

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

Torna al libro



CEDAM

IPSOA

UTET[®]
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX

Anno LI - N. 3
LUGLIO-SETTEMBRE 2015

Pubbl. Trimestrale - Tariffa R.O.C.: Poste italiane s.p.a. - Sped. in abb. post.
D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n° 46) art. 1, comma 1, DCB Milano

Rivista di diritto internazionale privato e processuale

***fondata da* MARIO GIULIANO**

diretta da

FAUSTO POCAR *responsabile*

TULLIO TREVES

ROBERTA CLERICI

STEFANIA BARIATTI

SERGIO M. CARBONE

ANDREA GIARDINA

RICCARDO LUZZATTO

FRANCO MOSCONI

 **Wolters Kluwer**

CEDAM

www.edicolaprofessionale.com/RDIPP

COMITATO SCIENTIFICO

Nerina BOSCHIERO, Università di Milano - Gerardo BROGGINI, Università cattolica S. Cuore - Giorgio CONETTI, Università dell'Insubria - Benedetto CONFORTI, Università di Napoli - Claudio D'AGOSTINO, cons. Corte di Appello di Milano - Antonietta DI BLASE, Università di Roma Tre - Bernard DUTOIT, Università di Lausanne - Paolo FOIS, Università di Sassari - Erik JAYME, Università di Heidelberg - Franz MATSCHER, Università di Salzburg - Bruno NASCIMBENE, Università di Milano - Laura PICCHIO FORLATI, Università di Padova - Alberto SANTA MARIA, Università di Milano - Tullio SCOVAZZI, Università di Milano Bicocca - Gabriella VENTURINI, Università di Milano - Piero ZICCARDI, em. Università di Milano.

REDAZIONE

Francesca C. VILLATA, *Redattore capo*

Alberto MALATESTA - Marco FRIGESSI DI RATTALMA - Costanza HONORATI

Maria Caterina BARUFFI - Paolo BERTOLI - Cristina CAMPIGLIO - Luigi FUMAGALLI - Paola IVALDI - Cristina MARIOTTINI - Marco PEDRAZZI - Chiara RAGNI - Carola RICCI - Lidia SANDRINI - Alberto SARAVALLE - Giuseppe SERRANÒ - Michele TAMBURINI - Francesca TROMBETTA-PANIGADI - Gaetano VITELLINO

Hanno collaborato alla redazione di questo fascicolo: Jacopo RE, Sara BERNASCONI, Filippo MARCHETTI, Giulia VALLAR

Collaboratore tecnico: Chiara POZZI

La DIREZIONE e la REDAZIONE della Rivista sono presso l'Università degli Studi di Milano, sotto i cui auspici la Rivista è pubblicata. Manoscritti, libri per recensione, pubblicazioni in cambio e corrispondenza vanno inviati al prof. Fausto Pocar o alla prof. Roberta Clerici al seguente indirizzo: Dipartimento di Studi internazionali, giuridici e storico-politici, Via Conservatorio 7, 20122 - Milano, tel. +390250321058, fax +390250321050, o agli indirizzi di posta elettronica fausto.pocar@unimi.it, roberta.clerici@unimi.it. Ai collaboratori verrà inviato un file pdf con il testo dell'estratto. La rivista esce in fascicoli trimestrali, con indici in italiano e in inglese reperibili anche al sito www.rdipp.unimi.it.

The EDITOR-IN-CHIEF and the EDITORIAL BOARD of the Rivista are at the University of Milan, under the auspices of which the Rivista is published. Articles, books for review, exchange publications and mail should be addressed to Prof. Fausto Pocar or Prof. Roberta Clerici at the following address: Dipartimento di Studi internazionali, giuridici e storico-politici, Via Conservatorio 7, 20122 - Milano, tel. +390250321058, fax +390250321050, or at the following email addresses: fausto.pocar@unimi.it, roberta.clerici@unimi.it. Authors will receive an offprint of their publication in pdf format. The Rivista is published quarterly. Annual indexes in Italian and in English are available at www.rdipp.unimi.it.

Editore: Wolters Kluwer Italia Srl - Centro Direzionale Milanofiori
Strada 1, Pal. F6 - 20090 Assago (MI)

Registrazione presso il Tribunale di Milano al n. 6418, in data 26-11-1963

Direttore responsabile: prof. FAUSTO POCAR

Composizione: Centrofotocomposizione Dorigo S.r.l. - Padova

Stampa: GECA s.r.l. - Via Monferrato, 54 - 20098 San Giuliano Milanese (MI)

Proprietà letteraria - Stampato in Italia - Printed in Italy

INDICE DEL FASCICOLO

(Anno LI, n. 3, luglio-settembre)
Rivista di diritto internazionale privato e processuale

DOTTRINA

- R. HAUSMANN, Le questioni generali nel diritto internazionale privato europeo 499
(General Issues in European Private International Law)

COMMENTI

- A. VETTOREL, International Surrogacy Arrangements: Recent Developments and Ongoing Problems 523
- C. PERARO, Il riconoscimento degli effetti della *kafalah*: una questione non ancora risolta 541
(Recognition of the Effects of the *Kafalah*: A Live Issue)

GIURISPRUDENZA ITALIANA

- Adozione* – Minore affidato in *kafalah* a due cittadini italiani e residenti in Italia – Domanda da parte di questi ultimi di una pronuncia di adozione in casi particolari – L. 4 maggio 1983 n. 184 – Art. 44 lett. *d* – Diversa natura dei due istituti – Rigetto della domanda: *Tribunale per i minorenni di Brescia*, 23 dicembre 2013 573
- Adozione* – Minore straniero adottato – Attribuzione automatica del cognome paterno – Volontà dei coniugi diretta all'attribuzione anche del cognome materno – Violazione della parità dell'uomo e della donna nell'ambito del matrimonio – Non conformità ai principi costituzionali, alla normativa europea e a quella internazionale: *Tribunale per i minorenni di Trieste*, decreto 25 giugno 2014 601
- Giurisdizione* – Domanda di sequestro giudiziario di beni nei confronti di società con sede nella Repubblica ceca – Regolamento (CE) n. 44/2001 – Art. 31 – Provvedimento cautelare da eseguirsi in tale Paese – Clausola di proroga della giurisdizione – Art. 23 – Requisito della forma scritta – Richiamo nel contratto di compravendita delle condizioni generali di acquisto disponibili sul sito Internet della parte acquirente – Validità della clausola – Giurisdizione italiana – Insussistenza: *Tribunale di Torino, sez. imprese*, ordinanza 13 maggio 2013 . 567
- Giurisdizione* – Azione promossa da un risparmiatore domiciliato in Italia contro una banca con sede in San Marino relativa a ordini di acquisto di titoli obbligazionari emessi dall'Argentina – L. 31 maggio 1995 n. 218 – Art. 3 comma 2 – Richiamo al regolamento (CE) n. 44/2001 – Natura di contratto concluso da consumatori – Sez. 4 – Applicabilità – Art. 16 – Foro del domicilio del consumatore attore – Clausola di proroga della giurisdizione a favore dei giudici di San Marino conclusa all'atto della stipula del contratto di deposito titoli –

Legge n. 218/1995 – Art. 4 comma 2 – Art. 3 comma 2 – Prevalenza della seconda disposizione sulla prima – Art. 17 del regolamento (CE) n. 44/2001 – Inefficacia della deroga – Giurisdizione italiana – Sussistenza: <i>Corte di Cassazione (s.u.)</i> , ordinanza 20 settembre 2013 n. 21589	570
<i>Giurisdizione</i> – Causa concernente un minore affidato in <i>kafalah</i> residente in Italia – Domanda di una pronuncia di adozione in casi particolari – Ricorrenti cittadini italiani e residenti in Italia – L. 31 maggio 1995 n. 218 – Artt. 9 e 40 – Giurisdizione italiana – Sussistenza: <i>Tribunale per i minorenni di Brescia</i> , 23 dicembre 2013	573
<i>Giurisdizione</i> – Controversia instaurata contro la Repubblica federale tedesca da un cittadino italiano, catturato in Italia, durante la seconda guerra mondiale, dalle forze armate tedesche, successivamente deportato in Germania e ivi costretto al lavoro forzato per le imprese del Reich – L. 14 gennaio 2013 n. 5 – Art. 3 – Attuazione della sentenza emessa in data 3 febbraio 2012 dalla Corte internazionale di giustizia nel caso <i>Germania c. Italia</i> – Controversia ancora pendente – Art. 3 comma 1 – Giurisdizione italiana – Insussistenza – Art. 3 della legge n. 5/2013 – Disposizione normativa adottata ai fini di cui all'art. 94 par. 1 dello statuto delle Nazioni Unite, norma «derivata» di diritto internazionale – Art. 11, secondo periodo Cost. – Adeguamento dell'ordinamento interno a quello internazionale – Legittimità costituzionale – Sussistenza: <i>Corte di Cassazione (s.u.)</i> , 21 gennaio 2014 n. 1136	577
<i>Giurisdizione</i> – Azione di accertamento negativo della contraffazione di porzioni non italiane di brevetto europeo – Azione proposta congiuntamente ad un'azione di accertamento della carenza dei requisiti di registrabilità di dette porzioni – Regolamento (CE) n. 44/2001 – Art. 5 n. 3 – Non applicabilità – Art. 22 n. 4 – Giurisdizione esclusiva dei giudici degli Stati di ciascuna di dette porzioni – Giurisdizione italiana – Insussistenza: <i>Tribunale di Bologna, sez. specializzata per la proprietà industriale ed intellettuale</i> , 23 giugno 2014	592
<i>Giurisdizione</i> – Azione promossa avverso il Ministero degli affari esteri da un lavoratore italiano impiegato presso l'Ambasciata d'Italia a Santo Domingo – Revoca di una sanzione disciplinare – Regolamento (CE) n. 44/2001 – Artt. 18, 19 e 60 par. 1 – D.p.r. 5 gennaio 1967 n. 18, nel testo sostituito dal d.lgs. 7 aprile 2000 n. 103 – Art. 154 – Clausola di deroga alla giurisdizione italiana – Clausola inserita nel contratto anteriormente al sorgere della controversia – Clausola che impone al lavoratore di adire un giudice diverso da quello previsto dal regolamento – Art. 21 del regolamento – Inefficacia della clausola – Giurisdizione italiana – Sussistenza: <i>Tribunale di Roma</i> , 9 luglio 2014	620
<i>Giurisdizione</i> – Azione intentata da un gruppo di investitori professionali – Società convenute aventi sede in Italia, in Inghilterra, in Germania e nella Confederazione elvetica – Risarcimento del danno extracontrattuale patito a seguito della perdita di valore delle azioni e delle obbligazioni emesse da società di un gruppo industriale in stato di decozione – Allegata responsabilità solidale delle società convenute – Accertamento della giurisdizione – Rilievo della domanda individuata con riferimento al <i>petitum</i> sostanziale e alla <i>causa petendi</i> – Regolamento (CE) n. 44/2001 e convenzione di Lugano del 30 ottobre 2007 – Artt. 2 e 6 n. 1 – Evidente unicità della domanda – Pretestuosità del cumulo soggettivo – Esclusione – Art. 5 n. 3 – Origine del fatto illecito prospettato in Italia – Collegamento probatorio e funzionale tra la <i>causa petendi</i> dell'azione esercitata e i fatti dedotti in giudizio – Sussistenza – Giurisdizione italiana – Sussistenza: <i>Corte di Cassazione (s.u.)</i> , ordinanza 14 luglio 2014 n. 16065	623

<i>Giurisdizione</i> – Responsabilità genitoriale – Domanda di modifica delle disposizioni sul diritto di visita risultanti da una precedente sentenza spagnola – Regolamento (CE) n. 2201/2003 – Art. 19 par. 2 – Precedente procedimento spagnolo avente ad oggetto la responsabilità genitoriale sul medesimo minore pendente in secondo grado – Identità di cause – Litispendenza – Sussistenza – Giudice italiano adito per secondo – Obbligo di sospensione del procedimento – Sussistenza – Obbligo di notificare il provvedimento di sospensione, pronunciato d'ufficio, in base al regolamento (CE) n. 1393/2007 – Domanda di provvedimenti urgenti – Art. 20 – Limiti alla giurisdizione in materia cautelare – Interferenza con il giudizio di merito pendente in altro Stato membro – Sussistenza – Giurisdizione italiana – Insussistenza: <i>Tribunale di Milano</i> , decreto 16 luglio 2014	634
<i>Giurisdizione</i> – Immunità dalla giurisdizione degli Stati stranieri – Controversia promossa da una ex dipendente dell'Académie de France à Rome, con funzioni di supporto all'attività del Segretario generale – Domanda di reintegra nel posto di lavoro a seguito di licenziamento – Convenzione di New York del 2 dicembre 2004 sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni – Mancata entrata in vigore – Art. 11 – Disposizione che riflette l'evoluzione del diritto consuetudinario in materia – Giurisdizione italiana – Insussistenza – Altre domande – Condanna al pagamento di un'indennità risarcitoria, oltre che dei contributi previdenziali ed assistenziali dovuti – Questioni esclusivamente patrimoniali – Giurisdizione italiana – Sussistenza: <i>Corte di Cassazione (s.u.)</i> , ordinanza 18 settembre 2014 n. 19674	644
<i>Giurisdizione</i> – Azione di responsabilità extracontrattuale in tema di intermediazione finanziaria per violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni promossa da un Comune italiano – Società convenute aventi sede in Irlanda e in Italia – Regolamento (CE) n. 44/2001 – Art. 5 n. 3 – Giurisdizione italiana – Sussistenza – Azione di responsabilità contrattuale avverso le stesse parti – Rapporto di consulenza (<i>advisory</i>) adempiuto con dolo o colpa grave – Art. 60 – Domicilio delle convenute da individuarsi, rispettivamente, in Italia e in Irlanda – Art. 2 – Giurisdizione nei confronti della società italiana convenuta – Sussistenza – Cooperazione tra le società convenute nella produzione dell'evento dannoso – Nesso fra le domande così stretto da rendere opportuna una trattazione unica e una decisione unica – Sussistenza – Art. 6 n. 1 – Connessione oggettiva – Giurisdizione nei confronti della società irlandese convenuta – Sussistenza – Rapporto di consulenza (<i>advisory</i>) – Natura di contratto di prestazione di servizi – Servizi prestati in base al contratto in Italia – Art. 5 n. 1 lett. <i>b</i> – Giurisdizione italiana – Sussistenza – Clausola di proroga della giurisdizione a favore delle corti inglesi inserita nei contratti derivati sottoscritti dal Comune <i>ex art. 13</i> dell'ISDA Master Agreement – Formula «relating to this Agreement» – Interpretazione restrittiva – Art. 23 del regolamento – Inefficacia della clausola rispetto alle questioni dedotte in giudizio: <i>Corte di Cassazione (s.u.)</i> , ordinanza 18 settembre 2014 n. 19675	653
<i>Matrimonio</i> – Matrimonio contratto all'estero tra individui dello stesso sesso – Sua inidoneità a spiegare effetti giuridici nell'ordinamento italiano – Successivo mutamento di sesso da parte di un coniuge – Irrilevanza – Trascrizione del matrimonio nei registri italiani dello stato civile – Esclusione: <i>Tribunale di Milano</i> , decreto 2 luglio 2014	616
<i>Obbligazioni non contrattuali</i> – Controversia per il risarcimento del danno a seguito di un incidente di caccia avvenuto in Inghilterra – Legge regolatrice – Art. 25, secondo comma disp. prel. cod. civ. – L. 31 maggio 1995 n. 218 – Art. 62 comma 2 – Inapplicabilità <i>ratione temporis</i> – Irrilevanza anche a meri fini interpre-	

tativi – Luogo dell’evento situato in Inghilterra – Diritto inglese – Applicabilità – Risarcimento del solo danno da <i>loss of amenity</i> – Mancata previsione del risarcimento del danno biologico – Art. 31 disp. prel. cod. civ. – Accertamento del sostanziale ristoro del danno non patrimoniale – Contrasto con l’ordine pubblico – Esclusione: <i>Corte di Cassazione</i> , 26 maggio 2014 n. 11680	657
<i>Ordine pubblico</i> – Controversia per il risarcimento del danno a seguito di un incidente di caccia avvenuto in Inghilterra – Art. 25, secondo comma disp. prel. cod. civ. – Applicazione della legge inglese – Risarcimento del solo danno da <i>loss of amenity</i> – Mancata previsione del risarcimento del danno biologico – Art. 31 disp. prel. cod. civ. – Accertamento del sostanziale ristoro del danno non patrimoniale – Contrasto con l’ordine pubblico – Esclusione: <i>Corte di Cassazione</i> , 26 maggio 2014 n. 11680	657
<i>Ordine pubblico</i> – Minore affidato in <i>kafalah</i> a cittadino italiano – Diniego di visto di ingresso per turismo da parte dell’Ambasciata d’Italia a Nairobi – Mancata specificazione della durata dell’affidamento e dei doveri dell’affidatario – Istituto della <i>kafalah</i> – Non necessaria previsione di una durata massima – Doveri dell’affidatario desumibili dal provvedimento giurisdizionale – Contrarietà all’ordine pubblico – Esclusione: <i>Tribunale amministrativo regionale per il Lazio</i> , sez. III-ter, 21 luglio 2014 n. 7795	639
<i>Procedimento civile</i> – Sentenza spagnola relativa a un procedimento contumaciale – Opposizione alla decisione di esecutività – Asserita mancanza della contestuale notifica della traduzione in lingua italiana dell’atto introduttivo del processo straniero – Regolamento (CE) n. 1348/2000 – Esame delle circostanze del caso – Mancata prova della non contestualità – Termini per costituirsi in giudizio e per proporre impugnazione – Art. 19 – Congruità: <i>Corte di Cassazione</i> , 16 luglio 2014 n. 16272	629
<i>Procedimento civile</i> – Responsabilità genitoriale – Domanda di modifica delle disposizioni sul diritto di visita – Sospensione d’ufficio del giudizio pendente dinanzi al giudice italiano – Conoscenza della procedura di sospensione da parte del convenuto – Necessità – Regolamento (CE) n. 2201/2003 – Assenza di norme processuali uniformi nel caso di provvedimenti di sospensione pronunciati d’ufficio – Onere di notifica degli atti processuali a carico del ricorrente in base al regolamento (CE) n. 1393/2007: <i>Tribunale di Milano</i> , decreto 16 luglio 2014	634
<i>Procedimento civile</i> – Competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa – Controversie nelle quali è parte una società avente sede all’estero – D.lgs. 27 giugno 2003 n. 168 – Art. 4 comma 1- <i>bis</i> , introdotto dal d.l. 23 dicembre 2013 n. 145 – Accentramento della competenza presso un numero limitato di sezioni specializzate – Posizione processuale della società straniera – Irrilevanza: <i>Tribunale di Milano</i> , ordinanza 29 agosto 2014	661
<i>Procedimento civile</i> – Causa di separazione personale tra i coniugi – Regolamento (CE) n. 2201/2003 – Artt. 3, 16 e 19 – Provvedimento del giudice di primo grado che dichiara la propria incompetenza in favore del giudice straniero – Questione di giurisdizione tra giudici di diversi Stati – Ricorso straordinario per cassazione – Inammissibilità – Giudizio di appello – Esperibilità: <i>Corte di Cassazione</i> , 10 settembre 2014 n. 19004	642
<i>Proprietà intellettuale</i> – Marchio coreano registrato in Italia – Prodotti importati nell’UE prima della registrazione – Esaurimento del marchio – Importazione successiva alla registrazione di prodotti provenienti da un Paese extracomunitario – Possibilità per il titolare del marchio di opporvisi – Condizioni: <i>Corte di Cassazione</i> , 15 ottobre 2014 n. 21847	663

<i>Regolamento (CE) n. 1348/2000</i> – Sentenza spagnola relativa a un procedimento contumaciale – Opposizione alla decisione di esecutività – Asserita mancanza della contestuale notifica della traduzione in lingua italiana dell'atto introduttivo del processo straniero – Regolamento (CE) n. 1348/2000 – Applicabilità – Esame delle circostanze del caso – Mancata prova della non contestualità – Termini per costituirsi in giudizio e per proporre impugnazione – Art. 19 – Eventuale applicabilità: <i>Corte di Cassazione</i> , 16 luglio 2014 n. 16272	629
<i>Regolamento (CE) n. 44/2001</i> – Art. 31 – Domanda di sequestro giudiziario di beni nei confronti di società con sede nella Repubblica ceca – Provvedimento cautelare da eseguirsi in tale Paese – Rilevanza – Clausola di proroga della giurisdizione – Art. 23 – Requisito della forma scritta – Richiamo nel contratto di compravendita delle condizioni generali di acquisto disponibili sul sito Internet della parte acquirente – Validità della clausola: <i>Tribunale di Torino, sez. imprese</i> , ordinanza 13 maggio 2013	567
<i>Regolamento (CE) n. 44/2001</i> – Sez. 4 – Acquisto di titoli obbligazionari emessi dall'Argentina – Natura di contratto concluso da consumatori – Applicabilità – Azione promossa da un consumatore domiciliato in Italia contro una banca con sede in San Marino – L. 31 maggio 1995 n. 218 – Art. 3 comma 2 – Richiamo alla suddetta sez. 4 del regolamento – Art. 16 – Foro del domicilio del consumatore attore – Clausola di proroga della giurisdizione a favore dei giudici di San Marino – Art. 17 – Inefficacia: <i>Corte di Cassazione (s.u.)</i> , ordinanza 20 settembre 2013 n. 21589	570
<i>Regolamento (CE) n. 44/2001</i> – Art. 5 n. 3 – Azione di accertamento negativo della contraffazione di porzioni di brevetto europeo – Azione proposta congiuntamente ad un'azione di accertamento della carenza dei requisiti di registrabilità di dette porzioni – Non applicabilità – Art. 22 n. 4 – Applicabilità: <i>Tribunale di Bologna, sez. specializzata per la proprietà industriale ed intellettuale</i> , 23 giugno 2014	592
<i>Regolamento (CE) n. 44/2001</i> – Artt. 18, 19 e 60 par. 1 – Azione promossa avverso il Ministero degli affari esteri da un lavoratore italiano impiegato presso l'Ambasciata d'Italia a Santo Domingo – Art. 21 – Clausola di deroga alla giurisdizione italiana inserita nel contratto anteriormente al sorgere della controversia e che impone al lavoratore di adire un giudice diverso da quello previsto dal regolamento – Applicabilità – Inefficacia della clausola: <i>Tribunale di Roma</i> , 9 luglio 2014	620
<i>Regolamento (CE) n. 44/2001</i> – Artt. 2 e 6 n. 1 (e corrispondenti disposizioni della convenzione di Lugano del 30 ottobre 2007) – Azione intentata da un gruppo di investitori professionali – Società convenute aventi sede in Italia, in Inghilterra, in Germania e nella Confederazione elvetica – Risarcimento del danno extracontrattuale patito a seguito della perdita di valore delle azioni e delle obbligazioni emesse da società di un gruppo industriale in stato di decozione – Allegata responsabilità solidale delle società convenute – Accertamento della giurisdizione – Rilievo della domanda individuata con riferimento al <i>petitum</i> sostanziale e alla <i>causa petendi</i> – Evidente unicità della domanda – Pretestuosità del cumulo soggettivo – Esclusione – Art. 5 n. 3 – Origine del fatto illecito prospettato in Italia – Collegamento probatorio e funzionale tra la <i>causa petendi</i> dell'azione esercitata e i fatti dedotti in giudizio – Applicabilità: <i>Corte di Cassazione (s.u.)</i> , ordinanza 14 luglio 2014 n. 16065	623
<i>Regolamento (CE) n. 44/2001</i> – Art. 34 n. 1 e n. 2 – Sentenza spagnola relativa a un	

procedimento contumaciale – Opposizione alla decisione di esecutività – Asserita mancanza della contestuale notifica della traduzione in lingua italiana dell'atto introduttivo del processo straniero – Regolamento (CE) n. 1348/2000 – Esame delle circostanze del caso – Mancata prova della non contestualità – Termini per costituirsi in giudizio e per proporre impugnazione – Art. 19 del regolamento n. 1348/2000 – Congruità – Valutazione riservata al giudice di merito: <i>Corte di Cassazione</i> , 16 luglio 2014 n. 16272	629
<i>Regolamento (CE) n. 44/2001</i> – Art. 5 n. 3 – Azione di responsabilità extracontrattuale in tema di intermediazione finanziaria per violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni promossa da un Comune italiano – Società convenute aventi sede in Irlanda e in Italia – Applicabilità – Art. 60 – Domicilio delle convenute da individuarsi, rispettivamente, in Italia e in Irlanda – Art. 2 – Art. 6 n. 1 – Azione di responsabilità contrattuale avverso le stesse parti – Rapporto di consulenza (<i>advisory</i>) adempiuto con dolo o colpa grave – Cooperazione tra le società convenute nella produzione dell'evento dannoso – Nesso fra le domande così stretto da rendere opportuna una trattazione unica e una decisione unica – Applicabilità – Art. 5 n. 1 lett. <i>b</i> – Rapporto di consulenza (<i>advisory</i>) – Natura di contratto di prestazione di servizi – Applicabilità – Art. 23 – Clausola di proroga della giurisdizione a favore delle corti inglesi inserita <i>ex art.</i> 13 dell'ISDA Master Agreement nei contratti derivati sottoscritti dal Comune con la banca irlandese – Formula «relating to this Agreement» – Interpretazione restrittiva – Inefficacia della clausola rispetto alle questioni dedotte in giudizio: <i>Corte di Cassazione (s.u.)</i> , ordinanza 18 settembre 2014 n. 19675	653
<i>Regolamento (CE) n. 2201/2003</i> – Art. 19 par. 2 – Responsabilità genitoriale – Domanda di modifica delle disposizioni sul diritto di visita risultanti da precedente sentenza spagnola – Precedente procedimento spagnolo avente ad oggetto la responsabilità genitoriale sul medesimo minore pendente in secondo grado – Identità di cause – Litispendenza – Sussistenza – Giudice italiano adito per secondo – Obbligo di sospensione del procedimento – Sussistenza – Art. 20 – Domanda di provvedimenti urgenti – Limiti alla giurisdizione in materia cautelare – Interferenza con il giudizio di merito pendente in altro Stato membro – Sussistenza – Presupposti: <i>Tribunale di Milano</i> , decreto 16 luglio 2014	634
<i>Regolamento (CE) n. 2201/2003</i> – Artt. 3, 16 e 19 – Causa di separazione personale tra i coniugi – Provvedimento del giudice di primo grado che declina la «competenza» in favore del giudice straniero – Questione di giurisdizione tra giudici di diversi Stati – Ricorso straordinario per cassazione – Inammissibilità – Giudizio di appello – Esperibilità: <i>Corte di Cassazione</i> , 10 settembre 2014 n. 19004	642
<i>Regolamento (CE) n. 1393/2007</i> – Responsabilità genitoriale – Regolamento (CE) n. 2201/2003 – Domanda di modifica delle disposizioni sul diritto di visita – Sospensione d'ufficio del giudizio pendente dinanzi al giudice italiano – Conoscenza della procedura di sospensione da parte del convenuto – Necessità – Assenza di norme processuali uniformi nel caso di provvedimenti di sospensione pronunciati d'ufficio – Onere di notifica degli atti processuali a carico del ricorrente: <i>Tribunale di Milano</i> , decreto 16 luglio 2014	634
<i>Sentenze ed atti stranieri</i> – Efficacia in Italia – Provvedimento di <i>kafalah</i> pronunciato da un tribunale del Marocco – Natura di volontaria giurisdizione del provvedimento – L. 31 maggio 1995 n. 218 – Art. 66 – Applicabilità: <i>Tribunale per i minorenni di Brescia</i> , 23 dicembre 2013	573
<i>Sentenze ed atti stranieri</i> – Efficacia in Italia – Sentenza spagnola relativa a un pro-	

cedimento contumaciale – Regolamento (CE) n. 44/2001 – Art. 34 n. 1 e n. 2 – Opposizione alla decisione di esecutività – Asserita mancanza della contestuale notifica della traduzione in lingua italiana dell'atto introduttivo del processo straniero – Regolamento (CE) n. 1348/2000 – Esame delle circostanze del caso – Mancata prova della non contestualità – Termini per costituirsi in giudizio e per proporre impugnazione – Art. 19 – Congruità – Valutazione riservata al giudice di merito – Ricorso per cassazione – Inammissibilità: <i>Corte di Cassazione</i> , 16 luglio 2014 n. 16272	629
<i>Sentenze ed atti stranieri</i> – Efficacia in Italia – Titolo esecutivo costituito da un provvedimento dell'amministrazione finanziaria di uno Stato membro dell'UE – Richiesta di esecuzione in Italia da parte dello Stato membro di origine – Applicazione delle norme comunitarie di reciproca assistenza per il recupero in via amministrativa dei crediti in materia di imposta sul valore aggiunto – L. 31 maggio 1995 n. 218 – Artt. 67 e 68 – Inapplicabilità: <i>Corte di Cassazione</i> , 12 settembre 2014 n. 19283	662
<i>Sottrazione internazionale dei minori</i> – Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 – Art. 13 comma 2 – Diritto del minore all'audizione – Valutazione dell'eventuale opposizione del minore al ritorno – Convenzione di New York del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo – Art. 12 – Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996 sull'esercizio dei diritti dei minori – Artt. 3 e 6 – Minore in grado di esprimere la propria volontà rispetto alla sua età e alla sua piena capacità di discernimento – Funzione meramente ricognitiva del rischio di pericolo fisico o psichico – Esclusione – Apprezzamento distinto – Esplicitazione delle proprie aspirazioni, di un vero e proprio progetto di vita, non privo di risvolti esistenziali ed affettivi, sorretto da una fortissima volizione – Rilevanza – Sussistenza: <i>Corte di Cassazione</i> , 5 marzo 2014 n. 5237	580
<i>Sottrazione internazionale dei minori</i> – Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 – Art. 13 comma 2 – Diritto del minore all'audizione – Valutazione dell'eventuale opposizione del minore al ritorno – Convenzione di New York del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo – Art. 12 – Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996 sull'esercizio dei diritti dei minori – Artt. 3 e 6 – Applicabilità – Condizioni – Preventiva valutazione dell'eventuale dannosità e contrarietà all'interesse del minore in considerazione del carattere urgente del procedimento di sottrazione – Necessità – Esplicitazione delle ragioni dell'esclusione dell'audizione ovvero del pericolo di danno per il minore – Necessità – Omissione di adempimento o di motivazione sull'assenza – Lesione del diritto al contraddittorio – Art. 161 cod. proc. civ. – Applicabilità – Minore trattenuto illecitamente in Italia senza il consenso dell'altro genitore co-affidatario – Procedimento di opposizione al rientro del minore in Ungheria – Proposizione di domande <i>de potestate</i> – Inammissibilità – Valutazione circoscritta al mancato rientro deciso unilateralmente dal ricorrente – Illegittima compressione del correlativo diritto di affidamento dell'altro genitore – Sussistenza: <i>Corte di Cassazione</i> , 31 marzo 2014 n. 7479	585
<i>Sottrazione internazionale dei minori</i> – Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 – Art. 13 – Domanda di rimpatrio – Condizioni di applicazione – Mancato rientro in violazione dei diritti di custodia – Effettivo esercizio di tali diritti da parte del richiedente il rimpatrio al momento del trasferimento – Necessità di verifica: <i>Corte di Cassazione</i> , 26 giugno 2014 n. 14561	609
<i>Sottrazione internazionale dei minori</i> – Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 – Nozione di «residenza abituale» – Definizione – Durevole e stabile permanenza del minore e centro dei legami affettivi, non solo parentali – Accertamento	

riservato all'apprezzamento del giudice del merito – Motivazione congrua e logica – Necessità – Censurabilità in sede di legittimità – Inammissibilità – Art. 13 – Provvedimento di rientro – Presupposti – Residenza abituale del minore all'estero e esercizio di fatto del diritto di custodia da parte del titolare in quel luogo – Eccezioni al rientro – Convivenza esclusiva con un genitore successiva al trasferimento illecito senza il consenso dell'altro genitore co-affidatario – Esclusione di tali eccezioni: <i>Corte di Cassazione</i> , 30 giugno 2014 n. 14792	611
<i>Straniero</i> – Protezione internazionale – Accertamento del diritto ad ottenere protezione internazionale – D.lgs. 17 novembre 2007 n. 251 – Art. 3 comma 5 – Lacune probatorie del racconto del richiedente asilo – Rilevanza – Valutazione del giudice – Necessità: <i>Corte di Cassazione</i> , ordinanza 10 luglio 2014 n. 15782	660
<i>Straniero</i> – Minore affidato in <i>kafalah</i> a cittadino italiano – Diniego di visto di ingresso per turismo da parte dell'Ambasciata d'Italia a Nairobi – Mancata specificazione della durata dell'affidamento e dei doveri dell'affidatario – Istituto della <i>kafalah</i> – Non necessaria previsione di una durata massima – Doveri dell'affidatario desumibili dal provvedimento giurisdizionale – Contrarietà all'ordine pubblico – Esclusione – Annullamento dell'atto di diniego: <i>Tribunale amministrativo regionale per il Lazio</i> , sez. III-ter, 21 luglio 2014 n. 7795	639
<i>Trattati e norme internazionali generali</i> – Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 – Art. 13 comma 2 – Diritto del minore all'audizione – Valutazione dell'eventuale opposizione del minore al ritorno – Convenzione di New York del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo – Art. 12 – Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996 sull'esercizio dei diritti dei minori – Artt. 3 e 6 – Minore in grado di esprimere la propria volontà rispetto alla sua età e alla sua piena capacità di discernimento – Funzione meramente ricognitiva del rischio di pericolo fisico o psichico – Esclusione – Apprezzamento distinto – Esplicitazione delle proprie aspirazioni, di un vero e proprio progetto di vita, non privo di risvolti esistenziali ed affettivi, sorretto da una fortissima volizione – Rilevanza – Sussistenza: <i>Corte di Cassazione</i> , 5 marzo 2014 n. 5237	580
<i>Trattati e norme internazionali generali</i> – Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sulla sottrazione internazionale dei minori – Art. 13 comma 2 – Diritto del minore all'audizione – Valutazione dell'eventuale opposizione del minore al ritorno – Convenzione di New York del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo – Art. 12 – Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996 sull'esercizio dei diritti dei minori – Artt. 3 e 6 – Applicabilità – Condizioni – Preventiva valutazione dell'eventuale dannosità e contrarietà all'interesse del minore in considerazione del carattere urgente del procedimento di sottrazione – Necessità – Esplicitazione delle ragioni dell'esclusione dell'audizione ovvero del pericolo di danno per il minore – Necessità – Omissione di adempimento o di motivazione sull'assenza – Lesione del diritto al contraddittorio – Art. 161 cod. proc. civ. – Applicabilità – Minore trattenuto illecitamente in Italia senza il consenso dell'altro genitore co-affidatario – Procedimento di opposizione al rientro del minore in Ungheria – Proposizione di domande <i>de potestate</i> – Inammissibilità – Valutazione circoscritta al mancato rientro deciso unilateralmente dal ricorrente – Illegittima compressione del correlativo diritto di affidamento dell'altro genitore – Sussistenza: <i>Corte di Cassazione</i> , 31 marzo 2014 n. 7479	585
<i>Trattati e norme internazionali generali</i> – Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980	

sulla sottrazione internazionale dei minori – Art. 13 – Domanda di rimpatrio – Condizioni di applicazione – Mancato rientro in violazione dei diritti di custodia – Effettivo esercizio di tali diritti da parte del richiedente il rimpatrio al momento del trasferimento – Necessità di verifica: <i>Corte di Cassazione</i> , 26 giugno 2014 n. 14561	609
<i>Trattati e norme internazionali generali</i> – Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sulla sottrazione internazionale dei minori – Nozione di «residenza abituale» – Definizione – Durevole e stabile permanenza del minore e centro dei legami affettivi, non solo parentali – Accertamento riservato all'apprezzamento del giudice del merito – Motivazione congrua e logica – Necessità – Censurabilità in sede di legittimità – Inammissibilità – Art. 13 – Provvedimento di rientro – Presupposti – Residenza abituale del minore all'estero e esercizio di fatto del diritto di custodia da parte del titolare in quel luogo – Eccezioni al rientro – Convivenza esclusiva con un genitore successiva al trasferimento illecito senza il consenso dell'altro genitore co-affidatario – Esclusione di tali eccezioni: <i>Corte di Cassazione</i> , 30 giugno 2014 n. 14792	611
<i>Trattati e norme internazionali generali</i> – Convenzione di Lugano del 30 ottobre 2007 – Artt. 2 e 6 n. 1 (e corrispondenti disposizioni del regolamento (CE) n. 44/2001) – Azione intentata da un gruppo di investitori professionali – Società convenute aventi sede in Italia, in Inghilterra, in Germania e nella Confederazione elvetica – Risarcimento del danno extracontrattuale patito a seguito della perdita di valore delle azioni e delle obbligazioni emesse da società di un gruppo industriale in stato di decozione – Allegata responsabilità solidale delle società convenute – Accertamento della giurisdizione – Rilievo della domanda individuata con riferimento al <i>petitum</i> sostanziale e alla <i>causa petendi</i> – Evidente unicità della domanda – Pretestuosità del cumulo soggettivo – Esclusione – Art. 5 n. 3 – Origine del fatto illecito prospettato in Italia – Collegamento probatorio e funzionale tra la <i>causa petendi</i> dell'azione esercitata e i fatti dedotti in giudizio – Applicabilità: <i>Corte di Cassazione (s.u.)</i> , ordinanza 14 luglio 2014 n. 16065	623
<i>Trattati e norme internazionali generali</i> – Convenzione di New York del 2 dicembre 2004 sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni – Mancata entrata in vigore – Art. 11 – Disposizione che riflette l'evoluzione del diritto consuetudinario – Sua natura di parametro della compatibilità dell'immunità giurisdizionale dello Stato convenuto con le garanzie del giusto processo – Controversia promossa da una ex dipendente dell'Académie de France à Rome, con funzioni di supporto all'attività del Segretario generale – Domanda di reintegra nel posto di lavoro – Art. 11 par. 2 lett. c – Reinserimento del dipendente – Materia espressamente sottratta alla giurisdizione locale – Altre domande avanzate nella medesima controversia, quali la condanna della resistente al pagamento di un'indennità risarcitoria, oltre che dei contributi previdenziali ed assistenziali dovuti – Questioni esclusivamente patrimoniali che non incidono sulle potestà pubblicistiche dell'ente estero – Art. 11 par. 2 lett. d – Ragioni di sicurezza dello Stato – Inesistenza: <i>Corte di Cassazione (s.u.)</i> , ordinanza 18 settembre 2014 n. 19674	644

GIURISPRUDENZA DELL'UNIONE EUROPEA

<i>Cittadinanza dell'Unione europea</i> – Diritto di circolazione e soggiorno dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari – Direttiva 2004/38/CE del 29 aprile 2004 – Art. 35 – Protocollo n. 20 sull'applicazione di alcuni aspetti dell'art. 26 TFUE

al Regno Unito e all'Irlanda – Art. 1 – Familiari di un cittadino dell'Unione europea non aventi la cittadinanza di uno Stato membro e titolari di una carta di soggiorno in corso di validità, rilasciata ai sensi dell'art. 10 della suddetta direttiva dalle autorità di uno Stato membro – Normativa di un altro Stato membro che persegue uno scopo di prevenzione generale – Obbligo per tali persone di possedere un permesso di ingresso, quale il permesso per familiare SEE – Contrarietà alle suddette norme dell'Unione: <i>Corte di giustizia</i> , 18 dicembre 2014 nella causa C-202/13	676
<i>Divieto di discriminazione</i> – Discriminazione a motivo dell'obesità, in quanto tale, per quanto riguarda l'occupazione e le condizioni di lavoro – Principio generale di diritto dell'Unione che vieta la discriminazione suddetta – Inesistenza – Direttiva 2000/78/CE del 27 novembre 2000 – Quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro – Stato di obesità di un lavoratore – Sua qualificabilità come «handicap» ai sensi di tale direttiva – Condizioni: <i>Corte di giustizia</i> , 18 dicembre 2014 nella causa C-354/13	676
<i>Libertà di prestazione dei servizi</i> – Distacco transfrontaliero di lavoratori – Direttiva 96/71/CE del 16 dicembre 1996 – Azione promossa da un sindacato dinanzi ai giudici dello Stato membro del distacco avente ad oggetto taluni crediti salariali attinenti al salario minimo, ai sensi della suddetta direttiva, ceduti dai lavoratori distaccati al suddetto sindacato – Conformità di detta cessione di crediti alla legge dello Stato membro del foro – Impedimento alla suddetta azione in forza della normativa dello Stato d'origine che vieta la cessione di crediti derivanti da rapporti di lavoro – Contrarietà alla suddetta direttiva, interpretata alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – Altri effetti derivanti dalla direttiva sul trattamento dei lavoratori: <i>Corte di giustizia</i> , 12 febbraio 2015 nella causa C-396/13	675
<i>Protezione dei consumatori</i> – Direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993 – Clausole abusive nei contratti con i consumatori – Art. 7 par. 1 – Norma procedurale nazionale – Giudice locale competente a pronunciarsi sull'invalidità di un contratto di adesione ma non sull'abusività di clausole contrattuali contenute in tale contratto – Compatibilità con la suddetta norma della direttiva – Condizioni: <i>Corte di giustizia</i> , 12 febbraio 2015 nella causa C-567/13	677
<i>Protezione dei lavoratori</i> – Direttiva 80/987/CEE del 20 ottobre 1980 – Tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro – Cittadino di Paese terzo che non soggiorna legalmente in uno Stato membro – Normativa di tale Stato – Qualificazione di tale persona come lavoratore subordinato avente diritto a una retribuzione, ma non ai fini della sua legittimazione a richiedere una prestazione d'insolvenza in forza di crediti salariali non pagati in caso di insolvenza del datore di lavoro – Incompatibilità con le disposizioni della suddetta direttiva: <i>Corte di giustizia</i> , 5 novembre 2014 nella causa C-311/13	677
<i>Regolamento (CE) n. 1346/2000</i> – Art. 13 – Azione revocatoria – Pagamento di somma di danaro effettuato dopo l'apertura di una procedura d'insolvenza sulla base di pignoramento anteriore a tale data – Applicabilità della summenzionata norma – Termini di prescrizione per l'esercizio dell'azione revocatoria e di decadenza previsti dalla legge regolatrice dell'atto contestato dal curatore fallimentare – Loro inclusione nella sfera della suddetta norma – Regole di forma che presiedono all'esercizio dell'azione revocatoria – Legge applicabile – Legge regolatrice dell'atto contestato dal curatore fallimentare: <i>Corte di giustizia</i> , 16 aprile 2015 nella causa C-557/13	665

<i>Regolamento (CE) n. 44/2001</i> – Illeciti civili dolosi o colposi – Art. 5 n. 3 – Azione di responsabilità per la lesione di diritti d'autore e di diritti connessi al diritto d'autore in conseguenza della messa in rete di fotografie tutelate su un sito Internet – Criterio del luogo di concretizzazione del danno – Competenza del giudice dello Stato membro nel quale i suddetti diritti sono garantiti nell'ambito territoriale della cui giurisdizione il sito Internet in questione è accessibile – Sussistenza – Limiti di tale competenza – Esclusivo riferimento al danno cagionato nel territorio dello Stato membro del giudice adito: <i>Corte di giustizia</i> , 22 gennaio 2015 nella causa C-441/13	667
<i>Regolamento (CE) n. 44/2001</i> – Consumatore che abbia acquistato un'obbligazione al portatore da un terzo professionista – Azione contro l'emittente di tale obbligazione – Fondamento – Condizioni inerenti al titolo obbligazionario, violazione degli obblighi di informazione e di controllo, responsabilità derivante dal prospetto – Competenza giurisdizionale – Art. 15 par. 1 – Contratti conclusi da consumatori – Assenza di un contratto tra il detto consumatore e l'emittente – Inapplicabilità della suddetta disposizione – Art. 5 n. 1 lett. a – Obbligazioni contrattuali – Assenza di un'obbligazione liberamente assunta dall'emittente nei confronti dell'attore – Inapplicabilità della suddetta disposizione – Art. 5 n. 3 – Illeciti civili dolosi o colposi – Applicabilità – Criterio del luogo di concretizzazione del danno – Competenza del giudice del domicilio dell'attore – Condizioni – Insorgenza del danno lamentato direttamente su un conto bancario dell'attore presso una banca avente sede nell'ambito di competenza territoriale di tale giudice – Esame della competenza giurisdizionale ai sensi del regolamento – Elementi di fatto controversi pertinenti sia ai fini della competenza che del merito – Obbligo di istruzione probatoria dettagliata – Esclusione – Possibilità per il giudice adito di tenere conto di tutte le informazioni di cui dispone, comprese le contestazioni del convenuto: <i>Corte di giustizia</i> , 28 gennaio 2015 nella causa C-375/13	669
<i>Regolamento (CE) n. 44/2001</i> – Riconoscimento ed esecuzione di un lodo arbitrale che vieta a una parte di presentare talune domande dinanzi a un giudice di uno Stato membro – Materia esclusa dall'ambito di applicazione del regolamento – Contrarietà allo stesso – Insussistenza: <i>Corte di giustizia</i> , 13 maggio 2015 nella causa C-536/13	672
<i>Regolamento (CE) n. 2201/2003</i> – Sottrazione internazionale dei minori – Art. 11 par. 6-8 – Competenza del giudice della residenza abituale originaria del minore a decidere sulla questione del ritorno del minore, conseguente ad un provvedimento contro il ritorno emesso nello Stato membro verso cui egli è stato sottratto – Individuazione di tale giudice riservata allo Stato membro della residenza abituale originaria del minore – Ipotesi in cui, alla data della notifica del provvedimento contro il ritorno di un minore, una corte o un tribunale siano già investiti di un procedimento di merito relativo alla responsabilità genitoriale nei confronti dello stesso minore – Materia di competenza dello Stato membro – Attribuzione a un'autorità giurisdizionale specializzata della competenza a esaminare le questioni relative al ritorno o all'affidamento anche qualora una corte o un tribunale siano già investiti di un procedimento di merito relativo alla responsabilità genitoriale nei confronti del minore – Effetto utile del regolamento – Conformità – Obiettivo della rapidità del procedimento – Obbligo del giudice nazionale di applicare le disposizioni di diritto interno interpretandole alla luce del diritto dell'Unione e del regolamento: <i>Corte di giustizia</i> , 9 gennaio 2015 nella causa C-498/14 PPU	673
<i>Regolamento (CE) n. 2201/2003</i> – Regolamento di procedura della Corte di giustizia – Art. 105 par. 1 – Previsione di un procedimento accelerato quando la na-	

tura della causa esige un rapido trattamento – Domanda di procedimento accelerato da parte del giudice del rinvio, in riferimento ad una causa di separazione intentata dal marito in Francia ed una causa di divorzio intentata dalla moglie nel Regno Unito – Portata dell'art. 19 par. 1 e par. 3 del regolamento – Questioni sulla responsabilità genitoriale nei confronti dei figli – Previsione di una litigiosità dei genitori analoga a quella mostrata per gli aspetti matrimoniali – Esclusione – Situazione eccezionale di precarietà o di incertezza giuridica per i figli – Esclusione – Rigetto della domanda: <i>Corte di giustizia</i> , ordinanza 13 gennaio 2015 nella causa C-489/14	674
--	-----

DOCUMENTAZIONE

Convenzione sugli accordi di scelta del foro (L'Aja, 30 giugno 2005)	679
Decisione 2009/397/CE del Consiglio, del 26 febbraio 2009, relativa alla firma, a nome della Comunità europea, della convenzione sugli accordi di scelta del foro	690
Decisione 2014/887/UE del Consiglio, del 4 dicembre 2014, relativa all'approvazione, a nome dell'Unione europea, della convenzione dell'Aja del 30 giugno 2005 sugli accordi di scelta del foro	690
Modifiche all'accordo di sede tra l'Italia e l'UNIDROIT (Roma, 21 dicembre 2012)	691
Regolamento (UE) 2015/263 della Commissione, del 16 gennaio 2015, recante modifica degli allegati da I a IV del regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale	695

NOTIZIARIO

<i>Dalla pratica legislativa, giudiziaria e internazionale.</i> Trattati internazionali entrati in vigore per l'Italia (secondo i comunicati apparsi nella Gazzetta Ufficiale dal 7 maggio al 6 luglio 2015) – Principi della conferenza dell'Aja sui contratti internazionali – Nuovi provvedimenti relativi a misure restrittive nei confronti di Libia, Siria, Yemen, Sud Sudan e Repubblica centrafricana – Relazione 2014 sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – Decisione della High Court inglese in tema di legge applicabile all'azione surrogatoria in relazione al risarcimento dei danni derivanti da sinistro stradale – Accordo tra il Ministero della giustizia e la Banca d'Italia per l'attività di liquidazione degli indennizzi di cui alla c.d. legge Pinto	697
---	-----

RASSEGNA BIBLIOGRAFICA

A. DICKINSON, M. KEYES, T. JOHN (eds.), <i>Australian Private International Law for the 21st Century. Facing Outwards</i> (R. Clerici)	705
--	-----

DOTTRINA

RAINER HAUSMANN

PROFESSORE NELLA UNIVERSITÀ DI COSTANZA

LE QUESTIONI GENERALI NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO EUROPEO*

SOMMARIO: I. Introduzione. – II. I criteri di collegamento del diritto internazionale privato europeo. – 1. L'affermazione dell'autonomia privata. *a)* Ambito di applicazione. *b)* Valutazione. – 2. Il declino della cittadinanza a favore della residenza abituale. *a)* Evoluzione giuridica. *b)* Concretizzazione della residenza abituale da parte della Corte di giustizia europea. *c)* Valutazione. – 3. Il trattamento dei casi di doppia e plurima cittadinanza. *a)* *Professio iuris*. *b)* Criterio di collegamento oggettivo. – 4. Rafforzamento del criterio di collegamento della *lex fori*. *a)* Il principio del «parallelismo» (*Gleichlaufgrundsatz*) nel diritto internazionale privato europeo. *b)* Valutazione. – 5. Clausole d'eccezione. *a)* Significato nel diritto internazionale privato europeo. *b)* Valutazione. – III. Qualificazione e interpretazione nel diritto internazionale privato europeo. – 1. Punti di riferimento nei regolamenti di Roma. – 2. L'influenza della Corte di giustizia. – IV. Universalità del diritto internazionale privato europeo e rinvio. – 1. La regola del rinvio nel regolamento sulle successioni. – 2. Valutazione. – 3. Ripercussioni sul futuro regolamento in materia di regime patrimoniale tra coniugi. – VI. Osservazioni finali.

