kegel 1995 – Villani 1995 – Boschiero 1996a – Cafari Panico 1996a – Deli 1996 – Di Blase 1996 – Luzzatto 1996 – Salerno 1996b – Starace 1996a – Picone 1998 – Ballarino 1999 – Ricci 2004 – Salerno 2005 – Mosconi e Campiglio 2006 – Ubertazzi 2006.

#### **1. Ambito d'applicazione della disciplina**

La norma dell'art. 22 individua innanzitutto la disciplina dei presupposti e degli effetti della scomparsa, dell'assenza e della morte presunta, nell'ultima legge nazionale del soggetto cui tali fattispecie si riferiscono.

Pertanto è alla normativa individuata in base al collegamento dell'**ultima legge nazionale**, ovvero dell'ultima legge nazionale conosciuta all'autorità giudiziaria chiamata a provvedere, che occorre fare riferimento per disciplinare: le condizioni per la constatazione della scomparsa e per la dichiarazione d'assenza o di morte presunta, il tipo di provvedimento in grado di interferire nella sfera patrimoniale del soggetto di cui si tratta; il diritto di essere immessi nel possesso temporaneo dei beni (a beneficio dei possibili successori, legatari e donatari), gli effetti che si producono nell'eventualità che lo scomparso comunichi nuovamente notizia di sé (Di Blase 1996, 112-113; Ballarino 1999, 329).

A tale riguardo, si segnala positivamente l'unitarietà di disciplina prevista dalla legge italiana, in considerazione della necessità di armonizzare la regolamentazione internazionalprivatistica di provvedimenti tra loro differenti, ma riconducibili alla stessa fattispecie, e cioè alla questione dell'incertezza relativa all'esistenza di una persona (Badiali 1995, 134 ss.).

È tuttavia possibile che essa non riceva attuazione se prevede per la medesima fattispecie un diverso criterio di collegamento e si verifichi pertanto il **rinvio** (art. 13).

Se poi la legge così individuata per regolare la scomparsa, l'assenza e la morte presunta appartiene ad un **ordinamento plurilegislativo** si applica la norma dell'art. 18, l. 218/1995 (su cui v. in generale Ricci, 2004).

La norma dell'art. 22, 1° co., ha un ambito d'applicazione abbastanza esteso. Infatti il riferimento testuale ai **"presupposti"** e agli **"effetti"** della scomparsa, dell'assenza e della morte presunta non può far ritenere che solo tali aspetti siano ricompresi nella disciplina in esame. È pensabile piuttosto che tale precisazione sia stata inserita allo scopo di distinguere gli aspetti sostanziali di tali istituti da quelli processuali, regolati dalla legge italiana di diritto internazionale privato, tramite il richiamo della *lex fori* (art. 12): così accade ad es. per i requisiti di forma relativi alla domanda per la dichiarazione di assenza (art. 722 c.p.c.), e per le modalità relative all'adozione di eventuali provvedimenti per la conservazione del patrimonio (art. 721 c.p.c. e art. 48 c.c.) (Mosconi e Campiglio 2006, 8 s.; Ubertazzi 2006, 366 ss.).

## 2. *Fattispecie problematiche*

La chiara delimitazione testuale dell'ambito d'applicazione dell'art. 22, 1° co., non esclude che alcune incertezze vengano rilevate, in dottrina, relativamente a certe questioni connesse alla disciplina delle materie in esame (Badiali 1995, 154 ss.; Di Blase 1996, 113). Si pensi ad esempio alla determinazione della **qualità di erede**, presupposto necessario per ottenere i provvedimenti relativi all'immissione nel possesso dei beni dell'assente o del soggetto in ordine al quale è stata dichiarata la morte presunta, oppure all'accertamento della **qualità di coniuge**, necessario ai fini della concessione dell'assegno alimentare al coniuge dell'assente.

Si tratta di **questioni preliminari**, per le quali la legge italiana di diritto internazionale privato non offre indicazioni. Si porrà pertanto la necessità di scegliere tra la soluzione "congiunta", secondo la quale la questione preliminare viene regolata dall'ordinamento competente a disciplinare la questione principale, tenendo conto anche delle norme di conflitto, oppure soltanto delle disposizioni materiali ivi vigenti, e la soluzione "disgiunta", che individua la regolamentazione della questione preliminare, tramite i criteri di collegamento del foro ad essa applicabili (Picone 1971, 18 ss.; Kegel 1995, 270 ss.; Picone 1998, 271 ss.).

Senza affrontare approfonditamente il complesso tema delle questioni preliminari, ci si limita ad osservare che, per quanto concerne la materia in esame, risultati diversi possono essere determinati dall'accoglimento delle teorie appena esaminate. In base alla soluzione disgiunta, ad es., la qualità di erede, in quanto presupposto necessario per l'immissione nel possesso dei beni dell'assente o del soggetto di cui si dichiara la morte presunta, sarebbe accertata in base alla legge che secondo la normativa italiana di diritto internazionale privato regola le successioni; invece secondo la soluzione congiunta, tale qualità dovrebbe essere riconosciuta in forza della legge chiamata a disciplinare la questione principale. Si tratta, come si è detto, di un'alternativa puramente teorica, dal momento che in base alla norma dell'art. 46 il collegamento impiegato per regolare le successioni è di regola coincidente con quello indicato dall'art. 22. Il problema di scegliere tra soluzione disgiunta e soluzione congiunta si porrebbe pertanto solo nell'ipotesi di *optio iuris* da parte del *de cuius*. In questo caso sembra preferibile privilegiare non tanto l'armonia internazionale delle soluzioni che deriverebbe dalla scelta del collegamento dipendente, proposta da parte della dottrina (Di Blase 1996, 113), quanto l'armonia materiale interna tra il presupposto e la fattispecie (Picone 1998, 333). Ciò induce pertanto a risolvere la questione preliminare in esame, secondo la soluzione "disgiunta", in base alle norme della *lex successionis* designate dalle disposizioni di diritto internazionale privato della *lex fori* (Badiali 1995, 155).

### 3. I criteri di giurisdizione

L'art. 22 pone alcuni criteri di giurisdizione speciali in materia di scomparsa, assenza e morte presunta. Più in particolare, vi è da dire che i criteri di cui alle lett. a) e b) dell'art. 22 corrispondono a quelli fissati dall'art. 9. Il collegamento di cui alla lett. c) dell'art. 22 individua inoltre la competenza del giudice italiano se l'accertamento della scomparsa, dell'assenza o della morte presunta può produrre effetti giuridici nell'ordinamento italiano.

La prima osservazione da compiere a commento dell'art. 22, 2° co., è che si tratta di una disposizione che afferma la **giurisdizione** italiana in maniera abbastanza **ampia** (Badiali 1995, 138 ss.; Cafari Panico 1996a, 1095; Di Blase 1996, 114).