I. INTRODUZIONE.

Come è ben noto si discutono già da qualche tempo nella dottrina degli Stati membri, e particolarmente in quella tedesca, i vantaggi di una codificazione delle questioni generali del diritto internazionale privato in un regolamento Roma «0» per assicurare l'unità funzionale del sistema e la coerenza della politica legislativa nell'Unione europea nel campo della cooperazione giudiziaria.¹ Nella mia relazione non intendo occuparmi di questo tema ma ho scelto tre questioni generali, cioè i criteri di collegamento, la qualificazione ed il rinvio per dimostrare come e in che direzio-

* Relazione presentata al XX convegno della Società italiana di diritto internazionale su «L'incidenza del diritto non scritto sul diritto internazionale ed europeo» svoltosi a Macerata nei giorni 5 e 6 giugno 2015, destinato alla pubblicazione anche nel volume che raccoglie gli Atti del convegno.

¹ Cfr. LEIBLE/UNBERATH (ed.), *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?* (2013); LEIBLE, *Auf dem Weg zu einer Rom 0-VO – Plädoyer für einen Allgemeinen Teil des europäischen IPR*, *Festschrift für D. Martiny* (2014), p. 429 ss.

ne il diritto internazionale privato europeo si è emancipato dai sistemi nazionali preesistenti degli Stati membri e quali sono i principi non scritti che formano la base di questo sviluppo.

II. I CRITERI DI COLLEGAMENTO DEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO EUROPEO.

Nella prima parte mi soffermerò sui criteri di collegamento del diritto internazionale privato europeo, onde far emergere la diversa importanza che essi hanno assunto rispetto al precedente diritto internazionale privato nazionale e riflettere su come questa evoluzione debba essere valutata e quali sono i principi che stanno alla base.

1. *L'affermazione dell'autonomia privata.*

a) Ambito di applicazione.

Desidero iniziare dall'autonomia privata² che, sino all'entrata in vigore dei regolamenti europei, ha svolto nel diritto internazionale privato tedesco e italiano un ruolo piuttosto marginale. È vero che era riconosciuta in materia di obbligazioni contrattuali, ma pur sempre con forti limitazioni nel regime patrimoniale tra coniugi e nel diritto successorio internazionale.³ D'altra parte, nel considerando n. 11 al regolamento Roma I viene già qualificata come «una delle pietre angolari» del diritto internazionale privato dei contratti. Qui viene limitata essenzialmente soltanto dalle norme di applicazione necessaria della *lex fori* secondo l'art. 9 par. 2, nonché a tutela dei consumatori e dei lavoratori – in conformità al principio delle norme più favorevoli – nell'art. 6 par. 2 e rispettivamente nell'art. 8 par. 1 del regolamento Roma I dalla protezione minima assicurata dalla legge applicabile al contratto secondo i criteri oggettivi.⁴

Già prima il regolamento Roma II aveva ammesso, entro certi limiti, nel suo art. 14 una scelta della legge applicabile in materia di obbligazioni extracontrattuali e – come sottolineato nel considerando n. 31 – «nel rispetto del principio dell'autonomia delle parti e nell'intento di rafforza-

² In tedesco si parla di «*Parteiautonomie*» («autonomia delle parti») per quanto attiene alla libertà delle parti di designare il diritto applicabile, mentre nel diritto internazionale privato italiano pare che si usi il termine «autonomia privata» non solo nel campo del diritto sostanziale ma anche in quello del d.i.pr.: T. BALLARINO, *Dir. int. priv.*, 2^a ed., 1996, p. 597.

³ Cfr. artt. 15 comma 2, 25 comma 2 EGBGB (legge introduttiva al cod. civ. tedesco); artt. 30 comma 1, 46 comma 2 della legge n. 218/1995.

⁴ Cfr. SPICKHOFF, *Reichweite und Grenzen der Rechtswahl im Internationalen Schuld- und Sachenrecht*, in: SPICKHOFF (ed.), *Symposium Parteiautonomie im Europäischen Internationalen Privatrecht* (2014), p. 29 ss.

re la certezza del diritto».⁵ Se le parti esercitano un'attività commerciale la *professio iuris* è possibile senza limitazioni temporali⁶, per consentir loro una pianificazione a lungo termine. Se si tratta invece di privati la scelta può avvenire solo in un momento successivo al verificarsi del danno.⁷ A tutela degli interessi di mercato la libertà di scelta è inoltre esclusa in materia di concorrenza sleale e di restrizione della concorrenza⁸ nonché in caso di violazione dei diritti di proprietà intellettuale.⁹

Il regolamento Roma III non solo ha introdotto la scelta della legge regolatrice del divorzio ad opera delle parti nel diritto internazionale privato europeo, ma le ha anche attribuito un ruolo di primaria importanza. Infatti, negli artt. 5-7 del regolamento Roma III – così come in materia di obbligazioni contrattuali internazionali (art. 3 ss. regolamento Roma I) – la scelta della legge viene prevista come criterio di collegamento primario.¹⁰ Ciò consente, in particolare ai coniugi che, con l'applicazione del criterio di collegamento oggettivo a norma dell'art. 8 regolamento Roma III, non possono ottenere il divorzio – ad es. perché non soddisfano i tempi di attesa – di optare per una legge più favorevole al divorzio ed ottenerlo così in tempi più brevi. Con la scelta della *lex fori* consentita dall'art. 5 par. 1 lett. *d* del regolamento Roma III, in combinazione con le generose disposizioni sulla competenza contenute nell'art. 3 ss. del regolamento Bruxelles II-bis, il legislatore europeo tollera coscientemente un *forum shopping* al riguardo. L'autonomia privata viene tuttavia limitata dalla speciale clausola d'eccezione di cui all'art. 10 del regolamento Roma III, quando la legge scelta non prevede il divorzio o non concede a uno dei coniugi, perché appartenente all'uno o all'altro sesso, pari condizioni di accesso al divorzio.¹¹

Infine, anche il regolamento sulle successioni consente al defunto una scelta della legge che, a norma dell'art. 22 comma 1, può tuttavia essere fatta solo a favore della legge dello Stato di cui il *de cuius* ha la cittadinanza al momento della scelta o al momento della morte. Oltre a questa ampia

⁵ Cfr. VOGELER, *Die freie Rechtswahl im außervertraglichen Kollisionsrecht*, in: SPICKHOFF, *op. loc. cit.*, p. 67 ss.

⁶ Cfr. Art. 14 par. 1 lett. *b* del regolamento Roma II.

⁷ Cfr. Art. 14 par. 1 lett. *a* del regolamento Roma II. Ma vedi anche l'art. 7 del regolamento Roma II che, per i danni ambientali, garantisce al danneggiato la scelta entro la legge del paese in cui il danno si è verificato e la legge del paese in cui il fatto che a determinato il danno si è verificato.

⁸ Art. 6 par. 4 del regolamento Roma II.

⁹ Art. 8 par. 3 del regolamento Roma II.

¹⁰ Cfr. FRANZINA, *L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di legge in materia di separazione e divorzio*, *Riv. dir. int.*, 2011, p. 488; SPICKHOFF, *Internationales Scheidungsrecht und Rechtswahl*, in: SPICKHOFF, *op. loc. cit.*, p. 93 ss.

¹¹ Sull'interpretazione di questa limitazione alla scelta del diritto ammessa dall'art. 5 del regolamento Roma III v. HAUSMANN, *Internationales und europäisches Ehescheidungsrecht* (2013), parte A n. 335 ss.

scelta della legge per l'intera successione a causa di morte, a norma dell'art. 24 par. 2 del regolamento successioni, il *de cuius* può esercitare una *professio iuris* anche limitatamente all'ammissibilità e alla validità sostanziale di un testamento. La stessa possibilità è consentita dall'art. 25 par. 3 alle parti di un patto successorio con riguardo all'ammissibilità, alla validità sostanziale e ai suoi effetti vincolanti fra le parti.¹² La scelta della legge a norma dell'art. 22 del regolamento successioni ha notevoli ripercussioni sulla competenza internazionale in materia successoria. Infatti, ex art. 5 del regolamento, nel caso in cui il defunto abbia scelto la legge di uno Stato membro, le parti di un procedimento successorio possono al contempo convenire una competenza esclusiva degli organi giurisdizionali dello Stato la cui legge è stata scelta. Inoltre, a norma dell'art. 6 del regolamento, gli organi giurisdizionali di altri Stati membri possono dichiarare la propria incompetenza a favore degli organi giurisdizionali dello Stato membro della legge scelta, qualora questi ultimi siano più adatti a decidere sulla successione.

b) Valutazione.

La scelta del diritto non viene dunque più considerata nel diritto internazionale privato europeo come una soluzione di ripiego,¹³ bensì – con le parole di Mansel¹⁴ – «quale mezzo dell'auto-assegnazione del singolo ad un ordinamento giuridico e quale mezzo della regolamentazione privata dei propri rapporti giuridici» («*Mittel der Privatisierung rechtlicher Gestaltung*»). Il singolo non è quindi più oggetto, ma soggetto delle norme di conflitto. Il rafforzamento della libertà di scelta della legge applicabile a livello europeo è accompagnato da un'autonomia privata sostanziale più ampia nelle leggi nazionali degli Stati membri. Ciò è particolarmente evidente in materia di diritto matrimoniale, dove la concezione istituzionale di matrimonio è stata messa in disparte a favore di un matrimonio regolato in gran parte dall'autonomia dei coniugi.¹⁵ Solo alla luce di ciò è stato possibile introdurre la libertà di scelta sul livello europeo nel regolamento Roma III.

¹² Cfr. HAUSMANN, *Verfügungen von Todes wegen im deutsch-italienischen Rechtsverkehr unter Geltung der Europäischen Erbrechtsverordnung*, *Jahrbuch für italienisches Recht*, vol. 27 (2015), pp. 21 (27 ss., 36 ss.).

¹³ Cfr. LEIBLE, *Parteiautonomie im IPR – allgemeines Anknüpfungsprinzip oder Verlegenheitslösung?*, *Festschrift für E. Jayme* (2004), p. 485 ss.; RÜHL, *Rechtswahlfreiheit im europäischen Kollisionsrecht*, *Festschrift für J. Kropholler* (2008), p. 187 ss.

¹⁴ MANSEL, *Parteiautonomie, Rechtsgeschäftslehre der Rechtswahl und Allgemeiner Teil des europäischen Kollisionsrechts*, in: LEIBLE/UNBERATH, *op. loc. cit.*, p. 241.

¹⁵ Cfr. JAYME, *Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies*, *Yearb. Private Int. Law*, vol. 11 (2009), p. 1 (2); COESTER-WALTJEN/COESTER, *Rechtswahlmöglichkeiten im Europäischen Kollisionsrecht*, *Liber amicorum K. Schurig* (2012), p. 33, spec. p. 34.

La concessione della possibilità di scelta di legge ha talvolta anche un carattere di compromesso, in quanto nel procedimento legislativo gli Stati membri non si riescono ad accordare in merito ad un determinato criterio di collegamento.¹⁶ Ciò è ad esempio palpabile nel regolamento successioni, dove la decisione tra il criterio della residenza e il principio della nazionalità per stabilire la legge applicabile alla successione è stata in fondo rimessa al *de cuius*, che può meglio di altri valutare i *pro* e i *contra* di entrambi i criteri di collegamento. In tal modo viene alquanto mitigato il conflitto fra quegli Stati membri che sono vincolati per tradizione al principio della cittadinanza e quelli che preferiscono un collegamento alla residenza abituale o al domicilio.

Questa tendenza del diritto internazionale privato europeo ad introdurre maggiori possibilità di scelta della legge applicabile, che ha un seguito anche nella proposta di un regolamento in materia di regimi patrimoniali tra coniugi (art. 16), è da considerare complessivamente in modo positivo. La generosa concessione di autonomia alle parti serve infatti, da un lato, alla dovuta flessibilità ma, dall'altro, crea anche una maggiore certezza giuridica, in quanto fa venir meno l'incertezza sui criteri di collegamento oggettivi che un giudice in seguito adito andrà ad applicare.¹⁷ Una *professio iuris* agevola inoltre l'attività degli organi giudiziari degli Stati membri poiché, per snellire i procedimenti e ridurre i costi, viene spesso scelta la rispettiva *lex fori*. Permettere la scelta della legge nel diritto internazionale di famiglia e delle successioni promuove infine l'auspicabile mobilità dei cittadini all'interno dell'Unione europea,¹⁸ mettendo gli interessati in condizione di adeguare la legge applicabile di volta in volta alla loro nuova situazione ambientale.

2. Il declino della cittadinanza a favore della residenza abituale.

a) Evoluzione giuridica.

Passo ora alla residenza abituale, la cui importanza quale criterio di collegamento nel diritto internazionale privato – soprattutto a discapito del criterio di collegamento della cittadinanza – è aumentata di continuo negli ultimi decenni. Oramai la residenza abituale è il criterio di collegamento oggettivo centrale non solo nei trattati di diritto di famiglia internazionale della Conferenza dell'Aja,¹⁹ bensì soprattutto nelle norme di conflitto europee sia per la competenza internazionale che per il diritto

¹⁶ Cfr. MANSEL, *op. loc. cit.*, p. 263 s.

¹⁷ V. i considerando n. 9 e n. 15 del regolamento Roma III.

¹⁸ Considerando n. 15 frase 1 del regolamento Roma III.

¹⁹ V. per es. gli artt. 15 ss. della convenzione del 1996 sulla protezione dei minori e gli artt. 13 ss. della convenzione del 2000 sulla protezione internazionale degli adulti.

applicabile.²⁰ Il regolamento Roma I, nell'art. 4 commi 1 e 2, impiega così la residenza abituale della parte che effettua la prestazione caratteristica quale criterio principale di collegamento ai fini della determinazione della legge regolatrice del contratto. Altrettanto dicasi con riguardo al diritto internazionale privato in materia di obbligazioni alimentari,²¹ di responsabilità genitoriale,²² di divorzio e separazione personale,²³ delle successioni²⁴ e, in futuro, anche in materia di regime patrimoniale tra coniugi.²⁵ A questo punto si pone in particolare la questione di come determinare in concreto la residenza abituale nel contesto europeo.

b) Concretizzazione della residenza abituale da parte della Corte di giustizia europea.

La Corte di giustizia europea, guida autorevole nell'interpretazione di queste norme, si è sinora espressa sulla nozione europea di residenza abituale soprattutto in due decisioni che avevano ad oggetto la competenza internazionale in materia di responsabilità genitoriale a norma dell'art. 8 del regolamento Bruxelles II-*bis*. Nel primo caso, risalente al 2009,²⁶ si trattava di una famiglia svedese che, alla fine delle ferie estive, aveva condotto per alcuni mesi una vita nomade in Finlandia e aveva poi fatto domanda di assegnazione di un alloggio presso i servizi sociali. La Corte di giustizia ritenne che la residenza abituale dovesse essere interpretata in modo autonomo tenendo conto del contesto e dello scopo perseguito dalla relativa normativa in materia di competenza. Le regole di competenza del regolamento Bruxelles II-*bis* sarebbero informate «all'interesse superiore del minore e in particolare al criterio di vicinanza». Per stabilire la residenza abituale non è quindi sufficiente la semplice presenza fisica in uno Stato membro. Dovrebbero piuttosto aggiungersi ulteriori criteri dai quali si possa desumere che non si tratta soltanto di una presenza provvisoria ovvero occasionale; la residenza dovrebbe invece denotare «una certa integrazione in un ambiente sociale e familiare». Si dovrebbe in particolare tenere conto «della durata, della regolarità, delle condizioni e delle ragioni del soggiorno ..., delle conoscenze linguistiche nonché delle relazioni familiari e sociali del minore nel detto Stato». L'accertamento

²⁰ Cfr. M.-Ph. WELLER, *Der «gewöhnliche Aufenthalt» – Plädoyer für einen willenszentrierten Aufenthaltsbegriff*, in: LEIBLE/UNBERATH, *op. loc. cit.*, p. 295, spec. p. 298 ss.

²¹ Combinato disposto art. 15 del regolamento sulle obbligazioni alimentari e art. 3 del protocollo dell'Aia del 23 novembre 2007 relativo alla legge applicabile alle obbligazioni alimentari.

²² Art. 15-17 della convenzione dell'Aja del 1996 sulla protezione dei minori.

²³ Art. 8 lett. *a* e *b* del regolamento Roma III.

²⁴ Art. 21 par. 1 del regolamento successioni.

²⁵ Art. 17 par. 1 lett. *a* del regolamento sul regime patrimoniale tra coniugi.

²⁶ Corte di giustizia, 2 aprile 2009, in causa C-523/07, *A/Perusturvalautakunta*.

di una sufficiente integrazione del minore e con ciò della sua residenza abituale sarebbe di competenza dei giudici nazionali degli Stati membri, che dovrebbero tener conto delle peculiari circostanze di fatto che caratterizzano ogni caso di specie.²⁷

Nel secondo caso del 2010²⁸ si trattava della residenza abituale di una neonata di due mesi che venne portata dalla madre, in seguito alla separazione di questa dal suo compagno, dall'Inghilterra all'isola della Riunione e si trattene qui soltanto da pochi giorni. Non si trattava qui di sottrazione di minore in quanto la madre era l'unica titolare del diritto di affidamento. Per determinare la residenza abituale della minore, la Corte di giustizia ha fatto riferimento alla sua sentenza sulla vita nomade finlandese e ai criteri in quell'occasione ritenuti decisivi. Nel valutare l'integrazione di un minore nel suo nuovo ambiente sociale e familiare si dovrebbe soprattutto tener conto anche dell'età del minore. Mentre per i minori in età scolastica si dovrebbe considerare la loro integrazione a scuola, nella cerchia di amici ecc., in caso di un neonato si dovrebbe fare riferimento all'integrazione familiare della madre che se prende cura. A tal fine dovrebbero essere prese in considerazione le ragioni del trasferimento della madre nello Stato della nuova residenza, l'origine della madre nonché i loro rapporti familiari e sociali nel nuovo Stato di residenza.²⁹ La Corte di giustizia ha messo altresì in chiaro che il regolamento non prevede una «durata minima» della residenza. Per il trasferimento della residenza abituale nello Stato membro ospitante conterebbe, infatti, «soprattutto la volontà dell'interessato di fissarvi, con l'intenzione di conferirgli carattere stabile, il centro permanente o abituale degli interessi»; questa volontà potrebbe esprimersi in particolare nel prendere in locazione un appartamento. La durata del soggiorno potrebbe quindi fungere soltanto da «indizio nell'ambito della valutazione della stabilità della residenza».³⁰

c) Valutazione.

Da questa giurisprudenza della Corte di giustizia si possono trarre in particolare tre conclusioni in merito alla nozione specificamente europea di residenza abituale, che divergono in parte dalla concezione nazionale finora seguita. Anzitutto non esiste una nozione unitaria di residenza abituale che dovrebbe essere interpretata nello stesso senso per tutti i rego-

²⁷ *Ibidem*, n. 34-43.

²⁸ Corte di giustizia, 22 dicembre 2010, in causa C-497/10, *Barbara Mercredi/Richard Chaffe*, con nota di SIEHR, *IPRax*, 2012, p. 316 ss. e di HENRICH, *FamRZ*, 2011, p. 617. V. anche MANKOWSKI, *Der gewöhnlichen Aufenthalt eines verbrachten Kindes unter der Brüssel IIa-VO*, *GPR*, 2011, p. 209 ss.

²⁹ Corte di giustizia, 22 dicembre 2010 cit., n. 44 ss.

³⁰ Corte di giustizia, 22 dicembre 2010 cit., n. 51.

lamenti europei. Anzi, la Corte di giustizia si è espressamente pronunciata a favore di una distinzione funzionale. Va nella stessa direzione il considerando n. 23 del regolamento in materia di successioni, dove si chiarisce che la residenza abituale deve essere determinata «tenendo conto degli obiettivi specifici del presente regolamento». In considerazione della varietà degli atti giuridici del diritto internazionale privato europeo una definizione unitaria dovrebbe necessariamente mancare il bersaglio della giustizia delle norme di conflitto.

In secondo luogo, dopo la decisione *Mercredi* della Corte di giustizia dovrebbe essere evidente che la nozione oggettiva di residenza abituale sinora dominante negli Stati membri³¹ non vale per le norme di collisione europee. È vero che quale elemento oggettivo viene presupposta una certa misura minima di integrazione sociale, tuttavia è altresì necessaria una espressa volontà naturale di restare. Questo *animus manendi* è rilevante in particolare in caso di spostamento internazionale, finché non è ancora intervenuta una integrazione sociale. Nel diritto internazionale privato europeo i criteri oggettivi per stabilire l'integrazione sociale sono perciò solo degli indizi per accertare la volontà di restare.³²

Infine, secondo la Corte di giustizia, nel diritto internazionale privato europeo – diversamente dalla maggior parte delle leggi nazionali sinora – si attribuisce anche alla cittadinanza il valore di indizio per l'integrazione sociale, cioè si presume che una persona si integri nel paese di origine più in fretta che non altrove. A supporto di questa opinione il regolamento Bruxelles II-*bis* offre nel suo art. 3 par. 1 lett. *a* anche un indizio normativo, in quanto nel sesto trattino la durata del soggiorno viene ridotta da un anno a sei mesi qualora un coniuge stabilisca la sua nuova residenza abituale nel suo Paese di origine.³³

3. Il trattamento dei casi di doppia e plurima cittadinanza.

Finché nel diritto internazionale privato europeo si applica il criterio di collegamento della cittadinanza, si pone anzitutto la questione di come procedere nei casi di doppia o plurima cittadinanza.³⁴ La maggior parte delle leggi nazionali di diritto internazionale privato contengono al ri-

³¹ V. per la Germania SOERGER/KEGEL, 12^a ed. 1996, vol. 10, Art. 5 EGBGB n. 44 ss.; STAUDINGER/SPELLENBERG, 2005, Art. 3 del regolamento Bruxelles II-*bis*, n. 75; per la Francia AUDIT/D'AVOUT, *D.I.P.*, 6^{ème} éd., 2010, p. 143 s. Per una valutazione di diritto comparato BAETGE, *Der gewöhnliche Aufenthalt im IPR* (1994), p. 121 ss.; BAETGE, *Auf dem Weg zu einem gemeinsamen europäischen Verständnis des gewöhnlichen Aufenthalts*, *Festschrift J. Kropholler* (2008), p. 77 ss.

³² M.-Ph. WELLER, *op. loc. cit.*, p. 317 ss.

³³ RAUSCHER, *LMK*, 2009, 28910.

³⁴ V. FUCHS, *Mehrstaater im internationalen Privatrecht*, *Festschrift für D. Martiny* (2014), p. 303 ss.

guardo una previsione espressa. Il diritto tedesco e il diritto italiano sono concordi nel ritenere che si debba sostanzialmente fare riferimento alla cittadinanza effettiva, ma che la propria cittadinanza prevalga sempre.³⁵ Questa soluzione non è naturalmente consona al diritto internazionale privato europeo che presuppone l'eguaglianza degli Stati membri e dei loro cittadini. Nel diritto internazionale privato europeo è quindi opportuno distinguere tra collegamento soggettivo e oggettivo.

a) *Professio iuris*.

Se il diritto internazionale privato europeo consente di scegliere la legge dello Stato di appartenenza, le considerazioni alla base dell'autonomia privata fanno propendere, in caso di cittadinanza plurima, per una libertà di scelta non limitata allo Stato di appartenenza con cui esiste il collegamento più stretto. Questa soluzione è infatti espressamente prevista dal regolamento successioni nel suo art. 22 par. 2, secondo il quale una persona con più di una cittadinanza può scegliere per la sua successione la legge di uno qualsiasi degli Stati di cui ha la cittadinanza al momento della scelta o al momento della morte. Analogamente si riconosce anche per il diritto internazionale in materia di obbligazioni alimentari che, secondo l'art. 8 lett. a del protocollo dell'Aja del 2007 sulle obbligazioni alimentari, in caso di cittadinanza plurima, può essere scelta la legge dello Stato di cui una delle parti ha la cittadinanza, così che il diritto di scelta non è limitato alla cittadinanza effettiva.³⁶ Per la stessa soluzione opta il diritto internazionale in materia di regime patrimoniale tra coniugi all'art. 16 par. 1 lett. c della proposta di regolamento.

E invece dubbio che ciò valga anche con riguardo alla scelta della legge nel diritto internazionale in materia di divorzio. Il considerando n. 22 del regolamento Roma III che, nella sua formulazione generica, rinvia alla legislazione nazionale per il trattamento dei casi di cittadinanza plurima, fa infatti riferimento anche all'art. 5 par. 1 lett. c del regolamento Roma III. Nel trattare i casi di doppia e plurima cittadinanza continuerebbe così a trovare applicazione il diritto internazionale privato nazionale anche nell'ambito della scelta della legge a norma del regolamento Roma III. I giudici tedeschi dovrebbero dunque applicare l'art. 5 comma 1 EGBGB e quelli italiani l'art. 19 comma 2 della legge n. 218/1995, con la conseguenza che potrebbe essere scelta solo la cittadinanza prevalente tedesca e rispettivamente italiana e per il resto solo la cittadinanza effettiva di un soggetto con più cittadinanze. È però preferibile estendere l'atteggiamento più favorevole degli altri strumenti giuridici dell'Unione euro-

³⁵ Art. 5 comma 1 EGBGB e art. 19 comma 2 della legge n. 218/1995.

³⁶ BONOMI, *Report al protocollo dell'Aja*, n. 131; HAUSMANN, *op. loc. cit.*, parte C n. 577 con riferimenti.

pea, che ammettono anche la scelta di una legge nazionale non effettiva, alla *professio iuris* nel diritto internazionale privato in materia di divorzio.³⁷ In caso contrario non sarebbe possibile la determinazione uniforme della cittadinanza prevalente ai fini del collegamento di persone con due cittadinanze negli Stati membri partecipanti; anche l'accertamento di una cittadinanza «effettiva» sarebbe affetto da notevoli incertezze, tali da mettere a repentaglio la realizzazione dello scopo del regolamento di raggiungere una maggiore certezza giuridica rafforzando l'autonomia privata.

b) Criterio di collegamento oggettivo.

Quale criterio di collegamento oggettivo il diritto internazionale privato europeo fa riferimento alla cittadinanza, vale a dire alla cittadinanza comune dei coniugi, in assenza di una residenza abituale comune, soltanto con riferimento al divorzio nell'art. 8 lett. *c* del regolamento Roma III. Un simile collegamento sussidiario della cittadinanza comune è previsto anche dalla proposta di regolamento in materia di regime patrimoniale tra i coniugi.³⁸ In realtà, in merito alla disposizione parallela di cui all'art. 3 par. 1 lett. *b* del regolamento Bruxelles II-*bis* la Corte di giustizia ha deciso nel caso *Hadadi*³⁹ che, per stabilire la competenza internazionale, tutte le cittadinanze dei coniugi debbano essere trattate allo stesso modo, così che sia sufficiente anche una cittadinanza comune non effettiva. La «coerenza» fra i due regolamenti, auspicata dal considerando n. 10 par. 1 del regolamento Roma III, sarebbe quindi a favore di un'estensione di questa interpretazione europea autonoma del regolamento Bruxelles II-*bis* anche al regolamento Roma III; sarebbe così sufficiente anche una cittadinanza comune dei coniugi che non è effettiva per uno o addirittura per entrambi. Ad una tale interpretazione si oppone tuttavia il tenore letterale del considerando n. 22 al regolamento Roma III che, in merito al trattamento internazionalprivatistico di persone con più cittadinanze, rinvia al diritto nazionale.

Ne consegue che, nell'ambito dell'art. 8 lett. *c* del regolamento Roma III, vanno applicati in maniera complementare davanti ai giudici tedeschi l'art. 5 comma 1 *EGBGB*, e davanti ai giudici italiani l'art. 19 comma 2 della legge n. 218/1995. Se un coniuge ha più cittadinanze straniere, bisogna allora fare riferimento soltanto a una cittadinanza co-

³⁷ Così HELMS, *FamRZ*, 2011, 1765 (1770); TRAAR, *ÖJZ*, 2011, p. 805, spec. p. 809; HAU, *FamRZ*, 2013, p. 249, spec. p. 252; HAUSMANN, *op. loc. cit.*, parte A n. 281; *contra* GRUBER, *IPRax*, 2012, p. 381, spec. p. 385 s.

³⁸ Art. 17 par. 1 lett. *b* proposta di regolamento.

³⁹ Corte di giustizia, 16 luglio 2009, in causa C-168/08, *Hadadi/Mesco*, *FamRZ*, 2009, p. 1571, con nota di KOHLER; vedi anche le note di DILGER, *IPRax*, 2010, p. 54 e di HAU, *IPRax*, 2010, p. 50.

mune effettiva dei coniugi. Una cittadinanza comune non effettiva non è dunque sufficiente – diversamente dalla scelta della legge a norma dell'art. 5 lett. *c* del regolamento Roma III – quale criterio di collegamento oggettivo ai sensi dell'art. 8 lett. *c* del medesimo regolamento. Ciò sembra trovare una giustificazione nella considerazione che nelle norme di conflitto, in assenza di una *professio iuris*, si tratta di determinare una legge regolatrice del divorzio nei confronti della quale entrambi i coniugi abbiano un vero legame. Sarà pertanto decisiva la legge del Paese di origine di uno dei coniugi con più cittadinanze con cui questi ha un legame più stretto, in particolare a causa della sua residenza abituale o del decorso della sua vita.

L'effettività della cittadinanza non costituirebbe tuttavia un elemento determinante in un procedimento davanti ai giudici tedeschi nel caso in cui un coniuge, oltre ad una cittadinanza straniera, possedesse anche quella *tedesca*; in tal caso si farebbe piuttosto sempre riferimento, a norma dell'art. 5 comma 1 comma 2 *EGBGB*, alla sola cittadinanza tedesca del soggetto con più cittadinanze. Lo stesso varrebbe in un procedimento davanti ai giudici italiani con riferimento alla cittadinanza italiana. Questa prevalenza della cittadinanza di un coniuge coincidente con la *lex fori* sarebbe dunque di ostacolo al collegamento ad una cittadinanza comune effettiva a norma dell'art. 8 lett. *c* del regolamento Roma III, con la conseguenza che i coniugi dovrebbero divorziare in conformità all'art. 8 lett. *d* secondo la *lex fori*. Questo *favor* nei confronti della cittadinanza tedesca o italiana di un coniuge rispetto ad un'altra cittadinanza comune effettiva *ex art.* 8 lett. *c* del regolamento Roma III mal si concilia ovviamente con i «principi generali dell'Unione europea» che, secondo il considerando n. 22, devono godere in questo contesto di «pieno rispetto». Il collegamento alla cittadinanza comune nell'art. 8 lett. *c* del regolamento Roma III – così come il collegamento alla residenza comune di cui alla lett. *a* o alla lett. *b* – serve inoltre ad accertare un centro principale in termini territoriali (*räumlichen Schwerpunkt*) della vita matrimoniale; il fatto di preferire rispettivamente la propria cittadinanza per motivi pratici non è più pertanto un argomento convincente in un diritto internazionale privato europeo.

Onde evitare i problemi di un collegamento alla cittadinanza di persone con più cittadinanze la proposta di un regolamento in materia di regime patrimoniale fra i coniugi intraprende infine una strada completamente nuova. Secondo l'art. 17 par. 2 della proposta di regolamento, infatti, il criterio di collegamento della cittadinanza comune dei coniugi non si applica se i coniugi hanno più di una cittadinanza comune. In tal caso trova piuttosto applicazione, secondo l'art. 17 par. 1 lett. *c* della proposta di regolamento, la legge dello Stato con cui i coniugi presentano assieme il collegamento più stretto.

4. Rafforzamento del criterio di collegamento della *lex fori*.

a) Il principio del «parallelismo» (*Gleichlaufgrundsatz*) nel diritto internazionale privato europeo.

Un ulteriore elemento caratteristico del diritto internazionale privato europeo è rappresentato dalla crescente importanza della *lex fori* quale criterio di collegamento. La *lex fori* in realtà domina tradizionalmente nel diritto processuale sia tedesco sia italiano. Diversamente che nelle giurisdizioni di *Common Law* non riveste invece sinora un ruolo significativo nel diritto internazionale privato nazionale in Germania e in Italia. D'altra parte il principio del «parallelismo», in forza del quale un giudice competente a livello internazionale applica sempre la propria legge, vale già da tempo come criterio di collegamento primario delle relative convenzioni dell'Aja sulla protezione internazionale dei minori e degli adulti.⁴⁰

L'influenza della *lex fori* è stata rafforzata anche nell'ambito del diritto internazionale delle obbligazioni alimentari con l'entrata in vigore del protocollo dell'Aja del 2007 in materia, il quale vale negli Stati membri come diritto secondario dell'Unione europea.⁴¹ Secondo l'art. 4 comma 3 prima parte del protocollo dell'Aja il principale criterio di collegamento della residenza abituale del creditore *ex art. 3* non si applica se uno dei creditori menzionati nell'art. 4 comma 1 lett. *a-c* ha adito i giudici competenti dello Stato in cui il debitore ha la residenza abituale. Al suo posto trova applicazione la legge in materia di obbligazioni alimentari vigente nel luogo dove si trova il giudice adito. Non si tratta qui soltanto di un criterio di collegamento sostitutivo per i casi in cui la legge a cui rinvia l'art. 3 del protocollo dell'Aja non riconosce un diritto agli alimenti; la *lex fori* assurge piuttosto a criterio di collegamento primario se il creditore agisce nello Stato del debitore. In tal modo si rende possibile in una certa misura per il creditore un *forum shopping* in quanto, nell'esercitare il diritto di scelta consentitogli dall'art. 3 lett. *a* e lett. *b* del regolamento obbligazioni alimentari di agire nel luogo della residenza abituale del debitore ovvero nel luogo della propria residenza abituale, il creditore può optare al contempo per la legge sulle obbligazioni alimentari vigente nel rispettivo foro.⁴²

Il collegamento alla *lex fori* si trova anche nel diritto internazionale privato in materia di divorzio e separazione personale, anche se soltanto come criterio residuale nel gradino più basso della scala dei criteri di col-

⁴⁰ Art. 2 della convenzione dell'Aja del 1961 sulla competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione dei minorenni; art. 15 par. 1 della convenzione dell'Aja del 1996 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori; art. 13 par. 1 della convenzione dell'Aja del 2000 sulla protezione internazionale degli adulti.

⁴¹ Art. 15 del regolamento sulle obbligazioni alimentari.

⁴² BONOMI, *Report al protocollo dell'Aja*, n. 68; MALATESTA, in questa *Rivista*, 2009, p. 829, spec. p. 842; HAUSMANN, *op. loc. cit.*, parte C n. 525.

legamento dell'art. 8 del regolamento Roma III. Essa è inoltre a disposizione come criterio di collegamento soggettivo alternativo a norma dell'art. 5 par. 1 lett. *d* del regolamento Roma III e sarà qui presumibilmente destinata ad acquisire maggiore rilevanza pratica per i divorzi congiunti qualora i coniugi, per motivi di rapidità e costi, desiderino evitare l'applicazione della legge straniera sul divorzio competente ai sensi dell'art. 8 del regolamento Roma III.

Il principio del «parallelismo» rappresenta infine anche il criterio centrale di collegamento nel regolamento successioni. Diversamente dal regolamento Roma III, la legge dello Stato i cui giudici sono competenti per la successione non può essere scelta direttamente né dal *de cuius* né dagli eredi. Nel regolamento non si ricorre inoltre espressamente alla *lex fori* neanche come criterio di collegamento oggettivo. Tuttavia il regolamento fa riferimento all'ultima residenza abituale del defunto sia nell'art. 4 per la competenza internazionale che nell'art. 21 par. 1 per la legge applicabile, così che in mancanza di una scelta trova quasi sempre applicazione la *lex fori* come legge regolatrice della successione. Anche in caso di una valida scelta da parte del *de cuius* a norma dell'art. 22, il regolamento promuove inoltre il parallelismo della competenza internazionale e della legge applicabile consentendo nell'art. 5 un accordo sulla scelta del foro e la rimessione del procedimento ai giudici del Paese di origine del defunto a norma dell'art. 6.

b) Valutazione.

Il collegamento alla *lex fori* viene in realtà visto con una certa diffidenza nel diritto internazionale privato tradizionale degli Stati membri dell'Europa continentale, perché non persegue l'obiettivo di Carl Friedrich von Savigny di stabilire la «sede» (*Sitz*) geografica o, in altre parole, il punto di gravità (*Schwerpunkt*) dei relativi rapporti giuridici. A favore di un'applicazione del principio del «parallelismo» depongono tuttavia soprattutto ragioni di praticità, in quanto i giudici possono applicare la propria legge con un maggiore risparmio di tempi e costi nonché garantendo una correttezza superiore di quanto non accadrebbe se applicassero la legge straniera. Ciò vale in particolare nelle materie giuridiche nelle quali – come ad es. nella normativa sulle obbligazioni alimentari o sulla protezione dei minori – la garanzia di una celere tutela giurisdizionale è per gli interessati di particolare importanza.

5. Clausole d'eccezione.

a) Significato nel diritto internazionale privato europeo.

I criteri di collegamento oggettivi europei appena esaminati vengono considerati troppo rigidi in alcuni casi specifici. Per questa ragione viene

concessa ai giudici degli Stati membri in determinati casi la possibilità di derogare dai detti criteri di collegamento e di applicare una legge con cui la fattispecie rivela eccezionalmente un collegamento più stretto. A tal fine si avvale anche il legislatore europeo delle c.d. clausole d'eccezione.⁴³ Esse sono da tempo note soprattutto nell'ambito della legge applicabile alle obbligazioni contrattuali,⁴⁴ ma si trovano anche nella disciplina delle obbligazioni extracontrattuali⁴⁵ e, di recente, anche nel diritto successorio internazionale.⁴⁶ Esse correggono in linea di principio soltanto il collegamento oggettivo e non trovano quindi applicazione nel caso di una scelta della legge.⁴⁷

b) Valutazione.

Il valore di tali clausole d'eccezione è controverso; a volte vengono respinte in quanto considerate superflue e un pericolo per la certezza del diritto.⁴⁸ A tale critica si obietta che non tutte le norme di conflitto sarebbero orientate al principio del collegamento più stretto e al giudice verrebbe pertanto data la possibilità, proprio attraverso le clausole d'eccezione, di operare nella fattispecie concreta un'integrazione giuridica conforme al sistema. Si è tuttavia concordi nel ritenere che si debba far ricorso alle clausole d'eccezione solo con prudenza. Inoltre, non si può desumere dalle speciali clausole d'eccezione disciplinate nei regolamenti europei che tutti i criteri di collegamenti del diritto internazionale privato europeo siano subordinati ad una clausola generale d'eccezione.⁴⁹ Ciò vale in particolare in materia di diritto internazionale privato della famiglia. Qui non si può mettere in discussione il criterio di collegamento oggettivo decisivo della residenza abituale dei coniugi in uno Stato membro sia nel regolamento Roma III per il divorzio che nel futuro regolamento in materia del regime patrimoniale sostenendo che, ad esempio, una coppia di coniugi di fede islamica di origine pachistana continui a sentirsi più vi-

⁴³ REMIEN, *Engste Verbindung und Ausweichklausel*, in: LEIBLE/UNBERATH, *op. loc. cit.*, p. 223, spec. p. 233 ss.

⁴⁴ Cfr. art. 4 par. 3, art. 5 par. 3, art. 7 par. 2 frase 2, art. 8 par. 4 del regolamento Roma I.

⁴⁵ Art. 4 par. 3, art. 5 par. 2, art. 10 par. 4, art. 11 par. 4, art. 12 par. 2 lett. c del regolamento Roma II.

⁴⁶ Art. 21 par. 2 del regolamento sulle successioni. V. anche art. 15 par. 2 convenzione dell'Aja del 1996 sulla protezione dei minori; Art. 13 par. 2 convenzione dell'Aja del 2000 sulla protezione internazionale degli adulti.

⁴⁷ REMIEN, *op. loc. cit.*, p. 231 s.

⁴⁸ P. MAYER/HEUZÉ, *D.I.P.*, 10^a ed., 2010, n. 490.

⁴⁹ In favore di una clausola d'eccezione generale europea *de lege ferenda* Lagarde, in: FALLON/LAGARDE/POILLOT-PERUZZETTO, *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé* (2011), pp. 365 e 374; *contra* con ragioni convincenti REMIEN, *op. loc. cit.*, p. 238 ss.

cina alla legge del proprio Paese di origine che non alla legge tedesca o italiana della residenza. Il legislatore europeo dovrebbe inoltre piuttosto ricorrere con cautela alla possibilità di applicare la legge del collegamento più stretto attraverso clausole d'eccezione; si possono infatti raggiungere risultati adeguati anche senza clausole d'eccezione ricorrendo a criteri di collegamento concepiti con attenzione.