L'estensione della giurisdizione italiana in materia potrebbe ritenersi ancora più ampia se si seguisse l'opinione di quanti affermano l'applicazione concorrente dei criteri speciali e dei criteri generali di giurisdizione (Migliazza 1993, 12; Starace 1994, 245 s.; Villani 1995, 1251; Boschiero 1996a, 99 s.; Luzzatto 1996, 25; Starace 1996a, 75; Picone 1998, 195; Ballarino 1999, 550 s.).

Tale conclusione creerebbe tuttavia una competenza c.d. **esorbitante** in capo al giudice italiano, come già ampiamente rilevato in dottrina (Attardi 1995, 739; Deli 1996, 1318; Salerno 1996b, 923, Salerno 2005).

A tale riguardo si segnala, infatti, che l'assenza di indicazioni relative all'entità degli effetti richiesti per la determinazione della giurisdizione italiana, o ai criteri che devono essere impiegati dal giudice nella valutazione di tali effetti, fornisce già all'interprete uno strumento flessibile con cui affermare la propria competenza.

#### 4. *Criteri interpretativi*

Relativamente all'ampia formulazione dell'art. 22, 2° co., lett. c), occorre anzi evidenziare l'opportunità, già suggerita in dottrina (Badiali 1995, 139), di delineare dei **criteri precisi**, cui ancorare la valutazione probabilistica che deve compiere l'interprete. In questo modo si agevolerà il giudice italiano nel difficile compito di applicare anticipatamente la *lex causae*, ex art. 22, 1° co., al fine di verificare se i c.d. "effetti giuridici" siano in concreto ravvisabili, e se quindi la propria competenza – presupposta in via ipotetica – risulti confermata delimitando inevitabilmente l'estensione della giurisdizione italiana.

Tra i criteri enunciati dalla dottrina al fine di completare la formula di cui alla lett. c) dell'art. 22, 2° co., un ruolo di rilievo spetta senza alcun dubbio all'ultimo domicilio della persona di cui si tratta, luogo in cui sicuramente l'accertamento della scomparsa può produrre "effetti giuridici", sia ai fini della verifica della situazione di fatto venutasi a creare, sia per la vicinanza degli interessi da tutelare. Quanto all'individuazione degli altri criteri di giurisdizione, premesso che sarebbe forse stato opportuno che l'art. 22, 2° co., distinguesse a tale riguardo le tre fattispecie in considerazione della diversità degli "effetti giuridici" dalle stesse prodotti, sono state delineate alcune ipotesi. È innanzitutto configurabile la competenza del giudice italiano, in ordine a controversie promosse contro lo scomparso, l'assente o il soggetto dichiarato defunto, ed aventi ad oggetto prestazioni contrattuali o obblighi di natura extracontrattuale da eseguirsi in Italia (Badiali 1995, 144; Di Blase 1996, 114). Un altro criterio di giurisdizione può essere individuato nell'esistenza in Italia di beni del soggetto di cui si deve accertare l'assenza, la scomparsa o la morte presunta (Badiali 1995, 144). In maniera analoga, l'ipotesi di successione ereditaria di cittadino italiano o aperta in Italia può configurare valido criterio di giurisdizione sia in ordine alla scomparsa, sia relativamente all'assenza e alla morte presunta. Infine è stata prospettata l'ipotesi che la cancellazione dell'assente da un albo professionale o la decadenza di una licenza commerciale sia un "effetto giuridico" sufficiente a giustificare l'esistenza della giurisdizione italiana (Badiali 1995, 138).



### **5. Connessione e provvedimenti cautelari**

Nell'interpretazione della formula ampia di cui all'art. 22, 2° co., lett. c), si è affermata la rilevanza del criterio della connessione, con esclusivo rilievo in ordine alla **scomparsa**, dal momento che questa fattispecie richiede una fase cautelare, in cui è evidente la competenza del giudice a decidere anche in ordine alle cause connesse. Al contrario, relativamente all'assenza e alla dichiarazione di morte presunta, le situazioni giuridiche dell'assente assumono rilievo come elementi di un patrimonio in cui saranno chiamati a succedere gli eredi e gli altri aventi causa. Pertanto la connessione potrà rilevare ai fini dell'accertamento del giudice competente in ordine alle azioni instaurate dall'avente diritto al possesso dei beni, e non alla definizione della giurisdizione volontaria ai fini della dichiarazione di assenza e di morte presunta (Badiali 1995, 147-148).

Una volta delimitato l'ambito d'applicazione del criterio della connessione, è possibile delinearne alcune ipotesi operative. Si ritiene ad es. che, una volta ammessa la competenza del giudice italiano a nominare un curatore per promuovere, nell'interesse dello scomparso, un'azione di rivendica della proprietà avente ad oggetto dei beni situati in Italia, sussista la giurisdizione italiana anche in ordine all'azione connessa di risarcimento dei danni causati dalla temporanea privazione del possesso dei beni. In maniera analoga, le eccezioni di compensazione aventi carattere riconvenzionale possono fondare la competenza del giudice italiano, nel caso in cui ad es. il curatore nominato per una causa inerente ad un'obbligazione sorta o da eseguirsi in Italia sia investito del potere di rappresentare lo straniero scomparso anche con riferimento ad un credito eccepito in compensazione e fondato su di un titolo diverso (Badiali 1995, 146).

In caso di **pluralità di parti**, l'identità dell'oggetto (ad es. debito principale garantito da fideiussione) – collegato al nostro ordinamento – è riconosciuto come criterio valido a determinare la giurisdizione italiana. Si pensi al caso in cui il fideiussore sia lo straniero scomparso, e la garanzia sia prestata relativamente ad un contratto oggetto di una causa di inadempimento iniziata in Italia. Si può ritenere esistente la competenza del giudice italiano in ordine alla domanda di garanzia, anche se l'assente non aveva altri legami con l'ordinamento italiano, come ad es. la nazionalità o la residenza (Di Blase 1996, 114).

La competenza dei giudici italiani deve essere infine riconosciuta in merito ai **provvedimenti cautelari**, da adottarsi in caso di scomparsa, assenza e morte presunta (Ballarino 1999, 328).

## ART. 23

### *Capacità di agire delle persone fisiche*

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

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

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

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

SOMMARIO: 1. La disciplina della capacità di agire: la maggiore età. – 2. L'interdizione e l'inabilitazione. – 3. La capacità di stare in giudizio. – 4. L'emancipazione. – 5. L'incapacità derivante da condanna penale. – 6. La disciplina delle condizioni speciali di capacità. – 7. Individuazione delle fattispecie rilevanti. – 8. La disciplina dell'incapacità naturale. – 9. La tutela del contraente in buona fede: osservazioni generali. – 10. Coordinamento con la disciplina della Convenzione di Roma del 19.6.1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e del Regolamento Roma I. – 11. Aspetti problematici. – 12. Estensione agli atti unilaterali.