III. QUALIFICAZIONE E INTERPRETAZIONE NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO EUROPEO.

In conformità alla tradizione sia tedesca che italiana, i regolamenti europei nel settore del diritto internazionale privato non contengono una disposizione generale sulla qualificazione. Mentre la prassi giudiziaria di entrambi i Paesi decide le questioni di qualificazione essenzialmente alla luce della propria legge, una tale qualificazione secondo la rispettiva *lex fori* è difficilmente conciliabile con gli obiettivi di un'applicazione uniforme negli Stati membri del diritto internazionale privato europeo. Ci si chiede pertanto secondo quali criteri e principi debba aver luogo la qualificazione nel diritto internazionale privato europeo. Nel rispondere a tale domanda si prende in considerazione una nozione ampia di qualificazione, con la quale si intende ogni procedimento di sussunzione che presuppone una interpretazione di concetti di sistema del diritto internazionale privato; si tratta, più precisamente, dell'interpretazione delle categorie astratte di situazioni o di rapporti contenute nella fattispecie di norme di conflitto europee.

1. *Punti di riferimento nei regolamenti di Roma.*

L'assenza di una regola generale sulla qualificazione non significa che il diritto internazionale privato europeo non offra all'operatore alcun aiuto al riguardo. In non poche disposizioni, infatti, i regolamenti europei stessi offrono una definizione autentica di determinate categorie astratte di situazioni o di rapporti.⁵⁰ Così, il regolamento Roma I definisce la nozione di «consumatore» nell'art. 6 par. 1 e la nozione di «norma di applicazione necessaria» nell'art. 9 par. 1. Una tale definizione ha luogo non di rado anche solo indirettamente mediante rinvio alle relative direttive europee; ciò vale ad esempio per le nozioni di «viaggi "tutto compreso"», di «diritto di godimento a tempo parziale» nell'art. 6 par. 4 lett. *b* e *c* o per la nozione di «strumenti finanziari» nell'art. 4 par. 1 lett. *b* del regolamento Roma I.

I regolamenti più recenti in materia di diritto internazionale di fami-

⁵⁰ V. HEISS/KAUFMANN-MOHI, «Qualifikation» – Ein Regelungsgegenstand für eine Rom 0-Verordnung?, in LEIBLE/UNBERATH, *op. loc. cit.*, p. 180, spec. p. 187 ss.

glia e successorio contengono addirittura autonome norme di definizione con in parte circostanziati elenchi di definizioni. Così, l'art. 3 del regolamento successioni definisce categorie astratte di situazioni o di rapporti di centrale importanza come la «successione», il «patto successorio», il «testamento congiuntivo» e la «disposizione a causa di morte». Nell'art. 26 del medesimo regolamento viene inoltre definita la nozione di «validità sostanziale» di una successione e viene chiarito che – in deroga alla tradizionale concezione nel diritto internazionale privato degli Stati membri – anche l'interpretazione della disposizione deve essere sussunta sotto questa nozione. Nell'art. 27 par. 3 del regolamento successioni viene infine spiegato cosa si deve intendere per attinente alla «forma» di una disposizione a causa di morte.

Oltre a queste definizioni autentiche vincolanti nei testi dei regolamenti anche i considerando che li precedono contengono degli importanti chiarimenti sulle nozioni. Così, ai fini del raggiungimento degli obiettivi del regolamento Roma I, nel considerando n. 8 viene circostanziata la nozione di «rapporti di famiglia» considerata nell'art. 1 par. 2 lett. *b* in modo avulso dal suo ambito di applicazione per materia, e per la qualificazione dei «rapporti che hanno effetti comparabili al matrimonio e ad altri rapporti di famiglia» è fatto un rinvio espresso alla legge dello Stato membro del giudice adito. Analogamente, il considerando n. 11 del regolamento Roma II chiarisce che anche la responsabilità oggettiva deve essere intesa come «responsabilità extracontrattuale» ai sensi del regolamento in questione. Una descrizione dettagliata di «danno ambientale» ai sensi dell'art. 7 del regolamento Roma II è fornita dal considerando n. 24. E il considerando n. 30 chiarisce la nozione di «*culpa in contrahendo*» di cui all'art. 12 e la sua distinzione rispetto alla responsabilità per fatto illecito a norma dell'art. 4 del regolamento Roma II.

Anche l'elenco di materie che non ricadono nell'ambito di applicazione materiale contenuto nei singoli regolamenti incide direttamente sulla portata delle relative categorie astratte di situazioni o di rapporti. Così, ad es., la nozione di «obbligazione contrattuale» ai sensi del regolamento Roma I si chiarisce soltanto alla luce dell'art. 1 par. 2 del regolamento, che esclude tutta una serie di obbligazioni contrattuali, ad es. in materia di obbligazioni alimentari, regimi patrimoniali tra coniugi e altri rapporti di famiglia nonché in materia di titoli di credito e diritto delle società. Anche questi elenchi di eccezioni⁵¹ non sono in fondo altro che speciali regole di qualificazione.

Quale ulteriore strumento per operare la qualificazione il legislatore europeo si avvale infine delle disposizioni, contenute nella maggior parte

⁵¹ V. inoltre art. 1 par. 2 del regolamento Roma III, art. 1 par. 2 del regolamento sulle successioni; art. 1 par. 3 della proposta di regolamento sul regime patrimoniale dei coniugi.

dei regolamenti, in merito all'ambito della legge di volta in volta applicabile. Tipici esempi sono l'art. 12 del regolamento Roma I sulla legge applicabile al contratto e l'art. 23 del regolamento successioni sulla legge che regola la successione. L'applicazione di queste disposizioni presuppone però che la legge applicabile sia già stata stabilita; si tratta quindi in realtà di una qualificazione su un secondo piano. Naturalmente queste disposizioni influiscono tuttavia anche sulla qualificazione sul primo piano. Così, nel famoso caso relativo al pagamento di cambiali nello stato del Tennessee da parte di debitori domiciliati in Germania, il *Reichsgericht* non sarebbe incorso nell'errore di qualificare la prescrizione, applicando la legge del Tennessee, quale istituto processualistico, se all'epoca fosse esistita nell'EGBGB (introduzione al cod. civ. tedesco) una disposizione corrispondente all'art. 12 par. 1 lett. *d* del regolamento Roma I, la quale avesse chiarito che la prescrizione di pretese contrattuali deve essere considerata un istituto del diritto sostanziale dei contratti. Il *Reichsgericht* era infatti pervenuto alla bizzarra conclusione che l'azione non poteva essere considerata prescritta perché non è possibile applicare norme straniere aventi carattere processuale e d'altra parte le norme sostanziali tedesche in materia di prescrizione non avevano motivo di essere applicate dato che la cambiale era sottoposta alla legge del Tennessee.⁵²

2. *L'influenza della Corte di giustizia.*

Da non sottovalutare è infine anche il ruolo svolto dalla Corte di giustizia nella qualificazione delle categorie astratte di situazioni o di rapporti del diritto internazionale privato europeo. È vero che, a norma dell'art. 267 TFUE, la Corte di giustizia è in realtà competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale, limitatamente a questioni astratte d'interpretazione, mentre non può sussumere il caso concreto sotto le disposizioni del diritto europeo. Le domande pregiudiziali dei giudici nazionali sono invece di solito influenzate in modo così incisivo dalla fattispecie sottostante che la risposta della Corte di giustizia alla questione di interpretazione si avvicina molto nel caso concreto ad una sussunzione e pregiudica alquanto la decisione finale del giudice nazionale.⁵³ Da un punto di vista metodologico l'interpretazione autonoma seguita dalla Corte di giustizia è molto simile alla qualificazione dei giudici nazionali secondo la *lex fori*. Nel basare la propria interpretazione su una comparazione funzionale degli ordinamenti giuridici europei, la Corte sviluppa una concezione di nozione europea comune che alla fine non rappresenta altro se non una qualificazione alla luce dei concetti giuridici della *lex fori* a livello sovranazionale.

⁵² RGZ 7, 21 ss.

⁵³ HEISS/KAUFMANN-MOHI, *op. loc. cit.*, p. 190.

le.⁵⁴ Si ricordi, a titolo esemplificativo, la sentenza *Tacconi* sull'art. 5 n. 1 della convenzione di Bruxelles del 1968 in cui la Corte di giustizia, sulla base di considerazioni comparatistiche e sistematiche è giunta al risultato che un'«obbligazione contrattuale» potrebbe esistere in senso europeo solo se l'obbligazione contrattuale è stata «assunta volontariamente»; per questa ragione la responsabilità derivante da *culpa in contrahendo* venne giustamente qualificata come extracontrattuale.⁵⁵

IV. UNIVERSALITÀ DEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO EUROPEO E RINVIO.

Desidero concludere le mie considerazioni in merito alle questioni generali del diritto internazionale privato europeo con alcune osservazioni sul rinvio. Questo è senz'altro uno dei problemi di diritto internazionale privato più discussi dalle sentenze pilota della Cour de Cassation francese nel caso *Forgo* alla fine del XIX secolo.⁵⁶ Fino a poco tempo fa non era tuttavia ancora un tema che interessasse il diritto internazionale privato europeo, in quanto i regolamenti di Roma I, II e III escludono in linea di principio – a prescindere da un'eccezione nel regolamento Roma I⁵⁷ – l'accettazione di un rinvio indietro o di un rinvio oltre.⁵⁸ Lo stesso vale per il diritto internazionale in materia di obbligazioni alimentari.⁵⁹

1. La regola del rinvio nel regolamento sulle successioni.

Si è chiaramente prodotta una nuova situazione con l'adozione del regolamento sulle successioni. Nel suo art. 34 par. 1 lett. *a* questo dispone ora infatti l'accettazione del rinvio se la legge di uno Stato terzo rinvia indietro oppure oltre alla legge di uno Stato membro. Secondo l'art. 34 par. 1 lett. *b* del regolamento successioni – seguendo il modello dell'art.

⁵⁴ BONOMI, *Il d.i.p.dell'Unione Europea: considerazioni generali*, in: BONOMI (ed.), *D.i.p.e cooperazione giudiziaria in materia civile* (2009), p. 1, spec. p. 135 ss.; BARATTA, *The process of Characterization in the EC's Conflicts of Laws: Suggesting a flexible approach*, *Yearb. Private Int. Law* (2004), p. 155 ss.

⁵⁵ Corte di giustizia, 17 settembre 2002, in causa C 344/00, *Tacconi*.

⁵⁶ Cass. civ. S. 1878.1, 429; Cass. Req. S. 1882.1393; STAUDINGER/HAUSMANN (2012), Art. 4 EGBGB, n. 29 ss. Per un'analisi approfondita sulle finalità e sui diversi modelli del rinvio DAVÌ, *Le renvoi en droit international privé contemporain*, *Recueil des cours*, vol. 353 (2012), pp. 9-522.

⁵⁷ Art. 7 par. 3 frase 2 del regolamento Roma I.

⁵⁸ Art. 20 del regolamento Roma I, art. 24 del regolamento Roma II, art. 11 del regolamento Roma III. V. VON HEIN, *Der Renvoi imeuropäischen Kollisionsrecht*, in: LEIBLE/UNBERATH, *op. loc. cit.*, p. 341, spec. p. 363 ss.; STAUDINGER/HAUSMANN (2012), Art. 4 EGBGB n. 159 ss.

⁵⁹ Combinato disposto dell'art. 15 del regolamento sulle obbligazioni alimentari e dell'art. 12 del protocollo dell'Aja del 23 novembre 2007 relativo alla legge applicabile alle obbligazioni alimentari.

21 par. 2 della convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori del 1996 – si deve inoltre rispettare il rinvio oltre di uno Stato terzo alla legge di un altro Stato terzo se quest'ultimo accetta tale rinvio, vale a dire se applica il proprio ordinamento giuridico. Se invece il secondo Stato terzo rinvia oltre alla legge di un terzo Stato terzo o rinvia indietro alla legge del primo Stato terzo, questo rinvio non sarà rispettato; si tratta allora di un richiamo al diritto sostanziale del primo Stato terzo, ad esclusione delle norme di diritto internazionale privato di tale Stato («*Sachnormverweisung*»). Problematico è soltanto il caso in cui il primo Stato terzo rinvii oltre alla legge di un secondo Stato terzo, ma questo rinvii indietro alla legge di un Stato membro. Secondo il tenore letterale dell'art. 34 del regolamento successioni si ricorre anche in questo caso ad un richiamo del diritto sostanziale del primo Stato terzo, ad esclusione delle norme di diritto internazionale privato di tale Stato.⁶⁰ Anche in caso di un tale rinvio indietro indiretto alla legge di uno Stato membro, gli obiettivi che ci si prefigge di raggiungere con questa previsione così come le ragioni di praticità giocano invece a favore dell'accettazione di un tale rinvio indietro indiretto.⁶¹

Un rinvio indietro o un rinvio oltre non viene accettato secondo l'art. 34 par. 2 del regolamento successioni se la legge applicabile è stata stabilita ricorrendo ad una clausola d'eccezione a norma dell'art. 21 par. 2, ad una *professio iuris* a norma dell'art. 22 o ad un collegamento alternativo relativo alla validità formale di una disposizione a causa di morte *ex* art. 27. Si tratta dei tipici criteri di collegamento che escludono il rinvio, già noti dal tradizionale diritto internazionale privato autonomo degli Stati membri.⁶² La loro regolamentazione espressa deve essere accolta con favore perché contribuisce alla chiarezza giuridica e va preferita alla norma tedesca di cui all'art. 4 comma 1 cpv. 1 *EGBGB* che non accetta il rinvio in presenza, nella fattispecie concreta, di una contraddizione al «senso del richiamo» (alla legge straniera effettuato dalle norme di conflitto tedesche) («*Sinn der Verweisung*»).

2. Valutazione.

Il legislatore europeo preferisce dunque, in materia di successioni a causa di morte, l'armonia delle decisioni con Stati terzi all'attuazione del proprio criterio di collegamento dell'ultima residenza abituale del defunto. Si pone così da un lato la questione se questa accettazione parziale del

⁶⁰ In questo senso per l'art. 21 par. 2 convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori del 1996 LAGARDE, *Report*, n. 116; HAUSMANN, *op. loc. cit.*, parte B n. 546.

⁶¹ VON HEIN, *op. loc. cit.*, p. 374 s.

⁶² V. al riguardo per il d.i.p. tedesco STAUDINGER/HAUSMANN (2012), Art. 4 *EGBGB*, n. 90 ss.

rinvio sia compatibile con gli altri principi generali del regolamento in materia di successioni. Dall'altro lato non si è ancora data risposta alla questione generale se, rispetto al tradizionale principio del richiamo della legge materiale ad esclusione delle norme di conflitto dello Stato interessato, l'art. 34 del regolamento successioni comporti un passo avanti o uno indietro.

Nel regolamento in materia di successioni l'art. 34 non è propriamente in armonia con il principio dell'unitarietà della successione, attuato rigidamente dal regolamento. L'art. 21 par. 1 stabilisce infatti «la legge applicabile all'*intera* successione». Al riguardo il considerando n. 37 cpv. 3 chiarisce: «Ai fini della certezza del diritto e onde evitare la frammentazione della successione, tale legge dovrebbe regolare l'intera successione, ossia tutti i beni oggetto dell'eredità, indipendentemente dalla loro natura o dal fatto che siano situati in un altro Stato membro o in uno Stato terzo». Fa eccezione a questo principio soltanto l'art. 30 del regolamento, che prevede un collegamento speciale di norme di applicazione necessaria motivate da ragioni di carattere sociale o economico, le quali si impongono nei confronti della legge applicabile alla successione e sottopongono i relativi beni ad una propria disciplina. Si intendono tuttavia – come chiarito dal considerando n. 54 – soltanto le norme materiali dello Stato in cui sono situati i beni, non invece le norme di conflitto che assoggettano ad es. i beni immobili alla rispettiva *lex rei sitae*. Il principio dell'unitarietà della successione viene tuttavia limitato dalla previsione di un rinvio indietro o di un rinvio oltre a norma dell'art. 34 del regolamento. Infatti, se si richiama la legge di uno Stato terzo che – come gli Stati Uniti o il Canada – segue nel diritto internazionale privato il principio del frazionamento della successione, si deve allora accettare soltanto un rinvio parziale – ad es. alla legge italiana con riferimento ad una casa di villeggiatura situata in Toscana appartenente ad un cittadino statunitense domiciliato a New York –, con la conseguenza che si assisterà ad un frazionamento della successione anche nell'ambito di applicazione territoriale del regolamento sulle successioni. Onde evitare ciò, si potrebbe pensare di accettare un rinvio *ex art. 34* soltanto con riferimento all'intera successione e di negare un rinvio indietro oppure oltre solo parziale. Ciò sarebbe però difficilmente conciliabile con il tenore letterale della disposizione e contrasterebbe anche con i lavori preparatori dai quali emerge che, nonostante si fosse riconosciuto il problema, si è preferito prescindere dal regolarlo.⁶³

Alla questione fondamentale se la previsione limitata del rinvio nel regolamento in materia di successioni rappresenti un passo nella giusta direzione si risponde in Germania per lo più in senso affermativo. Si ad-

⁶³ VON HEIN, *op. loc. cit.*, p. 377 ss.

ducono a motivazione di ciò soprattutto l'armonia internazionale delle decisioni e la facilitazione dell'applicazione del diritto. Per quanto riguarda l'armonia internazionale delle decisioni è naturalmente opportuno considerare se ciò è auspicabile a prescindere completamente dal rapporto tra il principio della cittadinanza e quello della residenza. Nel tradizionale diritto internazionale privato tedesco e italiano l'accettazione del rinvio nel diritto internazionale delle successioni aveva il vantaggio di portare spesso all'applicazione della legge dello Stato dell'ultimo domicilio o della residenza abituale del defunto, il che era considerato più opportuno rispetto al collegamento alla cittadinanza se i rapporti del *de cuius* nei confronti del suo Paese di origine erano già stati interrotti da tempo. D'altra parte l'accettazione del rinvio a norma dell'art. 34 ha l'effetto opposto se il diritto internazionale privato dello Stato terzo prevede a sua volta il collegamento alla cittadinanza del defunto: al posto della legge dello Stato dove da tempo il defunto aveva la propria residenza abituale si deve applicare la legge dello Stato membro di cui il *de cuius* aveva mantenuto la cittadinanza sino alla morte, anche se il suo rapporto con il Paese di origine è oramai debole.⁶⁴

Anche il vantaggio pratico del rinvio a norma dell'art. 34 del regolamento sulle successioni è piuttosto limitato per i giudici degli Stati membri chiamati a decidere in materia successoria. Poiché, secondo l'art. 4 par. 1 del regolamento, la competenza generale è stabilita nel luogo in cui il defunto aveva la sua ultima residenza abituale, si perviene lo stesso – come già detto – nel caso normale di cui all'art. 21 par. 1 ad un parallelismo tra competenza e legge applicabile. L'accettazione del rinvio *ex art.* 34 ha quindi una rilevanza pratica soltanto nei rari casi in cui ad un giudice di uno Stato membro spetta la competenza sussidiaria a norma dell'art. 10 o una competenza necessaria a norma dell'art. 11 del regolamento. Dovrebbe trattarsi della situazione di un defunto che ha la sua ultima residenza abituale in uno Stato terzo, mentre il patrimonio ereditario si trova nello Stato del foro. Soltanto in questo ambito ristretto il rinvio indietro attraverso la legge di uno Stato terzo alla *lex fori* può facilitare l'applicazione pratica del diritto.⁶⁵

3. Ripercussioni sul futuro regolamento in materia di regime patrimoniale tra coniugi.

Si pone infine la questione di come l'accettazione limitata del rinvio nel regolamento sulle successioni possa influire sul futuro regolamento in materia di regime patrimoniale tra coniugi. Come noto, la proposta della

⁶⁴ VON HEIN, *op. loc. cit.*, p. 379 s.

⁶⁵ DÖRNER, ZEV, 2010, p. 221, spec. p. 222; VON HEIN, *op. loc. cit.*, p. 380 s.; STAUDINGER/HAUSMANN (2012), Art. 4 EGBGB n. 164.

Commissione dell'anno 2011 prevede – come i regolamenti di Roma – l'esclusione totale del rinvio anche per il diritto internazionale privato sul regime patrimoniale tra coniugi. Occorre naturalmente accertare se vi si debba rimanere ancora fedeli in seguito alla normativa in deroga contenuta nel regolamento sulle successioni.

A favore depone quale argomento sistematico lo stretto collegamento per materia fra il regime patrimoniale tra i coniugi e la disciplina del divorzio, delle obbligazioni alimentari e del contratto, vale a dire con altri settori del diritto per i quali il diritto internazionale privato europeo esclude il rinvio; questo stretto collegamento con la legge sul divorzio è particolarmente evidente nella competenza accessoria a conoscere delle questioni inerenti al regime patrimoniale del giudice che sia stato investito della causa di divorzio a norma del regolamento di Bruxelles II-*bis*.⁶⁶ L'accettazione di un rinvio parziale in materia di regime patrimoniale tra coniugi contrasterebbe inoltre con il principio dell'unitarietà del regime patrimoniale su cui si basa la proposta del relativo regolamento secondo il suo art. 15. D'altra parte, a favore dell'accettazione del rinvio si potrebbe addurre l'argomento che, in tal modo, il principio della non modificabilità del regime patrimoniale, a cui fa riferimento l'art. 17 della pProposta, sarebbe attenuato se la legge dello Stato terzo ritenuta applicabile dispone a sua volta la modificabilità del regime patrimoniale, dichiarando così decisiva una legge con cui il coniuge aveva da ultimo il collegamento più stretto. I coniugi possono tuttavia ottenere sempre l'adeguamento alla loro nuova situazione ambientale a norma dell'art. 18 della proposta anche mediante la scelta della legge applicabile, così che non dipendono a tal fine dall'accettazione del rinvio. Complessivamente esistono pertanto più argomenti a favore dell'esclusione del rinvio in materia di regime patrimoniale tra coniugi se il regime patrimoniale cessa – in particolare per separazione personale o divorzio – quando i coniugi sono ancora in vita.⁶⁷

Appare tuttavia opportuna un'altra valutazione se il regime patrimoniale viene sciolto in seguito alla morte di uno dei coniugi. Per questo caso l'art. 3 della proposta tiene conto dello stretto collegamento tra il diritto successorio e il regime patrimoniale, estendendo la competenza del giudice competente per le questioni relative alla successione in base al relativo regolamento anche alla liquidazione del regime patrimoniale tra coniugi derivante dall'apertura della successione. Per risparmiare a questo giudice i difficili problemi di qualificazione – noti soprattutto al diritto internazionale privato tedesco⁶⁸ – nel rapporto fra legge applicabile alla

⁶⁶ Art. 4 della proposta di regolamento sul regime patrimoniale tra coniugi.

⁶⁷ In questo senso anche VON HEIN, *op. loc. cit.*, p. 382 s.

⁶⁸ V. per es. la discussione sulla qualificazione del § 1371 comma 1 BGB secondo cui

successione e al regime patrimoniale, la questione dell'accettazione di un rinvio per entrambi i settori del diritto dovrebbe trovare una risposta il più possibile uniforme. Poiché il legislatore europeo ha però deciso in materia di diritto successorio nell'art. 34 del regolamento di accettare un rinvio limitato, la stessa soluzione dovrebbe valere anche per le questioni inerenti al regime patrimoniale tra coniugi che si pongono in seguito alla morte di uno dei coniugi.⁶⁹ E qui il legislatore europeo si trova di fronte alla decisione se assumere, all'interno dello stesso regolamento, un diverso atteggiamento in merito alla problematica del rinvio a seconda che le questioni inerenti al regime patrimoniale si pongano quando i coniugi sono ancora in vita o che si tratti della liquidazione del regime patrimoniale in seguito alla morte di uno dei coniugi. Onde evitare ulteriori complicazioni si potrebbe perciò consigliare una soluzione unitaria che si orienti verso l'art. 34 del regolamento sulle successioni.⁷⁰

VI. OSSERVAZIONI FINALI.

Quale sono i principi non scritti che stanno alla base della regolamentazione europea del diritto internazionale privato con riguardo alle questioni generali? A mio avviso in prima linea sono i seguenti:

- L'affermazione dell'autonomia privata con l'obiettivo di assicurare alle parti maggiore flessibilità e allo stesso tempo maggiore certezza di diritto nonché di promuovere la mobilità dei cittadini nell'Unione europea.

- La sostituzione della cittadinanza con la residenza abituale come criterio di collegamento primario nel diritto internazionale privato della famiglia e delle successioni, anch'essa con la finalità di facilitare il trasferimento di persone di uno Stato membro all'altro.

- Il rafforzamento della *lex fori* come criterio di collegamento oggettivo come soggettivo. Il principio del «parallelismo» dei criteri di collegamento per la giurisdizione e per il diritto applicabile che è caratteristico soprattutto nel regolamento successioni riduce drasticamente i casi in cui le corti nazionali sono obbligate ad applicare un diritto sostanziale straniero.

- Anche la limitata accettazione del rinvio nel regolamento successioni tende non solo a raggiungere l'armonia internazionale delle decisioni ma anche ad evitare l'applicazione del diritto staniero di uno Stato terzo ed a facilitare così il compito delle corti nazionali.

- Lo sviluppo recente del diritto internazionale privato europeo è

la quota ereditaria del coniuge superstite è aumentato di un quarto se i coniugi hanno vissuto nel regime patrimoniale legale tedesco della *Zugewinnngemeinschaft*.

⁶⁹ VON HEIN, *op. loc. cit.*, p. 384 s.

⁷⁰ In questo senso anche BUSCHBAUM/SIMON, *GPR*, 2011, p. 262, spec. p. 267; MARTINY, *IPRax*, 2011, p. 437, spec. p. 452.

carratterizzato dunque meno dalla ricerca della connessione più stretta ma ispirato dall'idea di accelerare e migliorare la tutela giurisdizionale dei cittadini europei e di ridurre i costi dei processi con elementi transfrontalieri.⁷¹

ABSTRACT: *This article tackles general issues in European private international law, and namely issues of connecting factors, characterization and renvoi, to portray, on the one hand, how and in which direction this area of the law has emancipated from the domestic legal systems of the EU Member States and to illustrate, on the other hand, which are the underlying principles that encouraged and made this transformation possible. As far as connecting factors are concerned, the paper shows that the recent development in European private international law – as opposed to the solution in force in many Member States – is characterized by (i) an extension of party autonomy to family and succession law; (ii) a systematic substitution of nationality with habitual residence as the primary objective connecting factor in international family and succession law, and (iii) the promotion of lex fori as objective and subjective connecting factor, in particular in cross-border divorce and succession law. Therefore, the primary objective of the European legislation in the field of private international law is not to identify the closest factual connecting element of a case to the law of a certain country but, rather, to accelerate and improve the legal protection of European citizens and to reduce the costs in cross-border disputes by allowing parties and courts to opt for the lex fori and thus to avoid, to a large extent, the application of foreign law. Moreover, the paper illustrates that while the introduction of renvoi into European private international law by means of Article 34 of the Regulation on cross-border successions appears to be in conflict with the principle of unity of the succession, which is a main pillar of the Regulation itself, the practical importance of renvoi is limited, because renvoi is mainly restricted to cases where the deceased had his last habitual residence in a third State and left property in a Member State. As suggested in the paper, in order to avoid difficult problems of characterization when marriage ends by the death of one of the spouses, it would appear sensible to follow the example of Article 34 of the Succession Regulation in the forthcoming EU regulation on matrimonial property.*

⁷¹ V. i considerando n. 27 e n. 37 s. del regolamento sulle successioni.

COMMENTI

INTERNATIONAL SURROGACY ARRANGEMENTS: RECENT DEVELOPMENTS AND ONGOING PROBLEMS

by ARIANNA VETTOREL

RESEARCH FELLOW AT THE UNIVERSITY OF PADUA

CONTENTS: 1. Introduction. – 2. The notion of surrogacy: altruistic and commercial, traditional and gestational. – 3. Surrogacy and public policy. – 4. The ongoing harmonization process. – 5. (Non) recognition of the status established abroad and the ECtHR interpretation in cases of genetic ties between the child and an intended parent. – 6. The destiny of the child when there is not a genetic linkage between the child and the intended parents. – 7. Concluding remarks.

1. The practice and risks of surrogacy, the process of carrying and delivering a child by a surrogate mother for the intended parents,¹ have been known since ancient times, as it has been used as a tool to grant the continuation of dynasties.²

In recent decades, however, surrogacy is an issue of new concern, involving ethical and moral questions.³

Indeed, while surrogacy is considered by some people who are unable to bear a child to be a simpler alternative to adoption, in Italy and some other States surrogacy is a highly controversial practice, since it breaks the principle *mater semper certa est*⁴ and could facilitate child

¹ For a definition of surrogacy see LIN, *Born Lost: Stateless Children in International Surrogacy Arrangements*, in *Cardozo Journ. Int'l & Comp. Law*, 2013, pp. 545-588, p. 545.

² Recently, references to peculiar reproductive techniques have been made in relation to the dynasty of Prince Max von Baden and are known also as *Die Therapie auf Capri*. See MACHTAN, *Prinz Max von Baden. Der letzte Kanzler des Kaisers. Eine Biographie*, Suhrkamp, 2013, p. 159. References to surrogacy can be found even in the Bible (see Genesis 16 and Genesis 30), as pointed out by LAGARDE, *La gestation pour autrui: problèmes de droit interne et de droit international privé*, in *Rev. hellénique droit int.*, t. 62, 2009, pp. 511-520, p. 512.

³ For some remarks on this point see TOBIN, *To Prohibit or Permit: What is the (Human) Rights Response to the Practice of International Commercial Surrogacy*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 2014, pp. 317-352.

⁴ GRUENBAUM, *Foreign Surrogate Motherhood: Mater Semper Certa Erat*, in *Am. Journ. Comp. Law*, 2012, pp. 475-506.

trafficking⁵ as well as the exploitation of poor women.⁶ For these reasons, some domestic legislatures have banned it and even at times have punished it as a crime, as highlighted by some legal scholars⁷ as well as by the study requested by the EU Parliament's Committee on Legal Affairs.⁸

Increased transnational mobility, however, allows persons to go abroad to give birth to a child through this practice in a country that permits it. Thus, with the lack of international or EU harmonization, transnational mobility fosters *de facto* party autonomy, creating some leeway for entrance into surrogacy contracts abroad. In this particular field, such a practice raises significant concerns regarding qualification, jurisdiction and applicable law with respect to enforcement issues,⁹ as well as problems regarding recognition of legal parentage established abroad.¹⁰

This final aspect, in particular, has grown as a significant issue in transnational family law, the main concern being that, in the case of non-recognition, the child lives in a legal limbo and is a kind of "no one's child" with uncertain identity. Such a concern had been at the core of several European domestic courts' judgments.¹¹ The European Court of Human Rights (hereinafter: "ECtHR") has also recently dealt with this issue. From its rulings some trends can be drawn in relation to the recognition of legal status acquired abroad. However, there are some questions that have not been answered yet.

2. Before analyzing the latest judicial interpretation concerning the recognition of status established abroad and addressing problems unre-

⁵ See the document of the PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *The Parentage/Surrogacy Project: an Updating Note*, February 2015, Annex II, p. i, at www.hcch.net.

⁶ See the study of the PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Study of Legal Parentage and the issues arising from International Surrogacy Arrangements*, March 2014, paras 194-197, at www.hcch.net.

⁷ TRIMMINGS, BEAUMONT, *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, 2013.

⁸ See the document of the DIRECTORATE-GENERAL FOR INTERNAL POLICIES, POLICY DEPARTMENT, CITIZENS' RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States. Study*, PE 474.403, 2013, pp. 193-194.

⁹ In the context of cross-border surrogacy contracts, enforcement issues may occur, e.g. alleged non-performance or defective performance of the contractual terms, such as non-payment of expenses/compensation to the surrogate mother or the surrogate mother deciding not to give back the child or not to abort in case of disease, in breach of contract. These aspects, which will not be analyzed here, have been described by STRUYCKEN, *Surrogacy, a New Way to Become a Mother? An Issue of Private International Law that May Affect Good Relations among States*, in *Le 90e anniversaire de B. Boutros-Ghalib: hommage du Curatorium à son Président*, Leiden, 2012, pp. 235-254, pp. 249-254.

¹⁰ On this issue see LAGARDE, *op. cit.*, pp. 516-520.

¹¹ STRUYCKEN, *op. cit.*, pp. 237-244.

solved as of yet, it is worth explaining the different types of surrogacy, given the implications that they could have on the issue at stake.

One such differentiation is between altruistic and commercial surrogacy, depending on the respective absence of compensation or payment of it (beyond medical costs) to the surrogate mother for carrying the child.

In States that do not admit surrogacy or that simply do not provide any specific rules about it, this differentiation could have a number of different impacts depending on public policy concerns. Specifically, commercial surrogacy arrangements are more likely to be deemed incompatible with public policy than altruistic surrogacy arrangements. This distinction is based on the higher risk of child commoditization and the exploitation of women in the commercial arrangements, although such exploitation can occur even in altruistic surrogacy arrangements, when hidden compensation is in fact paid.

The altruistic or commercial arrangement, then, can establish either a traditional or gestational surrogacy.

Traditional surrogacy uses the surrogate mother's egg, fertilized with the gamete of the intended father or a third donor. Thus, in case of traditional surrogacy, there could be a genetic link with one intended legal male parent; in other words, the genetic father also could be the legal father. On the other hand, if the male gamete comes from a third donor, there are no genetic ties with any of the intended legal parents. In gestational surrogacy, instead, the surrogate mother lends only her womb, while the embryo is created from the gametes of third party donors or the legally intended parents. In the latter type of gestational surrogacy, not only is the likelihood of the surrogate changing her mind and exercising custodial claims over the child reduced,¹² but also the gametes could come from the couple directly involved in the surrogacy agreement, creating a strong genetic link between the intended parents and the child. In short, while in traditional surrogacy there could be only one genetic linkage between the child and a male intended parent, in the case of gestational surrogacy there could be a genetic tie with both of the intended parents.

Thus, in all the possible types of surrogacy (altruistic or commercial, traditional or gestational), far from denying *a priori* a correlation between the intended parents and the child, a parental linkage could exist between them. This linkage should play an important role at the recognition stage where the State, asked to recognize civil status acquired abroad, does not admit any type of surrogacy or simply does not rule on it.

¹² LIN, *op. cit.*, p. 551.

3. As anticipated, notwithstanding domestic bans on surrogacy, recognition claims in these countries occur because of the growing practice of entering into surrogacy arrangements according to the law of countries where surrogacy is permitted.

In these cases, the main problems apparent in judicial practice are rooted in the frequent refusal of authorities in the receiving country to register surrogate children legally born abroad. This refusal is done on the basis of public policy, which prevents public authorities in such a State from recognizing foreign birth certificates certifying parental linkage between the child and the intended parent, even when such certificates are issued by the appropriate local authorities in the foreign country where the surrogacy took place.

It is commonly accepted that public policy is traditionally supposed to impede the entrance of foreign legal solutions into a given system when they intractably clash with the basic values of the forum. However, it is especially important to recall that forum values should in fact be considered to embody not solely domestic principles, but also the international values enshrined, for instance, in the European Convention on Human Rights (hereinafter: "ECHR") as well as in other human rights conventions.¹³

It is worth noting that, in surrogacy cases, the reference to human rights law can lead to either recognition or non-recognition of legal status established abroad depending on which main values are considered, even though the protection of human beings (children or women) remains the common concern.

On their part, States usually invoke two sets of values based on human rights law to prevent the recognition within their own country of parental linkages stemming from international surrogacy arrangements.

The first set of values concerns the prevention of child exploitation. This exploitation could occur particularly in commercial surrogacy, which could lend itself to the treatment of children as common commodities. In some arrangements, indeed, surrogacy permits one to have a child by simply making a payment. This has the potential to facilitate child trafficking,¹⁴ expressly addressed by the UN Protocol to Prevent,

¹³ On public policy see in general FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012. Specifically on the topic of public policy as a clause that enshrines international principles, see FORTEAU, *L'ordre public "transnational" ou "réellement international": l'ordre public international face à l'enchevêtrement croissant du droit international privé et du droit international public*, in *Journ. Dr. Int.*, 2011, pp. 3-49.

¹⁴ In this regard, the Permanent Bureau referred to the case of a wealthy Japanese man who fathered at least 16 children through cross-border surrogacy arrangements, probably for sexual aims. See PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *The Parentage/Surrogacy Project: an Updating Note* cit., Annex II, p. i.

Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children (Trafficking Protocol),¹⁵ entered into force on 25 December 2003. Moreover, child protection also involves the prevention of child abandonment, which conflicts with the right to have a family enshrined in Article 7 of the UN Convention on the Rights of the Child (UNCRC), entered into force on 2 September 1990.¹⁶ This risk is clearly demonstrated by the *Baby Gammy* case, in which the intended parents from Australia abandoned one surrogate twin with Down's Syndrome, born in December 2013 into a Thai surrogacy.¹⁷ In addition, surrogacy arrangements, much like adoption, raise concerns regarding the child's right to know his or her genetic and birth origins, protected both by international human rights law, as stated by the the UN Committee on the Rights of the Child's General Comment No 14 on Article 3 of the UNCRC,¹⁸ and by regional human rights law, specifically by Article 8 of the ECHR, as stated by the ECtHR, for instance, in *Godelli v. Italy*.¹⁹

The second set of values invoked by States that oppose surrogacy is crucial to the protection of women, since surrogacy compensation schemes could lead to women's exploitation. Money-based contracts that require a woman to bear a child,²⁰ indeed, put women at risk of falling into a kind of modern slavery. This concern is enshrined in the Model Law against Trafficking in Persons (Model Law), developed by the United Nations Office on Drugs and Crime to assist States with the

¹⁵ See the UN Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children (Trafficking Protocol), signed in New York on 15 November 2000 and entered into force on 25 December 2003. The text of the Trafficking Protocol can be found on the UN Treaties Collection website: <https://treaties.un.org/>.

¹⁶ The text of the UN Convention on the Rights of the Child is available at <https://treaties.un.org/>.

¹⁷ PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *The Parentage/Surrogacy Project: an Updating Note* cit., Annex II, p. i.

¹⁸ According to the UN Committee on the Rights of the Children, the "child's best interests implies that children have ...the opportunity to access information about their biological family". UN COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILDREN, *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, para. 1), p. 13, <http://www.ohchr.org/>.

¹⁹ In the *Godelli v. Italy*, case the applicant, who had been abandoned immediately after birth and then adopted, claimed that the Italian prohibition on allowing her access to information about her origins was inconsistent with Article 8 of the ECHR. The ECtHR, agreeing with the applicant on the existence of a non justifiable interference, specifically stated that "the right to an identity [...] includes the right to know one's parentage". ECtHR, judgment of 25 September 2012, *Godelli v. Italy*, appl. no. 33783/09. All ECtHR's judgments are available at <http://www.echr.coe.int/>.

²⁰ Concerns in this regard have been expressed by BOELE-WOELKI, (*Cross-Border Surrogate Motherhood: We Need to take Action Now!*), in PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *A commitment to Private International Law: Essays in Honour of H. van Loon*, Cambridge, 2013, pp. 47-58, 51.

implementation of the aforementioned Trafficking Protocol.²¹ The commentary related to Article 8 of this Model Law mentions “forced pregnancy” and the “use of women as surrogate mothers” as possible examples of “exploitation” that States may wish to consider when legislating to criminalise “trafficking”. But female exploitation is not the only concern. Other factors that may undermine women’s protection include concerns that, when consent is granted, it may not be fully free or informed,²² and that in any arrangement there are possible threats to the surrogate mother’s health.²³

Once the child is born, however, a third set of values is at stake, which includes the child’s right to have a citizenship, a family, and a name immediately after birth, as established in Article 7 of the aforementioned UNCRC. This set of values also comprises the protection of one’s identity, a right rooted in Article 8 of the ECHR²⁴ and necessary within the European Union to give full effect to the rights related to EU citizenship.²⁵ Such values are frustrated in relation to children born abroad through surrogacy. First of all, indeed, according to the laws of the State of birth, the child does not receive his or her family name from his or her surrogate mother, since the laws of the country where surrogacy took place usually establish a parental linkage only between the child and the intended parents, whose name is acquired by the child. But sometimes, according to the law of the State of which the intended parents are nationals, the child is not considered to be their child (thus creating a significant divergence between who legally is the child’s family according to the State of birth and the receiving State) and is not allowed to bear their family name. Then, as stated above, in these cases the identity legally established abroad is often not recognized in the receiving country, thus creating a “limping” situation. Moreover, in some cases, neither the foreign State of birth nor the receiving State grant the child citizenship,²⁶ placing him or her in an even more uncertain situation.

²¹ The full text of the UNODC Model Law against Trafficking in Persons is available at <http://www.unodc.org/>.

²² See the study of the PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Study of Legal Parentage and the issues arising from International Surrogacy Arrangements* cit., paras 194-197.

²³ *Ivi*, paras 198-200.

²⁴ According to the ECtHR, “respect for private life requires that everyone should be able to establish details of their identity as individual human beings, which includes the legal parent-child relationship”. See ECtHR, judgment of 26 June 2014, *Mennesson v. France*, appl. no. 65192/11, para 96.

²⁵ Some ideas to this effect can be inferred from LURGER, *Das österreichische IPR bei Leihmutterschaft im Ausland: das Kindeswohl zwischen Anerkennung, europäischen Grundrechten und inländischem Leihmutterschaftsverbot*, in *IPRax*, 2013, pp. 282-289.

²⁶ LIN, *op. cit.*, pp. 556-557.

4. In order to avoid problems that arise in surrogacy cases and depend mainly on differences in domestic legal discipline of surrogacy (or on the lack of such a domestic discipline),²⁷ a growing interest in international harmonization has emerged, as shown by the works of the Hague Conference on Private International Law,²⁸ especially in the study of March 2014²⁹ and in the note of February 2015,³⁰ both presented by the Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law. Within the European Union as well, the need for harmonization in this field has arisen, as shown in the aforementioned July 2013 study requested by the Parliament's Committee on Legal Affairs.³¹

These documents and studies give a profile of several problems deriving from surrogacy and affirm the need for harmonization. However, they do not provide specific feasible solutions for solving those problems, and do not offer any solutions specifically designed to protect the identity of children born abroad through surrogacy (the focus of this current study).

Such solutions, nevertheless, have been considered by legal scholars.

Notably, Struycken³² has investigated a potential solution along the lines of classical private international law, attempting to devise a possible conflict of laws rule. Specifically, he suggested (on the model set for commercial contracts)³³ identifying the predominant contractual performance in surrogacy, which would lead to the identification of the applicable law that governs the rights and obligations derived from surrogacy as well as the related birth registration.³⁴ But, in fact, surrogacy is something different from a standard commercial arrangement; Struycken himself observed its peculiarity.³⁵

²⁷ TRIMMINGS, BEAUMONT, *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, 2013.

²⁸ The works of the Hague Conference on Private International Law regarding the issue of surrogacy were first suggested at an informal meeting in 2001 and formally initiated in 2010. To date, the works are still ongoing.

²⁹ Cited above, fn 6.

³⁰ Cited above, fn 5.

³¹ Cited above, fn 8, pp. 193-194.

³² STRUYCKEN, *op. cit.*, pp. 249-251.

³³ STRUYCKEN, *op. cit.*, p. 249.

³⁴ For Struycken, the performance of the surrogate mother would be the central feature of the contract. Thus, surrogacy (and the child's birth) should be governed by the laws of the country in which the surrogate mother habitually resides. Such interpretation, however, is somewhat controversial, since it qualifies surrogacy as a contract and is inspired by commercial law.

³⁵ STRUYCKEN, *op. cit.*, pp. 249-251. Indeed, surrogacy agreements entail not only rights and obligations for the contracting parties, but also the rights and needs of an entirely new living person through one of the contracting parties, who consents to the contractual use of her own body. Given these particularities, following the model of a commercial contract does not seem like the best solution. One may wonder whether party autonomy (which has already replaced nationality and habitual residence in family law, see

This proposal, then, is not likely to solve problems arising at the recognition stage.

The challenge of finding a solution through the harmonization of conflict of laws rules has been affirmed by some other legal scholars as well. Trimmings and Beaumont posit that a convention on surrogacy, rather than a synthesis of traditional rules on jurisdiction and applicable law, should establish a framework for international co-operation. Such a convention would provide substantive safeguards as well as procedures for courts, administrative authorities and private intermediaries.³⁶ Only a truly cooperative framework would reduce unrecognized surrogacy arrangements and combat trafficking in women and children.³⁷

According to these scholars, such a co-operative convention could be modeled after the Hague Convention on Protection of Children and Cooperation in Respect of Intercountry Adoption (Hague Adoption Convention).³⁸ The use of this Convention to inform possible surrogacy co-operation, however, has been criticized by those who highlight some of the Convention's controversial aspects, which appear to be so burdensome as to effectively shut down international adoption and insufficiently guard against abuses.³⁹ The Hague Adoption Convention, moreover, would not work as a model in the case of illegal surrogacy. Indeed, in the case of illegal adoption the Convention provides as a remedial measure the return of the child to his or her original accustomed environment (an

GAUDEMET-TALLON, *Individualisme et mondialisation: aspects de droit international privé de la famille*, in *A commitment to Private International Law: Essays in Honour of Hans van Loon* cit., pp. 181-194, pp. 182-184) could play a role in identifying the law governing surrogacy agreements and related birth registrations. This solution, however, appears questionable, since, as Struycken has noted, "choosing the law of a country that has no regime at all or has a very liberal regime is suspected". See STRUYCKEN, *op. cit.*, p. 251. Moreover, even if the parties would choose the law of a country that provides guarantees for the surrogate mother (for instance, facilitating free and informed consent), party autonomy still allows adult parties to devise the legal status of a child as if the child were a commodity rather than an active party of the contract, without the guaranteed child protections that occur in international adoption.

³⁶ TRIMMINGS, BEAUMONT, *International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level*, in *Journ. Private Int. Law*, 2001, pp. 627-647, p. 635. On the need for a convention on surrogacy see also ENGEL, *Cross-Border Surrogacy: Time for a Convention?*, in BOELE-WOELKI, DETHLOFF, GEPHART (eds.), *Family Law and Culture in Europe*, Cambridge, 2014, pp. 199-216; BOELE-WOELKI, *(Cross-Border) Surrogate Motherhood: We Need to take Action Now!* cit.

³⁷ TRIMMINGS, BEAUMONT, *International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level* cit., p. 636.

³⁸ *Ibidem*. On this topic see also BAKER, *A Possible Future Instrument on International Surrogacy Arrangements: are There "Lessons" to be learnt from the 1992 Hague Intercountry Adoption Convention?*, in TRIMMINGS, BEAUMONT, *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level* cit., pp. 411-426.

³⁹ LIN, *op. cit.*, p. 567.

orphanage, a foster care or a family), but in the case of illegal surrogacy there is neither an original environment to which the child may be returned nor a viable way to remove the child from the intended family and place him or her in another environment.⁴⁰

Even setting aside this criticism, the main challenge to such a minimum standard convention lies in the lack of consensus among States, a problem that is not near resolution at this point.

In the absence of uniform conflict of laws rules, one could suggest *la méthode de la reconnaissance des situations* as a possible response to the need for protecting identity. According to this method, a situation created abroad through the intervention of a public authority is entitled to produce effects also outside the country of origin, even in the absence of a judgment.⁴¹ While some legal scholars feel this method has already been followed in some international conventions and by the ECtHR in *Wagner and J.M.W.L. v. Luxemburg*⁴² and in *Negrepontis-Giannisis v. Greece*⁴³ as well as by the European Court of Justice (hereinafter: "ECJ") mainly in *Garcia Avello*⁴⁴ and *Grunkin-Paul*,⁴⁵ this method remains controversial among legal scholars.⁴⁶ Furthermore, a reading of these judgments clearly shows that the Courts do not prevent "contracting States from resorting to any particular technique for recognition of situations established abroad".⁴⁷

⁴⁰ *Ivi*, p. 568.

⁴¹ On this topic see, in general and also for further references: LAGARDE, *La reconnaissance mode d'emploi*, in ANCEL (éd.), *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Liber amicorum H. Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, pp. 481-501; GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, pp. 182-194; BUCHER, *La dimension sociale du droit international privé*, Leiden, 2011, p. 156 and p. 506; MAYER, *Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé*, in JOBARD-BACHELLIER (éd.), *Le droit international privé: esprit et méthodes: Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Paris, 2005, pp. 547-573.

⁴² ECtHR, judgment of 28 June 2007, appl. no. 76240/01, *Wagner and J.M.W.L. v. Luxemburg*.

⁴³ ECtHR, judgment of 5 December 2013, appl. no. 56759/08, *Negrepontis-Giannisis v. Greece*.

⁴⁴ ECJ, 2 October 2003, Case C-148/02, *Carlos Garcia Avello v. Belgian State*, this *Rivista*, 2003, p. 1088 ff.

⁴⁵ ECJ, 14 October 2008, Case C-353/06, *Stefan Grunkin and Dorothee Regina Paul*, this *Rivista*, 2009, p. 221 ff.

⁴⁶ JAYME, KOHLER, *Europaisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?*, in *IPRax*, 2001, pp. 501-514; CAMPIGLIO, *Corsi e ricorsi nel diritto internazionale privato: dagli statuti ai giorni nostri*, this *Rivista*, 2013, pp. 593-617.

⁴⁷ With regard to the ECtHR's judgments see FRANZINA, *Some remarks on the relevance of Article 8 of the ECHR to the recognition of family status judicially created abroad*, in *Dir. umani dir. int.*, 2011, pp. 609-616, p. 613. See also KINSCH, *L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in LAGARDE (ed.), *La reconnaissance des situations en droit international privé: actes du colloque internationale de la Haye du 18 janvier 2013*, Paris, 2013, pp. 43-55; ID., *Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad. Private International Law Rules and European Human Rights Law*,

Even though the ECtHR and the ECJ have not referred to the “recognition method”, they both have addressed the need for protecting the identity established abroad has been addressed by them in the judgments highlighted above on the basis, respectively, of Article 8 of the ECHR and of Articles 12, 17 and 18 of the TCE (now Articles 18, 20 and 21 of the TFUE). The ECtHR has used Article 8 of the ECHR, in particular, as a legal basis in relation to the need for the continuity of identity in surrogacy cases.⁴⁸

5. The ECtHR addressed the issue of recognition of legal civil status established abroad in surrogacy cases starting from *Mennesson v. France* and *Labassee v. France*, both decided on 26 June 2014.⁴⁹

In these cases, two heterosexual couples of French nationality who could not bear a child themselves due to Mrs. Mennesson's and Mrs. Labassee's infertility, went to the United States, respectively to California and Minnesota, to sign surrogacy arrangements. According to such arrangements, embryos created using the couples' male gametes had been implanted into the wombs of two women (the surrogate mothers). As a result, the Mennesson twins and the Labassee child were born. According to California and Minnesota law and as stated by a judgment of the California Supreme Court and of a Minnesota State Tribunal, these children were to be considered children of the intended parents. On the basis of such judgments, the birth certificates were drawn up. After birth, based on U.S. documents, both the Mennesson twins and the Labassee child together with their intended parents entered into France, where the registration of the foreign birth certificates within the French civil status registers was challenged.⁵⁰ After long judicial disputes, in both cases the

in BOELE-WOELKI, EINHORN, GIRSBERGER, SYMEONIDES (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law. Liber Amicorum K. Sierbr*, The Hague, 2010, pp. 232-275.

⁴⁸ The ECJ, in fact, has addressed the issue of surrogacy only with regard to the refusal of granting – to an intended mother – the maternity leave. See ECJ, 18 March 2014, Case C-363/12, Z.; 18 March 2014, Case C-167/12, *C.D. v. S.T.*

⁴⁹ ECtHR, *Mennesson v. France* cit.; 26 June 2014, appl. no. 65941/11, *Labassee v. France*. For recent remarks on the ECtHR's jurisprudence, see CAMPIGLIO, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero, la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, pp. 1132-1139; TONOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. umani dir. int.*, 2015, pp. 202-209. For recent developments in French jurisprudence see French Cour de cassation, 3 July 2015 no. 613 and no. 620, at www.courdecassation.fr.

⁵⁰ The French public authorities based the refusal on civil and criminal provisions. With regard to the former, they recalled Article 16-7 of the French Civil Code, which establishes that all surrogacy arrangements are void and which is expressly considered as a public policy provision by Article 16-9 of the French Civil Code. With regard to the crimi-

French Court of Cassation stated that the refusal to register the particulars of a birth certificate drawn up in execution of a foreign court decision was justified on public policy grounds. The couples therefore applied to the ECtHR complaining that the non-recognition in France of the legal parent-child relationship lawfully established abroad was not consistent with the right to respect for their family and private life guaranteed by Article 8 of the ECHR.

The Court, first of all, recalled that the existence of a family life occurs also in the presence of *de facto* relations.⁵¹ In line with its previous statements in *Wagner and J.M.W.L. v. Luxemburg*⁵² and *Negrepontis-Giannisis v. Greece*,⁵³ then, it affirmed that the refusal to recognize civil status established abroad ultimately interfered with the rights guaranteed by Article 8 of the ECHR. Such an interference, however, met two of the three justifications required by the ECHR to be legitimate: it was established by law⁵⁴ and designed at achieving a legitimate aim. With regard to the latter justification, in particular, the ECtHR recalled that “le droit français reflète ainsi des principes d’éthique et de morale qui s’opposent à ce que le corps humain devienne l’objet de transactions et que l’enfant soit réduit à être l’objet d’un contrat”.⁵⁵ The ECtHR acknowledged the validity of this interference, since it pursued the protection of children and surrogate mothers, two of the legitimate aims listed in the second paragraph of Article 8 of the ECHR (the protection of health and the protection of the rights and freedoms of the others).⁵⁶ In relation to the third justification, namely the question of whether or not such a measure was also necessary in a democratic society, the ECtHR highlighted the need to strike a fair balance between society and individual interests. For that purpose, the ECtHR evaluated “si un juste équilibre a[vait] été ménagé entre les intérêts de l’État et ceux des individus directement touchés par cette solution”,⁵⁷ taking into account “[le] principe essentiel selon lequel, chaque fois que la situation d’un enfant est en cause, l’intérêt supérieur de celui-ci doit primer”.⁵⁸ In this regard, the ECtHR ruled that the right to respect for family life had been ensured because the French public authorities did not prevent the children from living in France. But, according to the ECtHR, there had been a violation of the

nal matters, they recalled Articles 227-12 and 227-13 of the French Criminal Code, that forbids surrogacy and punishes it with imprisonment and a fine.

⁵¹ ECtHR, *Mennesson v. France* cit., para 45.

⁵² Cited above, fn 42.

⁵³ Cited above, fn 43.

⁵⁴ See above, fn 50.

⁵⁵ ECtHR, *Mennesson v. France* cit., para 60.

⁵⁶ ECtHR, *Mennesson v. France* cit., para 62; ECtHR, *Labassee v. France* cit., para 54.

⁵⁷ ECtHR, *Mennesson v. France* cit., para 81.

⁵⁸ *Ibidem*. See also, ECtHR, *Labassee v. France* cit., para 60.

right to respect for private life. Indeed, such a right requires that everyone is able to establish one's own identity, which implicates parent-child relationships. In this respect, the children's positions of legal uncertainty would have affected their own identity. Specifically, according to the ECtHR, "la France, sans ignorer qu'elles ont été identifiées ailleurs comme étant les enfants des premiers requérants, leur nie néanmoins cette qualité dans son ordre juridique".⁵⁹ Thus, it has considered that "pareille contradiction porte atteinte à leur identité au sein de la société française".⁶⁰ Moreover, the lack of such a linkage in France additionally would have limited the possibility to acquire French nationality, and would have affected the children's succession rights.

In the aforementioned judgments, therefore, the ECtHR granted continuity through a fair balance of the interests at stake, without requiring contracting States to directly recognize the situation established abroad utilizing a specific technique like the "recognition method", in line with its previous rulings in *Wagner and J.M.W.L. v. Luxemburg* and *Negrepon-tis-Giannis v. Greece*.⁶¹ The ECtHR in particular did not consider public policy inconsistent per se with Article 8 of the ECtHR. Since public policy must be not only based on national values, but also interpreted in line with human rights law, it could lead to different solutions on a case by case basis. On one hand, public policy could prevent receiving States from accepting foreign decisions in cases where children's or women's exploitation occurs.⁶² On the other hand, it could lead (as in the aforementioned cases) to the acceptance of status not normally admitted in the receiving country.

In the latter situation, however, it is still unresolved whether compliance with Article 8 of the ECHR requires the actual registration of the foreign civil document or whether it is sufficient to permit the parties to adopt the child for establishing a legal parentage with the genetic and non-genetic intended parent.

This question partly has been addressed by a recent judgment of the German Federal Court (Bundesgerichtshof) of 10 December 2014.⁶³ The case concerned two men who had concluded a surrogacy agreement with a Californian unwed woman, who hosted an embryo created through one male partner gamete and an unknown third donor female gamete. As a result of this agreement, the surrogate mother gave birth to a child, who

⁵⁹ ECtHR, *Mennesson v. France* cit., para 96.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ See above, fn 47.

⁶² This possibility has been displayed also in relation to the *Wagner and J.M.W.L. v. Luxemburg* case. See KINSCH, *Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad. Private International Law Rules and European Human Rights Law* cit., p. 265.

⁶³ BGH, 10 December 2014, XII ZB 463/13. The full text of the judgment is available at <http://www.juris.de/jportal/index.jsp>.

before birth had been affirmed by a California Superior Court as the child of the two men. The German registrar's office, however, refused to certify the birth abroad, since in Germany surrogacy is prohibited.⁶⁴ Following such refusal a judicial proceeding started, which ended with an innovative ruling by the German Federal Court.

This ruling stated that the California paternity decision needed to be recognized in Germany when at least one of the parents was genetically related to the child.⁶⁵ Furthermore, in relation to the non-genetic intended father, the Court affirmed that the adoption process would not be better suited than registration to establish a legal relationship between the non-genetic intended father and the child. According to the Court, indeed, adoption would entail the risk that the intended parents might change their mind following the birth of the child and shirk their responsibilities. The German Federal Court thus gave its own response to the need to prevent child abandonment in case of surrogacy, declaring registration rather than adoption the best solution.⁶⁶

6. The aforementioned cases dealt with the issue of surrogacy only in relation to instances where there were genetic ties between the child and at least one of the intended parents. The judgment of the German Federal Court expressly reserved for later determination cases in which no genetic tie exists between either of the intended parents and the child.

In contrast, the problem of continuity in cases where such ties are lacking has not been fully considered yet. This issue, in fact, has been only partly addressed in two rulings of the ECtHR.

In *D. and Others v. Belgium*,⁶⁷ the ECtHR dealt with a case regarding

⁶⁴ According to §1(1)(7) of the Embryo Protection Act 1980, anyone who attempts to carry out an artificial fertilisation of a woman who is prepared to give up her child permanently after birth (surrogate mother) or to transfer a human embryo into her will be punished with imprisonment or a fine. Moreover, §13(b) of the Procurement Adoption Act prohibits the procurement of bringing together the party who is willing to adopt a child born by a surrogate or is in some other way ready to take permanently care of it with a woman who is willing to serve as a surrogate mother. Such a procurement is punished with imprisonment or a fine. Also publicity of surrogacy is prohibited with an imprisonment or a fine, according to §13(d) of the aforementioned Procurement Adoption Act.

⁶⁵ For some remarks see HENRICH, *Leihmütterkinder: Wessen Kinder?*, in *IPRax*, n. 3, 2015, pp. 229-233.

⁶⁶ According to the German Federal Court, "die Adoption... gegenüber einer so gleich bei Geburt erfolgten Zuordnung kraft Abstammung zusätzliche Gefahren für das Kind birgt. Denn es stünde auch noch nach der Geburt des Kindes im Belieben der Wunschertern, ob sie das Kind als eigenes annehmen oder – etwa wegen einer Behinderung des Kindes – von ihrem Kinderwunsch Abstand nehmen... Die Wunschertern wären hingegen aus der Verantwortung entlassen, obwohl sie die Initiatoren der medizinisch assistierten Zeugung waren und das Kind ihrer Entscheidung seine Existenz zu verdanken hat". See BGH, Beschluss cit., paras 59-60.

⁶⁷ ECtHR, decision of 8 July 2014, *D. and Others v. Belgium*, appl. no. 29176/13.

a surrogacy arrangement signed between a heterosexual Belgian couple and an Ukrainian woman that led to the birth of a child. After initially facing refusal of recognition in the early stages of the process, based upon lack of evidence regarding the linkage between the child and the intended parents, the child had been provided by the Belgian authorities with the appropriate documents. This documentation ultimately allowed the child to enter Belgium and live there with the intended parents.⁶⁸ Thus, even though the child had been separated for three months and twelve days, the Court considered the procedure to be not unreasonably long for the recognition of the family relationship. This duration was also deemed reasonable in light of the fact that they had not submitted sufficient evidence at first instance to demonstrate their genetic ties with the child. This statement merely seems to affirm that the genetic tie facilitates continuity in legal status established abroad.

Subsequently, the lack of genetic ties was at the very core of the *Paradiso and Campanelli v. Italy* case.⁶⁹

The case involved a heterosexual Italian couple who entered into a surrogacy arrangement based in Russia. The embryo had been created with female and male gametes from third party donors. After the child's birth within Russia on 27 February 2011, the Italian intended parents succeeded in gaining entrance into Italy for their child; but later, the Italian public authorities found out that the child was born abroad through surrogacy, which is forbidden according to Italian law.⁷⁰

Since the child, who did not bear Russian nationality, was within the Italian territory without genetic parents (there were no genetic ties with

⁶⁸ Belgian law has not ruled on surrogacy; Belgian public authorities based their refusal on the fact that the intended mother did not prove her link with the child. Moreover, the father had not at first sufficiently provided information on the procreative method or the surrogacy contract. The latter information had been provided only before the Brussels Court of Appeal. See ECtHR, *D. and Others v. Belgium* cit., para 12 and para 16.

⁶⁹ ECtHR, 27 January 2015, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, appl. no. 25358/12.

⁷⁰ In Italy, apart from the special rules on child adoption, the "mother" is to be considered the person that gives birth to a child. This assumption can be clearly derived by Article 269.3 of the Italian civil code. With regard to surrogacy, moreover, the Italian legislature has adopted in 2004 a specific Act (Act n. 40/2004) in order to prohibit both heterologous artificial procreation and surrogacy within Italian jurisdiction. While the former ban was overturned in 2014 by the Italian Constitutional Court, the latter is still valid. Therefore, to date, according to Article 12.6 of Act n. 40/2004, anyone who realizes, organizes or advertises surrogacy can be punished with imprisonment and a fine. On the Italian judicial practice regarding the recognition of civil status established abroad in surrogacy cases, see CAMPIGLIO, *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità*, in this *Review*, 2009, pp., 589-604; TONOLO, *La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore*, *ivi*, 2014, pp. 81-104; BAREL, *La filiazione nel diritto internazionale privato dopo la riforma del 2012-2013*, in MOROZZO DELLA ROCCA (ed.), *La nuova disciplina della filiazione*, s.l., 2014, pp. 261-287, p. 282-287.

the intended parents and the donors were unknown), the Italian public authorities applied Italian law, declaring that the child was abandoned and adoptable, and placed him meanwhile in foster care without any identity. There the child lived for more than one year, after which he was placed within a host family awaiting adoption, but still he lacked an identity. Only on 3 April 2013 was the child assigned an identity, which permitted him to enroll in school and in the healthcare system.

In the meantime, the intended parents issued an appeal before the ECtHR (specifically on 27 April 2012) for a number of reasons. In particular, they complained that the refusal by the Italian public authorities to register the foreign birth certificate (which bore the *apostille*)⁷¹ within the Italian civil status register was not consistent with Article 8 of the ECHR. This grievance, however, was rejected since the applicants had not exhausted domestic remedies.

The ECtHR, moreover, did not censure the applicability of the Italian law for determining the legal status of the child. Rather, the ECtHR recalled that “la Convention de la Haye a pour but de préserver le droit des États signataires d’appliquer leurs propres règles en matière de conflits de lois lorsqu’ils doivent décider du poids à attribuer au contenu du document apostillé”. In Italy, the parental relationship is determined on the basis of nationality at the moment of birth. Considering that the gametes’ donors were unknown, the nationality was not settled. However, “[d]ans cette situation, la Cour [a] estim[é] que l’application du droit italien par les juridictions nationales ayant abouti au constat que l’enfant était en état d’abandon ne saurait passer comme étant arbitraire”.⁷²

Nevertheless, the Court affirmed that non-recognition of the foreign document, based on the fact that there were no genetic ties between the intended parents and the child, had led to unfair removal measures. Even though it had been non-recognition that triggered the removal measure, the ECtHR only condemned the removal measure itself. Far

⁷¹ As is well known, the *apostille* is a certification established by the Hague Convention of 5 October 1961 Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents. The need to simplify formalities related to foreign public documents is an issue of current interest also within the EU, as shown by the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on promoting the free movement of citizens and businesses by simplifying the acceptance of certain public documents in the European Union and amending Regulation (EU) No 1024/2012, Brussels, 24 April 2013, COM(2013) 228 final, on which see LAGARDE, *The Movement of Civil Status Records in Europe, and the European Commission’s Proposal of 24 April 2013*, in *Yearb. Private Int. Law*, XV, 2013/2014, pp. 1-12; MARINO, *Cooperazione amministrativa e circolazione delle persone: verso il riconoscimento automatico degli atti di stato civile?*, in *Riv. dir. int.*, 2013, pp. 964-970, p. 969.

⁷² ECtHR, *Paradiso and Campanelli v. Italy* cit., para 72.

from mentioning the recognition mechanism, in line with its previous jurisprudence the ECtHR ruled in favour of the applicant on the basis of a fair balance between the values at stake, taking into account the child's best interests, which had been neglected because of the removal measures. Such measures should only be taken in extreme circumstances, and even then only when the best interests of the child are served by those measures. Furthermore, as stated by the Court, this duty "incombe à l'État indépendamment de la nature du lien parental, génétique ou autre".⁷³

From this last point we can thus infer that in cross-border surrogacy cases the balance between the interests of the State and the interests of the child are to be equally considered in the presence or absence of genetic ties between the child and the intended parents. Not protecting the child's interests to the maximum extent in the absence of genetic linkage, besides infringing Article 8 of the ECHR, could also turn out to be a violation of Article 14 of the ECHR, which enshrines the principle of equality, as it would favor children with a genetic link over those without one.

Beyond these considerations, however, whether or not the ECtHR will grant continuity in surrogacy cases in the absence of genetic ties between the child and the intended parents is still an open question.

To date, this issue has been clearly addressed by another recent Italian Supreme Court judgement published on 11 November 2014.⁷⁴ The case concerned a child born into a Ukrainian surrogacy arrangement who entered Italy with the Italian intended parents. After the Italian public authorities discovered the reproductive method utilized by the Italian couple, the child was declared adoptable by a decree of the Brescia Juvenile Court, upheld by the Brescia Court of Appeal and by the Italian Supreme Court. The latter, in particular, recalled the ECtHR's rulings in *Mennesson v. France* and in *Labassee v. France* in order to exclude any applicability of Article 8 of the ECHR in this case. Specifically, the Italian Supreme Court stressed the fact that, while in ECtHR's cases there were genetic ties between the intended parents and the child, such a tie was lacking with regard to the child born into the Ukrainian surrogacy.

7. The protection of the identity of children born abroad through surrogacy is part of larger issues concerning the continuity of persons' legal status across borders more generally.

In surrogacy cases, however, such an issue presents particularities. In-

⁷³ *Ivi*, para 80.

⁷⁴ Italian Supreme Court, 11 November 2014 No 24001, this *Rivista*, 2015, p. 427 ff.

deed, while usually continuity is claimed against the State's values and traditions, in cross-border surrogacy cases both collective and individual interests are oriented toward the protection of children. Specifically, on one hand, there is the State interest in protecting these children from being trafficked. On the other hand, there is the need to guarantee children's identity across borders, in order to protect their individual interests in bearing a unique identity.

In such a complex situation and in the lack of international harmonization of conflict of laws rules, the ECtHR has had particularly important dealings with this issue.

After recalling the applicability of domestic conflict of laws rules in order to establish the parental linkage and the consistency of public policy with Article 8 of the ECHR (waiving the requirement for States to use the "recognition method"), the ECtHR has stressed the need to strike a fair balance between the aforementioned values taking into consideration the child's best interests.

While, in light of the latter consideration, the ECtHR likely would affirm that non-recognition of the status created abroad would be justified if surrogacy is the result of human trafficking, it has granted continuity in the legal parentage between these children and their genetically-related intended parents in the cases before it.

In such cases, however, two questions are still open.

The first one is whether, for consistency with human rights, it could be sufficient for the receiving State to permit the intended parents to adopt the child. With regard to this matter, it will be interesting to see if the ECtHR will follow the approach of the German Federal Court in future cases.

The second and main concern, then, regards cases in which there are not genetic ties between the child and the intended parents. While in such a case the child's best interests has led the ECtHR to declare the removal measures inconsistent with Article 8 of the ECHR, the ECtHR could not address the question of whether non-recognition of the civil legal status established abroad infringed on the rights enshrined in this provision, since the parties did not exhaust domestic remedies. From that judgement, however, on the basis of the child's best interests we can assume that no differentiation can be drawn in relation to the presence or lack of genetic ties. Such a conclusion can be inferred also on the basis of the principle of equality.

Even if we can assume that no differentiation can be made based on genetic ties or the lack thereof, however, international surrogacy cases are still relatively untested, and far from settled with true finality. To date, thus, the destiny of such children is still at stake and remains a great concern.

ABSTRACT: *This article analyses problems occurring in cross-border surrogacy, with a particular focus on problems associated with the recognition of the civil status of children legally born abroad through this procreative technique. The legal parentage between the child and his or her intended parents is indeed usually not recognized in States that do not permit surrogacy because of public policy considerations. This issue has been recently addressed by the European Court of Human Rights on the basis of Article 8 of the ECHR and in light of the child's best interests. Following these judgments, however, some questions are still open.*

IL RICONOSCIMENTO DEGLI EFFETTI DELLA KAFALAH: UNA QUESTIONE NON ANCORA RISOLTA*

di CINZIA PERARO

DOTTORANDA DI RICERCA NELL'UNIVERSITÀ DI VERONA

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. – 2. Il riconoscimento della *kafalah* ai fini del ricongiungimento familiare. – 3. *Segue*: ai fini dell'adozione. – 4. La convenzione dell'Aja del 1996 e la legge di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione. – 5. *Segue*: le norme di adeguamento. – 6. Considerazioni finali.

1. La *kafalah*, istituto islamico di protezione e assistenza dell'infanzia abbandonata¹ sconosciuto nel nostro ordinamento, continua a interessare dottrina e giurisprudenza per quanto riguarda i suoi effetti. L'esigenza di una sua qualificazione si è posta in relazione sia alle richieste di ricongiungimento familiare in Italia, basate sull'equiparabilità della *kafalah* a un legame di parentela tale da giustificare il loro accoglimento, sia alle domande di adozione del minore straniero, sul presupposto che essa sia assimilabile all'affidamento preadottivo oppure possa legittimare un'adozione in casi particolari, sia, più in generale, al suo riconoscimento quale strumento di tutela dei minori.

La sentenza del Tribunale per i minorenni di Brescia del 23 dicembre 2013 n. 226,² che ha fornito lo spunto per queste riflessioni, si sofferma

* L'articolo è stato sottoposto a *peer review* tramite referaggio esterno.

¹ La *kafalah* (o *kafala*) è, secondo il diritto islamico, l'unico mezzo utilizzabile a favore dei minori bisognosi di protezione nei Paesi mussulmani, essendo vietata l'adozione e, più in generale, l'instaurazione di rapporti di filiazione legittima: cfr. TUO, *Riconoscimento degli effetti delle adozioni straniere e rispetto delle diversità culturali*, in questa *Rivista*, 2014, p. 57. Sulle origini divine del divieto di adozione, v. GELLI, *Il ricongiungimento del minore in kafalah al cittadino italiano: la svolta delle sezioni unite*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 127 ss.; LONG, *Minore straniero affidato con kafalah a cittadino italiano: le Sezioni Unite riconoscono con alcuni limiti, il diritto al ricongiungimento*, in *Minorigiustizia*, 2014, n. 1, p. 203; EAD., *Il ricongiungimento familiare con un bambino affidato in kafalah*, *ibidem*, 2012, n. 2, p. 267 ss.; EAD., *Ordinamenti giuridici occidentali, kafala e divieto di adozione: un'occasione per riflettere sull'adozione legittimante*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, p. 177 s.; RACHELI, *Le sezioni unite dettano le condizioni affinché la kafalah di diritto islamico sia presupposto per il ricongiungimento familiare*, *ibidem*, 2014, I, p. 272 s.; SPOLETINI, *Possibilità di ricongiungimento familiare anche per gli affidatari in kafalah*, in *Giur. it.*, 2014, p. 543 ss.; CLERICI, *La compatibilità del diritto di famiglia mussulmano con l'ordine pubblico internazionale*, in *Fam. dir.*, 2009, p. 207 ss.; CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in questa *Rivista*, 2008, pp. 46 e 70 ss. Si veda anche Practical Handbook on the operation of the 1996 Hague Child Protection Convention, 2014, p. 30: «since it is an arrangement which does not constitute an adoption it is not within the scope of the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention, however it constitutes a measure of protection as regarded in 1996 Convention».

² In questo fascicolo della *Rivista*, p. 573 ss.

in particolare sulla questione del riconoscimento della *kafalah* ai fini dell'adozione e conclude respingendo la richiesta presentata ai sensi dell'art. 44 par. 1 lett. *d* della legge 4 maggio 1983 n. 184³ relativo all'adozione in casi particolari. I ricorrenti erano cittadini italiani nati in Marocco, coniugati, che lavoravano regolarmente in Italia. Il minore di cui avevano chiesto l'adozione, con ricorso depositato nel 2010, era stato loro affidato dal Tribunale di prima istanza di Fquih Ben Salah (Marocco) nel 2006. I coniugi avevano ottenuto il ricongiungimento del bambino, confermato dalla Corte di Appello di Brescia nel 2009, adita a seguito dell'opposizione del Ministero degli esteri. Al momento dell'instaurazione del giudizio di adozione, il bambino si trovava in Italia, viveva con i ricorrenti e frequentava la scuola del luogo. A supporto della loro richiesta, gli adottanti avevano prodotto l'assenso dei genitori del minore, nonostante si trattasse di una richiesta di adozione non legittimante.

La fattispecie rileva non solo per la qualificazione della *kafalah*, ma anche sotto il profilo dell'integrazione nel nostro ordinamento dei cittadini provenienti da Paesi terzi.⁴ I soggetti richiedenti l'adozione erano infatti cittadini italiani di origine marocchina, provenienti dunque da un Paese dove, così come in tutti i Paesi islamici, vige il divieto di creazione di un rapporto di filiazione legittima. La richiesta di riconoscimento della *kafalah* come provvedimento adottivo potrebbe perciò trovare ragione nella volontà di attribuire al minore affidato mediante *kafalah* uno status riconosciuto nell'ordinamento interno italiano, al fine di una sua sempre maggior integrazione nel Paese di accoglienza, anche quando ciò significhi l'abbandono di valori tradizionali dello Stato di provenienza.

In via preliminare si rileva che in punto di giurisdizione il Tribunale per i minorenni di Brescia afferma la propria competenza in base sia all'art. 9 della legge 31 maggio 1995 n. 218⁵ in materia di volontaria giurisdizione, che si applica anche qualora il provvedimento richiesto riguardi una persona residente in Italia, sia all'art. 40 par. 1 lett. *a* della medesima legge. Il riferimento a quest'ultima norma non pare tuttavia corretto dal momento che sono gli stessi giudici minorili nella loro decisione ad esclu-

³ In *Gazz. Uff.*, n. 133 del 17 maggio 1983, suppl. ord., come modificata dalla legge n. 476 del 31 dicembre 1998 di ratifica ed esecuzione della convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993, *ibidem*, n. 8 del 12 gennaio 1999, nonché, successivamente, dalla legge n. 149 del 28 marzo 2001, *ibidem*, n. 96 del 26 aprile 2001, che ha sostituito il titolo, divenuto «Diritto del minore ad una famiglia».

⁴ In generale, sull'integrazione e il rispetto delle identità culturali, v. CAMPIGLIO, *Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato*, in questa *Rivista*, 2011, p. 1029 ss.; nonché, su un aspetto specifico, BARUFFI, *Cittadinanza e diversità culturali, con particolare riferimento alla poligamia*, in CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, 2014, p. 195 ss.

⁵ «Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato», in questa *Rivista*, 1995, p. 511 ss.

dere la riconducibilità della *kafalah* all'adozione, facendo così proprio l'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione che, a sezioni unite, nella sentenza 16 settembre 2013 n. 21108, relativamente ad un caso di ricongiungimento familiare, ha equiparato la *kafalah* all'affidamento.⁶ Inoltre, con riguardo all'efficacia del provvedimento in esame, i giudici di Brescia hanno ritenuto applicabile l'art. 66 della legge n. 218/1995 in materia di volontaria giurisdizione, senza però fornire alcuna indicazione sugli effetti che andrebbero riconosciuti in concreto e, di conseguenza, circa lo *status* di cui godrebbe il minore in Italia.

Nell'ipotesi in cui venga richiesto il riconoscimento del rapporto di *kafala*, sorto sulla base di un atto giudiziale straniero, al fine di far valere tale vincolo all'interno del nostro ordinamento vengono in considerazione le norme del sistema italiano di diritto internazionale privato. In base ad esse, per dare una veste giuridica all'istituto straniero sconosciuto occorre procedere con un'operazione di qualificazione,⁷ che resta sempre soggetta alla legge del foro, ma va operata tenendo presente il modo di essere e le caratteristiche del rapporto stesso in base alla legislazione straniera.

Il riconoscimento degli effetti della *kafalah* richiede dunque una qualificazione dell'istituto in esame, che si traduce in un'operazione di trasposizione di questo in una categoria di diritto interno. Rimane aperto il problema della natura del rapporto familiare che si crea tra il minore affidato mediante *kafalah* (*makful*), riconosciuta in Italia, con gli affidatari (*kafil*), vale a dire dell'individuazione degli effetti che possono prodursi nell'ordinamento italiano, sulla base degli istituti di diritto interno, e che incidono sullo *status* del minore e degli affidatari stessi.

In questo quadro si inserisce la convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996,⁸ che comprende nel proprio ambito di applicazione, tra le misure di

⁶ In questa *Rivista*, 2014, p. 144 ss., spec. p. 149, che fa seguito all'ord. interlocutoria 24 gennaio 2012 n. 996, *ibidem*, 2013, p. 129 ss., con cui è stata rimessa la questione al primo presidente della Cassazione al fine di assegnare la decisione del ricorso alle Sezioni Unite.

⁷ Tale operazione si scompone in due fasi: una prima preliminare, da operarsi secondo la legge straniera (*lex causae*), al fine di stabilirne le connotazioni giuridiche in base a quell'ordinamento; ed una successiva di incasellamento del rapporto giuridico entro una particolare categoria astratta da operarsi *ex lege fori*: BOSCHIERO, *Il problema delle qualificazioni*, in PREITE (dir.), *Trattato notarile. Atti notarili. Diritto comunitario e internazionale*. 1. *Diritto internazionale privato*, Torino, 2011, p. 93 ss. Sulla qualificazione cfr. anche MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*. I. *Parte generale e obbligazioni*, 6^a ed., Torino, 2013, p. 209 s.; ID., *Diritto internazionale privato e processuale*. II. *Statuto personale e diritti reali*, 3^a ed., Torino, 2011, p. 212.

⁸ Convenzione sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, conclusa a L'Aja il 19 ottobre 1996, che è destinata a sostituire la convenzione sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori, adottata a L'Aja il 5 ottobre 1961, resa esecutiva in Italia con legge 24 ottobre 1980 n. 742 cui ha fatto seguito la legge 15 gennaio 1994 n. 64 recante norme di attuazione, richiamata dall'art. 42 del-

protezione dei minori, «l'assistenza legale tramite *kafalah*» (art. 3 lett. e). Al riguardo, va rilevato che alcune perplessità sono sorte proprio in relazione a tale definizione, così come risulta dalla versione italiana della convenzione e dalle norme di adeguamento contenute inizialmente nel disegno di legge n. 1589 di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione⁹ e ora destinate a costituire oggetto di un distinto atto legislativo. Ad essa tuttavia non viene fatto cenno nella sentenza in commento.

2. Il provvedimento di *kafalah* viene di sovente in considerazione in relazione alla concessione del visto d'ingresso per un minore ai fini del ricongiungimento familiare. In questi casi i giudici, allo scopo di decidere se accordare il ricongiungimento, si sono dovuti esprimere, seppure *incidenter tantum*, sulla qualificazione della *kafalah* come istituto riconducibile all'adozione, all'affidamento o alla tutela, poiché ai sensi dell'art. 29 comma 2 del d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, t.u. immigrazione,¹⁰ «i minori adottati o affidati o sottoposti a tutela sono equiparati ai figli».

Il Tribunale per i minorenni di Brescia nella sentenza in commento si limita a riferire, sotto questo profilo, che la riunificazione del minore con i coniugi italiani era stata disposta dalla Corte di Appello di Brescia con decreto del 25 novembre 2009, in base all'art. 30 comma 6 del d.lgs. n. 286/1998.¹¹

La decisione sul ricongiungimento non implica l'attribuzione alla *kafalah* degli effetti di uno specifico istituto conosciuto nel nostro ordinamento, essendo sufficiente che essa sia riconducibile, genericamente, agli istituti di diritto familiare ammessi come presupposto per il provvedimento stesso.¹²

la legge n. 218/1995 (sulla cui applicabilità, si veda ad es. App. Torino, decr. 30 maggio 2007 e 28 giugno 2007, con nota di D'ORO, in *Giur. it.*, 2008, p. 2730 ss.).

⁹ Si veda il disegno di legge n. 1589 «Ratifica ed esecuzione della Convenzione sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, fatta all'Aja il 19 ottobre 1996, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno», presentato il 17 settembre 2013, su cui si rinvia *infra*, par. 4 e 5, reperibile al sito internet <http://www.camera.it>.

¹⁰ «Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero», come successivamente modificato, in *Gazz. Uff.*, n. 191 del 18 agosto 1998, suppl. ord. n. 139.

¹¹ In senso analogo, nella fattispecie sottoposta alla Cass., 2 febbraio 2015 n. 1843, *Pluris*; App. Brescia, 16 febbraio 2012 n. 132, ha accolto la richiesta di riconoscimento del provvedimento di *kafala* ai fini del ricongiungimento familiare dei minori marocchini con i ricorrenti, anch'essi marocchini, cittadini italiani.

¹² Conf. App. Torino, decr. 28 giugno 2007, in *Dir. fam.*, 2008, p. 143, che, dopo aver confrontato la *kafalah* con le categorie dell'adozione, affidamento o tutela, di cui all'art. 29 comma 2 del t.u. immigrazione, ha affermato che è possibile «cogliere in essa aspetti che percorrono in senso trasversale e in forma mediana tutte e tre le predette figure». Inoltre, essa ha concluso che «l'assenza di effetti irreversibili e legittimanti non osta alla considerazione della *kafalah* quale titolo di ricongiungimento familiare, più di quanto non osterebbe all'affido eterofamiliare, che pure è da ritenersi incluso nella previsione dell'art. 29 comma 2 t.u. immigrazione».

Su questo punto, gli orientamenti giurisprudenziali hanno riguardato inizialmente casi in cui il soggetto richiedente il ricongiungimento era un cittadino di uno Stato non appartenente all'Unione europea. Con la sentenza n. 7472 del 2008¹³ la Corte di Cassazione aveva concesso il visto d'ingresso in Italia per il *makful* marocchino al fine del ricongiungimento familiare con i *kafil*, cittadini marocchini, residenti regolarmente in Italia, in virtù di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 29 del d.lgs. n. 286/1998.¹⁴ Infatti, nel bilanciamento tra l'esigenza di protezione dei minori e la tutela democratica dei confini dello Stato deve essere ritenuta prevalente la prima, anche in caso di minore straniero, poiché altrimenti il rifiuto di concedere il visto d'ingresso si porrebbe in contrasto con il principio di uguaglianza penalizzando i minori bisognosi provenienti dai Paesi islamici, per i quali la *kafalah* è l'unico istituto di protezione previsto. Pertanto, questo istituto era stato assimilato all'affidamento, purché l'atto fosse di natura giudiziale, per evitare ogni intento elusivo della disciplina dell'adozione internazionale.

Solo nel 2010¹⁵ la Cassazione ha affrontato la questione del ricongiungimento familiare richiesto da un cittadino italiano, di origine marocchina, negando l'ammissibilità della *kafalah*, disposta oltretutto con un atto negoziale, quale presupposto per il ricongiungimento familiare sulla base di un'interpretazione restrittiva della nozione di familiare di cui all'art. 2 lett. *b* del d.lgs. n. 30/2007,¹⁶ dovendosi invece applicare la disciplina interna delle adozioni internazionali.

¹³ Cass., 20 marzo 2008 n. 7472, in questa *Rivista*, 2008, p. 809.

¹⁴ Nello stesso senso Cass., 2 luglio 2008 n. 18174, in *Mass. giur. it.*, 2008; 17 luglio 2008 n. 19734, in questa *Rivista*, 2009, p. 742. In dottrina v. LANG, *Considerazioni su kafalah, ricongiungimento familiare e diritto dell'Unione europea*, in *Dir. imm. citt.*, 2011, p. 52 ss.; GELLI, *La kafalah tra esigenze di tutela del minore e rischi di aggiramento della disciplina dell'immigrazione*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 677 ss.; LONG, «*Si al ricongiungimento familiare del minore affidato con kafalah*», in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 1232 ss.; RACHELI, *La kafalah di diritto islamico è un presupposto per il ricongiungimento familiare*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 891 ss.

¹⁵ Cass., 1° marzo 2010 n. 4868, in *Fam. dir.*, 2010, p. 787.

¹⁶ In base a tale norma, ripresa poi nell'art. 3 comma 1 e a sua volta estesa, nel comma 2 lett. *a*, viene concesso il ricongiungimento anche «ad ogni familiare diverso da quelli indicati nell'art. 2 lett. *b*, se è a carico o convive nel Paese di provenienza con il cittadino dell'Unione». Tale definizione non era stata ritenuta applicabile al *makful* affidato al cittadino italiano, poiché si sarebbe trattato di un affidamento che non incide sul rapporto di familiarità, quale presupposto per il ricongiungimento, come inteso nella normativa europea. Sul punto, cfr. Cass., 1° marzo 2010 n. 4868 cit., la quale aveva sostenuto che, nel caso «di minori "affidati" alla stregua di norme dello stato di cittadinanza del minore che, come nel caso della legislazione del Marocco sulla *kafalah*, delineano una sorta di affidamento convenzionale, da omologare, dettato per la protezione materiale ed affettiva del minore», tale affidamento non può essere ricompreso tra i «titoli di "familiarità" alla stregua delle norme poste dalla Direttiva 2004/38/CE». Per un commento, LANG, *Considerazioni cit.*, p. 66 s., secondo la quale la normativa italiana contenuta nel d.lgs. n. 286/1998 sul ricongiungimento del minore in affidamento, applicabile agli stranieri, è compatibile con il diritto dell'Unione europea che lascia agli Stati la scelta relativa all'inclusione della *kafalah*.

Diversamente, la già richiamata sentenza della Cassazione a sezioni unite nel 2013 ha affermato l'applicabilità al caso di specie, in cui la richiesta di ricongiungimento era stata avanzata da un cittadino italiano, di origini italiane e residente in Italia, del d.lgs. 6 febbraio 2007 n. 30,¹⁷ in virtù del rinvio materiale operato dall'art. 28 comma 2 del d.lgs. n. 286/1998. In base a una interpretazione rispettosa dei principi costituzionali di tutela dell'interesse superiore del minore¹⁸ e di uguaglianza, la definizione di familiare, contenuta nel d.lgs. n. 30/2007, deve essere intesa in senso lato, tale da ricomprendere nella nozione di cui all'art. 3 comma 2 lett. *a* del suddetto decreto legislativo il minore straniero *makful*.¹⁹ Non sussisterebbe pertanto alcun rischio di elusione della disciplina interna dell'adozione internazionale,²⁰ ovvero del pericolo di strumentalizzazione della *kafalah*²¹ ai fini del ricongiungimento familiare, poiché, come ha affermato la Cassazione, da un lato, non è contrario all'ordine pubblico il diritto riconosciuto al cittadino di condurre in Italia il minore ricevuto all'estero in *kafalah* e, dall'altro, non è attribuibile all'istituto islamico la natura di affidamento preadottivo. A favore dell'assenza di elusione, nel caso di *kafalah* «pubblicistica», depone principalmente il controllo effettuato dai giudici stranieri. La natura dell'atto di affidamento assume in-

¹⁷ «Attuazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri», in *Gazz. Uff.*, n. 72 del 27 marzo 2007.

¹⁸ Di tale interesse si deve tenere conto nell'interpretazione del limite dell'ordine pubblico in materia di responsabilità genitoriale. In merito, si veda anche l'art. 23 del regolamento (CE) n. 2201/2003 (in questa *Rivista*, 2003, p. 1143 ss.) e più in generale, sull'interesse del minore «quale *fil rouge* di tutta la normativa europea in materia di responsabilità parentale», cfr. BARUFFI, *La responsabilità genitoriale: competenze e riconoscimento delle decisioni nel regolamento Bruxelles II*, in CARBONE, QUEIROLO (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione europea*, Torino, 2008, p. 262 ss., spec. p. 264, laddove richiama la convenzione di New York del 1989 con riferimento alla concezione del minore come «soggetto del diritto».

¹⁹ In tal senso, v. Cass., 20 marzo 2008 n. 7472 cit.

²⁰ Sul punto v. RACHELI, *Le sezioni unite* cit., p. 272 s.: «non poco ha pesato sulla giurisprudenza ma anche sugli organi legislativi la preoccupazione che l'istituto in esame potesse costituire il "cavallo di Troia" capace di eludere la volontà di legge, sia con riferimento all'adozione internazionale sia con riferimento al ricongiungimento familiare»; LONG, *Il ricongiungimento familiare* cit., p. 269 ss., secondo la quale di fronte a richieste di riconoscimento di provvedimenti stranieri avanzate da cittadini italiani, ritenute «situazioni anomale», la giurisprudenza ha risposto mostrando una preoccupazione di aggiramenti delle disposizioni, in particolare di quelle sulle capacità educative e affettive degli adottanti (art. 30 della legge n. 184/1983), sull'accertamento dello stato di abbandono, nonché sull'ingresso del minore nello Stato (artt. 32 e 33).