**Legislazione** L. 31.5.1995, n. 218 – r.d.l. 25.8.1932, n. 1130, esecuzione Conv. Ginevra 7.6.1930 destinata a regolare alcuni conflitti di leggi in materia di cambiali e di vaglia cambiari, art. 2.2. – r.d.l. 24.8.1933, n. 1077, esecuzione Conv. Ginevra 19.3.1931 destinata a regolare alcuni conflitti di leggi in materia di assegni bancari – c.p., art. 12 – c.c., art. 250, art. 419, 3° co., art. 428 – c.p.c., art. 75, 2° co., art. 721 – l. 18.12.1984, n. 975, esecuzione Conv. Roma 19.6.1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, art. 1.2.a, art. 11 – Reg. (CE) 593/2008, del 17.6.2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), art. 1.2.a., art. 13.

**Bibliografia** Rescigno 1958 – Falzea 1960 – Capotorti 1963 – Giuliano e Lagarde 1980 – Battifol e Lagarde 1983 – Mosconi 1983 – Lagarde 1991 – Rossolillo 1994 – Badiali 1995 – Baruffi 1996 – Di Blase 1996 – Baratta 1997 – Villani 1997 – Ancel e Lequette 1998 – Ballarino 1999 – Ricci 2004 – Mosconi e Campiglio 2006 – Ubertazzi 2006 – Ubertazzi 2008.

### **1. La disciplina della capacità di agire: la maggiore età**

La capacità di agire delle persone fisiche è regolata, in linea generale, dalla loro **legge nazionale**. Alcune limitazioni all'operatività della legge nazionale derivano dalla disposizione relativa alle condizioni speciali di capacità, sottoposte alla **legge regolatrice dell'atto** per il compimento del quale sono richieste (art. 23, 1° co., II frase).

Può inoltre accadere che la legge nazionale della persona di cui si tratta preveda un diverso criterio di collegamento per la medesima fattispecie e operi così il **rinvio** (art. 13, come nel caso deciso da Trib. Pordenone 7.3.2002, *RIPP*, 2002, 1052 ss.).

Se la persona della cui capacità si tratta è cittadino di uno Stato che presenta un **ordinamento plurilegislativo**, si applica la norma dell'art. 18 l. 218/1995 (su cui in generale v. Ricci 2004).

Vari sono gli aspetti riconducibili alla disciplina generale della capacità d'agire, quali ad es. l'età alla quale si consegue la capacità d'agire, le cause che possono determinarne l'abbassamento (emancipazione), gli effetti che il difetto di capacità provoca, le autorizzazioni e gli altri interventi necessari affinché certi soggetti non pienamente capaci possano compiere determinati atti.

Più in particolare, si è precisato che, al fine di stabilire se una persona ha raggiunto la maggiore età e la conseguente capacità di agire, il richiamo alla legge nazionale deve essere inteso con riferimento al momento del compimento dell'atto (Di Blase 1996, 115). Non pare pertanto possibile dedurre dalla legge italiana di diritto internazionale privato alcun appiglio per poter sostenere la teoria – seguita nel vigore delle disp. prel. c.c. – secondo cui un soggetto, considerato maggiorenne dalla legge dello Stato di cui è cittadino in quel momento, conservi tale *status* anche in seguito all'acquisto della cittadinanza di uno Stato in cui la maggiore età si raggiunge ad un'età superiore (Capotorti 1963, 211-212). Rimane tuttavia ferma la validità degli atti compiuti in base alla prima legge.

Tale puntualizzazione presenta limitata rilevanza pratica, in considerazione dell'uniformità di disciplina raggiunta in molti paesi relativamente alla fissazione del diciottesimo anno come momento acquisitivo della capacità di agire. Tuttavia essa rileva in ordine alle ipotesi di acquisto della capacità di agire in seguito ad emancipazione, materia in cui si riscontrano ancora diversità normative all'interno dei singoli ordinamenti.

### **2. L'interdizione e l'inabilitazione**

Relativamente agli altri aspetti sottoposti alla disciplina generale della capacità d'agire (interdizione, inabilitazione), vi è da dire che in base alla legge nazionale della persona si devono valutare le circostanze in presenza delle qua-

li si può ritenere che il soggetto non è in grado di provvedere ai propri interessi, ad es. per infermità mentale (Ubertazzi 2006, 182 ss.).

Di conseguenza, potranno venire pronunciati in Italia provvedimenti di interdizione e di inabilitazione, qualora si possa ritenere esistente la giurisdizione italiana in base ai criteri dell'art. 9, nelle ipotesi in cui ricorrano le cause previste dalla legge nazionale della persona di cui si tratta. In questi casi, la procedura sarà regolata dalle norme italiane (art. 721 ss. c.p.c.) e la persona da sottoporre al provvedimento potrà stare in giudizio, ma il giudice avrà la facoltà di nominare un tutore o un curatore provvisorio (art. 419, 3° co., c.c.), nella scelta del quale si afferma debbano essere prescelti i criteri stabiliti dalla legge nazionale dell'interdicendo o dell'inabilitando, e non quelli della legge italiana (Ballarino 1999, 331). In relazione a tali situazioni, potranno inoltre venire in rilievo **i provvedimenti giurisdizionali stranieri** che dichiarano l'incapacità del soggetto nella forma dell'interdizione e dell'inabilitazione, riconoscibili in Italia ai sensi dell'art. 65 della l. 218/1995. Per un interessante caso di interdizione pronunciata in Italia, secondo le norme italiane, su una cittadina argentina domiciliata in Italia, grazie al **rinvio indietro** operato ai sensi dell'art. 13, 1° co., lett. b), l. 218/1995 dall'ordinamento argentino, si v. Trib. Pordenone 7.3.2002 (RIPP, 2002, 1052 ss.).

### **3. La capacità di stare in giudizio**

Un'altra fattispecie riconducibile all'art. 23 è la capacità di stare in giudizio, generalmente considerata come un'applicazione della capacità d'agire alla materia processuale (Capotorti 1963, 260).

Ad analoga disciplina si perviene peraltro – come preferibile – in forza del **rinvio** alla legge nazionale operato dalla *lex fori*, competente a regolare tutto ciò che attiene alla materia processuale da parte dell'art. 12 (Baruffi 1996, 1097). È dunque in base a questa disposizione che si accerta se lo straniero può stare in giudizio, facendo riferimento alla legge nazionale di quest'ultimo, secondo quanto dispone l'art. 75, 2° cp., c.p.c.

### **4. L'emancipazione**

Rientra inoltre nell'ambito d'applicazione della disciplina generale sulla capacità l'emancipazione, ovvero la misura mediante la quale l'ordinamento conferisce una limitata capacità d'agire ad una persona che non sarebbe in grado di esserne titolare per l'età anagrafica, ma che dimostra una sufficiente maturità psico-fisica. La regolamentazione dell'emancipazione va pertanto ricercata **in maniera unitaria**, nell'ambito della legge nazionale del soggetto di cui si tratta, sia se l'emancipazione deriva da un provvedimento del giudice italiano, sia se essa deriva da un provvedimento adottato dalle autorità dello Stato di

cui il minore è cittadino o comunque produttivo di effetti in tale paese e quindi riconoscibile in Italia ai sensi dell'art. 66, sia infine se discende direttamente dalla legge, ad es. per il fatto che il minore abbia contratto matrimonio.

Ai fini dell'individuazione della disciplina, non rileva la diversa fonte dell'emancipazione; e dunque, come ogni circostanza suscettibile di influire sulla capacità generale d'agire dell'individuo, anch'essa deve essere regolata secondo la legge nazionale del soggetto di cui si tratta.

### ***5. L'incapacità derivante da condanna penale***

Infine, appare riconducibile all'art. 23 l'incapacità d'agire conseguente ad una sentenza penale di condanna, in forza della connessione che la fattispecie presenta con tale ordinamento (Baruffi 1996, 1100; Di Blase 1996, 117; Franchi 1996, 1268).

La disciplina prevista dall'art. 23 per l'incapacità d'agire conseguente a una **sentenza penale** di condanna viene poi completata dalle disposizioni del c.p. Infatti le incapacità conseguenti ad una sentenza penale straniera possono avere effetto automatico, o essere subordinate al riconoscimento della sentenza penale straniera, previsto dall'art. 12 c.p. (Di Blase 1996, 117). A tale riguardo, si è rilevato che hanno effetto automatico le statuizioni (ad es. perdita della capacità di testare) contenute in sentenze pronunciate dai giudici dello Stato di cui la persona ha la cittadinanza, oppure dello Stato la cui legge è applicabile al rapporto (ad es. l'indegnità a succedere pronunciata nel paese le cui leggi regolano la successione). Nel caso in cui sia stata emanata in un paese diverso da quelli da ultimo considerati, la sentenza dovrà essere riconosciuta ai sensi dell'art. 12 c.p. e quindi sarà necessario il rispetto della condizione di cui al n. 2 dell'art. 12 (Ballarino 1999, 333).

### ***6. La disciplina delle condizioni speciali di capacità***

Come si è visto, le condizioni speciali di capacità sono sottratte, in linea generale, alla disciplina fissata dall'art. 23, 1° co., per la capacità di agire. Analogamente a quanto disposto in tema di capacità giuridica, l'art. 23, 1° co., 2<sup>a</sup> frase, stabilisce, infatti, che le condizioni richieste per il compimento di determinati atti sono sottoposte alla legge regolatrice di questi ultimi.

Tale regolamentazione si applica pertanto alle fattispecie in cui la dottrina ha individuato l'esistenza di condizioni speciali di capacità d'agire: ad es. all'art. 250, 5° co., c.c., che consente al minore che abbia compiuto sedici anni di riconoscere il proprio figlio naturale; all'art. 250, 3° co., in base al quale il riconoscimento del figlio infrasedicenne è possibile solo con il consenso dell'altro genitore che abbia già effettuato il riconoscimento.

Si tratta di una disciplina generalmente approvata dalla dottrina, in quanto istituisce un netto **parallelismo** in ordine a capacità giuridica e capacità d'agire sia per quanto attiene alla capacità generale, sia relativamente alle capacità speciali, ed evita pertanto l'insorgere di problemi di qualificazione (Badiali 1995, 44).

### **7. Individuazione delle fattispecie rilevanti**

Alcune difficoltà possono sorgere all'atto dell'applicazione dell'art. 23, 1° co., in ordine all'individuazione delle condizioni speciali di capacità, a causa dell'assenza di indicazioni testuali al riguardo.

Appare pertanto opportuna l'elaborazione, da parte della dottrina, del **metodo teleologico**, diretto ad individuare la disciplina delle condizioni speciali di capacità in deroga alla regolamentazione generale, in considerazione della *ratio* che, caso per caso, giustifica tale scelta (Badiali 1995, 48 ss.; Di Blase 1996, 117). Seguendo tale metodo, talvolta la configurazione di una capacità speciale è sottoposta alla competenza della *lex personae*, se attiene alla valutazione globale delle attitudini del soggetto e quindi allo statuto personale (Badiali 1995, 48), come avviene ad es. per la capacità di contrarre matrimonio (art. 27), per la capacità di riconoscere il figlio naturale (art. 35, 2° co.), per la capacità di adottare (art. 38) e per la capacità di testare (art. 47).

In altre ipotesi, la condizione personale del soggetto è considerata come un requisito che riguarda il singolo rapporto e pertanto va determinata in base alla legge regolatrice di quest'ultimo: ciò vale ad es. per la capacità a succedere, da regolarsi in base alla *lex successionis* e non alla legge nazionale del presunto erede, o per la capacità di ricevere per donazione, sottoposta alla legge regolatrice della donazione.

### **8. La disciplina dell'incapacità naturale**

La legge italiana di diritto internazionale privato non disciplina l'incapacità naturale o di fatto, intesa come fattispecie in cui un soggetto, a prescindere da un accertamento formale, risulti non avere la capacità di intendere e di volere, per qualsiasi causa, anche transitoria (Rescigno 1958, 865; Falzea 1960, 30). Occorre pertanto individuare la regolamentazione di tale materia.

Il problema si era già evidenziato nel vigore delle disp. prel. c.c., dato che anche allora mancava una norma specificamente rivolta a regolare l'incapacità di intendere e di volere. Per colmare tale lacuna, la giurisprudenza richiamava la *lex fori*, in considerazione del fatto che

«l'incapacità naturale ... è svincolata dal contenuto delle norme giuridiche, e riposa esclusivamente sull'impossibilità di natura psico-intellettuale, da accertare in concreto e caso per caso, di provvedere ai propri interessi»

(Cass. 28.4.1992, n. 5059, *RIPP*, 1994, 90-92, con nota di Rossolillo, *RIPP*, 1994, 67-78).

Attualmente si è affermato che il richiamo dell'art. 23, 1° co., II frase, alla **legge regolatrice dell'atto**, per la determinazione delle condizioni speciali di capacità, costituisce valido indizio per sostenere l'operatività della *lex causae*, anche relativamente all'incapacità naturale (Di Blase 1996, 118; Baruffi 1996, 1098). La conferma di tale orientamento è stata peraltro individuata (Mosconi e Campiglio 2006, 13) nella disciplina materiale che l'ordinamento italiano riserva all'incapacità naturale, prevedendola spesso in relazione a figure determinate di atti (matrimonio, testamento, donazione), oppure condizionandola ad altri elementi della fattispecie, ad es. al pregiudizio per l'autore dell'atto unilaterale, o allo stato soggettivo della controparte (art. 428 c.c.).