²¹ GELLI, *La kafalah tra esigenze di tutela del minore e rischi di aggiramento* cit., p. 679 s. È stato inoltre precisato che proprio il procedimento per il ricongiungimento e per l'ingresso del minore in Italia offriva l'occasione per un controllo volto a contrastare i pericoli di strumentalizzazione a fini elusivi delle norme del t.u. immigrazione: Cass., sentenze n. 7472, n. 18174 e n. 19734 del 2008 cit.; per un commento v. CLERICI, *La compatibilità del diritto di famiglia mussulmano* cit., p. 208.

fatti rilevanza nella valutazione:²² secondo la Cassazione la *kafalah* pronunciata da un'autorità giudiziaria non può ritenersi *a priori* uno strumento per aggirare le procedure di adozione internazionale, essendo, nei Paesi islamici, l'unica misura di cui possono avvalersi coloro che intendano impegnarsi nei confronti di un minore abbandonato.²³ La Corte di Cassazione è giunta a statuire che «non può essere rifiutato il nulla osta all'ingresso nel territorio nazionale, per ricongiungimento familiare, richiesto nell'interesse del minore cittadino extracomunitario affidato a cittadino italiano residente in Italia con un provvedimento di *kafalah* pronunciato dal giudice straniero nel caso in cui il minore stesso sia a carico o conviva nel Paese di provenienza con il cittadino italiano ovvero gravi motivi di salute impongano che debba essere da questi personalmente assistito».²⁴ In ogni caso, il ricongiungimento può essere ammesso solo a condizione che la misura di protezione non svolga alcuna funzione analoga all'adozione.²⁵ In tal modo, per stabilire la valenza della *kafalah* come

²² Dubbi sono sorti in dottrina e in giurisprudenza sull'ammissibilità, ai fini del ricongiungimento, della *kafalah* c.d. convenzionale (definita anche negoziale o consensuale), per l'insussistenza di un vaglio giudiziale, «con possibile nocumento del superiore interesse del minore e possibili distorsioni nell'adozione della misura di protezione»: Cass., 28 gennaio 2010 n. 1908, in questa *Rivista*, 2010, p. 790 ss. Anche Cass., s.u., 16 settembre 2013 n. 21108 cit., p. 152, ha escluso l'operatività dell'interpretazione estensiva del d.lgs. n. 30/2007 in tutti i casi in cui la custodia in *kafalah* sia disposta su base esclusivamente negoziale, conseguendone che, nell'ottica della tutela del preminente interesse del minore, è da disincentivare l'ingresso in Italia di soggetti affidati in base a pratiche contrarie ai nostri principi di ordine pubblico. In senso conforme, Trib. Reggio Emilia, 9 febbraio 2005, in *Dir. imm. citt.*, 2005, n. 2, p. 183 ss. Diversamente, ha escluso la contrarietà all'ordine pubblico di un provvedimento negoziale, seppure successivamente omologato, App. Torino, decr. 21 luglio 2011 (con nota di LONG, *Il ricongiungimento familiare* cit., p. 267 ss.). La *kafala* giudiziale, invece, comporta la permanenza in capo alla pubblica autorità, competente per la tutela dei minori abbandonati, di un potere di vigilanza sull'inserimento del minore in una famiglia e di autorizzazione del trasferimento all'estero. In dottrina, v. GELLI, *Il ricongiungimento del minore in kafala al cittadino italiano* cit., p. 128; SPOLETINI, *Posibilità di ricongiungimento familiare* cit., p. 543; CLERICI, *La compatibilità del diritto di famiglia musulmano* cit., p. 208; LONG, *Si al ricongiungimento familiare* cit., p. 1232 ss.; EAD., *Ordinamenti giuridici occidentali, kafala e divieto di adozione: un'occasione per riflettere sull'adozione legittimante*, in *Nuova. giur. civ. comm.*, 2003, II, p. 175 ss.

²³ TOMEU, *La Kafala*, in <http://www.comparazionedirittocivile.it>, maggio 2013, p. 11.

²⁴ Per un commento v. GELLI, *Il ricongiungimento del minore in kafala al cittadino italiano* cit., p. 132, che considera la soluzione offerta dalla Corte di Cassazione come la «chiave di volta per l'autorizzazione al ricongiungimento con il cittadino italiano»; LONG, *Minore straniero affidato con kafalah a cittadino italiano* cit., p. 203 ss.; CARBONE, *Minore extracomunitario affidato in kafalah a cittadino italiano*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 1464 ss.; TOMEU, *La Kafala* cit., p. 11. Sulla prevalenza del d.lgs. n. 286/1998 sul d.lgs. n. 30/2007, anche con riferimento ai familiari stranieri di cittadini italiani, poiché i minori affidati si riconducono alla nozione di familiari aventi diritto al ricongiungimento ai sensi dell'art. 29 comma 2 del d.lgs. n. 286/1998, qualora le disposizioni di quest'ultimo siano più favorevoli, v. LONG, *La kafalah come banco di prova per un diritto «interculturale»*, in *Minorigiustizia*, 2012, n. 2, p. 254 ss., spec. p. 256 s.; EAD., *Il ricongiungimento familiare* cit., p. 267 ss.; LANG, *Considerazioni* cit., p. 70.

²⁵ Tale statuizione è stata però criticata in quanto era cessata la materia del contende-

presupposto per il ricongiungimento, la Corte si è pronunciata di fatto anche sulla natura e sugli effetti del provvedimento in questione, sebbene solo al fine (limitato) di escludere l'idoneità del medesimo a fondare una pronuncia di adozione.

Da un'analisi complessiva della giurisprudenza emerge che in alcune pronunce l'efficacia del provvedimento di diritto islamico, ai fini del ricongiungimento familiare, è stata dichiarata sulla base degli artt. 65 o 66²⁶ della legge n. 218/1995 che ne prevedono il riconoscimento automatico, salvo il controllo di compatibilità con l'ordine pubblico.²⁷ Nella maggior parte dei casi, però, le domande di riconoscimento di provvedimenti stranieri di *kafalah*, avanzate da ricorrenti cittadini italiani al fine di ottenere il ricongiungimento familiare, sono state respinte dai giudici di merito sulla base di considerazioni di competenza, ritenendo che esse avrebbero dovuto essere presentate al tribunale per i minorenni *ex art.* 29

re e il ricorso era divenuto inammissibile per sopravvenuta carenza d'interesse, poiché, nelle more del procedimento, era sopraggiunta la sentenza del Trib. min. Roma, 9 maggio 2011 n. 621, che aveva pronunciato l'adozione del minore *makful* da parte degli affidatari italiani, ai sensi dell'art. 44 lett. d della legge n. 184/1983, e pertanto il Consolato aveva rilasciato il visto per ricongiungimento familiare. Per considerazioni in merito all'utilizzo «improprio» della *kafala*, v. MOROZZO DELLA ROCCA, *La kafalah non è né un'adozione né affidamento preadottivo. Fuori luogo il richiamo all'art. 41, comma 2, l. 218/1995*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 202, dove si sostiene, con riferimento in particolare a Cass., 23 settembre 2011 n. 19450 (*ivi*, p. 197 ss.), che «l'obiettivo di disincentivare l'elusione della legge italiana in materia di adozione non può valere ad interdire il costituirsi di relazioni giuridiche personali diverse dalla filiazione adottiva per effetto di provvedimenti emessi all'estero da autorità straniera, a meno che tali reazioni non siano manifestazione di una attività effettivamente preordinata all'elusione e non siano in altro modo prodotte da un provvedimento in concreto contrario al nostro ordine pubblico familiare».

²⁶ Trib. Acqui Terme, ord. 15 luglio 2010, che aveva affermato che la *kafalah*, qualificabile quale provvedimento rientrante nella categoria della volontaria giurisdizione, produce effetti in Italia a norma del citato art. 66, poiché «l'affidamento extrafamiliare in un contesto connotato da maggior sviluppo e benessere economico, pur in assenza di condizioni di abbandono in senso stretto», rappresenta una misura «effettivamente rispondente all'interesse del minore» e pertanto non si pone in contrasto con i principi di ordine pubblico (con nota di BATÀ, SPIRITO, in *Fam. dir.*, 2010, p. 1054 ss.). In senso analogo, App. Torino, decr. 21 luglio 2011 cit. e 18 luglio 2007, in *Dir. fam.*, 2008, p. 143; Trib. Biella, decr. 26 aprile 2007, *ibidem*, 2007, p. 1810; App. Bari, decr. 16 aprile 2004, in *Fam. dir.*, 2005, p. 61.

²⁷ Trib. Torino, 4 maggio 2007, che aveva sostenuto la contrarietà all'ordine pubblico della *kafalah* in quanto «istituto che – in quanto tendenzialmente privo di limiti temporali – si basa su principi assolutamente diversi e contrastanti rispetto a quelli su cui si fonda l'affidamento familiare di cui agli artt. 2-5 della l. 4 maggio 1983 n. 184; e non può essere equiparato alla tutela del minore *ex art.* 343 cod. civ. e segg. in quanto, per la costituzione della *kafalah*, occorre che il *kefil* sia di religione musulmana, e, allorché il minore è una femmina, non è previsto un termine di cessazione della *kafalah*: il che è in contrasto con l'art. 3 Cost., e rende pertanto il vincolo di cui al predetto istituto non riconoscibile dal nostro ordinamento, tenuto presente il limite costituito dall'ordine pubblico» (richiamato nel Dossier n. 78 del 13 giugno 2014 presentato per l'esame in Assemblea del disegno di legge di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione della convenzione dell'Aja del 1996, reperibile al sito internet <http://www.camera.it>).

della legge n. 184/1983, applicabile in quanto inderogabile e speciale rispetto alle norme di diritto internazionale privato, giungendo così ad equiparare la *kafalah* all'adozione.²⁸

La preoccupazione della sussistenza di intenti elusivi della disciplina delle adozioni internazionali è stata manifestata non solo dalle autorità giudiziarie, ma anche da quei consolati italiani che «con scarsa lungimiranza e con poca attenzione ai bisogni dei minori» hanno talvolta negato il visto.²⁹ Al fine di tenere in massima considerazione l'interesse superiore del minore, deve essere ritenuto adeguato, e non contrario all'ordine pubblico, un provvedimento giudiziale che abbia accertato la condizione dello stato di abbandono del minore e l'idoneità di una famiglia ad accoglierlo.³⁰ Rari sono i casi in cui si è fatto ricorso al limite dell'ordine pubblico quale motivo ostativo al ricongiungimento basato sul provvedimento di *kafalah*.³¹ Ad escludere la contrarietà della *kafalah* all'ordine pubblico italiano è valsa infatti la riconosciuta prevalenza delle disposizioni internazionali convenzionali in materia di tutela dei minori, dove l'istituto è previsto e ritenuto conforme all'ordine pubblico internazionale.³²

Il principio della non equiparabilità della *kafalah* all'adozione, affermato nella sentenza del 2013, ha trovato conferma nella citata pronuncia 2 febbraio 2015 n. 1843 della sezione I della Corte di Cassazione, sempre

²⁸ In tal senso, Cass., 23 settembre 2011 n. 19450 cit.

²⁹ LONG, *Il ricongiungimento familiare* cit., p. 269. A volte è stato pure accertato l'abuso di tale istituto, v. MOROZZO DELLA ROCCA, *Uscio aperto, con porte socchiuse, per l'affidamento del minore mediante kafalah al cittadino italiano o europeo*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 1492 ss., spec. p. 1502, che commenta Cass., 6 luglio 2012 n. 11415, in cui viene ritenuto come «caso di *kafala* strumentale alla cessione a scopo adottivo del figlio quello conclusosi con l'affidamento preadottivo del minore a soggetti diversi dagli affidatari abusivi» (su cui anche FALLETTI, *Kafalah e adozione*, in *Fam. dir.*, 2012, p. 950 ss.).

³⁰ È stato osservato che il criterio della tutela dell'interesse superiore del minore sembrerebbe spingere i giudici ad andare oltre alle previsioni normative, soprattutto di fronte alle norme di conflitto di diritto internazionale privato, superando il motivo ostativo al riconoscimento degli atti o istituti stranieri, creando così un'apertura dell'ordinamento interno: PIZZOLANTE, *La kafala islamica e il suo riconoscimento nell'ordinamento italiano*, in questa *Rivista*, 2007, p. 950; in giurisprudenza, App. Torino, 14 luglio 2004, in *Quaderni dir. e politica ecclesiastica*, 2006, p. 899; App. Bari, decr. 16 aprile 2004 cit.

³¹ Trib. Verona, 12 luglio 2010 (poi riformata da App. Venezia, 9 febbraio 2011, in *Corr. giur.*, 2011, p. 847), in *Quaderni dir. e politica ecclesiastica*, 2011, p. 811; sulla contrarietà all'ordine pubblico della *kafala* negoziale, Trib. Reggio Emilia, 9 febbraio 2005 cit.

³² Per un commento, v. TUO, *Riconoscimento degli effetti delle adozioni straniere* cit., p. 63 ss. In tal senso, anche Cass., 26 marzo 2015 n. 6134, *Pluris*, che ha cassato il provvedimento impugnato con rinvio, «essendo stato il diniego di riconoscimento nello Stato italiano del provvedimento estero di *kafalah* esclusivamente ed illegittimamente fondato su non ravvisabili ragioni pregiudiziali ostative, costituite da regole normative interne e specifici profili di contrarietà all'ordine pubblico», concludendo che «la Corte territoriale, dunque, dovrà reiterare il doveroso accertamento della ricorrenza o meno dei presupposti di cui all'art. 64 ss. della legge n. 218 del 1995, per l'invocato riconoscimento, nella nuova valutazione verificando la ricorrenza o meno di diversi profili di eventuale incompatibilità, sia pure per contrarietà in concreto degli effetti dell'atto estero con l'ordine pubblico interno».

inerente a un caso di ricongiungimento familiare,³³ tanto da poter ritenere che esso rappresenti ormai un orientamento consolidato.

3. In sede di rilascio del visto di ingresso per ricongiungimento familiare, i giudici sono stati chiamati a pronunciarsi, seppure in modo incidentale, sulla natura della *kafalah* nell'ambito della definizione della nozione di familiare, senza peraltro doversi esprimere direttamente su quale sia lo specifico strumento di protezione dei minori cui la *kafalah* stessa è riconducibile. In altre situazioni, invece, i giudici hanno affrontato la questione del riconoscimento della *kafalah*, su richiesta dei ricorrenti di dichiarare l'adozione del *makful*, valutando la sua idoneità ad essere considerata come presupposto per l'instaurazione di un rapporto di filiazione legittima derivante da un'adozione c.d. piena. In tal caso, dunque, la questione del riconoscimento investe in modo ben più incisivo il problema della qualificazione dell'istituto in relazione alle categorie dell'ordinamento interno poste a protezione dei minori, al fine di individuare il rapporto familiare più vicino a quello già instauratosi.

Il Tribunale per i minorenni di Brescia, richiesto di pronunciarsi in base all'art. 44 par. 1 lett. d della legge n. 184/1983, nella pronuncia in commento ha inizialmente analizzato le peculiarità dell'adozione in casi particolari. Tale disposizione disciplina una situazione in cui il minore non ha reciso completamente i rapporti con la famiglia d'origine, ma questa si rivela inadatta ad accoglierlo e non risulta possibile un affidamento eterofamiliare per il forte legame già instauratosi con gli affidatari. Per i giudici minorili la *kafalah* non può essere posta a fondamento di una pronuncia di adozione in casi particolari, né tantomeno di quella legittimante, in quanto istituti assolutamente diversi per natura e caratteristiche. È pur vero, peraltro, che lo stato di abbandono è comune sia alla *kafalah*, benché temporaneo, sia all'adozione, e in relazione ad esso deve essere effettuata la scelta della misura di protezione come disposto nell'ordinamento dello Stato dove il minore si trova. In questa prospettiva, pertanto, la circostanza che l'istituto islamico non porta a recidere il rapporto con la famiglia di origine dovrebbe essere valutata congiuntamente agli altri elementi fattuali (quali: periodo di affidamento, rapporto costante, legami parentali significativi, fede musulmana del richiedente).³⁴ A questo ri-

³³ La questione della dichiarazione di efficacia, ai sensi degli artt. 65 ss. della legge n. 218/1995, di un «provvedimento di omologazione giudiziale di un atto di presa in carico di minori di cittadinanza marocchina (c.d. *kafala*)» era stata rimessa dalla sez. VI con ord. 7 aprile 2014 n. 8109, *Pluris*. La Corte ha ritenuto infondato il motivo di impugnazione proposto dal Ministero degli affari esteri con riguardo all'applicazione dell'art. 67 della legge n. 218/1995, poiché «erroneamente [il provvedimento di *kafala*] viene ritenuto rientrante fra i provvedimenti di adozione e quindi soggetto alla disciplina sull'adozione internazionale».

³⁴ Sull'opportunità di tenere in considerazione le circostanze di fatto, cfr. relazione n.

guardo, l'adozione in casi particolari è stata ritenuta lo strumento più adatto in favore dei minori provenienti da Paesi che non conoscono l'istituzione del rapporto di filiazione legittima.³⁵ Previo accertamento dei requisiti, tale l'adozione dovrebbe essere pronunciata laddove conforme al preminente interesse del minore, che con l'allontanamento sarebbe altrimenti offeso,³⁶ permettendo così la continuità dello *status* acquisito.³⁷ Tuttavia, tale soluzione³⁸ non è esente da critiche; parte della dottrina ritiene infatti che in tal modo si verrebbero a creare situazioni claudicanti

100 del 10 maggio 2012 per le Sezioni Unite su una questione di massima importanza n. Reg. Gen. 9608/2011, p. 14 e 23 (a cui ha fatto seguito Cass., s.u., 16 settembre 2013 n. 21108 cit.). In argomento v. MOROZZO DELLA ROCCA, *Rassegna critica della giurisprudenza in materia di coesione familiare con il minore affidato mediante kafalah*, in *Gli Stranieri* 2011, n. 1, p. 30; Id., *Sull'affidamento al cittadino italiano del minore straniero mediante kafalah tornerà a pronunciarsi la Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 847 ss. V. anche Cass., 5 marzo 2014 n. 5095, *Pluris*, in materia di abbandono del minore, dove i giudici, confermando la dichiarazione di adottabilità, prendono atto della necessità di separare definitivamente dalla madre il minore, in virtù del suo interesse «ad ottenere, nell'ambiente più idoneo, un sano sviluppo sul piano psico-fisico, ...che trascende e nei casi estremi comporta la recisione dei legami biologici».

³⁵ Per alcuni riferimenti v. ZINI, *Art. 44 L. 4 maggio 1983, n. 184*, in ZACCARIA, *Commentario* cit., p. 1997 ss.

³⁶ PIZZOLANTE, *La kafala islamica* cit., p. 955.

³⁷ Trib. min. Trento, decr. 10 settembre 2002, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, p. 149 ss. Critico GROSSO, *Il giudizio di idoneità all'adozione internazionale in un'ottica di controriforma*, in *Dir. fam. pers.*, 2013, p. 611 ss., secondo cui «immaginare che una coppia italiana previa conversione fittizia alla religione islamica possa ottenere dal Marocco o dall'Algeria un minore di quella nazionalità in affidamento preadottivo» sarebbe una «astruseria giuridica». Per «sanare una situazione non debitamente controllata *ab origine* dalla Commissione per le adozioni internazionali, i giudici hanno ritenuto preferibile ricorrere alla *extrema ratio* di scegliere la strada offerta dall'adozione in casi particolari, con un'interpretazione allargata dell'art. 44 par. 1 lett. d legge n. 184/1983». Cfr. anche CLERICI, *La compatibilità del diritto di famiglia mussulmano* cit., p. 210, la quale parla al riguardo di manipolazione della natura e degli effetti del provvedimento mussulmano di protezione sostitutiva; CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico* cit., p. 70 ss.; MOROZZO DELLA ROCCA, *Il limes dell'adozione internazionale e l'ingresso in Italia del minore non adottabile*, in *Studi urbanati*, 2004, n. 2, p. 203 ss., che disapprova l'utilizzazione della *kafala* da parte di coppie o singoli «per realizzare in modo obliquo il loro progetto adottivo» e qualifica il caso di Trento «una inopportuna procedura ormai giunta al suo epilogo».

³⁸ Si riscontra una proposta in tal senso nella bozza di accordo bilaterale tra Italia e Marocco a firma dell'allora Presidente della Commissione per le adozioni internazionali Carmela Cavallo, richiamata nell'Interrogazione a risposta scritta n. 4-16818, presentata da Dario Rivolta nella seduta n. 676 del 22 settembre 2005 concernente l'impossibilità di riconoscere il provvedimento di *kafalah* nell'ordinamento italiano, reperibile al sito internet <http://www.camera.it>. Si veda anche l'Indagine conoscitiva della Commissione parlamentare infanzia, Audizione del Sottosegretario di Stato per gli Affari esteri Boniver in materia di adozione internazionale, seduta del 26 giugno 2003. In tal senso, Trib. min. Roma, 9 maggio 2011 n. 621 cit.; Trib. min. Trento, decr. 11 marzo 2002, in questa *Rivista*, 2002, p. 1056 ss., e 10 settembre 2002 cit., con commento di PINESCHI, *L'adozione nel diritto internazionale privato*, in COLLURA, LENTI, MANTOVANI (a cura di), *Filiazione*, II, in ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, Milano, 2012, p. 1173; LONG, «Adozione "extraconvenzionale" di minori provenienti da Paesi islamici», in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, p. 151 ss.

per la diversità degli effetti propri degli istituti islamico e italiano.³⁹ Altra parte, invece, osserva che, riconducendo la *kafalah* all'adozione non legittimante, si rispetterebbero l'ordinamento di provenienza e l'origine etnica, religiosa, culturale e linguistica del minore stesso.⁴⁰

Nella fattispecie esaminata dai giudici di Brescia, i ricorrenti si erano fatti carico dell'assistenza del minore, figlio di padre ignoto, fin da pochi mesi dalla nascita; la dichiarazione di affidamento era avvenuta nell'ottobre dello stesso anno di nascita (2006); nel 2009 era stato accordato definitivamente il ricongiungimento familiare; al momento della presentazione del ricorso nel 2010 il minore viveva con gli affidatari e frequentava la scuola del luogo. Al fine di corroborare la loro richiesta, i ricorrenti avevano altresì prodotto una dichiarazione del 2007, seppure non omologata, della madre biologica di attribuzione della potestà genitoriale a favore degli affidatari. Da tali circostanze si sarebbe potuto dedurre una volontà della famiglia di origine di distaccarsi in modo definitivo dal figlio e, di conseguenza, l'ammissibilità di una pronuncia di adozione in casi particolari. In tal modo si sarebbe mantenuto lo stato di fatto e tutelato l'interesse superiore del minore, altrimenti compromesso dall'allontanamento dalla famiglia di accoglienza. Tale soluzione non è stata tuttavia accolta dai giudici minorili, che hanno ritenuto prevalente, sempre nel rispetto dell'interesse del minore, l'esigenza di salvaguardare la natura dell'istituto islamico.

Come osservato, la valutazione avviene anche tenendo conto della natura dell'atto istitutivo della *kafalah*, vale a dire se si tratti di un provvedimento emesso da un'autorità giudiziaria oppure di un accordo tra le parti. Nel caso oggetto della decisione del Tribunale per i minorenni di Brescia, l'affidamento in *kafalah* era avvenuto con un atto notarile omologato dal Tribunale del luogo di origine, cui era seguita la dichiarazione sottoscritta dalla madre biologica con la quale era stata attribuita la tutela del minore agli affidatari, ritenuta però inidonea poiché non era stata oggetto di un provvedimento giudiziale. Non solo, dunque, per l'esigenza di rispettare la disciplina dell'istituto, ma anche per la mancanza di un atto di omologazione della dichiarazione della madre, i giudici minorili hanno ritenuto non pronunciabile un'adozione ai sensi dell'art. 44 par. 1 lett. d della legge n. 184/1983, poiché essa avrebbe comportato l'attribuzione della responsabilità genitoriale agli affidatari, ovvero un effetto in contrasto con la di-

³⁹ Così GALOPPINI, *L'adozione del piccolo marocchino, ovvero gli scherzi dell'eurocentrismo*, in *Dir. fam. pers.*, 2004, p. 140, sull'adozione non legittimante, definita come «soluzione pragmatica, nel lodevole intento di rispondere comunque alle aspettative del piccolo e dei suoi aspiranti genitori nel senso di uno *status* familiare, ma ottenuta a prezzo di una forzatura della legge e di notevoli perplessità sul risultato complessivo».

⁴⁰ MARGIOTTA, *Diritti del minore ed esigenze di ordine pubblico: il (tormentato) impasto dei nostri giudici con gli istituti di protezione del fanciullo*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 809 s.; PIZZOLANTE, *La kafala islamica* cit., p. 953; ORLANDI, *La kafala islamica e la sua riconoscibilità quale adozione*, in *Dir. fam.*, 2005, p. 640.

sciplina prevista nell'ordinamento di provenienza. Si sarebbe così corso il rischio di snaturare le caratteristiche proprie dell'istituto straniero.⁴¹

A sostegno della non riconducibilità della *kafalah* all'adozione, il Tribunale per i minorenni di Brescia richiama la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Harroudj*,⁴² relativo alla normativa francese di diritto internazionale privato in relazione all'adozione di un minore affidato mediante *kafalah*. In quel caso la ricorrente sosteneva che il rifiuto di concedere l'adozione da parte dei giudici francesi violasse, tra l'altro, il proprio diritto alla vita familiare sancito dall'art. 8 CEDU. La Corte europea ha invece ritenuto che la legislazione francese, laddove vieta l'adozione quando la legge nazionale del minore la proibisce, non sia in contrasto con la CEDU per la presenza, nel codice civile francese, di una norma che consente all'affidatario, a determinate condizioni, di ottenere l'adozione del minore affidato in *kafalah*, in una prospettiva di tutela del superiore interesse del minore.⁴³ Essa ha affermato, tra l'altro, che non grava in capo agli Stati un obbligo di equiparare la *kafalah* all'adozione, ricordando che la convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989⁴⁴ all'art. 20 par. 3 annovera l'istituto tra le misure di protezione sostitutiva, accanto all'affidamento familiare e all'adozione, e, a titolo residuale, prevede il collocamento del minore in adeguati istituti per l'infanzia. La convenzione di New York impone altresì l'obbligo per gli Stati di individuare la misura più adeguata al fine di garantire una continuità nella condizione del minore rispettando la sua origine etnica, religiosa e culturale.⁴⁵ Ciò che più rileva, anche secondo i nostri giudici, è che l'Italia, ratificando la suddetta convenzione, ha inteso escludere l'eventualità che la *kafalah*, «importante

⁴¹ Nello stesso senso, già Trib. min. Brescia, 12 marzo 2010, in questa *Rivista*, 2010, p. 760, il quale aveva ritenuto che «pronunciare un'adozione ex art. 44 legge n. 184/1983 per un bambino soggetto alla *kafala* significa andare oltre i caratteri dell'istituto islamico». Per un commento, v. Tuo, *Riconoscimento degli effetti delle adozioni straniere* cit., p. 63 ss.

⁴² Sentenza 4 ottobre 2012, ric. n. 43631/09, commentata da Tuo, *Riconoscimento degli effetti delle adozioni straniere* cit., p. 67 ss.; BOLLÉE, *La conformité à la Convention européenne des droits de l'homme de l'interdiction d'adopter un enfant recueilli en kafala*, in *Revue trim. droits de l'homme*, 2013, p. 717 ss.; LONG, *Corte europea dei diritti dell'uomo e kafalah: un'esortazione alla flessibilità del diritto civile minorile*, in *Minorigiustizia*, 2013, p. 304 ss.; TOMEIO, *La Kafala* cit., p. 12; FALLETTI, *L'istituto della kafalah non è equiparabile a quello dell'adozione, pertanto lo Stato aderente che non registri come adottato un minore affidato con kafalah non viola l'art. 8 CEDU*, in *Fam. dir.*, 2013, p. 597 ss.; DI PASCALE, *La kafalah al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo: tra tutela dell'interesse del minore e preoccupazioni di ordine pubblico*, in *Dir. imm. citt.*, 2012, p. 113 ss.

⁴³ Per approfondimenti, v. CORNELOUP, in *Revue critique*, 2013, p. 162 ss., spec. p. 169 s.

⁴⁴ Approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989, resa esecutiva dall'Italia con l. 27 maggio 1991 n. 176, in *Gazz. Uff.*, n. 135 dell'11 giugno 1991.

⁴⁵ Il par. 3 prevede che: «tale protezione sostitutiva può in particolare concretizzarsi per mezzo dell'affidamento familiare, della *kafalah* di diritto islamico, dell'adozione o in caso di necessità, del collocamento in adeguati istituti per l'infanzia. Nell'effettuare una selezione tra queste soluzioni, si terrà debitamente conto della necessità di una certa continuità nell'educazione del fanciullo, nonché della sua origine etnica, religiosa, culturale e linguistica».

e nobilissimo strumento di protezione dell'infanzia»,⁴⁶ possa essere ritenuta un istituto in contrasto con l'ordine pubblico interno.⁴⁷

Escluso dunque che il provvedimento di *kafalah* possa essere posto alla base di una pronuncia di adozione ex art. 44 par. 1 lett. d della legge n. 184/1983, il Tribunale per i minorenni di Brescia ha precisato che può esserne dichiarata l'efficacia nell'ordinamento italiano in base all'art. 66 della legge n. 218/1995, secondo cui i provvedimenti stranieri di volontaria giurisdizione, ivi compresi quelli in materia di diritto di famiglia e delle persone, hanno efficacia automatica nell'ordinamento italiano. In particolare, i giudici minorili hanno ritenuto che ricondurre l'istituto islamico a quello adottivo comporterebbe l'attribuzione di effetti che il Paese di provenienza espressamente vieta e che pertanto non sarebbero mai riconosciuti in quell'ordinamento. Peraltro, hanno aggiunto, sussisterebbe il rischio di snaturare l'istituto stesso in violazione della disciplina predispesa nell'ordinamento d'origine.

Sul punto il Tribunale per i minorenni di Brescia si discosta, per sua esplicita ammissione, da quanto sostenuto dalla Corte di Cassazione nel 2011,⁴⁸ che aveva ritenuto applicabile l'art. 41 della legge n. 218/1995, relativo esclusivamente all'istituto dell'adozione. Alla Corte era stato richiesto di dichiarare l'efficacia in Italia dell'ordinanza di affidamento mediante *kafalah* di un minore marocchino in situazione di abbandono. Essa aveva ritenuto che la domanda di riconoscimento degli effetti della *kafalah* in quanto tale, poiché riferita a un minore in stato di abbandono, dovesse essere proposta secondo le disposizioni speciali di cui alla legge n. 184/1983, richiamate dall'art. 41 comma 2 della legge n. 218/1995, riconducendo in tal modo la *kafalah* nell'ambito dell'adozione, senza tuttavia individuare gli effetti propri dell'istituto.⁴⁹

⁴⁶ App. Torino, decr. 14 luglio 2004 cit.

⁴⁷ Cfr. App. Firenze, 2 febbraio 2007, che afferma che «l'Italia, ratificando la convenzione di New York ed essendo quindi uno Stato parte della convenzione al pari del Marocco, ha chiaramente inteso escludere, in astratto e in radice, l'eventualità che la *kafala* possa essere un istituto in contrasto con l'ordine pubblico interno: ciò proprio in quanto il riconoscimento e l'efficacia della *kafala* nel nostro ordinamento sono avvalorati da una legge dello Stato che ha recepito una convenzione internazionale a tutela dei diritti del fanciullo» (in *Dir. imm. citt.*, 2007, n. 4, p. 139). Un riferimento alla *kafalah* compariva anche nella dichiarazione del 1986 dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite sui principi sociali e giuridici relativi alla protezione e al benessere dei minori (Risoluzione n. 41/85 del 3 dicembre 1986), che nel preambolo la riconosceva come istituzione alternativa alla potestà genitoriale. Infine, la convenzione dell'Aja del 1996 include nel proprio ambito di applicazione l'affidamento mediante *kafala* riprendendo quanto stabilito nella convenzione del 1989 (così si era espressa la delegazione del Marocco in sede di negoziazione del testo convenzionale: in merito v. relazione di Lagarde alla convenzione dell'Aja del 1996, disponibile al sito internet <http://www.hcch.net>, p. 547, dove si legge: «is not an adoption», «this is the reason why *kafala* is not covered by Aja 1993», «this is indisputably a measure of protection»). Sul punto, v. TOMEO, *La Kafala* cit., p. 8).

⁴⁸ Cass., 23 settembre 2011 n. 19450 cit.

⁴⁹ La Corte aveva ritenuto che «l'inserimento di un minore straniero, in stato d'ab-

Con riferimento all'applicabilità dell'art. 41 in parola, che, con riguardo ai minori, rinvia alla legge speciale in materia di adozione e per gli altri casi, ai fini del riconoscimento, agli articoli 64 ss. della legge n. 218/1995, è stata eccepita l'omessa considerazione della previsione dell'art. 15 della medesima legge:⁵⁰ nel rispetto del principio ivi contenuto i nostri giudici avrebbero dovuto «confrontarsi con l'istituto della *kafala*, valorizzandone l'aspetto funzionale, trattandosi di un istituto che si ispira alla tutela del superiore interesse del minore, senza trascurare le peculiarità dell'ordinamento di provenienza».⁵¹ Inoltre, è stato obiettato che ricorrendo all'art. 41, dedicato ai soli provvedimenti stranieri in materia di adozione, si sarebbe qualificata la *kafalah* come una forma di adozione, configurandosi così quella assimilazione tra i due istituti ritenuta, dalla maggior parte della dottrina e della giurisprudenza, incompatibile con il sistema giuridico interno.⁵² Secondo diverso orientamento, possono rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 41, oltre ai provvedimenti stranieri che coincidono con l'adozione italiana, anche quegli istituti che presentano caratteristiche ed effetti analoghi, grazie ad una interpretazione estensiva del termine adozione.⁵³ Qualora, dunque, si volesse far rientrare la *kafalah* nella categoria delle adozioni, si dovrebbe applicare l'art. 36 comma 2 della legge n. 184/1983, configurandosi quale adozione extraconvenzionale,⁵⁴ in quanto atto proveniente da Stati islamici che non hanno ratificato la convenzione dell'Aja del 1993.⁵⁵

bandono, in una famiglia italiana, può avvenire esclusivamente in applicazione della disciplina dell'adozione internazionale regolata dalle procedure richiamate dagli artt. 29 e 36 l. 4 maggio 1983 n. 184».

⁵⁰ Com'è noto, tale norma impone l'applicazione della legge straniera «secondo i propri criteri di interpretazione e di applicazione nel tempo».

⁵¹ MARGIOTTA, *Diritti del minore* cit., p. 811, ritiene che «uno dei passaggi obbligati per una effettiva garanzia della tutela dei minori stranieri è anche quello del rispetto, fino al limite ovviamente dettato dai principi fondamentali del nostro ordinamento, pur scontando una non perfetta coincidenza dei modelli, in ragione del diverso contesto giuridico e culturale in cui gli istituti si originano».

⁵² Sulla applicabilità della legge n. 184/1983 e sul diniego del riconoscimento del provvedimento di *kafala* in base agli artt. 64 ss. legge n. 218/1995, Cass., 23 settembre 2011 n. 19450 cit., che riforma App. Roma, 30 novembre 2009. Per tutti, LONG, *La kafalah come banco di prova* cit., p. 257.

⁵³ MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*. II. cit., p. 225 ss.; nonché FRANCHI FIOCCHI, *Art. 38 L. 31 maggio 1995, n. 218*, in ZACCARIA, *Commentario breve al diritto della famiglia*, 2ª ed., Padova, 2011, p. 2920.

⁵⁴ PIZZOLANTE, *La kafala islamica* cit., p. 951. In base alla norma in esame per poter essere dichiarato efficace in Italia il provvedimento estero deve essere qualificabile come adozione o affidamento a scopo preadottivo: cfr. Trib. min. Trento, decr. 11 marzo 2002 cit. che esclude la possibilità di pronunciarsi ex art. 36 comma 2 della legge n. 184/1983 e indica come possibile soluzione la presentazione della richiesta ex art. 44 par. 1 lett. d della medesima legge.

⁵⁵ Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993 sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale cit.; cfr. TUO, *Riconoscimento degli effetti delle adozioni straniere* cit., pp. 44, 62.

Infine, i giudici di Brescia hanno portato a sostegno della propria decisione di non dichiarare l'adozione ai sensi dell'art. 44 par. 1 lett. *d* della legge n. 184/1983 quanto affermato dalla Cassazione a sezioni unite nella già ricordata sentenza del 2013: «fuori dai casi di *kafala* esclusivamente negoziale... tra la *kafala* e l'affidamento di minori disciplinato dal diritto nazionale prevalgono sulle differenze i punti in comune, essendo entrambi strumenti di protezione dei minori, di durata temporanea, che non incidono sul loro stato civile». ⁵⁶ Sta di fatto però che, a testimonianza delle incertezze giurisprudenziali e delle diverse conclusioni a cui si può pervenire a seconda del contesto in cui i giudici sono chiamati a pronunciarsi, nelle more del procedimento dinanzi alla Cassazione, il Tribunale per i minorenni di Roma, richiesto di decidere sugli effetti del provvedimento straniero di *kafalah*, aveva pronunciato un'adozione in casi particolari. ⁵⁷

Dall'analisi delle decisioni sulla riconoscibilità della *kafalah* ai fini di una eventuale adozione, si può dedurre che, analogamente ai casi in cui i giudici sono stati aditi con una domanda di ricongiungimento familiare, l'istituto è stato prevalentemente assimilato all'affidamento, quale misura generale di protezione dei minori, escludendo la vicinanza con la figura dell'adozione di diritto interno per diversità di effetti, ⁵⁸ pur condividendo questi istituti la finalità di tutela del minore e fermo restando che fra l'esigenza di protezione del minore e il controllo delle frontiere deve prevalere comunque la prima. ⁵⁹ Vi è poi chi ha fatto notare che non sia comunque esclusa *a priori* la possibilità di avviare un procedimento *ex novo* di adozione, richiamandosi alla giurisprudenza formatasi prima dell'entrata in vigore della convenzione dell'Aja del 1993, che considerava solamente il contenuto del provvedimento e non la definizione giuridica dello stesso, rite-

⁵⁶ Cass., s.u., 16 settembre 2013 n. 21108 cit., p. 149.

⁵⁷ Trib. min. Roma, 9 maggio 2011 n. 621 cit.; cfr. anche *supra*, nota 25.

⁵⁸ Cass., 4 novembre 2005 n. 21395, in questa *Rivista*, 2006, p. 791 ss., aveva escluso la rappresentanza legale in capo agli affidatari, che rimane all'autorità marocchina, e aveva implicitamente affermato, sul piano sostanziale, la non equiparabilità della *kafalah* all'adozione. Dal punto di vista procedurale, in particolare, la Corte aveva statuito che «i soggetti che, in base all'istituto della *kafalah*, proprio del diritto interno del Regno del Marocco, hanno in custodia in Italia un minore cittadino di quel Paese, non sono legittimati a proporre opposizione avverso la dichiarazione dello stato di adottabilità del medesimo minore pronunciata dal tribunale per i minorenni»; infatti, «essi non rientrano in alcuna delle categorie di soggetti (privati) legittimati secondo detta norma, non essendo né genitori, né parenti e nemmeno equiparabili al tutore, in quanto la *kafalah* attribuisce agli affidatari un potere-dovere di custodia, ma non attribuisce la tutela, né la rappresentanza legale del minore». In precedenza, nel 2002, il Trib. min. Trento aveva escluso la possibilità di dichiarare l'adozione legittimante o l'affidamento preadottivo a favore di una coppia di nazionalità italiana; ciononostante, tenuto conto della situazione specifica, aveva considerato come possibile l'adozione in casi particolari *ex art. 44 lett. d della legge n. 184/1983*: cfr. Trib. min. Trento, decr. 11 marzo 2002 cit. e 10 settembre 2002 cit.

⁵⁹ CLERICI, *La compatibilità del diritto di famiglia mussulmano* cit., p. 208.

nendolo equipollente all'affidamento preadottivo⁶⁰ oppure un presupposto di fatto.⁶¹ Tuttavia, nemmeno l'equiparazione all'affidamento preadottivo è stata accolta, essendo caratteristica di questo istituto la successiva creazione di un effetto legittimante, vietato dal diritto islamico.⁶²

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, è da ritenere che, trattandosi di un istituto sconosciuto nel nostro ordinamento e dovendo trovare applicazione il principio della tutela del superiore interesse del minore, alla *kafalah* debbano essere riconosciuti genericamente gli effetti degli istituti di protezione dei minori previsti dal nostro ordinamento, declinando poi tale nozione caso per caso in relazione al singolo rapporto giuridico che viene in considerazione. Ciò permetterebbe di determinare volta a volta le norme e quindi l'istituto più appropriato da cui trarre la disciplina del caso di specie. Tale conclusione avrebbe potuto trovare conferma nel quadro giuridico destinato a formarsi a seguito dell'entrata in vigore per l'Italia della convenzione dell'Aja del 1996,⁶³ soprattutto qualora fossero state approvate le norme di adeguamento che accompagnavano inizialmente il disegno di legge di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione di tale convenzione.

4. Nella decisione dei giudici di Brescia non compare alcun riferimento alla convenzione dell'Aja del 1996 e neppure all'esigenza di una sua ratifica in tempi rapidi,⁶⁴ considerata urgente e necessaria dalla Cassazione a sezioni unite nella citata sentenza del 2013, al fine di garantire una tutela ai minori stranieri alla luce del principio del riconoscimento

⁶⁰ Così GALOPPINI, *L'adozione del piccolo marocchino* cit., p. 145 ss.

⁶¹ In tal senso, LONG, *Ordinamenti giuridici* cit., p. 186.

⁶² In giurisprudenza, Cass., 4 novembre 2005 n. 21395 cit., se ne è occupata in via indiretta escludendo la rappresentanza in capo agli affidatari, che rimane in capo all'autorità marocchina, evidenziandone tuttavia la funzione analoga dal punto di vista sostanziale. Critici CLERICI, *La compatibilità del diritto di famiglia musulmano* cit., p. 211; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*. II cit., p. 213; GELLI, *Ancora sulla kafala di diritto islamico: opposizione del kafil alla dichiarazione dello stato di adottabilità*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 248 ss.

⁶³ Convenzione sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori cit. Nella versione italiana della convenzione, l'art. 3 include «il collocamento del minore in una famiglia di accoglienza o in un istituto, o la sua assistenza legale tramite *kafala* o istituto analogo». Si noti la diversità terminologica rispetto al testo francese che parla di *recueil légal*, che si potrebbe tradurre con «accoglienza», e a quello inglese che si riferisce alla *provision of care by kafala*.

⁶⁴ Si veda il resoconto della seduta del 9 ottobre 2013 della Camera, Commissioni riunite II (Giustizia) e III (Affari esteri e comunitari), sull'esame del disegno di legge n. 1589, dove vengono evidenziate le giustificazioni del ritardo nella ratifica per alcune «remore in ordine alla difficoltà di impianto nell'ordinamento italiano di un istituto giuridico come la *kafala*» (p. 11); nonché il resoconto della seduta del 21 aprile 2015 sull'esame del disegno di legge n. A.C. 1589-B in seconda lettura, p. 9 ss. (reperibili al sito internet <http://www.camera.it>). Cfr. anche *infra*, in questo par.

automatico delle misure di protezione adottate dagli Stati contraenti.⁶⁵ Pur essendo stato approvato definitivamente il disegno di legge n. A.C. 1589-B l'11 giugno 2015, e, malgrado la (tanto attesa) emanazione della l. 18 giugno 2015 n. 101,⁶⁶ rimangono tuttavia aperte alcune questioni sostanziali, come la qualificazione dello *status* del minore affidato mediante *kafalah*, nonché il riconoscimento nel Paese di origine di tale *status* di filiazione eventualmente acquisito nello Stato di residenza. Tra l'altro, solo il Marocco, tra i Paesi islamici, è parte contraente della convenzione, il cui ambito territoriale di applicazione rimarrebbe pertanto limitato.⁶⁷

Come è stato osservato, la questione del riconoscimento della *kafalah* si è posta con riferimento alle domande di ricongiungimento familiare o di adozione. Soprattutto in questi ultimi casi si era reso necessario individuare a quale istituto di diritto interno fosse riconducibile la *kafalah*. In linea con l'orientamento prevalente, i giudici di Brescia, come rilevato, non solo hanno escluso che l'istituto islamico sia equiparabile all'adozione, ma hanno anche negato che possa fungere da presupposto per l'adozione in casi particolari. Nella convenzione dell'Aja del 1996 non si trova una definizione di *kafalah* che possa aiutare a risolvere le incertezze giurisprudenziali. L'art. 3 lett. e indica tra le misure rientranti nell'ambito di applicazione «l'assistenza legale tramite *kafala*», il cui riconoscimento «di pieno diritto» è stabilito dall'art. 23. Nell'art. 33 viene disciplinato il procedimento per l'attribuzione degli effetti in ordinamenti diversi da quello in cui il provvedimento è stato disposto. La disciplina ivi delineata impone dunque di riconoscere gli effetti propri dell'istituto straniero così come previsto nell'ordinamento di origine, lasciando intendere che sia esclusa la riconducibilità della *kafalah* all'adozione.