### **9. La tutela del contraente in buona fede: osservazioni generali**

L'operatività della legge nazionale in ordine alla disciplina dell'incapacità di agire è espressamente esclusa dalle disposizioni dell'art. 23, 2° e 3° co. Tali norme sono dettate in vista della necessità di proteggere da un lato chi conclude un contratto con un incapace e dall'altro chi fa affidamento su atti unilaterali compiuti da un incapace.

A tale scopo, l'**art. 23, 2° co.**, stabilisce che, nelle ipotesi in cui una persona sia incapace in base alla propria legge nazionale, mentre sarebbe capace secondo la *lex loci actus*, si applica quest'ultima disciplina, a condizione che il contratto sia stato concluso tra persone che risultino essere entrambe presenti nello stesso Stato, oppure che la controparte non fosse a conoscenza dell'incapacità o l'avesse ignorata per sua colpa.

In maniera analoga, l'**art. 23, 3° co.**, dispone, in materia di atti unilaterali, che la persona considerata capace dalla legge del luogo di compimento dell'atto, ma incapace secondo la legge dello Stato cui appartiene, possa far valere la propria incapacità solo se ciò non reca pregiudizio a coloro che hanno fatto affidamento, senza colpa, sulla sua capacità.

Le disposizioni in esame si ricollegano peraltro ad una soluzione tradizionale nel diritto internazionale privato, a partire dalla nota sentenza francese *Lizardi* (Cass. 16.1.1861, in Ancel e Lequette 1998, 34 ss.), ed accolta anche nell'ordinamento italiano (già con l'art. 17, 2° co., disp. prel. c.c.).

La disciplina attuale appare tuttavia più flessibile di quella contenuta nell'art. 17 delle disp. prel. c.c., in quanto non espressamente orientata a tutelare, o meglio a privilegiare il cittadino italiano che concluda un contratto in Italia (Di Blase 1996, 118-119).

### **10. Coordinamento con la disciplina della Convenzione di Roma del 19.6.1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e del Regolamento Roma I**

La disciplina in esame si ricollega inoltre alla disposizione della Convenzione di Roma del 1980, secondo cui

«In un contratto concluso tra persone che si trovano in uno stesso paese, una persona fisica, capace secondo la legge di questo paese, può invocare la sua incapacità risultante da un'altra legge soltanto se, al momento della conclusione del contratto, l'altra parte era a conoscenza di tale incapacità o l'ha ignorata soltanto per imprudenza da parte sua»

(art. 11, Conv. Roma 19.6.1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali).

Relativamente alla *ratio* di tale norma, inserita nella Convenzione di Roma che, in linea generale, non disciplina le questioni di stato e di capacità delle persone fisiche (art. 1, lett. a) si è rilevato che essa appare ispirata da esigenze precise, che si ricollegano al principio del *favor negotii* (Batiffol e Lagarde 1983, 111; Baratta 1997, 677), unito a quello della “capacità apparente” (Lagarde 1991, 328) e all’opportunità di favorire la sicurezza delle relazioni commerciali internazionali (Mosconi 1983, 195; Villani 1997, 37). L’**art. 11** mira, infatti, a proteggere la parte che, in buona fede, abbia svolto le trattative senza supporre l’incapacità della controparte, e alla quale viene opposta, dopo la conclusione del contratto, tale incapacità. La tutela offerta dall’art. 11 della Convenzione al contraente in buona fede è subordinata alla presenza di alcune **condizioni** (Giuliano e Lagarde 1980, 33-34), caratterizzate tuttavia da un rigore notevole nei confronti dell’incapace, in ragione della necessità di evitare, per quanto è possibile, che il contratto debba essere considerato invalido (Mosconi 1983, 197).

Analogia disciplina è prevista, in materia di capacità, dal Regolamento (CE) 593/2008, del Parlamento e del Consiglio del 17.6.2008, c.d. “**Regolamento Roma I**” (G.U.U.E. 4.7.2008, n. L 177/6), adottato nell’ambito della competenza normativa diretta acquisita dalla Comunità europea a seguito del Trattato di Amsterdam del 1997 (confermato per questo aspetto dal Trattato di Nizza del 2001 su cui v. *supra*, *sub* art. 1) e destinato a sostituire la Convenzione di Roma a far data dal 17.12.2009. Gli artt. 1.2.a) e 13 del Regolamento riprendono integralmente il contenuto degli artt. 1. a) e 11 della Convenzione.

Analogamente alle previsioni della Convenzione di Roma, e del Regolamento Roma I, l’**art. 23, 2° co.**, pur essendo formulato in maniera letteralmente diversa, assicura una tutela piena all’incapace solo nel caso in cui il contratto sia concluso a distanza, e nelle ipotesi previste dall’art. 23, 4° co., e cioè in materia di rapporti di famiglia, di successioni per causa di morte o di diritti reali su immobili situati in uno Stato diverso da quello in cui l’atto è compiuto.



## 11. Aspetti problematici

In considerazione del fatto che l'ambito d'applicazione dell'art. 23 è, sotto un certo profilo, più ristretto di quello dell'art. 11 della Convenzione, perché non riguarda gli atti relativi a diritti reali su immobili situati in uno Stato diverso da quello in cui l'atto è compiuto (Baruffi 1996, 1101 ss.; Ballarino, 1999, 339), si sono evidenziati dei problemi di coordinamento tra le discipline in esame. Per risolvere tale questione sono state prospettate due soluzioni.

Da un lato, si è affermata la prevalenza dell'**art. 23**, in quanto *lex posterior*, e la limitazione della portata del richiamo alla Convenzione di Roma, contenuto nell'art. 57 (v. *infra*, sub art. 57), limitatamente alla disciplina delle obbligazioni contrattuali, con la conseguenza che in materia di contratti aventi ad oggetto diritti reali su beni immobili si potrà comunque far valere l'incapacità risultante dalla propria legge nazionale (Baruffi 1996, 1101 ss.; Ballarino 1999, 340). Dall'altro lato, si è affermato – come preferibile – che la norma rivolta a tutelare chi si accinge a contrattare con un incapace sia applicabile anche ai contratti concernenti diritti reali sui beni immobili, cui la **Convenzione di Roma** risulta applicabile “in ogni caso” (Di Blase 1996, 121-122; Mosconi 1997a, 154), ed in osservanza della disposizione generale dell'art. 2, 1° co. (Di Blase 1996, 122; Ubertazzi 2006, 295), che impone il rispetto delle Convenzioni internazionali.

L'entrata in vigore del **Regolamento Roma I** risolve tali incertezze perché l'art. 13 dello stesso prevale sull'art. 23, l. 218/1995, una volta risolto il problema del coordinamento tra disciplina regolamentare e convenzionale in vista della *ratio* che ha ispirato il legislatore nazionale al fine di conseguire uniformità tra norme nazionali e regolamentazione comunitaria (sul punto v. *infra*, sub art. 57).

## 12. Estensione agli atti unilaterali

Un problema di coordinamento con la disciplina fissata dalle Convenzioni internazionali si pone anche in ordine alla materia degli atti unilaterali, per i quali – come si è visto – l'art. 23, 3° co., estende la tutela del contraente ignaro ai soggetti che possono ricevere pregiudizio da un atto unilaterale.

In materia di cambiale e di vaglia cambiario e di assegni bancari, la **Convenzione di Ginevra del 7.6.1930** e la **Convenzione di Ginevra del 19.3.1931**, richiamate “in ogni caso” a regolare tali materie dall'art. 59, prevedono una disposizione identica in materia di incapacità, secondo la quale:

«la persona che sarebbe incapace, in base alla legge indicata dal comma precedente, è tuttavia ritenuta validamente obbligata, se la firma è stata apposta nel territorio di un paese in base alla cui legislazione la persona sarebbe stata capace»

(art. 2, 2° co., Conv. Ginevra 7.6.1930, e art. 2, 2° co., Conv. Ginevra 19.3.1931).

Si tratta di una norma diversa da quella contenuta nell'art. 23, 3° co., dal momento che esclude del tutto la possibilità per colui che ha sottoscritto il titolo di invocare l'incapacità derivante dalla propria legge nazionale se è considerato capace dalla legge del luogo di sottoscrizione, senza che assuma rilevanza la diligenza dei soggetti che hanno fatto affidamento sulla validità di tale atto.

Il **coordinamento** tra tali disposizioni può essere raggiunto, anche in questo caso, grazie all'applicazione della norma dell'art. 2, che impone in linea generale il rispetto delle Convenzioni internazionali (Di Blase 1996, 123). Sembra pertanto possibile concludere che in materia di cambiali, vaglia cambiari ed assegni, il soggetto che ha sottoscritto il titolo possa invocare l'incapacità risultante dalla propria legge nazionale e con riferimento ad obbligazioni cambiarie o derivanti da assegni bancari, collegate non solo a Stati contraenti tali Convenzioni, ma anche a Stati terzi, in forza del richiamo "in ogni caso" di cui all'art. 59 (Ubertazzi 2006, 296).

## ART. 24

### *Diritti della personalità*

*L'esistenza ed il contenuto dei diritti della personalità sono regolati dalla legge nazionale del soggetto; tuttavia i diritti che derivano da un rapporto di famiglia sono regolati dalla legge applicabile a tale rapporto.*

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

**SOMMARIO:** 1. Ambito d'applicazione dell'art. 24. – 2. Coordinamento con la disciplina dell'art. 65, l. 218/1995. – 3. La disciplina dei diritti della personalità: esistenza e contenuto. Limiti. Norme di applicazione necessaria. – 4. L'ordine pubblico. – 5. Il diritto al nome. – 6. La disciplina del diritto al nome. Il coordinamento con la Convenzione di Monaco di Baviera del 5.9.1980. Casi problematici. – 7. Soluzioni possibili. – 8. La violazione dei diritti della personalità.

**Legislazione** L. 31. 5.1995, n. 218 – Cost., artt. 2, 3 – l. 4.8.1955, n. 848, esecuzione Conv. per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4.11.1950 – l. 25.10.1977, n. 881, esecuzione del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 19.12.1966 – r.d. 9.7.1939, n. 1238 sull'ordinamento dello stato civile – l. 14.4.1982, n. 164 sul transessualismo – l. 19.11.1984, n. 950, esecuzione Conv. Monaco di Baviera 5.9.1980 sulla legge applicabile ai nomi e ai cognomi – l. svizzera 18.12.1987 sul diritto internazionale privato – l. 11.2.1989, n. 71, esecuzione Conv. de L'Aja 8.9.1982 relativa al rilascio di un certificato di diversità dei cognomi.

**Bibliografia** Biscottini 1961 – Cansacchi 1963 – Gaja 1964a – Vitta 1973 – Balladore Pallieri 1974 – Ballarino 1982 – Fumagalli 1984 – Picone 1986 – Struycken 1991 – Jayme 1994 – Corrao 1995 – Baruffi 1996 – Di Blase 1996 – Gattini 1996 – Seatzu 1997a – Conetti 1998a – Tonolo 2000 – Civinini 2001 – Tonolo 2003b – Ricci 2004 – Mosconi e Campiglio 2006.

#### **1. Ambito d'applicazione dell'art. 24**

L'evoluzione del diritto internazionale, all'interno del quale un posto di sicuro rilievo spetta agli strumenti convenzionali, tra cui ad es. la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10.12.1948 (art. 12), il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici del 16.12.1966 (art. 18), la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 3), evidenzia chiaramente la sempre più precisa individuazione dei diritti della personalità ed il rafforzamento della loro tutela.

Per delimitare tale ambito, occorre rilevare in linea generale che esso riguarda i **diritti fondamentali “privati”**, ovvero i diritti che soddisfano aspirazioni e bisogni dei singoli in quanto tali, e non nel quadro del legame di questi ultimi con la collettività. Rientrano pertanto nella sfera d’operatività dell’art. 24 il diritto alla vita, il diritto all’integrità fisica, nel senso sia di integrità fisica del proprio corpo sia di integrità psichica e sociale, il diritto alla salute, il diritto all’onore, il diritto alla riservatezza, che comprende il diritto all’immagine ma anche al segreto delle comunicazioni epistolari, telefoniche, ecc., il diritto alla libertà, il diritto alla libertà sessuale, il diritto ai segni distintivi della persona (diritto al nome e allo pseudonimo), il diritto morale d’autore (per le conseguenze dello sfruttamento economico delle creazioni intellettuali, v. *infra, sub* art. 54), il diritto di stabilire rapporti patrimoniali con altri, il diritto di creare rapporti familiari.

## **2. Coordinamento con la disciplina dell’art. 65, l. 218/1995**

La disciplina dei diritti della personalità contenuta nell’art. 24 è completata dall’art. 65, che stabilisce, in materia, **l’efficacia automatica** del provvedimento adottato all’estero se l’autorità straniera appartiene all’ordinamento designato dalla norma italiana di diritto internazionale privato, oppure quando il provvedimento, pur provenendo da uno Stato terzo, può produrre effetti nell’ordinamento competente, a condizione che siano stati rispettati i limiti dell’ordine pubblico e i diritti essenziali della difesa (Di Blase 1996, 129 ss.).