Assumendo che il Tribunale per i minorenni di Brescia avesse applicato la convenzione in parola alla fattispecie sottoposta al suo esame, con ogni probabilità la decisione adottata non sarebbe stata diversa. I giudici avrebbero infatti dovuto fare ricorso all'art. 42 della legge n. 218/1995 che rinvia alla convenzione dell'Aja del 1961, ora sostituita, sul piano internazionale, da quella del 1996, e dunque alla disciplina degli istituti di protezione dei mino-

⁶⁵ Cfr. art. 23 della convenzione dell'Aja del 1996 e il parere della XII Commissione Affari sociali nella seduta del 12 giugno 2014, in cui il testo internazionale è stato definito come «un avanzamento per tutelare i diritti dei minori in stato di abbandono in Paesi che vietano l'adozione, come quelli il cui ordinamento giuridico è ispirato alla legge islamica e che quindi prevedono la *kafala*», reperibile al sito internet <http://www.camera.it>. Per un ampio commento alla sentenza si veda LANG, *Le Sezioni Unite chiariscono quando la kafalah è presupposto per il ricongiungimento familiare del cittadino italiano*, in *Dir. imm. citt.*, 2013, n. 3, p. 91 s.

⁶⁶ «Ratifica ed esecuzione della Convenzione sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, fatta all'Aja il 19 ottobre 1996», in *Gazz. Uff.*, n. 157 del 9 luglio 2015, in vigore dal 10 luglio 2015.

⁶⁷ Per lo *status* delle ratifiche, si rimanda al sito internet <http://www.hcch.net>.

ri. Tenendo conto delle sue caratteristiche, una pronuncia di adozione si porrebbe invece in contrasto con la natura e le finalità della *kafalah*. Rimane dunque l'incertezza riguardo al riconoscimento in concreto degli effetti dell'istituto islamico nell'ordinamento interno; problema che non si porrebbe se, ai fini del ricongiungimento del minore, venisse chiesta esclusivamente una generica attribuzione di effetti al provvedimento straniero, senza voler fare del suo riconoscimento il presupposto di una ulteriore decisione in tema di *status* del minore stesso. Infatti, nel caso di ricongiungimento familiare, come affermato dalla Cassazione a sezioni unite nella sentenza del 2013, la convenzione dell'Aja del 1996 potrebbe risolvere i dubbi interpretativi: l'affidamento mediante *kafalah* rientra tra le misure di protezione dei minori, che godono di un riconoscimento di pieno diritto in tutti gli Stati contraenti, e può pertanto essere ricondotto agli istituti posti alla base del provvedimento richiesto, ai sensi dell'art. 29 comma 2 del d.lgs. n. 286/1998, ai fini del ricongiungimento.

La durata dell'*iter* del provvedimento di autorizzazione alla ratifica della convenzione in parola evidenzia come di fronte ad un istituto sconosciuto nel nostro ordinamento le posizioni siano quanto mai articolate. Il ritardo è stato principalmente imputato al timore di introdurre nell'ordinamento italiano un istituto di diritto islamico estraneo alla nostra tradizione giuridica.⁶⁸ Le preoccupazioni sono sfociate anche in una questione pregiudiziale di costituzionalità, in relazione al principio della laicità dello Stato, sollevata durante la fase di discussione dinanzi alla Camera dei deputati del disegno di legge nella parte in cui contiene norme di adeguamento dell'ordinamento italiano.⁶⁹ Sono state inoltre riproposte le questioni della contrarietà della *kafalah* all'ordine pubblico e dei possibili intenti elusivi rispetto alla disciplina delle adozioni internazionali che verrebbero favoriti dal riconoscimento della *kafalah*.⁷⁰ Più in generale, è stata evidenziata la difficoltà di un'integrazione tra il nostro ordinamento e

⁶⁸ Per alcuni commenti, v. RACHELI, *Le sezioni unite* cit., p. 273 s.; CLERICI, *Sulla riforma dell'art. 42 della legge n. 218/1995*, in questa *Rivista*, 2011, pp. 644 e 649 s.

⁶⁹ Cfr. la questione pregiudiziale n. 1 relativa al disegno di legge n. 1589-A della Camera dei deputati, presentata da Rondini e altri nella seduta dell'Assemblea del 18 giugno 2014, p. 3 ss. Dopo aver preso in considerazione il divieto coranico di adozione, nella questione pregiudiziale è stato sostenuto che «se la libertà religiosa, di credenza e di coscienza, è un diritto inviolabile consolidato nella cultura del popolo italiano e riconosciuto in modo inequivocabile dal combinato disposto degli articoli 3, 8, 19 e 20 della Costituzione italiana, è innegabile che il patrimonio storico culturale del nostro Paese affonda le proprie radici nel principio costituzionale della laicità dello Stato. Presupposto ineliminabile perché si possa parlare di Stato laico è che questo non abbia leggi basate su precetti della religione». Conseguentemente, è stata ritenuta incompatibile con i valori costituzionali l'assimilazione della *kafalah*, «che per giunta prescrive che possa essere esercitata soltanto ed esclusivamente dai fedeli mussulmani», all'affidamento preadottivo, il cui fine è di permettere una successiva adozione e che perciò condivide con l'istituto islamico «soltanto la ratio solidaristica».

⁷⁰ Nella questione pregiudiziale n. 1 cit., a p. 4 si afferma che «è necessario evitare che il riconoscimento della *kafalah* possa indurre – o almeno facilitare – atteggiamenti elusivi della normativa sulle adozioni internazionali. È necessario evitare il rischio che i cittadini in-

quelli islamici che non presentano una separazione tra la sfera laica e quella religiosa. Tali argomentazioni non sono state accolte e la questione pregiudiziale non solo è stata respinta, ma è stata anche ritenuta pretestuosa.⁷¹ Tuttavia, la prosecuzione dell'esame del disegno di legge da parte del Senato è stata rallentata dall'insorgere di ulteriori questioni concernenti soprattutto la procedura da attivare in caso di minore abbandonato, essendo stata ravvisata un'incongruenza tra la previsione dell'affidamento familiare e la regola generale della creazione di rapporti familiari stabili.⁷²

Già in occasione della costituzione di una commissione di studio in tema di adozioni internazionali era stata posta l'attenzione sull'opportunità di introdurre nell'ordinamento italiano le c.d. accoglienze innovative,⁷³ comprendenti la *kafalah* e gli istituti del soggiorno a scopo adottivo e dell'affidamento internazionale. Nel disegno di legge n. 1589 la *kafalah* era stata definita quale affidamento che si protrae fino alla maggiore età, distinguendola dall'adozione per la diversità delle caratteristiche e degli effetti.⁷⁴ Nella relazione allegata a tale disegno di legge era stato ritenuto che la *kafalah* presentasse maggiori analogie con l'adozione in caso di minore abbandonato, poiché l'*iter* procedurale comprendeva la dichiarazione di idoneità e la sua durata non era provvisoria, seppur nemmeno indeterminata. Essa era stata invece considerata più simile all'affidamento familiare qualora non fosse stato accertato lo stato di abbandono e i legami con la famiglia di origine non fossero stati rescissi.⁷⁵

Dal canto loro, gli artt. 4 e 5 del disegno di legge n. 1552, nel testo

travedano nell'affidamento *sub kafalah* una facile scorciatoia rispetto alle procedure previste dalla legge n. 184 del 1983. È evidente, quindi che non si deve in alcun modo incoraggiare, o perfino solo non ostacolare, la frode alla legge in generale – la frode di qualsiasi legge – e, in particolare, di una normativa a tutela di diritti fondamentali dei minori, per di più storicamente posta anche (o forse proprio) allo scopo di ostacolare il “*far west* adottivo”».

⁷¹ Cfr. il resoconto della seduta della Camera n. 252 del 25 giugno 2014, in cui è stato approvato il testo C. 1589. Sul punto, si richiama anche il disegno di legge presentato il 17 settembre 2013, laddove nell'Analisi tecnico-normativa, p. 30, viene riportata la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di conflitto tra istituti musulmani e principi sanciti dalla convenzione europea dei diritti dell'uomo, che ha riconosciuto la prevalenza dei valori della democrazia e della laicità dello Stato sul diritto alla libertà religiosa (sentenze 13 febbraio 2003, grande camera, *Refah Partisi e a. c. Turchia*, ric. n. 41340/98; e 16 novembre 2004, *Ünal Tekeli c. Turchia*, ric. n. 29865/96).

⁷² V. il verbale della seduta n. 1 del 15 luglio 2014 del Senato in sede referente, <http://www.senato.it>.

⁷³ Il decreto 26 luglio 2013 del Ministero della giustizia, che istituiva una commissione di studio in tema di adozioni internazionali, attribuiva ad essa, tra gli altri, il compito di valutare «l'opportunità della introduzione nell'ordinamento italiano delle c.d. accoglienze innovative: il riconoscimento della “kafala” come affidamento preadottivo dei minori orfani originari di Paesi di legge coranica e degli istituti del soggiorno a scopo adottivo e dell'affidamento internazionale» (reperibile al sito internet <http://www.giustizia.it>).

⁷⁴ Cfr. il disegno di legge n. 1589 presentato il 17 settembre 2013 cit.

⁷⁵ Relazione allegata al disegno di legge della Camera dei deputati n. 1589 presentato il 17 settembre 2013, p. 12.

trasmesso al Senato a seguito dell'approvazione in prima lettura da parte della Camera dei deputati,⁷⁶ relativi alle procedure da seguire a seconda che il minore non sia in stato di abbandono oppure sia abbandonato, avevano suscitato un ulteriore dibattito in sede referente e vari emendamenti alle norme di adeguamento. L'esame del disegno di legge n. 1552 ha conosciuto però uno sviluppo imprevisto il 17 febbraio 2015 con l'approvazione da parte del Senato della proposta di soppressione degli articoli (da 4 a 12 e 14) relativi alle norme di adeguamento,⁷⁷ che non compaiono perciò nel testo approvato definitivamente dalla Camera.⁷⁸ Sono pertanto rimaste nella citata legge n. 101/2015 le sole disposizioni che prevedono l'autorizzazione alla ratifica, l'ordine di esecuzione, l'individuazione dell'autorità centrale italiana, la clausola di invarianza finanziaria e la norma sull'entrata in vigore.⁷⁹

Questa brusca interruzione dell'esame delle norme di adeguamento è stata motivata con l'esigenza di procedere all'approvazione della legge di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione della convenzione in tempi rapidi, ritenuti incompatibili con l'esame dell'intero disegno di legge n. 1552, al fine di evitare il possibile avvio di una procedura di infrazione, preannunciato con l'invio delle lettere di diffida con cui la Commissione europea chiedeva al governo italiano di far conoscere le motivazioni all'origine del ritardo e il calendario preciso di adozione del c.d. disegno di legge di ratifica.⁸⁰ Va rilevato al riguardo che con le decisioni del 2002⁸¹

⁷⁶ Disegno di legge n. 1589 approvato dalla Camera dei deputati il 25 giugno 2014, in congiunzione con l'esame del disegno di legge del Senato n. 572, disposta il 23 ottobre 2014, e trasmesso dal Presidente della Camera dei deputati alla Presidenza il 1° luglio 2014 (disegno di legge n. 1552). Per l'*iter* di ratifica si rimanda al sito internet <http://www.senato.it>.

⁷⁷ Si veda il resoconto sommario n. 5 del 17 febbraio 2015 della seduta in sede referente del Senato. Le norme soppresse compongono il disegno di legge A.S. n. 1552-*bis* «Norme di adeguamento dell'ordinamento interno alla Convenzione sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, fatta all'Aja il 19 ottobre 1996» (entrambi reperibili al sito internet <http://www.senato.it>).

⁷⁸ Cfr. il disegno di legge n. A.C. 1589-B, trasmesso dal Senato in data 11 marzo 2015, reperibile al sito internet <http://www.camera.it>.

⁷⁹ Nel resoconto della seduta del 21 aprile 2015 cit., il presidente della Commissione II «invita le Commissioni ed il Governo a valutare la possibilità di inserire nel testo quella normativa di attuazione interna strettamente necessaria rispetto al contenuto della Convenzione, rinviando ad un secondo momento la previsione della restante normativa di attuazione» ed aggiunge che «si potrebbe verificare se sia opportuno prevedere almeno le disposizioni inerenti all'abbandono del minore previste nel testo approvato in prima lettura».

⁸⁰ Si veda la relazione allegata al disegno di legge n. 1589 cit., pp. 28 e 29.

⁸¹ Decisione 2003/93/CE del Consiglio, del 19 dicembre 2002, che autorizza gli Stati membri a firmare, nell'interesse della Comunità, la convenzione dell'Aia del 1996 concernente la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di potestà genitoriale e di misure di protezione dei minori, in *Gazz. Uff. Un. eur.*, n. L 48 del 21 febbraio 2003.

e del 2008⁸² il Consiglio ha autorizzato gli Stati membri rispettivamente a firmare e a ratificare la convenzione nell'interesse dell'allora Comunità.⁸³ Nella decisione del 2002 il Consiglio afferma che l'Unione ha competenza esclusiva per le disposizioni della convenzione che incidono sulle norme di diritto derivato dell'Unione stessa, mentre gli Stati mantengono le loro competenze nelle materie che, pur disciplinate dalla convenzione, non incidono sul diritto comunitario.⁸⁴ Non potendo l'Unione essere parte contraente della convenzione, che prevede tale possibilità solo per gli Stati, si è reso necessario che il Consiglio autorizzasse gli Stati membri, ai sensi dell'art. 2 par. 1 TFUE, ad agire congiuntamente nell'interesse dell'Unione stessa.⁸⁵ Da ciò deriva che gli Stati membri sono obbligati ad aderire alla convenzione in parola, configurandosi altrimenti un loro inadempimento che può essere oggetto di ricorso da parte della Commissione davanti alla Corte di giustizia.⁸⁶ Per non incorrere in una procedura d'infrazione, il nostro Paese ha dunque preferito procedere ad una mera ratifica e non proseguire con l'esame delle questioni più delicate, sollevate anche durante le audizioni davanti al Senato.⁸⁷

5. Volendo dare conto delle novità più significative contenute nelle norme di adeguamento previste dal disegno di legge n. 1552 prima del loro stralcio, si rileva come oggetto di dibattito è stata innanzitutto la stessa definizione di *kafalah* che, all'art. 3 par. 1 lett. *d*, viene intesa come una misura volta ad offrire assistenza legale a un minore, riguardando l'«assistenza giuridica, morale e materiale nonché la cura affettiva di un minore», in conformità a quanto disposto dall'art. 33 della convenzione. L'espressione utilizzata, però, ha un significato diverso nell'ordinamento interno, poiché indica «usualmente la difesa tecnica in un procedimento assicurata tramite avvocato ai sensi dell'art. 82 ss. cod. proc. civ.».⁸⁸ Con

⁸² Decisione 2008/431/CE del Consiglio, del 5 giugno 2008, che autorizza alcuni Stati membri a ratificare la convenzione dell'Aia del 1996 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, ovvero ad aderirvi, nell'interesse della Comunità europea e che autorizza alcuni Stati membri a presentare una dichiarazione sull'applicazione delle pertinenti norme interne del diritto comunitario, in *Gazz. Uff. Un. eur.*, n. L 151 dell'11 giugno 2008.

⁸³ In tal senso, cfr. anche Cass., 26 marzo 2015 n. 6134 cit.

⁸⁴ Considerando n. 3 della decisione 2008/431/CE. V. anche considerando n. 4 della decisione 2003/93/CE. Per tutti cfr. CLERICI, *Art. 81*, in POCAR, BARUFFI, *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, p. 504.

⁸⁵ Si veda, per un caso simile, la presa di posizione dell'avv. gen. Jääskinen, presentata il 13 maggio 2014, punto 29 ss., relativa al parere 1/13 della Corte di giustizia, grande sezione, del 14 ottobre 2014.

⁸⁶ Cfr., ad es., Corte di giustizia, 19 marzo 2002, in causa C-13/00, *Commissione c. Irlanda*.

⁸⁷ Tali audizioni, come da comunicazione nella seduta n. 3 del 13 gennaio 2015 del Senato in sede referente, sono reperibili al sito internet <http://www.senato.it>.

⁸⁸ In tal senso, Camera Nazionale Avvocati per la famiglia e i minorenni e analoga-

riferimento al diritto minorile, «di assistenza legale parla ad esempio l'art. 8 della legge n. 184/1983 affermandone la necessità nell'ambito del procedimento per la declaratoria di adottabilità per i genitori e il minorenni. Al successivo art. 10, proprio per assicurare tale assistenza legale, viene prevista la nomina di avvocati di ufficio per i genitori del minorenni del cui stato di adottabilità si deve decidere o per i parenti entro il IV grado se i genitori manchino». ⁸⁹ L'assistenza di cui si occupa il disegno di legge, che viene prestata dai *kafil* alle persone di età minore, è invece più ampia e complessa «rivestendo tutti gli aspetti della cura della persona, della sua assistenza morale e materiale, di responsabilità analoga per certi aspetti ma non identica a quella genitoriale o tutoria ai sensi degli artt. 315 e ss. cod. civ. come modificati dalla recente riforma sulla filiazione. Resta infatti esclusa, come indicato dalle sezioni unite [nel 2013], proprio la rappresentanza legale». ⁹⁰

Nel medesimo art. 3 era altresì prevista la necessità che per l'istituzione della *kafalah* venisse adottato un provvedimento giudiziale, rimanendo pertanto escluso l'atto negoziale che trae origine dall'accordo tra privati. Ciò risultava in linea con quelle interpretazioni giurisprudenziali che ritengono antielusivo solo un provvedimento di natura giudiziale, essendo necessario un controllo pubblicistico sulle condizioni e sui requisiti alla base della concessione dell'affidamento mediante *kafalah*, anche nell'intento di tutela dell'interesse superiore del minore.

Negli artt. 4 e 5 venivano introdotte le procedure da seguire al fine di ricevere il minore straniero in assistenza legale tramite *kafalah* o istituto analogo. Queste si differenziavano a seconda che si trattasse di minore non in stato di abbandono, venendo la relativa competenza attribuita al Ministero della giustizia-Dipartimento per la giustizia minorile, oppure di minore abbandonato, di competenza della Commissione per le adozioni internazionali («CAI»). Entrambe le discipline prevedevano che, dopo l'accertamento dei requisiti indicati, l'ufficio consolare italiano competente rilasciasse il visto d'ingresso e che al minore venisse consegnato un «permesso di soggiorno per assistenza legale» biennale, rinnovabile previo controllo della sussistenza delle condizioni richieste per l'ingresso. In tutti e due i casi, lo *status* del minore entrato in Italia in regime di assistenza legale veniva equiparato a quello del minore italiano affidato poiché era previsto che egli avrebbe goduto «di tutti i diritti riconosciuti dalla legislazione italiana al minore in affidamento familiare». ⁹¹

Relativamente ad entrambe le procedure erano state evidenziate alcu-

mente l'Unione forense per la tutela dei diritti umani, nell'ambito delle audizioni tenute nel corso dell'*iter* di ratifica, reperibili al sito internet <http://www.senato.it>.

⁸⁹ *Ivi.*

⁹⁰ *Ivi.*

⁹¹ Disegno di legge n. 1552 art. 4 comma 7 e art. 5 comma 11.

ne incongruenze. Con riferimento al caso del minore non abbandonato, non veniva specificata la temporaneità dell'istituto introdotto e mancavano le definizioni delle «strutture di accoglienza» e le indicazioni per l'individuazione della «persona» o «famiglia» presso cui avrebbe dovuto essere collocato il minore.⁹² Inoltre, la competenza procedurale avrebbe dovuto spettare alla CAI, in quanto autorità esperta nell'ambito della cooperazione internazionale per le adozioni.⁹³ Infine, non compariva alcuna previsione che richiamasse la considerazione della tutela del superiore interesse del minore, che era invece contenuta nell'art. 5. In quest'ultima norma, al comma 12, era disposto che ai coniugi che accoglievano il minore venissero conferite le funzioni di tutore e protutore. Tuttavia, l'attribuzione di tali funzioni contrastava con la disciplina dell'ordinamento di provenienza il quale prevedeva che questa rimaneva in capo all'autorità del Paese di origine.⁹⁴ Non pareva poi adeguato il regime della tutela del minore in stato di abbandono, ovvero l'istituto dell'affidamento familiare poiché era «di per sé idoneo a tutelare situazioni di temporanea difficoltà familiare».⁹⁵ A ciò si aggiungeva la mancata previsione della creazione di un rapporto stabile.⁹⁶ Alcune osservazioni critiche riguardavano l'art. 5 comma 13⁹⁷ ritenuto «di indubbia interpretazione e di incerta portata perché il minore è già in stato di abbandono».⁹⁸ Sulla base di tale norma si sarebbe potuto infatti aprire una procedura di adottabilità, parallela a quella disciplinata dalla legge n. 184/1983,⁹⁹ configurando «un evidente aggiramento della stessa convenzione, che esclude in maniera esplicita dal proprio campo di applicazione l'accertamento e la contestazione della filiazione, la decisione sull'adozione e le misure che la preparano, nonché l'annullamento e la revoca dell'adozione».¹⁰⁰

Gli emendamenti presentati al testo del disegno di legge n. 1552 tenevano conto delle considerazioni sopra richiamate.¹⁰¹ In particolare, la

⁹² Così Associazione Amici dei bambini, Associazione Italiana dei magistrati per i minorenni e per la famiglia nell'ambito delle audizioni.

⁹³ Si veda l'intervento di Carmela Cavallo, presidente del Tribunale per i minorenni di Roma, e dell'Associazione Italiana dei Magistrati per i minorenni e per la famiglia, nell'ambito delle audizioni.

⁹⁴ Cfr. l'intervento della Camera Nazionale Avvocati per la famiglia e i Minorenni, nell'ambito delle audizioni.

⁹⁵ Si veda l'intervento dell'Associazione Amici dei bambini nell'ambito delle audizioni.

⁹⁶ Cfr. l'intervento dell'Associazione Italiana dei Magistrati per i minorenni e per la famiglia nell'ambito delle audizioni.

⁹⁷ Esso prevede l'applicazione, in quanto compatibili, delle «disposizioni degli articoli 33, 37 e 37-bis della legge 4 maggio 1983, n. 184, e successive modificazioni».

⁹⁸ Su cui, si veda l'intervento dell'Associazione Italiana dei Magistrati per i minorenni e per la famiglia e dell'Associazione ARIETE nell'ambito delle audizioni.

⁹⁹ Si veda l'intervento del CIAI - Centro Italiano Aiuti all'Infanzia nell'ambito delle audizioni.

¹⁰⁰ *Ivi* e art. 4 lett. b della convenzione.

¹⁰¹ Cfr. il resoconto sommario n. 4 del 10 febbraio 2015.

reformulazione degli artt. 4 e 5 prevedeva, rispettivamente, il riferimento alla temporaneità della misura e il carattere permanente della situazione del minore abbandonato che ha fatto ingresso in Italia. Si sarebbe così instaurato un procedimento destinato a concludersi con la pronuncia di adozione legittimante o in casi particolari *ex art. 44 della legge n. 184/1983*, senza però prevedere se gli effetti si sarebbero prodotti anche nei confronti di eventuali parenti stranieri.¹⁰²

Pur in assenza delle norme di adeguamento, qualora si tratti di un caso di ricongiungimento familiare o di richiesta di adozione di minore affidato mediante *kafalah*, occorre ora fare riferimento alla convenzione dell'Aja del 1996, anche in virtù del rinvio operato dall'art. 42 della legge n. 218/1995. Nonostante la suddetta convenzione imponga il riconoscimento automatico delle misure di protezione, rimangono aperte ancora alcune questioni. Le domande riguardanti quale sia la procedura da seguire e soprattutto quale sia l'autorità competente (giudiziaria o amministrativa, prevista negli artt. 5 e 33 della convenzione) troveranno una risposta solo con una (auspicata) futura regolamentazione. In particolare, nei casi in cui venga chiesto il riconoscimento della *kafalah* ai fini dell'adozione, rimane il dubbio se una pronuncia in tal senso possa essere emessa. È pur vero che la stessa convenzione esclude dal proprio ambito di applicazione all'art. 4 lett. *b* le decisioni «sull'adozione e le misure che la preparano, nonché l'annullamento e la revoca dell'adozione». Oltretutto, in considerazione del fatto che l'istituto della *kafalah* non è ricompreso nell'oggetto della convenzione dell'Aja del 1993, poiché il rapporto che si viene ad instaurare mediante i diversi istituti di diritto interno ivi previsti è definitivo,¹⁰³ pare di poter dedurre la volontà di non assimilare la *kafalah* all'adozione. Non si può nemmeno ricondurre l'istituto islamico alla definizione di adozione non legittimante, pur compresa nell'ambito della convenzione del 1993. Infatti, proprio l'aver previsto anche tale forma di adozione era stata una scelta volta a far aderire il maggior numero possibile di Stati.¹⁰⁴

6. Sulla base delle considerazioni svolte, si può concludere che la disciplina che sarebbe stata introdotta con le norme di adeguamento contenute nel disegno di legge esaminato forse non sarebbe stata del tutto conforme e rispettosa delle caratteristiche proprie della *kafalah*, così come

¹⁰² Si veda l'emendamento n. 6.1 relativo all'art. 6 nel resoconto sommario n. 4 del 10 febbraio 2015.

¹⁰³ Proprio questo effetto giustifica la mancata ratifica della convenzione in parola da parte dei Paesi islamici: TUO, *Riconoscimento degli effetti delle adozioni straniere* cit., pp. 44, 62.

¹⁰⁴ MOROZZO DELLA ROCCA, *La riforma dell'adozione internazionale: commento alla L. 31 dicembre 1998, n. 476*, Torino, 1999, p. 7.

prevista dall'ordinamento islamico quale misura di protezione dei minori abbandonati, ma sicuramente avrebbe contribuito a fare chiarezza. Il previsto regime di assistenza legale creerebbe infatti uno *status* che comprenderebbe alcuni effetti propri dell'adozione, dell'affidamento familiare e della tutela, risolvendo in tal modo il problema dell'individuazione degli effetti giuridici da riconoscere alla *kafalah* che in quanto tale non ha rispondenza in nessuno degli istituti ora menzionati. Tale soluzione sarebbe in ogni caso preferibile rispetto a quella prospettata nel decreto del Ministero della giustizia del 26 luglio 2013 che si riferiva alla *kafalah* come una forma di accoglienza innovativa riconducibile all'istituto dell'affidamento preadottivo.¹⁰⁵

Ad una più adeguata soluzione potrebbe peraltro portare la conclusione, consentita dall'art. 52 della convenzione dell'Aja del 1996, di accordi bilaterali tra l'Italia e i Paesi di provenienza dei minori abbandonati,¹⁰⁶ con la finalità di predisporre una disciplina dell'istituto della *kafalah*, individuando caratteristiche ed effetti che possano essere riconosciuti e valere in entrambi gli Stati in modo da non creare situazioni anomale o claudicanti.

ABSTRACT: *The issue of recognition in the Italian legal system of kafalah, the instrument used in Islamic countries to take care of abandoned children or children living in poverty, has been addressed by the Italian courts in relation to the right of family reunification and adoption. The aim of this paper is to analyse judgment No 226 of the Juvenile Court of Brescia, which in 2013 rejected a request to adopt a Moroccan child, made by Italian spouses, on the grounds that the Islamic means of protection of children is incompatible with the Italian rules. The judges followed judgment No 21108 of the Italian Supreme Court, issued that same year. However, the ratification of the 1996 Hague Convention on parental responsibility and measures to protect minors, which specifically mentions kafalah as one of the instruments for the protection of minors, may involve an adjustment of our legislation. A bill submitted to the Italian Parliament in June 2014 was going in this direction, defining kafalah as «custody or legal assistance of a child». However, in light of the delicate question of compatibility between the Italian legal system and kafalah, the Senate decided to meditate further on how to implement kafalah in Italian law. Therefore, all rules on the implementation of kafalah have been separated from ratification of the Hague Convention and have been included in a new bill.*

¹⁰⁵ In tale decreto cit., il Ministero della giustizia costituiva una commissione di studio in tema di adozioni internazionali; cfr. anche *supra*, nota 74.

¹⁰⁶ Sull'opportunità di concludere accordi bilaterali, v. PIZZOLANTE, *La kafala islamica* cit., p. 954.

GIURISPRUDENZA ITALIANA

TRIBUNALE DI TORINO, SEZ. IMPRESE, ordinanza 13 maggio 2013

Presidente, SCOTTI – Giudice Rel., RIZZI

A.C.S.A. s.r.l. contro Skoda Auto a.s.

*Non sussiste la giurisdizione italiana in ordine alla concessione di un sequestro giudiziario di beni chiesto nei confronti di una società avente sede nella Repubblica ceca e da eseguirsi in tale Paese, in presenza di una clausola di deroga della giurisdizione in favore dei giudici di quello Stato membro dell'Unione europea, stipulata tramite il richiamo, nel contratto di compravendita, delle condizioni generali di acquisto disponibili sul sito Internet della parte acquirente e che quindi soddisfa il requisito della forma scritta ai sensi dell'art. 23 del regolamento (CE) n. 44/2001 del 20 dicembre 2000, in quanto, ai sensi dell'art. 31 dello stesso regolamento, detto provvedimento cautelare può essere richiesto al giudice italiano solo se dev'essere eseguito in Italia o se il giudice italiano può conoscere della futura causa di merito.**

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO - MOTIVI DELLA DECISIONE. La A.C.S.A. s.r.l. propone reclamo, ex art. 669-terdecies cod. proc. civ., contro l'ordinanza del 25 marzo 2013 emessa dal Tribunale delle imprese di Torino in composizione monocratica, ai sensi dell'art. 670 cod. proc. civ., con la quale è stato respinto il ricorso da lei proposto volto ad ottenere il sequestro giudiziario, ex art. 670 n. 2 cod. proc. civ., di 24 stampi prodotti dalla ricorrente (strumentali alla produzione di autoveicoli) e consegnati a Skoda Auto a.s. (presso la sua sede, nella Repubblica ceca) nell'ambito di un contratto di appalto internazionale concluso tra le parti in data 20 marzo 2012.

Assume che il suddetto sequestro è necessario per desumere, all'esito di istruttoria tecnica, quale fosse lo stato degli stampi al momento della consegna al fine comprovare le domande proponende nella (futura) causa di merito che avrà ad oggetto (anche) il pagamento del residuo corrispettivo contrattuale.

Chiede la riforma del provvedimento in questione (che ha ritenuto inammissibile l'istanza di sequestro poiché gli stampi non rappresenterebbero una prova diretta degli assunti sostenuti che, invece, potrebbero essere comprovati con un accertamento tecnico preventivo) spiegando che il sequestro di prove può essere concesso anche in relazione ad una fattispecie attinente a prove costituenti.

Si costituisce in sede di reclamo la Skoda Auto a.s. ribadendo l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice italiano (disattesa dal giudice di prima istanza)

* L'ordinanza resa dalla Cass., s.u., 9 marzo 2012 n. 3693, citata in motivazione, è pubblicata in questa *Rivista*, 2013, p. 144 ss.

a favore del giudice della Repubblica ceca in forza di apposita clausola negoziale di deroga e chiedendo, in subordine, la conferma del provvedimento reclamato.

Il provvedimento del giudice di prime cure dev'essere revocato, *ex art. 669-terdecies*, quinto comma cod. proc. civ., ed il ricorso dev'essere dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice italiano.

In via pregiudiziale è bene sottolineare che parte reclamata non era tenuta a proporre reclamo incidentale sulla questione di giurisdizione giacché (applicandosi al reclamo i principi in tema di impugnazioni discendenti dall'art. 333 cod. proc. civ.) non è necessaria la proposizione del gravame incidentale della parte totalmente vittoriosa che voglia far riesaminare dal giudice dell'impugnazione eccezioni assorbite o risolte sfavorevolmente (Cass., n. 6444/2009).

Ai sensi dell'art. 31 del regolamento (CE) n. 44/2001 del 22 dicembre 2000, «i provvedimenti provvisori o cautelari previsti dalla legge di uno Stato membro possono essere richiesti al giudice di detto Stato anche se, in forza del presente regolamento, la competenza a conoscere nel merito è riconosciuta al giudice di un altro Stato membro».

Ne consegue che il provvedimento cautelare oggetto del presente procedimento può essere richiesto al giudice italiano solo se dev'essere eseguito in Italia o se il giudice italiano può conoscere della futura causa di merito.

Entrambe le ipotesi devono essere escluse sulla base degli atti di causa.

L'esecuzione del richiesto provvedimento cautelare non può essere, infatti, eseguito (*sic*) in Italia poiché gli stampi da sequestrare si trovano nella Repubblica ceca già dal gennaio del 2013 (...).

Neppure può dirsi che il giudice italiano sia competente a conoscere della (futura) causa di merito.

Ai sensi dell'art. 23 del regolamento (CE) n. 44/2001 del 22 dicembre 2000, «qualora le parti, di cui almeno una domiciliata nel territorio di uno Stato membro, abbiano attribuito la competenza di un giudice o dei giudici di uno Stato membro a conoscere delle controversie, presenti o future, nate da un determinato rapporto giuridico, la competenza esclusiva spetta a questo giudice o ai giudici di questo Stato membro. Detta competenza è esclusiva salvo diverso accordo tra le parti. La clausola attributiva di competenza deve essere conclusa:

a) per iscritto o oralmente con forma scritta, o...

c) nel commercio internazionale, in una forma ammessa da un uso che le parti conoscevano o avrebbero dovuto conoscere e che, in tale campo, è ampiamente conosciuto e regolarmente rispettato dalle parti di contratti dello stesso tipo nel ramo commerciale considerato».

Il preliminare verbale di negoziazione del contratto oggetto del presente procedimento, sottoscritto dal legale rappresentante della A.C.S.A. s.r.l. in data 19 gennaio 2012 (...), prevede espressamente, nell'unico foglio, sotto la voce «accordo»: «si applicano le condizioni generali di Skoda Auto a.s.».

Il contratto definitivo stipulato tra le parti, e sottoscritto in data 20 marzo 2012 dalla A.C.S.A. s.r.l. (...), prevede espressamente (nella prima pagina di detto contratto) che «la Skoda Auto a.s. ...assegna un ordine in conformità alle seguenti condizioni e Condizioni generali di acquisto Skoda Auto a.s. (versione DE 090330), che si possono visionare su www.vwgroupsupply.com».

In particolare, l'art. XIV delle suddette Condizioni generali di acquisto Sko-

da prevede che «per tutte le controversie che dovessero nascere in base o in relazione al presente contratto è competente il Tribunale della Repubblica ceca nella circoscrizione del quale si trova la sede della società Skoda Auto».

Il suddetto rinvio contenuto nel contratto (che fa espresso riferimento alle Condizioni generali di contratto della Skoda Auto a.s. ed indica specificamente il sito Internet ove sono contenute) ha i requisiti sufficienti al fine di poter ritenere soddisfatto il dettato dell'art. 23 del regolamento (CE) n. 44/2001 che prevede, appunto, come la clausola attributiva di competenza debba essere conclusa «per iscritto o oralmente con conferma scritta».

Non è, infatti, affatto necessario che le suddette Condizioni generali siano materialmente allegate al contratto concluso tra le parti o che nello stesso vi sia un riferimento specifico alla clausola di «proroga della competenza».

Come ha avuto modo di sottolineare la Suprema Corte, infatti, in tema di proroga della giurisdizione in favore di uno Stato membro dell'Unione europea, prevista dall'art. 23 del regolamento (CE) n. 44/2001, la necessità della forma scritta della clausola che la prevede è soddisfatta anche quando essa non sia contenuta nel contratto sottoscritto dalle parti, ma sia inserita in altro documento o formulario, al quale il contratto rinvia, quando risulti chiaramente che il rinvio investe in modo chiaro tutte le clausole del documento richiamato e che le parti abbiano voluto una *relatio perfecta* anche della clausola di proroga (Cass., s.u., n. 3693/2012). Proprio come avviene nel caso oggetto del presente giudizio, ove (in base allo specifico rinvio di cui alla pag. 1 del suddetto contratto) l'ordine «è assegnato» «in conformità alle... Condizioni generali di acquisto Skoda Auto a.s.» e, quindi, a tutte le clausole delle condizioni generali del contratto di cui all'indicato sito Internet.

Del resto, come ha già sottolineato la Suprema Corte, la previsione, fra le condizioni predisposte che si assumono conosciute dal contraente, di condizioni che si prevedano valide se espressamente richiamate, non va intesa nel senso che ciò implichi necessariamente che il richiamo di tali condizioni particolari nel contratto debba avvenire con l'indicazione specifica di ciascuna clausola (perché ciò implicherebbe un richiamo non solo espresso, ma anche specifico), bensì nel senso che il richiamo può avvenire per tutte le dette condizioni con un generico riferimento alle condizioni particolari, con la conseguenza che la previsione contrattuale in via generica dell'operatività delle clausole particolari dev'essere intesa come volontà delle parti di far divenire clausole del contratto tutte le condizioni particolari (Cass., n. 19140/2005): in riferimento al caso oggetto del presente giudizio ed alle norme ad esso applicabili, quindi, anche quelle di proroga della giurisdizione.

Quanto suddetto vale, a maggior ragione, poiché nel contratto oggetto del presente procedimento (...) le parti, nel prevedere che «il fornitore non ha diritto di cedere o ipotecare i propri crediti nei confronti della Skoda Auto a.s. Non si applica l'art. VII comma IV delle Condizioni generali di acquisto Skoda Auto a.s., versione DE 090330» (*sic*), hanno specificamente derogato proprio ad una delle suddette Condizioni generali dimostrando, così, proprio tramite il contenuto del contratto da loro sottoscritto, non solo di conoscerle, ma anche di volerle espressamente applicare tutte, come comprova il fatto che l'unica che non volevano applicare l'hanno specificamente derogata.

Il richiamo contenuto nel contratto concluso tra le parti, quindi, soddisfa il requisito della forma scritta previsto dall'art. 23 del regolamento (CE) n. 44/2001

per la validità della clausola di «proroga della competenza», tanto più che tale requisito di forma va individuato anche alla luce di una complessiva interpretazione dell'art. 23 del regolamento (CE) n. 44/2001, il cui primo comma lett. *c* prevede che tale clausola può essere conclusa «nel commercio internazionale, in una forma ammessa da un uso che le parti conoscevano o avrebbero dovuto conoscere e che, in tale campo, è ampiamente conosciuto e regolarmente rispettato dalle parti di contratti dello stesso tipo nel ramo commerciale considerato».

Ora, è proprio nei rapporti commerciali relativi alle relazioni negoziali dei produttori di automobili con i loro fornitori che sono molto spesso previste clausole di proroga della giurisdizione ai sensi dell'art. 23 del regolamento (CE) n. 44/2001 (com'è possibile verificare attraverso i siti Internet delle aziende BMW, Mercedes, Steyr Motors, Bentley, Seat, ecc.).

Ne consegue che, pur non volendo ritenere direttamente applicabile, nel caso oggetto del presente procedimento, il relativo primo comma lett. *c* dell'art. 23 del regolamento (CE) n. 44/2001, certamente la sussistenza del requisito della richiesta forma scritta dev'essere valutata anche alla luce della effettiva conoscibilità, tramite il rinvio contenuto nel contratto, della clausola di proroga della giurisdizione da parte di un professionista (come il reclamante) che opera proprio nello specifico settore commerciale dove tali clausole sono particolarmente diffuse.

Per i motivi suddetti, in conclusione, il reclamo dev'essere dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione.

Le spese legali della presente fase del procedimento seguono la soccombenza, liquidate come in dispositivo, mentre resta ferma la statuizione di compensazione delle spese della precedente fase del processo in assenza di reclamo incidentale sul punto.

P.Q.M., il Tribunale, visto l'art. 669-*terdecies* cod. proc. civ.; respinta ogni diversa istanza, eccezione e deduzione; revoca il provvedimento cautelare impugnato emesso dal Tribunale di Torino, sez. I, delle imprese, in data 25 marzo 2013, ferma restando la statuizione relativa sulle spese; dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice italiano il ricorso proposto dalla A.C.S.A. s.r.l., in persona del legale rappresentante, contro la Skoda Auto a.s., in persona del legale rappresentante; dichiara tenuta e condanna parte reclamante a pagare a parte reclamata la somma...

CORTE DI CASSAZIONE (S.U.), ordinanza 20 settembre 2013 n. 21589

Primo Presidente (f.f.), PREDEN – Consigliere Rel., TRAVAGLINO – P.M., RUSSO (concl. diff.)

Banca Agricola Commerciale della Repubblica di San Marino s.p.a. (avv. Vasi, Turini)
contro Gasperoni (avv. Campana).

Atteso che l'acquisto di titoli obbligazionari emessi da uno Stato estero è ricompreso nella categoria dei contratti conclusi da consumatori, oggetto della sezione 4

del regolamento (CE) n. 44/2001 del 22 dicembre 2000, sussiste la giurisdizione italiana, in forza dell'art. 16 del suddetto regolamento, richiamato dall'art. 3 comma 2 della legge 31 maggio 1995 n. 218, con riguardo a un'azione promossa da un consumatore domiciliato in Italia contro una banca con sede in San Marino, avente per oggetto l'accertamento della nullità (o la risoluzione) degli ordini di acquisto di titoli obbligazionari emessi dall'Argentina e la condanna della convenuta alla restituzione degli importi versati e al risarcimento dei danni.

*In forza dell'art. 17 del regolamento (CE) n. 44/2001, richiamato dall'art. 3 comma 2 della legge n. 218/1995, il quale prevale sull'art. 4 comma 2 della medesima legge, risulta inefficace una clausola di deroga della giurisdizione italiana a favore del giudice di San Marino conclusa tra le parti all'atto della stipula del contratto di deposito titoli.**

IN FATTO E IN DIRITTO. Angelo Gasperoni, nel convenire in giudizio dinanzi al Tribunale di Rimini la Banca Agricola Commerciale s.p.a. (con sede in San Marino), presso la quale aveva un conto deposito titoli, a seguito del *default* dello Stato argentino – del quale aveva acquistato obbligazioni per il tramite del predetto istituto di credito –, chiese che l'adita autorità giudiziaria dichiarasse la nullità (o in subordine la risoluzione) degli ordini di acquisto dei titoli obbligazionari, con conseguente condanna della convenuta alla restituzione degli importi versati e in ogni caso al risarcimento dei danni.

La Banca Agricola Commerciale eccepì, *in limine litis*, il difetto di giurisdizione del giudice italiano, chiedendo poi, in subordine, il rigetto della domanda nel merito. Successivamente, con atto notificato l'11 gennaio 2012, ha proposto il presente regolamento di giurisdizione, del quale il Gasperoni ha chiesto in via principale l'inammissibilità, in subordine il rigetto, con conseguente declaratoria della giurisdizione del giudice italiano.

Alla decisione del caso di specie è necessario premettere che queste stesse Sezioni Unite, con due ordinanze recanti il n. 9308 e il n. 9309 del 2010, anch'esse relative a controversie del medesimo tenore di quella in esame, si erano così pronunciate: «Come espressamente previsto dall'art. 4 della legge di riforma del diritto internazionale privato, la giurisdizione italiana può essere oggetto di legittima convenzione derogatoria se questa (come nella specie) sia provata per iscritto e la causa verta su diritti disponibili.

«Come condivisibilmente sostenuto dall'istituto di credito ricorrente, la controversia oggetto della presente questione attiene a diritti pienamente disponibili (negoiazione ed acquisto di titoli obbligazionari), e le eventuali disposizioni sulla inderogabilità della competenza territoriale – segnatamente quelle in tema di controversie che vedano coinvolti, in qualità di parte, i consumatori – non spieghino influenza sulla convenzione di proroga poiché le regole di competenza interna possono operare nel solo caso in cui sia pregiudizialmente accertata la giurisdizione del giudice italiano.

* Tra le pronunce citate in motivazione possono leggersi in questa *Rivista*: Cass., s.u., ord. 5 maggio 2006 n. 10312, *ivi*, 2006, p. 1076 ss.; ord. 20 febbraio 2013 n. 4211, *ivi*, 2013, p. 482 ss.

«L'accordo sulla competenza giurisdizionale risulta, peraltro, del tutto conforme alla normativa della Repubblica di San Marino – alla legge sostanziale, cioè, destinata a regolare la convenzione negoziale secondo la libera scelta dei contraenti, scelta a sua volta conforme al disposto dell'art. 57 della legge n. 218/1995, per quanto attiene al rilievo conferito alla *electio legis et fori* quale criterio di individuazione della normativa applicabile in caso di controversia giudiziaria.

«E ciò non senza considerare che la clausola in parola non potrebbe in alcun caso essere considerata vessatoria ai sensi della normativa del Paese ove la convenzione di proroga risulta stipulata, non essendo ipotizzabile che la scelta della giurisdizione dello Stato in cui ha sede la controparte comporti uno squilibrio nei diritti e negli obblighi riferibili al consumatore.

«Risultano pertanto assorbiti gli ulteriori motivi di ricorso che (peraltro correttamente) rappresentavano a questa Corte la imprevedibilità (*sic*) della giurisdizione italiana anche in mancanza di valido accordo di proroga, non essendo legittimamente applicabili, nella specie, le norme rilevanti *in parte qua* della convenzione di Bruxelles del 1968 (in particolare, l'art. 13, esulando la fattispecie dalle ipotesi di contratti relativi alla vendita o fornitura di servizi e beni mobili materiali) e del regolamento (CE) n. 44/2001 (in particolare, l'art. 5 n. 3, atteso che la rilevanza dell'evento di danno, *quoad iurisdictionis*, è limitata al solo luogo del danno iniziale e non anche a quello della successiva propagazione di ogni e qualsivoglia conseguenza dannosa: Cass., s.u., n. 10312/06)».

A tale giurisprudenza, peraltro, queste stesse Sezioni Unite non hanno ritenuto di poter dare ulteriore seguito.

Si è, difatti, ritenuto, con la successiva pronuncia di cui a Cass., s.u., ord. 20 febbraio 2013 n. 4211 (RG 23196/2011, decisa all'udienza del 22 maggio 2012) che, dalla premessa secondo la quale l'acquisto di titoli obbligazionari emessi da uno Stato estero deve essere espressamente ricompreso nella categoria dei contratti con i consumatori, fosse necessario trarre la inevitabile conseguenza che la relativa azione, al di là ed a prescindere da eventuali clausole di proroga sottoscritte dallo stesso consumatore, possa essere legittimamente esercitata dinanzi al giudice del domicilio del predetto soggetto, contrariamente a quanto non condivisibilmente opinato da parte ricorrente al folio 9 ss. dell'odierno atto di impugnazione.

Prevalente sulla disposizione dell'art. 4 comma 2 della legge n. 218/1995 (a mente della quale la giurisdizione italiana può essere oggetto di legittima convenzione derogatoria se questa sia provata per iscritto e la causa verta su diritti disponibili), difatti, deve ritenersi la norma di cui all'art. 3 comma 2 della medesima legge, secondo la quale – vertendosi in tema di contratti del consumatore – si applicano le disposizioni della sezione III del regolamento (CE) n. 44/2001.

La prevalenza della specifica disciplina in tema di deroga alla giurisdizione, così come sancita dall'art. 17 del citato regolamento – che ammette la legittimità della deroga *de qua* solo se pattuita posteriormente alle regole di competenza stabilite dal precedente art. 16, nel cui ambito è la competenza del domicilio dell'attore/consumatore – impone, pertanto, la declaratoria di giurisdizione del giudice italiano.

Tanto è a dirsi, inoltre, anche alla luce delle disposizioni della Carta di Nizza (trasfusa nel trattato di Lisbona, entrato in vigore in Italia il 1° dicembre 2009), il cui art. 38, in particolare, dispone e garantisce «un alto livello di protezione dei consumatori».

P.Q.M., la Corte rigetta il ricorso e dichiara la giurisdizione del giudice italiano.

TRIBUNALE PER I MINORENNI DI BRESCIA, sentenza 23 dicembre 2013

Presidente, GATTO – Giudice Rel., CAPRIOLI – P.M.

Sul ricorso presentato da **F.N.E.** e **E.S.B.** (avv. Bellitti, Bini).

Ai sensi degli artt. 9 e 40 della legge 31 maggio 1995 n. 218, sussiste la giurisdizione italiana in una causa concernente un minore affidato in kafalah residente in Italia nei confronti del quale i ricorrenti, cittadini italiani e residenti in Italia, chiedono una pronuncia di adozione in casi particolari.

Alla luce della sua natura di provvedimento relativo all'affidamento di un minore, un provvedimento di kafalah pronunciato da un tribunale del Marocco non può costituire la base per una pronuncia di adozione ex art. 44 lett. d della legge 4 maggio 1983 n. 184.

*Ai sensi dell'art. 66 della legge n. 218/1995, relativo ai provvedimenti stranieri di volontaria giurisdizione (anche) in materia di diritto di famiglia e della persona, un provvedimento di kafalah pronunciato da un tribunale del Marocco può essere dichiarato efficace in Italia.**

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. Con ricorso depositato in data 11 marzo 2010 F.N.E. e E.S.B. esponevano quanto segue: avevano contratto matrimonio il 6 gennaio 2001 ed erano cittadini italiani; entrambi svolgevano regolare attività lavorativa ed erano proprietari dell'immobile in cui vivevano; su loro richiesta, in data 23 agosto 2006 il Tribunale di prima istanza di Fquilh Ben Salah, aveva disposto la presa in carico del minore A. nato il 16 giugno 2006, figlio di padre ignoto, e successivamente il medesimo Tribunale, con sentenza del 12 ottobre 2006, li aveva dichiarati affidatari del minore; il Tribunale, con la medesima sentenza, a seguito di rinuncia ad ogni diritto sul figlio della madre naturale, aveva attribuito al bambino il cognome dei coniugi F. In forza dell'art. 30, sesto comma

* Si veda il commento della dott. Peraro a questa sentenza, a p. 541 ss. di questo fascicolo della *Rivista*, nella quale sono state riprodotte le seguenti sentenze citate in motivazione: Cass., 4 novembre 2005 n. 21395, *ivi*, 2006, p. 791 ss.; 23 settembre 2011 n. 19450, *ivi*, 2012, p. 731 ss.; s.u., 16 settembre 2013 n. 21108, *ivi*, 2014, p. 144 ss.

del d.lgs. n. 286/1998 i ricorrenti avevano chiesto ed ottenuto il ricongiungimento con il bambino. Nonostante l'opposizione del Ministero degli esteri la Corte di Appello di Brescia, con decreto 25 novembre 2009, aveva autorizzato il ricongiungimento. Attualmente A. si trovava in Italia presso l'abitazione dei coniugi F., era stato inserito nel sistema scolastico e si era integrato completamente nel tessuto sociale del piccolo paese di V. I genitori degli adottanti avevano prestato l'assenso pur trattandosi di adozione non legittimante.

Tutto ciò premesso, i ricorrenti chiedevano a questo Tribunale di disporre in loro favore l'adozione del piccolo A. F. ai sensi dell'art. 44 lett. *d* della legge n. 184/1983.

I ricorrenti venivano sentiti in data 4 marzo 2011, veniva disposta un'indagine sul nucleo familiare e venivano acquisite informazioni dai Carabinieri.

Dopo il deposito di una memoria integrativa in data 28 settembre 2012 in cui si insisteva nella richiesta di pronuncia di adozione del minore in loro favore, acquisito il parere del PM in sede, la causa veniva discussa e decisa in camera di consiglio in data 17 settembre 2013.

MOTIVI DELLA DECISIONE. Preliminarmente questo Tribunale ritiene di potere affermare la propria giurisdizione a conoscere della presente causa ai sensi dell'art. 9 della legge n. 218/1995 atteso che il provvedimento richiesto concerne un minore residente in Italia ovvero ai sensi dell'art. 40 della l. 31 maggio 1995 n. 218 dal momento che i ricorrenti sono cittadini italiani e comunque residenti in Italia.

Ciò premesso, giova ricordare che l'art. 44 lett. *d* della legge n. 184/1983 consente l'adozione di un minore quando vi sia la constatata impossibilità di un affidamento preadottivo: come è noto, a tale tipo di adozione si ricorre di frequente in caso di minori legittimamente ed irreversibilmente collocati o affidati presso nuclei etero-familiari. Proprio in questi casi si ritiene che l'esistenza di un valido rapporto affettivo tra il minore e gli affidatari integri gli estremi della impossibilità di affidamento preadottivo perché l'interruzione del rapporto affettivo con gli affidatari ed il collocamento presso altra famiglia in sede di affidamento preadottivo cagionerebbe al bambino grave pregiudizio.

Come è noto, inoltre, tale tipo di adozione è consentita anche a persone non coniugate o separate e prive dei requisiti di età richiesti dall'art. 6 per l'adozione legittimante (è richiesta solo una differenza di almeno 18 anni tra adottante ed adottato).

Tale istituto, poiché non si configura come un'adozione legittimante, non esclude che il minore, anche dopo la pronuncia di adozione, possa mantenere i rapporti con la famiglia d'origine, rapporti che nella maggior parte dei casi non sono stati interrotti perché previsti nell'ambito del provvedimento che ha disciplinato l'affidamento etero-familiare e che spesso è inopportuno recidere completamente, come invece dovrebbe avvenire se si addivenisse ad un'adozione legittimante.

Infine, a livello successorio il minore eredita dall'adottante mentre non si crea un rapporto ai fini della successione con i parenti dell'adottante. Tale tipo di adozione si presenta insomma come uno strumento duttile idoneo a definire situazioni di minori che si trovano da tempo in affidamento etero-familiare e che, da un lato, non possono rientrare presso la famiglia d'origine non essendo venuta meno quell'inidoneità della stessa ad accoglierli che, a suo tempo, aveva giustificato il collocamento del minore in affidamento etero-familiare ma che, dall'altro lato,

non possono essere collocati presso altra famiglia in affidamento preadottivo per il forte legame instauratosi con gli affidatari.

Spesso peraltro si è in presenza di un minore non più piccolo di età per il quale il reperimento di una famiglia disposta ad accoglierlo in affidamento preadottivo non si presenterebbe comunque agevole.

Nella fattispecie in esame, tuttavia, non si può non considerare la natura del provvedimento in base al quale il piccolo A. è stato affidato ai ricorrenti. E precisamente, con atto notarile del 23 agosto 2006, la cittadina marocchina N. B. ha affidato il figlio A. F., di padre sconosciuto, ai coniugi B. E. S. e N. E. F., i quali si sono, nel medesimo atto, impegnati a provvedere al mantenimento, all'educazione ed alla crescita del bambino in ambiente sano fino al compimento della sua maggiore età, assumendosi la responsabilità di tutti i suoi atti.

In seguito il Tribunale di prima istanza di Fquih Ben Salh, adito dai sigg. F. e E. S., con sentenza in data 18 ottobre 2006, preso atto del predetto atto di affidamento notarile, lo confermava.

Infine, i ricorrenti hanno prodotto un atto, datato 23 febbraio 2007, di rinuncia da parte della madre alla potestà genitoriale sul figlio A. in loro favore con conseguente attribuzione del ruolo di tutori del minore.

Ciò premesso, giova soffermarsi sulla natura e sulle caratteristiche dell'istituto della *kafalah*. Nei Paesi di diritto islamico l'unico modo per creare un rapporto di filiazione è quello della generazione biologica e per creare tale rapporto tra padre e figlio è anche richiesto che il minore nasca da un rapporto lecito del padre, cioè avvenuto nell'ambito del matrimonio, poichè, diversamente, non sarebbe considerato figlio di suo padre.

Il diritto musulmano non prevede la possibilità di ricorrere ad un'adozione, espressamente vietata dal Corano, sicché il relativo istituto non è contemplato dagli ordinamenti islamici.

Nondimeno anche nei Paesi islamici si pone il problema di come tutelare i minori che siano rimasti privi di genitori o che comunque si trovino in una situazione di abbandono. Ebbene, al fine di assicurare siffatta tutela questi Paesi conoscono lo specifico istituto della *kafalah*: il minore viene preventivamente dichiarato abbandonato dal competente tribunale per i minori e successivamente viene affidato a coppie – o anche ad un singolo affidatario – ritenute idonee ad assicurargli un'esistenza dignitosa, a mantenerlo, istruirlo ed educarlo. Quasi sempre il diritto islamico prevede che l'affidatario, il c.d. *kafil*, debba essere di religione musulmana.

Con tale istituto, quindi, l'affidatario si impegna ad allevare ed educare il minore fino al raggiungimento della maggiore età.

Non si crea tuttavia tra *kafil* e minore affidato un reciproco legame parentale e non viene reciso, ove sussista o sia noto, il vincolo di sangue del minore affidato con la famiglia di origine; parimenti di norma il minore non acquisisce il nome dell'affidatario; è invece previsto che il *kafil* mediante dichiarazione inserita nel proprio testamento possa equiparare il minore ad uno dei suoi eredi.

Ancora, gli affidatari hanno solo il compito di custodia, ancorché a tempo pressoché indeterminato, mentre non rivestono la tutela o la rappresentanza legale del minore che rimane in capo all'autorità che ha il potere tutelare ovvero il governatore della prefettura, denominato *wali*, cui spetta la tutela del minore in

stato di abbandono. Mentre se viene autorizzato l'espatrio del minore la tutela sarà attribuita al console dello Stato competente per l'area dove il minore e la famiglia affidataria risiedono (in tal senso v. sentenza Cass., n. 21395/2005).

Nella fattispecie in esame, come si è detto, risulta una dichiarazione sottoscritta dalla madre di A. di attribuzione agli affidatari della potestà genitoriale ma trattasi di manifestazione di volontà della madre, inidonea ad attribuire poteri di tutela e rappresentanza del minore se non fatta propria da un provvedimento giudiziale.

Ciò rilevato, ritiene questo Tribunale che pronunciare un'adozione *ex art. 44* della legge n. 184/1983 per un bambino soggetto alla *kafalah* determinerebbe il mancato rispetto della natura e delle caratteristiche dell'istituto islamico: significherebbe attribuire al minore uno stato di figlio equiparato al figlio legittimo ed i diritti successori, sia pure nei limiti previsti dal nostro ordinamento; significherebbe altresì attribuire la potestà genitoriale agli affidatari adottanti con la conseguenza che la tutela dell'autorità dello Stato d'origine del minore perderebbe valore per il nostro ordinamento; ancora, per il nostro ordinamento il minore acquisterebbe la cittadinanza italiana.

Tali effetti non potrebbero però essere mai riconosciuti validi in Marocco perché contrari all'ordine pubblico di quel Paese sicché si arriverebbe al risultato di un minore che l'Italia considera cittadino italiano e figlio adottivo mentre il Marocco continuerebbe a considerarlo cittadino di quel Paese, figlio dei suoi genitori biologici e semplicemente affidato alla coppia di *kafil* e questo potrebbe originare un conflitto tra i due Stati ove il tutore del minore in Marocco chiedesse il rimpatrio del minore cittadino marocchino che però in Italia risulta ormai essere cittadino italiano, equiparato ai figli legittimi degli adottanti a seguito della pronunciata adozione.

Si ritiene quindi di non potere attribuire al provvedimento marocchino di *kafalah* degli effetti che quel Paese espressamente vieta, e primo tra tutti la creazione di un rapporto di filiazione.

Peraltro significativa per tracciare le linee guida per l'applicazione dell'istituto è la decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo, ricorso n. 43631/09 (causa *Harroudj c. Francia*) pronunciata su ricorso di una donna di nazionalità algerina che aveva nel suo Paese ottenuto un provvedimento di *kafalah* di un bimbo algerino. In Francia la donna aveva presentato domanda di adozione di quel minore ma l'autorità giudiziaria francese aveva rigettato la domanda in quanto la legge francese sancisce espressamente il divieto di adozione di un minore il cui Paese di origine vieta l'adozione. Ebbene la Corte di Strasburgo ha respinto il ricorso proposto dalla donna affermando, tra l'altro, che non esiste in base alla convenzione europea un obbligo per gli Stati [l'obbligo] di equiparare la *kafalah* alla adozione. A tale proposito, la Corte europea ha ricordato che la convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989, all'art. 20, fa riferimento alla *kafalah* come ad un provvedimento di tutela alternativo all'adozione.

Quindi, per le ragioni esposte, escluso che il provvedimento di *kafalah* pronunciato dal Tribunale di Fquih Ben Salah possa essere posto alla base di una pronuncia di adozione *ex art. 44* lett. *d* della legge n. 184/1983 in favore degli affidatari, va comunque rilevato che tale provvedimento ha efficacia nel nostro Paese ai sensi dell'art. 66 della legge n. 218/1995. Secondo tale disposizione, in-

fatti, i provvedimenti stranieri di volontaria giurisdizione in materia di diritto di famiglia e della persona hanno efficacia *ex lege* nell'ordinamento italiano, mentre l'*exequatur* da parte dell'autorità giudiziaria è richiesto solo per la mancata ottemperanza o in caso di contestazione al riconoscimento (conf. Corte di Appello di Bari, 16 aprile 2005), ipotesi non dedotte nel caso di specie.

Questo Tribunale è consapevole del fatto che in passato la Suprema Corte (Cass., 23 settembre 2011 n. 19450) ha ritenuto non applicabile alla fattispecie in esame l'art. 66 sopra citato affermando invece la applicabilità dell'art. 41 della legge n. 218/1995. Ritiene tuttavia questo Tribunale che laddove è in discussione l'istituto della *kafalah*, espressamente riconosciuto con le sue peculiari caratteristiche dal diritto transnazionale come strumento di protezione dei minori di durata temporanea e che non incide sul loro stato, non si possa fare riferimento all'art. 41, che riguarda esclusivamente l'istituto dell'adozione.

Come infatti la Suprema Corte a sezioni unite ha sottolineato nella recente sentenza del 16 settembre 2013 n. 21108, «tra la *kafalah* e l'affidamento di minori disciplinato dal diritto nazionale prevalgono sulle differenze i punti in comune, essendo entrambi strumenti di protezione dei minori, di durata temporanea (la *kafalah*, pur essendo revocabile, dura tendenzialmente fino al compimento della maggiore età) che non incidono sul loro stato civile».

Pertanto l'assoluta evidenziata diversità tra l'istituto della *kafalah* e quello della adozione per la loro rispettiva natura, caratteristiche ed efficacia, conferma il convincimento di questo Tribunale in merito all'applicabilità al caso di specie della citata norma di diritto internazionale privato.

Tutte le considerazioni svolte inducono pertanto il Collegio a rigettare il ricorso in esame.

P.Q.M., (il Tribunale), visto il parere espresso dal P.M. in sede in data 3 ottobre 2012, rigetta, letti gli artt. 44 lett. *b* ss. della legge n. 184/1983 e succ. modifiche, il ricorso proposto da F.N.E. e E.S.B. volto ad ottenere all'adozione ai sensi dell'art. 44 lett. *d* della legge n. 184/1983 del minore F.A.

CORTE DI CASSAZIONE (s.U.), sentenza 21 gennaio 2014 n. 1136

Primo Presidente (f.f.), ROVELLI – Consigliere Rel., SPIRITO – P.M., PATRONE (concl. conf.)

Repubblica federale di Germania (avv. Accolti Gil, Dossena) *contro* **R. Ferrini e G. Ferrini**, nella qualità di eredi di **L. Ferrini** (avv. Lau).

Ai sensi dell'art. 3 della legge 14 gennaio 2013 n. 5, che costituisce attuazione della sentenza emessa in data 3 febbraio 2012 dalla Corte internazionale di giustizia nel caso relativo alle immunità giurisdizionali dello Stato (Germania c. Italia), ed in particolare del comma 1 di tale norma, non sussiste la giurisdizione italiana con riferimento ad una controversia, ancora pendente, instaurata contro la Repubblica fede-

*rale tedesca da un cittadino italiano catturato in Italia, durante la seconda guerra mondiale, dalle forze armate tedesche, successivamente deportato in Germania e ivi costretto al lavoro forzato per le imprese del Reich. Tale disposizione normativa è, peraltro, costituzionalmente legittima in quanto adeguamento dell'ordinamento interno a quello internazionale ai sensi dell'art. 11, secondo periodo Cost., in quanto adottata ai fini di cui all'art. 94 par. 1 dello statuto delle Nazioni Unite, il quale può essere qualificato, a sua volta, come norma «derivata» di diritto internazionale.**

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. Nel 1944 Luigi Ferrini fu deportato in Germania dalle truppe tedesche di occupazione e sottoposto a lavoro coatto in un campo di prigionia. Nel 1998 egli convenne in giudizio la Repubblica federale di Germania (RFG) chiedendone la condanna al risarcimento dei danni non patrimoniali patiti in conseguenza della prigionia.

Il Tribunale di Arezzo dichiarò il difetto di giurisdizione del giudice italiano, sul rilievo che la domanda avanzata trovava il suo fondamento in fatti compiuti da uno Stato straniero nell'esercizio della sua sovranità e che, pertanto, la controversia era sottratta alla giurisdizione italiana in base al principio della c.d. «immunità ristretta», fondato sul diritto internazionale consuetudinario. La sentenza fu confermata dalla Corte di Appello di Firenze.

Questa Corte, con la sentenza a sezioni unite dell'11 marzo 2004 n. 5044, cassò con rinvio la sentenza della Corte fiorentina, affermando che il rispetto dei diritti inviolabili della persona umana ha assunto il valore di principio fondamentale dell'ordinamento internazionale, riducendo la portata e l'ambito di altri principi ai quali tale ordinamento si è tradizionalmente ispirato, quale quello sulla «sovranà uguaglianza» degli Stati, cui si collega il riconoscimento della immunità statale dalla giurisdizione civile straniera. Principio dal quale le S.U. hanno fatto conseguire che la norma consuetudinaria di diritto internazionale generalmente riconosciuta, che impone agli Stati l'obbligo di astenersi dall'esercitare il potere giurisdizionale nei confronti degli Stati stranieri, non ha carattere assoluto, nel senso che essa non accorda allo Stato straniero un'immunità totale dalla giurisdizione civile dello Stato territoriale, tale immunità non potendo essere invocata in presenza di comportamenti dello Stato straniero di tale gravità da configurare, in forza di norme consuetudinarie di diritto internazionale, crimini internazionali, in quanto lesivi, appunto, di quei valori universali di rispetto della dignità umana che trascendono gli interessi delle singole comunità statali.

Il menzionato arresto ha, dunque, concluso per la sussistenza della giurisdizione italiana in relazione alla domanda risarcitoria promossa, nei confronti della Repubblica federale di Germania, dal cittadino italiano che lamenti di essere stato catturato a seguito dell'occupazione nazista in Italia durante la seconda guerra mondiale e deportato in Germania per essere utilizzato quale mano d'opera non volontaria al servizio di imprese tedesche, atteso che sia la deportazione che l'assoggettamento ai lavori forzati devono essere annoverati tra i crimini di guerra e, quindi, tra i crimini di diritto internazionale, essendosi formata al riguardo una

* La sentenza della Corte di Cassazione, s.u., 11 marzo 2004 n. 5044, citata in motivazione, può leggersi in questa *Rivista*, 2005, p. 407 ss.

norma di diritto consuetudinario di portata generale per tutti i componenti della comunità internazionale.

Riassunto il giudizio, la Corte di Appello di Firenze: *a)* ha escluso che la domanda risarcitoria in questione fosse inammissibile, come sostenuto dalla RFG, in virtù di quegli accordi internazionali (l'art. 77 comma 4 del trattato di pace tra l'Italia e le Potenze Alleate del 10 febbraio 1947, ratificato con d.lgs. Capo provv. Stato 28 novembre 1947 n. 1430; i due accordi italo-tedeschi di Bonn del 2 giugno 1961, ratificati e resi esecutivi con d.p.r. 14 aprile 1962 n. 1263 e con d.p.r. 6 ottobre 1963 n. 2043) in base ai quali l'Italia avrebbe rinunciato, anche per conto dei suoi cittadini, a qualsiasi richiesta risarcitoria nei confronti della Germania per fatti commessi tra il 1939 ed il 1945; *b)* ha respinto l'eccezione di prescrizione della domanda.

Il Giudice del rinvio ha, dunque, condannato la RFG al risarcimento dei danni in favore del Ferrini.

La Repubblica federale di Germania propone ricorso per cassazione attraverso due motivi. Risponde con controricorso il Ferrini, il quale propone anche ricorso incidentale condizionato. Ambedue le parti hanno depositato memorie per l'udienza.

MOTIVI DELLA DECISIONE. Si è già detto in precedenza che un decennio orsono, proprio nel processo introdotto da Luigi Ferrini, queste S.U. inaugurarono il percorso giurisprudenziale tendente all'affermazione dell'insussistenza dell'immunità dello Stato dalla giurisdizione civile straniera in presenza di comportamenti di tale gravità da configurare, in forza di norme consuetudinarie di diritto internazionale, crimini internazionali, in quanto lesivi, appunto, di quei valori universali di rispetto della dignità umana che trascendono gli interessi delle singole comunità statali.

Il principio è stato mantenuto fermo negli anni rispetto a casi analoghi posti al giudizio di questa Corte, finché, in data 3 febbraio 2012, è sopravvenuta la sentenza della Corte internazionale di giustizia dell'Aja, la quale ha accolto il ricorso proposto dalla Germania contro l'Italia per avere quest'ultima «mancato di riconoscere l'immunità, riconosciuta dal diritto internazionale, ad un altro Stato sovrano come la Germania per violazioni del diritto internazionale umanitario commesse dal Reich tedesco tra il 1943 ed il 1945», dichiarando l'illegittimità dei provvedimenti giudiziari italiani con cui era stata affermata l'esecutività di sentenze straniere ed erano state disposte misure coercitive-esecutive nei confronti della Germania e disponendo che «la Repubblica italiana, promulgando l'opportuna legislazione o facendo ricorso ad altro metodo a sua scelta, dovrà fare in modo che le decisioni dei suoi giudici e quelle di altre autorità giudiziarie che violano l'immunità riconosciuta alla Repubblica federale di Germania dal diritto internazionale siano rese inefficaci».

È così intervenuta la l. 14 gennaio 2013 n. 5, per determinare le modalità di attuazione delle sentenze con le quali la Corte internazionale di giustizia ha escluso la sussistenza della giurisdizione civile rispetto agli atti compiuti *iure imperii* da uno Stato.

In particolare, l'art. 3 della citata legge stabilisce che «quando la Corte internazionale di giustizia, con sentenza che ha definito un procedimento di cui è stato parte lo Stato italiano, ha escluso l'assoggettamento di specifiche condotte di altro Stato alla giurisdizione civile, il giudice davanti al quale pende controversia relativa al-

le stesse condotte rileva, d'ufficio e anche quando ha già emesso sentenza non definitiva passata in giudicato che ha riconosciuto la sussistenza della giurisdizione, il difetto di giurisdizione in qualunque stato e grado del processo». Il secondo comma dello stesso articolo prevede, poi, il rimedio revocatorio in caso di sentenze passate in giudicato, contrastanti con la sentenza della Corte internazionale di giustizia.

Quello posto oggi al giudizio delle S.U. è il caso previsto dal primo comma della citata norma, siccome la controversia è tuttora pendente ed è stata già emessa sentenza che ha riconosciuto la sussistenza della giurisdizione.

Nessun dubbio di costituzionalità può essere adombrato relativamente alle disposizioni di cui all'art. 3 della legge in questione, posto che esse risultano dettate ai fini di cui all'art. 94 par. 1 dello statuto delle Nazioni Unite, firmato a San Francisco il 26 giugno 1945 e reso esecutivo dalla l. 17 agosto 1957 n. 848. L'art. 94 citato stabilisce che «Chaque Membre des Nations Unies s'engage à se conformer à la décision de la Cour internationale de Justice dans tout litige auquel il est partie [Tutti i membri delle Nazioni Unite si obbligano a conformarsi alle decisioni della Corte internazionale di giustizia, pronunciate all'esito dei procedimenti cui abbiano preso parte]».

Lo Statuto della Corte internazionale è norma (derivata) di diritto internazionale; sicché, l'art. 3 della legge n. 5/2013 costituisce una norma di adeguamento dell'ordinamento interno a quello internazionale, e, di conseguenza, dà attuazione all'art. 11, secondo periodo Cost.

Non resta, dunque, a questa Corte che adeguarsi al dettato normativo e dichiarare il difetto di giurisdizione, con conseguente cassazione senza rinvio della sentenza impugnata.

Il particolare svolgimento della lunga vicenda giudiziaria e la sopravvenienza normativa consigliano l'intera compensazione tra le parti delle spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M., la Corte, decidendo sui ricorsi riuniti, dichiara il difetto di giurisdizione, cassa senza rinvio la sentenza impugnata e compensa interamente tra le parti le spese del giudizio di cassazione.

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza 5 marzo 2014 n. 5237

Presidente, LUCCIOLI – Relatore, CAMPANILE – P.M., DEL CORE (concl. diff.)

P.G. (avv. Ruò, Borsacchi) *contro* **B.M.** (avv. Ceschini) e **Procuratore generale presso la Corte di Appello di Firenze e Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni di Firenze** (intimati).

L'ascolto del minore ha assunto nel nostro ordinamento una sempre maggiore rilevanza anche in ambito internazionale tale per cui deve ritenersi che ormai non residuino spazi per assegnare all'ascolto una sussidiaria funzione meramente cogni-

tiva, nel caso che un minore sia in grado di esprimere la propria volontà, avendo piena capacità di discernimento rispetto alla sua età. Sotto tale profilo, quando, ricorrendone i presupposti, si sia proceduto all'ascolto del minore ai sensi dell'art. 13 comma 2 della convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, in presenza di un'età e una maturità tali da giustificare il rispetto della sua opinione, si deve sempre e necessariamente tenerne conto anche in materia di sottrazione internazionale.

Realizzandosi il riconoscimento dell'ascolto stesso come diritto assoluto del minore, viene perseguito il suo interesse superiore, corrispondente al suo sviluppo armonico psichico, fisico e relazionale, da perseguirsi anche attraverso l'immediata percezione delle sue opinioni in merito alle scelte che lo riguardano, consentendo, in tal modo, la partecipazione del minore stesso al giudizio, in quanto «parte in senso sostanziale».

*La volontà contraria espressamente manifestata rispetto al proprio rientro da parte di un minore che abbia un'età e una maturità tali da giustificare il rispetto della sua opinione secondo l'apprezzamento del giudice del merito può costituire, ai sensi dell'art. 13 comma 2 della convenzione dell'Aja del 1980, ipotesi ostativa all'accoglimento della domanda di rimpatrio, che va distintamente apprezzata e non invece assorbita dalla valutazione del rischio di pericolo fisico o psichico in caso di rientro: tale manifestazione infatti non è da intendersi come finalizzata all'evidenziazione di eventuali rischi, ma all'esplicitazione delle proprie aspirazioni di un vero e proprio progetto di vita, non privo di risvolti esistenziali ed affettivi, sorretto da una fortissima volizione.**

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. 1. Con il decreto indicato in epigrafe il Tribunale per i minorenni di Firenze ordinava il rientro immediato della minore P.C. negli Stati Uniti d'America, e più precisamente in New York-New York, presso la madre B.M., condannando il padre al pagamento delle spese processuali.

1.1. Venivano preliminarmente richiamate le tappe salienti di un conflitto giudiziario aspro e complesso, evidenziandosi che B.M. e P.G. avevano contratto matrimonio nel 1999 a New York, dove era nata il... la figlia C. Trasferitisi in Italia, nell'anno 2004 i coniugi si erano separati, e la predetta minore era stata affidata in via esclusiva alla madre.

1.2. Successivamente, anche a seguito delle intervenute modifiche legislative, era stato disposto l'affidamento condiviso di P.C., la quale rimaneva collocata presso la madre in New York.

1.3. Tale statuizione veniva confermata successivamente dal Tribunale di Pisa, che a un certo punto, avendo il padre trattenuto la figlia in Italia dopo un periodo di visita, disponeva la riconsegna della predetta minore alla madre, che veniva eseguita nel marzo del 2011.

1.4. Con sentenza depositata il 27 maggio 2011 la Corte di Appello di Firenze, in riforma della decisione di primo grado, disponeva che la predetta minore venisse affidata in via esclusiva al padre.

* Tra le pronunce della Corte di Cassazione citate in motivazione possono leggersi in questa Rivista: 11 agosto 2011 n. 17201, *ivi*, 2012, p. 690 ss.; 27 luglio 2007 n. 16753, *ivi*, 2008, p. 745 ss.; s.u., 21 ottobre 2009 n. 22238, *ivi*, 2010, p. 474 ss.; ord. 16 aprile 2007 n. 9094, *ivi*, 2008, p. 211 ss.

1.5. La Corte di famiglia di New York, dopo aver emesso divieto di espatrio della minore il 2 agosto 2011, il successivo 30 agosto disponeva l'esecutività di detta decisione, che, tuttavia, sospendeva il successivo 9 settembre 2011, nella pendenza di un procedimento inerente all'accertamento della giurisdizione.

1.6. In data 7 febbraio 2012 la predetta Corte statunitense declinava la propria giurisdizione in favore di quella italiana.

1.7. Tale decisione, ritualmente impugnata, veniva sospesa in data 14 febbraio 2012, unitamente all'esecutorietà della sentenza emessa dalla Corte di Appello di Firenze, poi impugnata, con ricorso per cassazione di entrambi i coniugi, nel luglio successivo.

1.8. In data 11 giugno 2012 il P. aveva prelevato la figlia all'uscita della scuola e l'aveva condotta con sé in Italia.

1.9. Tanto premesso, rilevava il Tribunale che, a fronte della richiesta di rimpatrio presentata all'Autorità centrale di Washington dalla B. ai sensi dell'art. 8 della convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, dovesse affermarsi la natura illegale della sottrazione della figlia posta in essere dal padre, atteso che la stessa era stata trasferita dalla residenza abituale, per tale dovendosi intendere il luogo in cui il minore, in virtù di una durevole e stabile permanenza, anche di fatto, ha il centro dei propri legami affettivi. Nella specie – si osservava – era pacificamente emerso che la madre esercitasse il diritto di custodia sulla figlia, la quale viveva da tempo con lei e con una sorella a New York, dove frequentava la scuola e coltivava relazioni sociali.

1.10. Passando all'esame degli altri requisiti richiesti dall'art. 13 della citata convenzione, che venivano congiuntamente esaminati, il Tribunale dava atto delle risultanze dell'audizione della minore, la quale, ormai tredicenne e «assolutamente in grado di esprimere il proprio pensiero, le proprie emozioni, gli stati d'animo e le proprie esigenze», aveva manifestato una volontà nettamente contraria al rimpatrio, desiderando rimanere con il padre.

1.11. A tale riguardo veniva osservato che dalle risultanze processuali e dalla stessa audizione della minore non era emerso il rischio di un'esposizione a rischi psicologici, né a una situazione intollerabile, in quanto la predetta C. in New York aveva relazioni affettive e sociali ben radicate e prive di qualsiasi anomalia, laddove la preferenza espressa per la convivenza con il padre poteva attribuirsi a una maggiore empatia con lo stesso e ad una maggiore permissività del genitore stesso, di per se stessa contraria – in quanto ispirata a censurabili criteri educativi all'interesse della minore.

1.12. Per la cassazione di tale decisione il P. propone ricorso, affidato a tre motivi, cui la B. resiste con controricorso. Le parti hanno depositato memorie ai sensi dell'art. 378 cod. proc. civ.

MOTIVI DELLA DECISIONE. 2. Con il primo motivo si deduce violazione e falsa applicazione, ai sensi dell'art. 360 comma 1 n. 3 cod. proc. civ., dell'art. 13 comma 2 della convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, firmata a L'Aja il 25 ottobre 1980 e ratificata in Italia con legge n. 64 del 1994. Si sostiene che, trattando congiuntamente le due ipotesi previste dall'art. 13 comma 1 lett. *b* e comma 2 della convenzione dell'Aja testé richiamata, il Tribunale ha finito per attribuire all'ascolto della minore, della quale aveva per altro evidenziato la piena capacità di discernimento, una funzione meramente ricogni-

tiva del rischio di pericolo fisico o psichico in caso di rientro, laddove la contraria volontà del minore, nella specie espressamente manifestata, costituisce un'ipotesi del tutto autonoma, da valutarsi indipendentemente da quella inerente a eventuali pericoli correlati al rientro.

2.1. Con il secondo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 13 comma 1 lett. *b* della convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, in quanto, pur avendo acquisito la sentenza della Corte di Appello di Firenze che disponeva l'affidamento esclusivo della minore al padre, il Tribunale non ne avrebbe tratto tutte le conseguenze, indipendentemente dai profili riguardanti la giurisdizione, in ordine alla valutazione dell'interesse della minore.

2.2. La terza censura, formulata con riferimento all'art. 91 cod. proc. civ., attiene al regolamento delle spese processuali.

3. Il primo motivo è fondato.

3.1. Il Tribunale, dopo aver verificato positivamente la ricorrenza del presupposto della violazione, da parte del padre, dell'esercizio della custodia effettivamente e legittimamente esercitato dalla B. sulla figlia C., ha rilevato come non fosse ostativa all'accoglimento della richiesta di rientro immediato della minore stessa la sua manifestazione di una contraria volontà, in quanto non determinata da una «paventata situazione di pericolo derivante dal risiedere in New York o insita nel rapporto con la madre, quanto per una netta preferenza da lei espressa per la convivenza col padre e col suo nucleo familiare». Nell'evidenziare che «la volontà della minore anche nell'opporsi al rientro negli Stati Uniti non ha tuttavia evidenziato alcuna situazione per lei di pericolo in quello Stato», il Tribunale ha evidentemente ritenuto di conformarsi, tuttavia non apprezzandolo nella sua complessiva portata, all'orientamento, già espresso da questa Corte, secondo cui «l'ascolto del minore, avente capacità di discernimento, ha una rilevanza cognitiva, in quanto l'esito di quel colloquio può consentire al giudice di valutare direttamente se sussista o meno il fondato rischio, per il minore medesimo, di essere esposto, per il fatto del suo ritorno, a pericoli psichici, o comunque di trovarsi in una situazione intollerabile (Cass., 11 agosto 2011 n. 17201; 27 luglio 2007 n. 16753).

3.2. In realtà, la funzione riduttiva, nel senso meramente cognitivo, [attribuita] alla volontà espressa dal minore è stata, nei precedenti sopra richiamati, espressamente limitata all'ipotesi in cui la volontà di opporsi al rientro «provenga da un minore che – secondo il motivato apprezzamento del tribunale per i minorenni – non abbia ancora raggiunto l'età ed il grado di maturità tali da giustificare il rispetto della sua opinione».

3.3. Tale orientamento, per altro, deve essere rimeditato, in considerazione della sempre maggiore rilevanza che l'ascolto del minore ha assunto tanto nel nostro ordinamento quanto in ambito internazionale, ragion per cui deve ritenersi che ormai non residuino spazi per assegnare all'ascolto una sussidiaria funzione meramente cognitiva, nel caso che un minore sia in grado di esprimere la propria volontà, avendo – come riconosce nella specie il Tribunale – piena capacità di discernimento. Sotto tale profilo la distinzione lessicale tra questa formula e il raggiungimento da parte del minore, secondo la terminologia adottata dalla convenzione dell'Aja all'art. 13 comma 2, di un'età e una maturità tali da giustificare il rispetto della sua opinione, appare sempre più sfuocata, fino al punto di dover ritenere che quando, ricorrendone i presupposti, si sia proceduto all'ascolto del

minore, della volontà così manifestata si debba sempre e necessariamente tener conto anche in materia di sottrazione internazionale di minori.

3.4. Sotto il primo profilo, deve porsi in evidenza come i recenti interventi normativi in materia di filiazione (art. 315-*bis* cod. civ.; art. 2 comma 1 della legge n. 219 del 2012) pongano l'ascolto del minore, come evidenza anche la nuova *sedes materiae*, fra le regole fondamentali e generali attraverso le quali, realizzandosi il riconoscimento dell'ascolto stesso come diritto assoluto del minore, viene perseguito il suo interesse superiore, corrispondente al suo sviluppo armonico psichico, fisico e relazionale, da perseguirsi anche attraverso l'immediata percezione delle sue opinioni in merito alle scelte che lo riguardano, consentendo, in tal modo, la partecipazione del minore stesso al giudizio, in quanto «parte in senso sostanziale» (così Cass., s.u., n. 22238 del 2009).

3.5. Con riferimento, poi, alla normativa pattizia sovranazionale, costituisce un dato ormai pienamente acquisito il principio secondo cui l'audizione dei minori, già prevista nell'art. 12 della convenzione di New York sui diritti del fanciullo, è divenuta un adempimento necessario, nelle procedure giudiziarie che li riguardano, ai sensi degli artt. 3 e 6 della convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996, ratificata con la l. 20 marzo 2003 n. 77, per cui ad essa deve procedersi, salvo che possa arrecare danno al minore stesso, come risulta dal testo della norma sovranazionale e dalla giurisprudenza di questa Corte (cfr. Cass., ord. n. 9094 del 2007; nonché s.u., n. 22238 del 2009).

3.6. Nella sentenza impugnata, come già ricordato, il Tribunale, pur avendo dato atto della piena maturità conseguita dalla minore P.C., per altro corrispondente alla sua età, ha relegato tale manifestazione in primo luogo nell'ambito della funzione sussidiaria dell'accertamento dell'esistenza o meno di una situazione di pericolo (a tal punto da esaminare congiuntamente le due ipotesi che, anche in virtù delle superiori considerazioni, assumono una valenza del tutto autonoma, e debbono essere distintamente considerate), ed ha poi, sempre nell'ottica privilegiata della funzione cognitiva sopra indicata, osservato che la minore «ha manifestato la propria contraria volontà al rientro, e ciò non per una paventata situazione di pericolo derivante dal risiedere a New York o insita nel rapporto con la madre, quanto per una netta preferenza da lei espressa per la convivenza col padre e col suo nuovo nucleo familiare». Anche le circostanze esaminate in seguito, inerenti ai rapporti dell'adolescente con i genitori, costituiscono ulteriori esplicitazioni inerenti all'analisi delle risultanze istruttorie al fine di «poter escludere di esporre la minore C. a rischi psicologici, a maggior ragione fisici o ad una situazione intollerabile mediante il suo rimpatrio in New York». In tal modo il giudice del merito si è sostanzialmente sottratto al compito di tener conto di quella «netta preferenza» espressa dalla minore, non finalizzata all'evidenziazione di eventuali rischi, ma all'esplicitazione delle proprie aspirazioni, di un vero e proprio progetto di vita, non privo di risvolti esistenziali ed affettivi, sorretto da una fortissima volizione, desumibile (come chiaramente traspare dal contenuto delle memorie illustrative depositate ai sensi dell'art. 378 cod. proc. civ.) dalle insormontabili difficoltà manifestatesi in sede esecutiva.

3.7. Deve, pertanto, enunciarsi il principio secondo cui la volontà contraria manifestata in ordine al proprio rientro da un minorenne che abbia un'età e una maturità tali, secondo l'apprezzamento del giudice del merito, da giustificare il ri-

petto della sua opinione, può costituire, ai sensi dell'art. 13 comma 2 della convenzione dell'Aja, ipotesi, distintamente valutabile, ostativa all'accoglimento della domanda di rimpatrio.

4. Rimanendo assorbite le altre censure, il ricorso, pertanto, deve essere accolto e la sentenza impugnata deve essere cassata, con rinvio al Tribunale per i minorenni di Firenze che, in diversa composizione, esaminerà la richiesta di rientro applicando il principio sopra richiamato e provvedendo, altresì, al regolamento delle spese processuali inerenti al presente giudizio di legittimità.

P.Q.M., la Corte accoglie il primo motivo di ricorso, assorbiti gli altri. Cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese, al Tribunale per i minorenni di Firenze, in diversa composizione.

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza 31 marzo 2014 n. 7479

Presidente, LUCCIOLI – Relatore, ACIERNO – P.M., CAPASSO (concl. conf.)

C.F., nella qualità di genitore del minore **C.B.** (avv. Zanna) *contro* **Ministro della giustizia** (avv. dello Stato), **Z.A.M.** (avv. Filippi De Santis), *contro* **Procuratore generale presso la Corte di Cassazione, Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni de L'Aquila, Dipartimento giustizia minorile Autorità centrale convenzionale (intimati).**

Nelle procedure in materia di sottrazione internazionale di minori, ai sensi dell'art. 13 comma 2 della convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, l'ascolto del minore è finalizzato alla valutazione anche dell'eventuale opposizione del minore al ritorno quando questi ha raggiunto un'età e un grado di maturità tali che sia opportuno tenere conto del suo parere. Il diritto del minore all'audizione, sancito anche in diverse convenzioni internazionali (tra cui quella di New York del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo, all'art. 12, e quella di Strasburgo del 25 gennaio 1996 sull'esercizio dei diritti dei minori, agli artt. 3 e 6) non esclude la preventiva valutazione dell'eventuale dannosità e contrarietà all'interesse del minore dell'adempimento, anche in considerazione del carattere urgente del procedimento relativo alla sottrazione internazionale, ma le ragioni dell'esclusione dell'audizione ovvero il pericolo di danno per il minore devono essere esplicitate. L'omesso adempimento o l'omessa motivazione sulla sua assenza determinano una lesione del diritto al contraddittorio, da far valere in sede d'impugnazione nei limiti e secondo le regole fissati dall'art. 161 cod. proc. civ.

Il procedimento di opposizione al rientro del minore in Ungheria, proposto al giudice italiano dal padre che ha trattenuto illecitamente lo stesso in Italia senza il consenso dell'altro genitore co-affidatario, non può riguardare domande di potestà, relative all'affidamento o alle modifiche del regime di visita e ancor meno alla sospensione o decadenza della potestà; il giudice italiano si deve attenere a valutare

*solo la sussistenza del mancato rientro, essendo dirimente per la decisione solo che detta determinazione non poteva essere assunta unilateralmente dal ricorrente perché produttiva di un'illegittima compressione del correlativo diritto di affidamento dell'altro genitore.**

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. Con il provvedimento impugnato (ai sensi della legge n. 64 del 1994, art. 5 comma 7, di ratifica ed esecuzione della convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980), il Tribunale per i minorenni dell'Aquila, nel procedimento promosso dal Pubblico Ministero, ai sensi dell'art. 7 lett. *b* della predetta convenzione, su impulso dell'Autorità centrale (Dipartimento giustizia minorile; Ministero della giustizia), al fine di accertare l'illiceità del mancato rientro in Ungheria del minore C.B., trattenuto in Italia dal padre C.F., senza il consenso materno, ha osservato in fatto: il minore, nato e vissuto in Italia, dal 2003 al 2007, si è trasferito in Ungheria all'età di quattro anni unitamente al nucleo familiare. Nel corso del 2011, a causa di una irreversibile crisi coniugale, i genitori si sono separati di fatto e la madre assieme al figlio si è trasferita a Mende con il consenso paterno, presso i suoi genitori. Il minore ha frequentato con regolarità il padre. Nel mese di aprile del 2012, il C. ha presentato domanda di divorzio presso il Tribunale di Monor (Ungheria) ed entrambi i genitori hanno stabilito privatamente una regolamentazione del periodo estivo di frequentazione padre-figlio prevedendo un rientro in data 24 agosto 2012.

Il giorno 24 agosto 2012 il C. ha comunicato la volontà di trattenere il minore in Italia anche senza il suo consenso. La Z. si è rivolta all'Ambasciata italiana a Budapest formulando istanza di restituzione per il tramite dell'Autorità centrale ungherese. Successivamente, il Tribunale di Monor ha pronunciato l'affidamento esclusivo del minore alla madre e l'intimazione al padre di riconsegnare entro otto giorni il minore medesimo. È stata, altresì, sporta dalla Z. denuncia di sottrazione internazionale di minori presso i Carabinieri dell'Aquila.