Il coordinamento tra l’art. 24 e l’art. 65 consente pertanto di riconoscere i provvedimenti incidenti in materia di diritti della personalità non solo quando provengono dal paese di nazionalità del titolare di tali diritti, secondo un’impostazione già accolta nel vigore delle disp. prel. c.c., in dottrina (v. per tutti Picone 1986, 152 ss.), e in giurisprudenza (Cass. 15.7.1974, n. 2126, *RIPP*, 1975, 113-119; Trib. Napoli, 15.6.1978, *RIPP*, 1979, 104-112; Cass. 24.3.1981, n. 1717, *RIPP*, 1983, 844-847, con nota di Fumagalli, *RIPP*, 1984, 269-282; App. Roma, 20.12.1982, *RIPP*, 1983, 868-874; Cass. 25.5.1985, n. 3187, *RIPP*, 1985, 871-877), ma anche quando sono state pronunciate dal giudice del paese la cui legge è richiamata, *ex* art. 24, 1° co., 2ª parte, a regolare i rapporti di famiglia, nei confronti dei cittadini italiani.

## **3. La disciplina dei diritti della personalità: esistenza e contenuto. Limiti. Norme di applicazione necessaria**

L’art. 24 regola diversamente l’esistenza ed il contenuto dei diritti della personalità e le conseguenze per la violazione di tali diritti. Mentre tale ultimo

aspetto risulta sottoposto in maniera unitaria alla *lex loci delicti* (v. *infra*, *sub* par. 8), l'esistenza ed il contenuto dei diritti della personalità sono riconducibili solo in linea generale alla legge nazionale del titolare di tali diritti, dato che, nel caso di diritti derivanti da un rapporto di famiglia, viene richiamata la legge applicabile a tale rapporto in base alle norme degli artt. 26 e ss. della l. 218/1995. Occorrerà inoltre considerare, a tale riguardo, l'operatività del **rinvio**, che, ai sensi dell'art. 13, potrà condurre all'applicazione di una legge diversa. Se poi la cittadinanza conduce a un **ordinamento plurilegislativo**, si applica la norma dell'art. 18, l. 218/1995 (su cui v. Ricci 2004).

L'applicazione della disciplina prevista dall'art. 24 può tuttavia subire delle **limitazioni**, nelle ipotesi in cui ricorrano delle norme di applicazione necessaria della *lex fori*, e cioè di quelle norme che, secondo la legge italiana di diritto internazionale privato,

«in considerazione del loro oggetto e del loro scopo, debbono essere applicate nonostante il richiamo alla legge straniera»

(art. 17, l. 218/1995).

#### 4. *L'ordine pubblico*

Un'ulteriore restrizione dell'operatività della disciplina individuata dall'art. 24, 1° co, discende dall'altro limite generalmente posto nella legge italiana di diritto internazionale privato a tutela dell'ordine pubblico dall'**art. 16** (v. Mosconi e Campiglio 2006, 21 s.). Nelle prime applicazioni giurisprudenziali della l. 218/1995, si è infatti affermato che, sebbene nello Stato di appartenenza dell'individuo straniero (nel caso il Perù) sia carente una normativa al riguardo, deve essere accolta l'istanza diretta ad ottenere un trattamento medico-chirurgico di modifica dei propri caratteri sessuali, ai sensi della l. 14.4.1982, n. 164 sul **transessualismo**, in base a considerazioni di ordine pubblico, che comportano la tutela di valori di dignità e di libertà della persona umana (Trib. Milano 14.7.1997, *RIPP*, 1998, 568-570; Trib. Milano 17.7.2000, *FD*, 2000/6, 608-613, con nota Tonolo). Ciò in conformità all'orientamento espresso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, nel senso che gli Stati non possono ignorare il problema della transessualità senza incorrere in una violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (sent. 27.9.1990, *Cossey c. Regno Unito*; sent. 25.3.1992, *B. c. Francia*; sent. 27.9.1999, *Lustig-Prean e Beckett c. Regno Unito*; sent. 27.9.1999, *Smith e Grady c. Regno Unito*; sent. 21.12.1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*).

### 5. *Il diritto al nome*

Nella legge italiana di diritto internazionale privato, le incertezze espresse nel vigore delle disp. prel. c.c. relativamente alla legge applicabile al diritto al nome sono state superate in seguito alla creazione di una disciplina completa, cui si possono ritenere assimilabili, come già affermato nel vigore delle disp. prel. c.c., **lo pseudonimo** e il **predicato nobiliare**, in quanto parte del cognome (Biscottini 1961, 194 ss.; Cansacchi 1963, 95 ss.; Gaja 1964a, 268 ss.; Vitta 1973, 25). Ciò a differenza del **titolo nobiliare** non riconoscibile in quanto *status* di natura pubblicistica (v. ad es. Cass. 11.10.1961, n. 2087, *GI*, 1963, 94-105, con nota Cansacchi).

La disciplina attuale del diritto al nome prevede infatti, accanto alla regola generale dell'art. 24, 1° co., 1ª frase, che richiama la legge nazionale del soggetto, la disposizione speciale dell'art. 24, 1° co., 2ª frase, secondo cui per i diritti della personalità "derivanti dai rapporti di famiglia" si deve applicare la legge regolatrice di tali rapporti, individuando così una soluzione già suggerita da parte della dottrina anteriormente alla riforma del diritto internazionale privato italiano (Balladore Pallieri 1974, 139; Ballarino 1982, 656).

### 6. *La disciplina del diritto al nome. Il coordinamento con la Convenzione di Monaco di Baviera del 5.9.1980. Casi problematici*

La disposizione dell'art. 24, 1° co., 2ª frase, va poi coordinata con la Convenzione di Monaco di Baviera del 5.9.1980 sulla legge applicabile ai nomi e ai cognomi, in vigore per l'Italia a partire dall'1.1.1990, dal momento che quest'ultima non prevede l'attrazione del diritto al nome nell'ambito della legge che regola il rapporto familiare dal quale il nome deriva, bensì la sottoposizione delle situazioni da cui dipende l'attribuzione del nome alla legge della cittadinanza (Di Blase 1996, 125-126; Gattini 1996, 98 ss.). La contraddizione tra l'art. 24, 1° co., 2ª frase, e la Convenzione di Monaco risulta tuttavia solo apparente e può essere superata tramite il procedimento del rinvio (Tonolo 2003b, 931 ss.). L'art. 1, 1° co., della Convenzione stabilisce infatti che il cognome e il nome di una persona sono determinati dalle norme in vigore nello Stato di cittadinanza (App. Torino 3.6.1998, *RIPP*, 1999, 975-977). Tale riferimento alla legge dello Stato di cittadinanza, intesa come ordinamento giuridico globalmente richiamato, consente ai paesi contraenti la Convenzione (e quindi anche al nostro) di fare applicazione delle proprie norme di conflitto, e quindi di individuare nella *lex causae* la disciplina dei nomi derivanti dai rapporti di famiglia (Struycken 1991, 582; Di Blase 1996, 126; Gattini 1996, 99).

D'altra parte, occorre anche rilevare che la disciplina di cui all'art. 24, 1° co., 2ª parte conduce a soluzioni effettivamente alternative rispetto alla *lex*

*civitatis* in casi limitati. Si pensi infatti al nome dei figli di genitori di diversa cittadinanza: l'**art. 33** stabilisce che lo stato di figlio è determinato dalla legge nazionale del figlio al momento della nascita; pertanto la *lex filiationis* viene a coincidere con lo statuto personale del figlio, privando di ogni utilità l'individuazione di un collegamento alternativo in ordine alla disciplina del diritto al nome (Gattini 1996, 99; Baruffi 1996, 1105), a meno che lo *status* di figlio, in considerazione del *favor filiationis*, non debba essere accertato in base alla legge nazionale di uno dei genitori al momento della nascita, qualora in base a tale legge il figlio sia da considerare legittimo (Di Blase 1996, 126).

A soluzioni diverse conduce invece l'applicazione dell'art. 24, 1° co., 2ª parte, nelle ipotesi in cui si individui un collegamento effettivamente alternativo a quello della nazionalità. Così accade ad esempio: per il diritto al nome dei figli legittimati per susseguente matrimonio, relativamente ai quali lo *status* di figlio viene accertato in base all'**art. 34**, secondo la legge nazionale del figlio nel momento in cui avviene la legittimazione, oppure secondo la legge nazionale di uno dei genitori nel medesimo momento; per il diritto al nome dei coniugi di diversa cittadinanza, dato che la disposizione dell'**art. 29, 2° co.**, richiama per queste fattispecie la legge del luogo in cui la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata. Si tratta di casi problematici, dal momento che le diverse leggi in conflitto possono prevedere una soluzione diversa per la disciplina del diritto al nome; ciò sia nei casi di persone con più cittadinanze (Corrao 1995, 148 ss.), sia nei casi in cui vi sia divergenza tra legge nazionale e legge regolatrice del rapporto di famiglia da cui il rapporto deriva (Jayme 1994, 856 ss.).

## 7. Soluzioni possibili

Alle difficoltà emerse nei casi appena esaminati pone in parte rimedio la **Convenzione de L'Aja dell'8.9.1982** (in vigore per l'Italia dall'1.10.1989), con cui gli Stati contraenti si impegnano a rilasciare su richiesta dell'interessato un certificato che ha lo scopo di constatare che i cognomi menzionati designano, secondo i diversi ordinamenti competenti, la medesima persona, al fine di facilitarle la prova dell'identità (Struycken 1991, 590; Corrao 1995, 146).

Nelle ipotesi in cui si verifichi un **mutamento di cittadinanza** si è affermata in giurisprudenza la possibilità di conservare il proprio cognome originario, quale acquisito in base alla precedente legge nazionale, anche successivamente all'acquisto della cittadinanza italiana, in quanto diritto fondamentale della persona (App. Torino 3.6.1998, *RIPP*, 1999, 975-977).

Per le fattispecie relative a soggetti **pluricittadini**, si pone poi il problema dell'applicabilità della norma dell'art. 19, 2° co., della legge italiana di diritto internazionale, in base alla quale in caso di concorrenza di più na-

zionalità prevarrà quella italiana, o, se entrambe straniere, la più effettiva. Ciò alla luce delle indicazioni della Corte di giustizia delle Comunità europee nel noto caso *Garcia Avello* (C. giust. CE 2.10.2003, in causa C-148/2002, *RIPP*, 2003, 1088 ss.), secondo la quale la prevalenza della nazionalità del foro nella disciplina del diritto al nome dovrebbe escludersi qualora si traduca in una violazione del divieto di discriminazione.

È pertanto probabile che la soluzione indicata dalla Corte di giustizia nella sentenza *Garcia Avello* possa influire sulla derogabilità della cittadinanza del foro qualora quest'ultima si riveli fonte di discriminazioni, anche nell'ambito dell'ordinamento italiano, ove, seppure non in materia di diritto al nome, si è già consolidato un orientamento diretto ad escludere la prevalenza della cittadinanza del foro, secondo quanto prevedono l'art. 19, l. 218/1995, e l'art. 4 della convenzione de L'Aja del 5.10.1961 sulla protezione dei minori (Cass. Sez. U. 9.1.2001, n. 1, *FD*, 2001, 282 ss., con nota Civinini). In tal senso, infatti, si riscontra una rilevante tendenza giurisprudenziale, rivolta ad attuare le indicazioni della giurisprudenza comunitaria in tema di diritto al nome anche con riguardo ai cittadini italiani titolari di un'altra cittadinanza (v. in tal senso Trib. Bologna, decr. 9.6.2004, *RIPP*, 2005, 759 s.; Trib. Roma, decr. 15.10.2004, *RIPP*, 2005, 760 ss.);

«(...) la doppia cittadinanza del minore legittima i suoi genitori a pretendere che vengano riconosciuti nell'ordinamento italiano il diritto e la tradizione spagnoli per cui il cognome dei figli si determina attribuendo congiuntamente il primo cognome paterno e materno: solo così sono garantiti al minore il diritto ad avere riconosciuta nell'ambito dell'Unione una sola identità personale e familiare e ad esercitare tutti i diritti fondamentali attribuiti da ciascuna delle normative nazionali, spagnola e italiana, cui egli è legato da vincoli di pari grado ed intensità»

(Trib. Bologna 9.6.2004, n. 760).

## **8. La violazione dei diritti della personalità**

L'art. 24, 2° co., prevede che le conseguenze della violazione dei diritti della personalità siano regolate dalla legge applicabile in materia di responsabilità per fatti illeciti.

Occorre pertanto riferirsi ai criteri di collegamento di cui all'**art. 62**, con le inevitabili incertezze di ricollegare la fattispecie al luogo in cui si è realizzato l'evento dannoso o a quello in cui si è compiuto il fatto generatore dell'illecito, in assenza di scelta da parte del danneggiato (sul punto Seatzu 1997a, 381). Diversamente da quanto previsto in ordine all'esistenza e al contenuto dei diritti della personalità (v. *supra*, *sub* par. 3), non opera, in ordine alla violazione dei medesimi, **il rinvio**, espressamente escluso dall'art. 13 in relazione alle disposizioni del Capo XI della legge (v. *supra*, *sub* art. 13). Per quanto concerne l'accertamento dei presupposti di tale responsabilità, si ritiene di poter aderire



all'interpretazione secondo cui è opportuno distinguere tra tali presupposti, riconducibili alla legge regolatrice dei medesimi e l'identificazione degli elementi della fattispecie configurata come violazione, determinabile invece dalla *lex loci delicti* (Di Blase 1996, 129; Conetti 1998a, 526; Ballarino 1999, 349). Ciò, in considerazione del fatto che l'accertamento di tali presupposti si configura come questione preliminare, da disciplinare in maniera autonoma (v. comunque sul punto *amplius sub art. 62*).