Sulla base di queste premesse di fatto il Tribunale per i minorenni ha affermato: l'applicabilità della legge di ratifica della convenzione dell'Aja, la necessità di accertare la residenza abituale del minore, l'esistenza di un diritto di custodia della madre, l'eventuale pericolo per il minore in caso di restituzione alla madre medesima. La residenza abituale del minore coincide con l'abitazione ungherese dove il minore ha vissuto senza soluzione di continuità dai quattro anni fino all'estate 2012. La permanenza in Italia, al riguardo, è stata meno significativa, avendo riguardato solo i primi quattro anni di vita. Non si ravvisa, né è stato dedotto e provato alcun reale pericolo connesso al rientro del minore. La sottrazione del minore è il frutto di un comportamento premeditato in quanto il C., il 20 agosto 2012 aveva depositato ricorso *ex art. 316 cod. civ.*, presso il Tribunale per i minorenni, chiedendo anche *inaudita altera parte* di poter procedere all'iscrizione scolastica ad Ortona, così dimostrando di non volere dare corso al rientro del minore medesimo.

* Tra le sentenze della Corte di Cassazione citate in motivazione possono leggersi in questa *Rivista*: s.u., 21 ottobre 2009 n. 22238, *ivi*, 2010, p. 474 ss.; 6 marzo 2003 n. 3334, *ivi*, 2004, p. 275 ss.; 2 febbraio 2005 n. 2093, *ivi*, 2006, p. 425 ss.; 11 agosto 2011 n. 17201, *ivi*, 2012, p. 690 ss.

In conclusione il mancato rientro è avvenuto in violazione del diritto di custodia di cui la madre era titolare unitamente al padre, al momento dell'instaurazione del procedimento di divorzio, in base alla legislazione dello Stato presso il quale il minore aveva la residenza abituale.

Avverso tale pronuncia ha proposto ricorso per cassazione il C. affidato a quattro motivi. Hanno resistito con controricorso la Z. e l'Autorità centrale. La parte ricorrente ha depositato memoria.

MOTIVI DELLA DECISIONE. Con il primo motivo di ricorso viene dedotta la violazione e falsa applicazione della legge n. 64 del 1994, art. 6 comma 2, nonché dell'art. 7 lett. *b* della convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 con riferimento all'art. 153 cod. proc. civ.

La pronuncia del Tribunale per i minorenni è affetta da nullità secondo la parte ricorrente perché emessa a distanza di quasi due mesi da quanto previsto nell'art. 6. Il termine indicato dalla norma (trenta giorni dalla proposizione del ricorso) deve ritenersi essenziale e perentorio in virtù della peculiarità della procedura applicabile al rimpatrio dei minori, caratterizzata da particolare urgenza.

Nel secondo motivo viene dedotta la violazione dell'art. 23 lett. *c* del regolamento (CE) n. 2201 del 2003 in correlazione con l'art. 101 cod. proc. civ. e l'art. 111 Cost. Afferma il ricorrente che il certificato europeo emesso dal Tribunale di Monor in Ungheria il 12 ottobre 2012 non presentava i requisiti richiesti dall'autorità italiana in ordine al rispetto del contraddittorio, non essendo stato consentito al ricorrente di esercitare il proprio diritto di difesa, dal momento che l'organo giudiziario ungherese, investito dalla signora Z., avrebbe assunto la propria decisione contraria al ricorrente prima del decorso del termine per memoria concesso alle parti. Pertanto il decreto del Tribunale di Monor, inviato all'Autorità centrale italiana, peraltro senza il visto di conformità relativo alla traduzione dall'ungherese, è stato emesso senza tenere in considerazione la difesa scritta del ricorrente intervenuta successivamente alla decisione assunta. Il Tribunale per i minorenni dell'Aquila non ha, pertanto, svolto un preventivo controllo sulla legittimazione degli atti provenienti dalle autorità straniere non rilevando la violazione dell'art. 111 Cost.

Nel terzo motivo viene dedotta la violazione e falsa applicazione degli artt. 101, 115 e 116 cod. proc. civ., in correlazione con l'art. 111 Cost.; l'art. 12 della convenzione di New York, gli artt. 3, 6 e 12 della convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996 sull'esercizio dei diritti dei bambini, ratificata con legge n. 77 del 2003, nonché l'art. 13 commi 1 e 2 della convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 recepita con la legge n. 64 del 1994, con l'art. 11 del regolamento (CE) n. 2201 del 2003, con l'art. 155-*sexies* cod. civ., e l'art. 315-*bis* cod. civ., introdotto dalla legge n. 219 del 2012, per non avere il Tribunale per i minorenni disposto l'audizione del minore, da ritenersi alla luce della normativa sopra esposta e di principi costituzionali e convenzionali, un adempimento doveroso, senza il quale l'intero procedimento e il provvedimento finale sono inficiati d'invalidità. Il motivo è prospettato anche sotto il profilo del vizio di motivazione. Senza l'audizione del minore, ormai dell'età di nove anni, il Tribunale per i minorenni non ha potuto valutare approfonditamente il rischio per il rientro, tenuto conto della netta contrarietà del medesimo al ritorno in Ungheria, manifestata in qualunque occasione anche alla presenza della madre.

Ha osservato, al riguardo, il ricorrente che il minore, nel settembre del 2012, frequentava l'anno scolastico in corso presso la classe IV elementare, era ben integrato con i compagni di classe e con i suoi quattro fratelli, tre dei quali ad Ortona. A fronte di questa situazione, il Tribunale per i minorenni era tenuto ad ascoltare il minore sulle ragioni del rifiuto al rientro, non potendosi altrimenti valutare pienamente il suo interesse. Ha sottolineato il ricorrente che la Corte europea dei diritti dell'uomo, di recente, ha richiesto, in questi procedimenti, una valutazione approfondita dell'intera famiglia, alla luce del preminente interesse del minore. L'audizione, pur non essendo imposta nel procedimento in oggetto, è necessaria quando devono essere valutate le ragioni del minore, così come previsto dall'art. 12 della convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 1989, secondo la quale deve essere dato al minore, capace di discernimento, il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa. Nella specie l'adempimento doveva ritenersi obbligatorio trattandosi di decisione di diretto interesse del fanciullo, tenuto conto che la vicenda prendeva le mosse da un provvedimento di affidamento esclusivo alla madre, anch'esso assunto senza ascoltare preventivamente il minore. Peraltro, afferma il ricorrente, il principio è *ius receptum* nella giurisprudenza di legittimità a partire dalle Sezioni Unite n. 22238 del 2009. L'obbligo è infine sancito dalla convenzione di Strasburgo e dall'art. 155-*sexies* cod. civ., nonché dal novellato art. 315-*bis* cod. civ. Nella pronuncia impugnata è omessa qualsiasi giustificazione al mancato ascolto. Ne consegue la nullità insanabile del provvedimento e del procedimento che lo ha preceduto.

Non può, infine, negarsi che il minore fosse dotato del necessario discernimento, in quanto ascoltato dalle assistenti sociali in data 11 gennaio 2013 e ritenuto dotato di intelligenza vivace e capacità di adattamento. Solo in sede di esecuzione del provvedimento impugnato, essendosi il minore rifiutato di seguire la madre, venuta a prelevare in Italia, il giudice delegato all'esecuzione ne aveva disposto l'audizione che si concludeva con il rifiuto di essere portato in Ungheria.

Nel quarto motivo viene dedotta la violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 4, 5 della convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 nonché dell'art. 10 ss. della convenzione di New York sui diritti del fanciullo, degli artt. 9 e 11 del regolamento (CE) n. 2201 del 2003 e degli artt. 115 e 116 cod. civ., per avere la Corte di Appello fondato la propria decisione esclusivamente sulle affermazioni materne al fine d'identificare la residenza abituale in Ungheria.

In particolare non si è tenuto conto del fatto che il minore frequenta regolarmente la scuola elementare di Ortona, con successo ed era stato già residente in Italia nei primi quattro anni di vita, oltre ad avere in Italia un tessuto di relazioni affettive e sociali del tutto stabile. La censura viene formulata anche *ex art.* 360 n. 5 cod. proc. civ.

Deve preliminarmente osservarsi che oggetto del presente giudizio è esclusivamente la pronuncia del Tribunale per i minorenni dell'Aquila (R.G. n. 613 del 2012) relativa all'accertamento dell'illecito trattenimento in Italia del minore C.B. da parte del padre, derivante dal mancato rientro in Ungheria in data 24 agosto 2012 come da accordi con l'altro genitore affidatario. Il procedimento è regolato dalla legge n. 64 del 1994, art. 7, di ratifica della convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 e non può riguardare domande relative all'affidamento o alle modifiche del regime di visita e ancor meno alla sospensione o decadenza della potestà,

anche quando tali accertamenti possano essere pregiudiziali in senso logico alla decisione sul rientro. Il perimetro dell'accertamento giudiziale è rigidamente dettato dalle norme della convenzione dell'Aja e riguarda esclusivamente la violazione del diritto di affidamento sotto lo specifico profilo della compressione del diritto d'intervento sulla residenza del minore, senza investire tutti gli aspetti che compongono la titolarità e l'esercizio del diritto medesimo. La titolarità e l'esercizio del diritto di affidamento, in via esclusiva o condivisa, costituiscono una condizione della legittimazione ad agire in capo al genitore che invoca l'illecita sottrazione del minore ma non l'oggetto della cognizione del giudice, nella specie dello Stato di rifugio, investito della richiesta di rientro, salva la necessità di verificare ai sensi dell'art. 13 lett. *a* della convenzione se alla condizione giuridica corrisponda l'effettivo esercizio del diritto di affidamento o vi siano i rischi indicati alla lett. *b*, o l'opposizione del minore che abbia raggiunto una maturità ed un'età che consentano di tenere conto del suo parere.

Tali premesse sono dettate dalla pluralità di procedimenti che riguardano il conflitto tra i due genitori di C.B. e dai rilievi esposti in memoria dal ricorrente.

Risulta dall'esame degli atti che è stato instaurato procedimento di divorzio in Ungheria su ricorso del C., anteriormente al 24 agosto 2012. Il Tribunale di Monor, dopo la denunciata sottrazione, ha disposto provvisoriamente l'affidamento in via esclusiva alla madre del minore.

Successivamente il predetto provvedimento veniva integrato con l'ordine di riportare il figlio presso la sua residenza abituale in Ungheria.

Il Tribunale per i minorenni dell'Aquila, su istanza del P.M., a sua volta, in due decreti, ha disposto provvisoriamente la sospensione della potestà genitoriale in capo al C., con affidamento del minore al servizio sociale, al fine di prepararlo anche psicologicamente al rientro in Ungheria (intervenuto definitivamente nel febbraio 2013), tenuto conto del rifiuto opposto dal minore stesso. I provvedimenti in oggetto sono stati confermati dalla Corte d'Appello investita del reclamo dal C.

Rileva il ricorrente in memoria che le determinazioni assunte sono state successivamente modificate dal decreto del Tribunale per i minorenni dell'Abruzzo con provvedimento di reintegrazione del C. nella potestà genitoriale.

Deve osservarsi, in primo luogo, che la decisione da ultimo illustrata si fonda sul riconoscimento dell'esclusiva competenza dell'autorità giudiziaria ungherese in ordine ai provvedimenti *de potestate*, in quanto Stato della residenza abituale del minore. In secondo luogo, deve rilevarsi che anche alla data del 24 agosto 2012, quando si è consumata la decisione di non far rientrare il minore in Ungheria presso la madre, titolare della custodia del minore, il ricorrente non era affatto privo della potestà genitoriale ma non aveva il diritto di mutare unilateralmente la residenza del minore in violazione del regime di affidamento e di visita stabilito concordemente con il coniuge o disposto dal giudice del divorzio. Ne consegue l'irrelevanza della conclusione dei procedimenti relativi ai provvedimenti *de potestate* assunti dal giudice minorile italiano (in conseguenza dell'avvio del procedimento di sottrazione internazionale), essendo dirimente, ai fini dell'accertamento dell'illiceità della decisione di non riconsegna del minore, oggetto esclusivo del presente giudizio, che tale determinazione non poteva essere assunta unilateralmente dal ricorrente perché produttiva di un'illegittima compressione del correlativo diritto di affidamento dell'altro genitore.

Il primo motivo di ricorso è manifestamente infondato. Ai sensi dell'art. 7 comma 3 della legge n. 64 del 1994, il termine di trenta giorni entro il quale il tribunale dello Stato di rifugio deve assumere la decisione relativa al ritorno del minore nello Stato di origine ha natura ordinatoria (Cass. n. 3334 del 2003; n. 2093 del 2005). L'inosservanza del predetto termine, di conseguenza, è sottratta al regime sanzionatorio previsto dagli artt. 152 ss. cod. proc. civ., nessuna disposizione prevedendo la nullità della pronuncia eventualmente emessa (o, comunque, nessuna disposizione sanzionando con la decadenza il provvedimento così adottato) in violazione della prescrizione (per l'applicazione del medesimo principio in tema di procedimento avverso il provvedimento di espulsione dello straniero, Cass., n. 2790 del 2002).

Il secondo motivo presenta un evidente profilo d'inammissibilità, non essendo stati né riprodotti, né depositati gli atti ed i provvedimenti provenienti dal Tribunale di Monor posti a base della censura, né risultano fornite indicazioni per il reperimento dei medesimi in atti. Peraltro del tutto inconferente è il parametro costituito dall'art. 23 del regolamento (CE) n. 2201 del 2003 relativo ai motivi ostativi al riconoscimento delle decisioni assunte dagli Stati membri in tema di responsabilità genitoriale. Il procedimento in questione non si fonda sul riconoscimento di un titolo emesso *aliunde*, ma sull'accertamento, in sede di cognizione, dell'avvenuta sottrazione illecita di minore dalla residenza abituale, in violazione del diritto di affidamento dell'altro genitore.

In ordine al terzo motivo deve rilevarsi che la questione relativa all'obbligatorietà o facoltatività dell'ascolto del minore nei procedimenti assoggettati alla legge n. 64 del 1994 (di ratifica della convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980) ha trovato, negli orientamenti di questa sezione, una risposta mediante la fissazione dei seguenti principi:

la mancata previsione normativa dell'obbligatorietà, desumibile dall'art. 7 comma 3 della legge n. 64 del 1994, non esclude tuttavia che l'audizione sia un adempimento doveroso in quanto previsto nell'art. 12 della convenzione di New York sui diritti del fanciullo per tutte le procedure relative ai minori; dagli artt. 3 e 6 della convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996, ratificata con la l. 20 marzo 2003 n. 77 (Cass., n. 17201 del 2011); infine dal vigente art. 315-*bis* della legge n. 219 del 2012; nel procedimento per la sottrazione internazionale di minori, il predetto adempimento risulta, peraltro, finalizzato alla valutazione, *ex art.* 13 comma 2 della citata convenzione [dell'Aja del 1980, *n.d.r.*], anche dell'eventuale opposizione del minore al ritorno; il diritto del minore all'audizione non esclude la preventiva valutazione dell'eventuale dannosità e contrarietà all'interesse del minore dell'adempimento, anche in considerazione del carattere urgente del procedimento relativo alla sottrazione internazionale dei minori (Cass., n. 1527 del 2013); l'audizione può essere svolta, secondo le modalità stabilite dal giudice anche da soggetti diversi da esso; le ragioni dell'esclusione dell'audizione, ovvero il pericolo di danno per il minore, devono essere esplicitate (Cass., s.u., n. 22238 del 2009); l'omesso adempimento o l'omessa motivazione sulla sua assenza determinano una lesione del diritto al contraddittorio (Cass., s.u., 22238 del 2009), da far valere in sede d'impugnazione nei limiti e secondo le regole fissati dall'art. 161 cod. proc. civ.

Ne consegue che la natura della censura consente alla Corte l'esame degli at-

ti processuali relativi all'unico grado del giudizio di merito. Emerge da tale esame che il minore C.B., nonostante il carattere urgente del procedimento sia stato ascoltato dalle assistenti sociali in data 11 gennaio 2013 (v. anche p. 13 ricorso) e che il Giudice minorile abbia ritenuto non opportuno l'ascolto del minore, precisandone la ragione a p. 6 del verbale d'udienza del procedimento che ha dato luogo al provvedimento impugnato. In particolare da parte del Giudice l'omessa audizione è stata giustificata dal troppo elevato grado di conflitto esistente tra i genitori (motivazione reiterata a p. 7 del predetto verbale).

In conclusione deve ritenersi che nella specie siano stati rispettati i principi delineati da questa Corte in tema di audizione del minore, dal momento che il carattere urgente del procedimento giustifica pienamente sia la tempestiva attuazione dell'adempimento da parte degli organi pubblici (i servizi sociali) immediatamente in contatto con il minore, sia la lamentata omissione successiva da parte del Giudice, in quanto sostenuta dalla motivazione rintracciata nel verbale d'udienza, non assumendo rilievo la mera mancanza della reiterazione della giustificazione nel provvedimento finale. In conclusione il terzo motivo deve ritenersi infondato.

Il quarto motivo, relativo alla errata identificazione della residenza abituale del minore, deve ritenersi inammissibile sotto entrambi i profili di censura in quanto tende a richiedere a questa Corte un riesame dei fatti che hanno condotto il Tribunale per i minorenni ad identificare la residenza abituale del minore in Ungheria, dove, peraltro, prima dell'intervenuta sottrazione risiedevano entrambi i genitori e dove incontestatamente il minore ha vissuto continuativamente dall'età di quattro anni fino al 24 agosto 2012. Peraltro, con specifico riferimento al vizio *ex art. 360 n. 5 cod. proc. civ.*, rileva questa Corte la vigenza della nuova formulazione della disposizione processuale, entrata in vigore dall'11 settembre 2012 ed applicabile a tutti i provvedimenti oggetto d'impugnazione emessi a partire da tale data (il decreto del Tribunale per i minorenni è stato depositato il 25 gennaio 2013). Al riguardo, essendo previsto dalla norma che la censura debba riguardare l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio, anche sotto tale profilo il motivo si palesa inammissibile in quanto privo di una selezione puntuale di uno o più fatti aventi tale caratteristica, ignorati dal Giudice del merito, e rivolto soltanto a prospettare una valutazione sostitutiva (Cass., s.u., n. 24148/2013) del materiale probatorio.

Deve, infine, dichiararsi il difetto di legittimazione passiva del Ministero della giustizia-Dipartimento giustizia minorile nella qualità di Autorità centrale *ex art. 6 convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980*, in quanto la funzione svolta da tale Autorità non è quella di parte del procedimento.

Al complessivo rigetto delle domande proposte segue, in considerazione degli interessi coinvolti, la compensazione integrale delle spese di lite del presente procedimento.

P.Q.M., la Corte, rigetta il ricorso e compensa integralmente le spese di lite del presente procedimento.

TRIBUNALE DI BOLOGNA, SEZ. SPECIALIZZATA PER LA PROPRIETÀ
INDUSTRIALE ED INTELLETTUALE, sentenza 23 giugno 2014

Presidente, LICCARDO – Giudice Rel., ATZORI

Plast-Meccanica s.p.a. (avv. Torricelli, Galli, Torricelli Scandurra) *contro* **Keter Plastic ltd**
(avv. Nicolini, Bucarelli, Petrocchi, Masetti Zannini de' Concina).

La giurisdizione su un'azione di accertamento negativo della contraffazione di porzioni non italiane di un brevetto europeo, promossa congiuntamente ad un'azione di accertamento «anche in via incidentale» della nullità, di dette porzioni estere deve essere determinata in base all'art. 22 del regolamento (CE) n. 44/2001 del 20 dicembre 2000 e non all'art. 5 n. 3 del medesimo regolamento.

*Ai sensi dell'art. 22 n. 4 del regolamento (CE) n. 44/2001, non sussiste la giurisdizione italiana su una domanda di accertamento della non contraffazione di porzioni non italiane di un brevetto europeo che presupponga l'accertamento in via incidentale della carenza dei requisiti di registrabilità, e quindi della nullità di tali porzioni, sussistendo invece la giurisdizione esclusiva dei giudici nazionali degli Stati di ciascuna di dette porzioni.**

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. Con atto di citazione in data 28 marzo 2012 Plast-Meccanica s.p.a., con sede in Castelfellino (AN) – premesso di avere ideato un cestello-trolley da giardinaggio tutelato come design comunitario; di avere ricevuto una diffida dalla società israeliana Keter Plastic ltd, con la quale quest'ultima lamentava la contraffazione ad opera del suddetto cestello del proprio brevetto europeo EP 690 772; di avere conseguentemente promosso davanti al Tribunale di Roma un'azione di nullità della porzione italiana di detta privativa e di accertamento negativo della contraffazione per il territorio italiano; di essere stata successivamente destinataria di un'inibitoria, richiesta da Keter Plastic ltd in Germania per asserita violazione della porzione tedesca di detto brevetto, con la quale il Tribunale di Francoforte sul Meno aveva inibito la commercializzazione in Germania del cestello-trolley (inibitoria eseguita presso la Fiera di Francoforte) – ha convenuto in giudizio davanti alla Sezione Specializzata in materia di proprietà industriale e intellettuale del Tribunale di Bologna la società israeliana Keter Plastic ltd, proponendo azione di accertamento negativo della contraffazio-

* Tra le pronunce citate in motivazione possono leggersi in questa *Rivista*: Corte di giustizia: 15 novembre 1983, in causa 288/82, *ivi*, 1985, p. 175 ss.; 6 dicembre 1994, in causa C-406/92, *ivi*, 1995, p. 485 ss.; 19 febbraio 2002, in causa C-256/00, *ivi*, 2002, p. 489 ss.; 1° marzo 2005, in causa C-281/02, *ivi*, 2005, p. 498 ss.; 13 luglio 2006, in causa C-4/03, *ivi*, 2007, p. 224 ss.; 13 luglio 2006, in causa C-539/03, *ibidem*, p. 229 ss.; 16 luglio 2009, in causa C-189/08, *ivi*, 2010, p. 187 ss.; 10 settembre 2009, in causa C-292/08, *ibidem*, p. 501 ss.; 18 ottobre 2011, in causa C-406/09, *ivi*, 2012, p. 242 (massima); 19 aprile 2012, in causa C-523/10, *ibidem*, p. 961 s. (massima); 12 luglio 2012, in causa C-616/10, *ibidem*, p. 963 s. (massima); 25 ottobre 2012, in causa C-133/11, *ibidem*, p. 964 s. (massima). Cass., s.u., 19 dicembre 2003 n. 19550, *ivi*, 2004, p. 1372 ss.; Cass., 10 giugno 2013 n. 14508, *ivi*, 2014, p. 413 ss.; Cass., s.u., 10 settembre 2013 n. 2700, *ibidem*, p. 647 ss.

ne delle porzioni non italiane del brevetto EP 690 772 di Keter per tutti gli Stati esteri per i quali esso è stato esteso e convalidato, nonché di accertamento, anche in via incidentale, della carenza dei requisiti di registrabilità di dette porzioni estere per difetto di novità e attività inventiva, con sentenza avente effetto in tutti gli Stati in cui la privativa ha tutela.

Ha chiesto inoltre accertarsi che la produzione e commercializzazione dei cestelli-trolley non costituisce attività di concorrenza sleale, non sussistendo confondibilità con il prodotto di Keter, con condanna di quest'ultima per atto illecito e concorrenza sleale per avere richiesto in maniera maliziosa e manifestamente infondata il provvedimento cautelare in Germania.

Con comparsa di riposta del 19 febbraio 2013 si è costituita Keter Plastic Ltd, eccependo pregiudizialmente il difetto di giurisdizione del tribunale adito *ex art. 22 n. 4* del regolamento (CE) n. 44/2001, e contestando integralmente, nel merito, le domande avversarie, delle quali ha chiesto il rigetto; in via riconvenzionale, ha chiesto la condanna dell'attrice al risarcimento dei danni per lite temeraria e, in via subordinata al rigetto dell'eccezione di carenza di giurisdizione, l'accertamento della contraffazione delle porzioni straniere del brevetto e della concorrenza sleale, con inibitoria assistita da penale, ordine di ritiro dal commercio, risarcimento dei danni e pubblicazione dell'emananda sentenza.

Alla prima udienza il giudice, preso atto dell'eccezione pregiudiziale, ha fissato per la precisazione delle conclusioni l'udienza del 18 giugno 2013, nel corso della quale la convenuta ha prodotto la decisione dello *European Patent Office* in data 6 novembre 2012 che, in accoglimento dell'opposizione proposta, ha revocato il brevetto in questione, dando altresì atto che avverso la decisione è stato proposto appello.

Su richiesta del procuratore di parte attrice, la causa è stata discussa oralmente all'udienza collegiale del 5 febbraio 2014.

MOTIVI DELLA DECISIONE. Secondo la difesa di Plast-Meccanica s.p.a., sussisterebbe in relazione alla presente controversia la giurisdizione del giudice italiano, e segnatamente della sezione specializzata del Tribunale di Bologna, nella cui circoscrizione è ubicata la sede legale dell'attrice, ai sensi dell'art. 120 comma 2 cod. propr. ind., – che prevede che le azioni previste al comma 1 (le azioni in materia di proprietà industriale i cui titoli sono concessi o in corso di concessione) si propongono, quando il convenuto non ha residenza, né domicilio né dimora nel territorio dello Stato, davanti all'autorità giudiziaria del luogo in cui l'attore ha la residenza o il domicilio) – e dell'art. 5 della convenzione di Lugano, ora regolamento n. 44/2001, che stabilisce che «La persona domiciliata nel territorio di uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro... 3) in materia di illeciti civili dolosi o colposi, davanti al giudice del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire»; tale interpretazione sarebbe avvalorata dalla sentenza della Corte di giustizia, 19 aprile 2012, in causa C-523/2010 – con la quale è stato affermato che l'espressione «luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire» di cui all'art. 5 n. 3 del regolamento n. 44/2001 concerne sia il luogo in cui il danno si è concretizzato, sia il luogo del fatto generatore di danno, sicché il convenuto può essere citato, a scelta, in entrambi i luoghi in parola –, sia dalla recente ordinanza n. 14508/2013 delle S.U., che ha ribadito, confermandolo, tale indirizzo interpretativo.

La difesa della convenuta, di contro, ha sollevato eccezione di difetto di giurisdizione in relazione a tutte le domande proposte da controparte, ricordando che il brevetto europeo non costituisce un titolo di privativa unitario, bensì un fascio di brevetti nazionali, ciascuno dei quali valido ed efficace nell'ambito di ciascuno Stato in cui esso viene esteso e convalidato dal titolare della privativa, e richiamando, alla luce di tale premessa, l'art. 22 n. 4 del regolamento n. 44/2001, in materia di brevetti, il quale prevede che: «Indipendentemente dal domicilio, hanno competenza esclusiva:... 4) in materia di registrazione o di validità di brevetti, marchi, disegni e modelli e di altri diritti analoghi per i quali è prescritto il deposito ovvero la registrazione, i giudici dello Stato membro nel cui territorio il deposito o la registrazione sono stati richiesti, sono stati effettuati o sono da considerarsi effettuati a norma di un atto normativo comunitario o di una convenzione internazionale. Salva la competenza dell'ufficio europeo dei brevetti in base alla convenzione sul rilascio di brevetti europei, firmata a Monaco di Baviera il 5 ottobre 1973, i giudici di ciascuno Stato membro hanno competenza esclusiva, a prescindere dal domicilio, in materia di registrazione o di validità di un brevetto europeo rilasciato per tale Stato»; ad avviso di Keter, la disposizione in questione non autorizzerebbe alcuna distinzione tra azione volta all'accertamento dell'invalidità in via principale con pronuncia valevole *erga omnes* e accertamento incidentale, come affermato dalla sentenza della Corte di giustizia, 13 luglio 2006, in causa C-4/03, *GAT*.

La convenuta ha inoltre dedotto l'inapplicabilità al caso di specie dell'art. 5 n. 3 del regolamento (CE) n. 44/2001, in quanto, da un lato, la società convenuta, avente sede in Israele, non è domiciliata in alcuno Stato membro dell'Unione europea, e, dall'altro, il fatto illecito di cui controparte ha chiesto l'accertamento negativo non è avvenuto e mai potrebbe avvenire in Italia, non avendo in Italia le porzioni non italiane del brevetto Keter alcuna validità e/o efficacia e non potendo, conseguentemente, verificarsi in Italia alcuna contraffazione delle stesse.

Così sintetizzate le contrapposte tesi difensive, occorre in primo luogo individuare la norme applicabili al caso di specie.

L'art. 3 della legge n. 218/1995 di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, intitolato «Ambito della giurisdizione», prevede che «1. La giurisdizione italiana sussiste quando il convenuto è domiciliato o residente in Italia o vi ha un rappresentante che sia autorizzato a stare in giudizio a norma dell'art. 77 cod. proc. civ. e negli altri casi in cui è prevista dalla legge. 2. La giurisdizione sussiste inoltre in base ai criteri stabiliti dalle sezioni 2, 3 e 4 del titolo II della convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale e protocollo, firmati a Bruxelles il 27 settembre 1968, resi esecutivi con la l. 21 giugno 1971 n. 804, e successive modificazioni in vigore per l'Italia, anche allorché il convenuto non sia domiciliato nel territorio di uno Stato contraente, quando si tratti di una delle materie comprese nel campo di applicazione della convenzione. Rispetto alle altre materie la giurisdizione sussiste anche in base ai criteri stabiliti per la competenza per territorio».

La convenzione di Bruxelles del 1968 sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale richiamata dal suddetto art. 3, nata nell'ambito delle previsioni di cui all'art. 220

del trattato di Roma (oggi art. 293) ed entrata in vigore il 1° febbraio 1973 fra i sei Stati fondatori della Comunità economica europea (Italia, Francia, Germania, Belgio, Olanda e Lussemburgo), individuava i criteri europei per la determinazione del giudice competente per le liti transnazionali in materia civile e commerciale insorte nel territorio dei Paesi aderenti.

Varie modifiche nel corso degli anni portarono all'adesione alla convenzione di tutti gli Stati membri dell'Unione europea; per regolare i rapporti con gli Stati membri dell'Associazione Europea di Libero Scambio (EFTA) fu poi sottoscritta nel 1988 tra questi ultimi e i Paesi comunitari la convenzione di Lugano, entrata in vigore per l'Italia il 1° dicembre 1992, che riproduce nella sostanza la convenzione di Bruxelles.

Il regolamento (CE) n. 44/2001 ha sostituito quest'ultima, che resta tutt'oggi in vigore per gli Stati membri che rientrano nel campo di applicazione territoriale della convenzione stessa e sono esclusi dal regolamento ai sensi dell'art. 299 CE (ora art. 355 TFUE); l'adozione del regolamento (CE) n. 44/2001 ha reso necessario stipulare una nuova convenzione di Lugano, sottoscritta il 30 ottobre 2007 dalla Comunità europea e da Islanda, Norvegia e Svizzera, per riallineare le disposizioni in vigore all'interno dell'Unione europea e quelle relative ai rapporti con i rimanenti Stati EFTA.

Il regolamento si applica alla materia civile e commerciale, inquadrandosi nel sistema di diritto internazionale privato comunitario, completato dai regolamenti «Roma I» e «Roma II», in materia, rispettivamente, di obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali.

Principio generale, quanto all'ambito di applicazione territoriale, è che la normativa si applica quando il convenuto abbia il proprio domicilio (persona fisica) o la propria sede (persona giuridica) in un Paese contraente; a tale regola sono peraltro apportate varie importanti deroghe con l'individuazione di fori facoltativi, alternativi ed esclusivi.

In particolare l'art. 5 del regolamento (CE) n. 44/2001, invocato dall'attrice, stabilisce che: «La persona domiciliata nel territorio di uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro: ...3) in materia di illeciti civili dolosi o colposi, davanti al giudice del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire»; in modo del tutto analogo l'art. 5 della convenzione di Bruxelles prevedeva che: «Il convenuto domiciliato nel territorio di uno Stato contraente può essere citato in un altro Stato contraente: ... 3) in materia di delitti o quasi-delitti, davanti al giudice del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto».

Peraltro, l'art. 22 n. 4 del regolamento (CE) n. 44/2001, in materia di brevetti, dispone che: «Indipendentemente dal domicilio, hanno competenza esclusiva... 4) in materia di registrazione o di validità di brevetti, marchi, disegni e modelli e di altri diritti analoghi per i quali è prescritto il deposito ovvero la registrazione, i giudici dello Stato membro nel cui territorio il deposito o la registrazione sono stati richiesti, sono stati effettuati o sono da considerarsi effettuati a norma di un atto normativo comunitario o di una convenzione internazionale. Salva la competenza dell'ufficio europeo dei brevetti in base alla convenzione sul rilascio di brevetti europei, firmata a Monaco di Baviera il 5 ottobre 1973, i giudici di ciascuno Stato membro hanno competenza esclusiva, a prescindere dal domicilio, in materia di registrazione o di validità di un brevetto europeo rilasciato per tale

Stato»; analogamente, l'art. 16 della convenzione stabiliva che: «Indipendentemente dal domicilio, hanno competenza esclusiva: ...4) in materia di registrazione o di validità di brevetti, marchi, disegni e modelli e di altri diritti analoghi per i quali è prescritto il deposito ovvero la registrazione, i giudici dello Stato contraente nel cui territorio il deposito o la registrazione sono stati richiesti, sono stati effettuati o sono reputati essere stati effettuati a norma di una convenzione internazionale».

La convenzione sulla concessione di brevetti europei, conclusa a Monaco il 5 ottobre 1973 è richiamata espressamente dall'art. 22 del regolamento n. 44/2001, ha istituito, come si legge all'art. 1, un «diritto comune agli Stati contraenti in materia di concessione di brevetti per invenzioni».

Al di là delle norme comuni in materia di concessione, il brevetto europeo resta disciplinato dalla legge nazionale di ogni singolo Stato contraente per il quale sia stato concesso. In proposito l'art. 2 par. 2 della convenzione di Monaco dispone che: «In ciascuno degli Stati contraenti per i quali esso è concesso, il brevetto europeo ha gli stessi effetti ed è soggetto alle medesime regole di un brevetto nazionale concesso in questo Stato».

Per quanto concerne i diritti attribuiti al titolare di un brevetto europeo, l'art. 64 par. 1 e 3 della convenzione medesima, stabilisce che: «(1) ...il brevetto europeo conferisce al suo titolare, a decorrere dal giorno della pubblicazione della menzione della sua concessione e in ciascuno Stato contraente per il quale è stato concesso, i medesimi diritti che gli conferirebbe un brevetto nazionale concesso in questo Stato. ... (3) Ogni contraffazione del brevetto europeo è apprezzata conformemente alle disposizioni della legislazione nazionale».

Così precisato il quadro normativo di riferimento, va ricordato che, avendo il regolamento (CE) n. 44/2001 sostituito nei rapporti tra Stati membri la convenzione di Bruxelles, l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia con riferimento alle disposizioni di tale convenzione vale anche per quelle del citato regolamento, quando le disposizioni di tali atti comunitari possono essere qualificate come equivalenti (si vedano le sentenze della Corte di giustizia, 16 luglio 2009, in causa C-189/08, *Zuid-Chemie*; 10 settembre 2009, in causa C-292/08, *German Graphics Graphische Maschinen*; 18 ottobre 2011, in causa C-406/09, *Realchemie Nederland*).

Tutto ciò premesso, deve ritenersi che non sia applicabile alla presente controversia l'art. 5 del regolamento (CE) n. 44/2001 – che consente che la persona, fisica o giuridica, domiciliata nel territorio di uno Stato membro, possa essere convenuta in un altro Stato membro, e in particolare, quando si verta in materia di illeciti civili dolosi o colposi, davanti al giudice del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire – in quanto l'attrice Plast-Meccanica s.p.a. non si è limitata a proporre azione di accertamento negativo della contraffazione delle porzioni non italiane del brevetto EP 690 772 di Keter per tutti gli Stati esteri per i quali è stato esteso e convalidato, ma ha altresì proposto domanda di accertamento, «anche in via incidentale», della carenza dei requisiti di registrabilità, e quindi della nullità, di dette porzioni estere per difetto di novità e attività inventiva, con sentenza avente effetto in tutti gli Stati in cui la privativa ha tutela.

Deve allora applicarsi l'art. 22 n. 4 del regolamento (CE) n. 44/2001, che prevede la competenza esclusiva, indipendentemente dal domicilio, in materia di

registrazione o di validità di brevetti, marchi, disegni e modelli e di altri diritti analoghi per i quali è prescritto il deposito ovvero la registrazione, dei giudici dello Stato membro nel cui territorio il deposito o la registrazione sono stati richiesti, sono stati effettuati o sono da considerarsi effettuati a norma di un atto normativo comunitario o di una convenzione internazionale, competenza esclusiva espressamente estesa ai brevetti europei rilasciati dall'Ufficio Brevetti Monaco in base alla convenzione di Monaco di Baviera del 5 ottobre 1973.

In proposito, se deve ritenersi, da un lato, che le controversie devolute alla competenza esclusiva di detto foro speciale siano esclusivamente quelle concernenti la registrazione o la validità dei menzionati titoli di proprietà industriale, restandone escluse le liti concernenti la proprietà e la contraffazione, come pure le azioni, positive e negative, di accertamento della concorrenza sleale (al riguardo la Corte di giustizia, con la sentenza 15 novembre 1983, in causa 288/1982, *Duijnste c. Goderbauer*, ha espressamente affermato che l'ambito di applicazione dell'art. 16 n. 4 della convenzione è circoscritto alle sole questioni inerenti la registrazione o la validità di un brevetto o di un diritto ad esso assimilabile), dall'altro deve rilevarsi che la Corte, con la sentenza del 13 luglio 2006, in causa C-4/03, *GAT*, ha interpretato estensivamente l'art. 16 n. 4 della convenzione di Bruxelles, osservando che la finalità perseguita dalle regole di competenza esclusiva previste dalla norma è quella di riservare le controversie considerate ai giudici che hanno rispetto ad esse una prossimità materiale giuridica.

In particolare la Corte ha osservato che: «... la competenza esclusiva per le controversie in materia di registrazione o di validità dei brevetti, attribuita ai giudici degli Stati contraenti nel cui territorio è stato richiesto o effettuato il deposito o la registrazione del brevetto, è giustificata dal fatto che questi giudici sono quelli che meglio sono situati per conoscere dei casi nei quali la controversia verte direttamente sulla validità del brevetto o sull'esistenza del deposito o della registrazione (sentenza *Duijnste* cit., punto 22). I giudici dello Stato contraente sul territorio del quale sono tenuti i registri possono statuire in applicazione del loro diritto nazionale sulla validità e sugli effetti dei brevetti rilasciati in tale Stato. Questa preoccupazione di buona amministrazione della giustizia presenta un'importanza tanto maggiore nell'ambito dei brevetti in quanto, tenuto conto della specificità della materia, diversi Stati contraenti hanno istituito un sistema di tutela giurisdizionale particolare, riservando tale contenzioso a giudici specializzati. 23. Tale competenza esclusiva è giustificata anche dal fatto che il rilascio dei brevetti implica l'intervento dell'amministrazione nazionale (v., al riguardo, la relazione del sig. Jenard relativa alla convenzione, in *Gazz. Uff. Com. eur.*, n. C 59 del 1979, p. 1, spec. p. 36)». Sulla scorta di tali considerazioni, la Corte ha ritenuto che: «25. Alla luce della posizione occupata dall'art. 16 n. 4 della convenzione nel sistema di quest'ultima e della finalità perseguita, si deve considerare che la competenza esclusiva prevista da tale disposizione deve poter applicarsi qualunque sia l'ambito procedurale in cui la questione della validità di un brevetto è sollevata, a prescindere dal fatto che ciò avvenga mediante azione o mediante eccezione, al momento della proposizione della causa o ad uno stadio di trattazione più avanzato di quest'ultima. 26. In primo luogo, permettere al giudice investito di un'azione per contraffazione o di accertamento di non contraffazione di accertare, in via incidentale, la nullità del brevetto controverso pregiudiche-

rebbe la natura vincolante della regola di competenza prevista dall'art. 16 n. 4 della convenzione. 27. Infatti, mentre l'art. 16 n. 4 della convenzione non è a disposizione delle parti, l'attore sarebbe in grado, con la semplice formulazione delle conclusioni della sua domanda, di eludere il carattere imperativo della regola di competenza sancita da tale articolo. 28. In secondo luogo, la possibilità così offerta di eludere l'art. 16 n. 4 della convenzione condurrebbe ad una moltiplicazione delle competenze e sarebbe tale da inficiare la prevedibilità delle norme sulla competenza previste dalla convenzione, pregiudicando, di conseguenza, il principio della certezza del diritto quale fondamento di quest'ultima (v. sentenze 19 febbraio 2002, in causa C-256/00, *Besix*, punti 24-26; 1° marzo 2005, in causa C-281/02, *Owusu*, punto 41; e 13 luglio 2006, in causa C-539/03, *Roche Nederland e a.*, punto 37). 29. In terzo luogo, l'ammissione, nel sistema della convenzione, di decisioni nelle quali giudici diversi da quelli dello Stato di rilascio di un brevetto statuissero in via incidentale sulla validità di tale brevetto moltiplicherebbe anche il rischio di pronunce contrastanti che la convenzione mira appunto ad evitare (v., in questo senso, sentenze 6 dicembre 1994, in causa C-406/92, *Tatry*, punto 52, e *Besix* cit., punto 27). 30. L'argomento, addotto dalla LuK e dal governo tedesco, in base al quale, secondo il diritto tedesco, gli effetti di una decisione che statuisce in via incidentale sulla validità di un brevetto si limitano alle parti in causa, non può costituire una risposta adeguata a tale rischio. Infatti, gli effetti annessi ad una siffatta decisione sono determinati dal diritto nazionale. Ora, in diversi Stati contraenti, la decisione che annulla un brevetto ha un'efficacia *erga omnes*. Per evitare il rischio di decisioni contraddittorie, sarebbe quindi necessario restringere la competenza dei giudici di uno Stato diverso da quello del rilascio per statuire in via incidentale sulla validità di un brevetto straniero ai soli casi in cui il diritto nazionale applicabile annetta alla decisione da pronunciare solo un'efficacia limitata alle parti in causa. Tale restrizione porterebbe tuttavia a distorsioni, compromettendo la parità e l'uniformità dei diritti e degli obblighi che risultano dalla convenzione per gli Stati contraenti e per gli interessati (sentenza *Duijnste* cit., punto 13)».

Pertanto, ha concluso la Corte, l'art. 16 n. 4 della convenzione deve essere interpretato nel senso che la regola di competenza esclusiva da esso sancita riguarda tutte le controversie vertenti sulla registrazione o sulla validità di un brevetto, a prescindere dal fatto che la questione sia sollevata mediante azione o eccezione.

Tale interpretazione è stata indirettamente confermata dalla sentenza 12 luglio 2012, in causa C-616/10, *Solvay SA*, con la quale la Corte di giustizia, adita in via pregiudiziale al fine di chiarire se l'art. 22 n. 4 del regolamento (CE) n. 44/2001 sia applicabile o meno ad un procedimento cautelare diretto ad ottenere un provvedimento provvisorio fondato su un brevetto estero e mirante al divieto di contraffazione transfrontaliero, nel quale l'invalidità del brevetto invocato sia stata sollevata in via incidentale dal convenuto come motivo di difesa contro l'adozione del provvedimento richiesto, ha chiarito che l'interpretazione estensiva della competenza prevista all'art. 22 n. 4 del regolamento (CE) n. 44/2001 non osta all'applicazione dell'art. 31 del suddetto regolamento – secondo il quale il giudice di uno Stato membro è autorizzato a statuire su una domanda di provvedimenti provvisori o cautelari anche se, in forza dello stesso regolamento, la com-

petenza a conoscere nel merito è riconosciuta al giudice di un altro Stato membro – in quanto quest'ultima disposizione ha una portata autonoma rispetto a quella dell'art. 22 n. 4.

Il giudice adito in via incidentale, infatti, non emette una decisione definitiva in merito alla validità del brevetto invocato, ma si limita a valutare come il giudice competente a norma dell'art. 22 n. 4 del regolamento (CE) n. 44/2001 statuirebbe al riguardo, rifiutando di emanare il provvedimento provvisorio richiesto qualora ritenga che sussiste una possibilità ragionevole e non trascurabile che il brevetto invocato sia annullato dal giudice competente.

Quindi, non sussistendo il rischio di pronunce contrastanti, in quanto la decisione provvisoria assunta dal giudice adito in via incidentale non ha alcun impatto sulla decisione che il giudice competente deve prendere nel merito in base all'art. 22 n. 4 del regolamento (CE) n. 44/2001, le ragioni che avevano in precedenza indotto la Corte ad un'interpretazione estensiva della competenza prevista all'art. 22 n. 4 del regolamento (CE) n. 44/2001 non esigono che, nel caso di procedimenti cautelari nell'ambito dei quali venga eccepita in via incidentale dal convenuto la nullità del titolo, sia disattesa l'applicazione dell'art. 31 del suddetto regolamento.

Deve allora ritenersi, alla stregua della giurisprudenza comunitaria sopra richiamata, che difetti nel caso di specie la giurisdizione del giudice italiano alla luce della norma di cui all'art. 22 n. 4 del regolamento (CE) n. 44/2001, in quanto la domanda di accertamento della non contraffazione proposta dall'attrice presuppone l'accertamento in via incidentale della nullità delle porzioni non italiane del brevetto europeo di Keter, demandata alla competenza esclusiva dei giudici nazionali degli Stati di ciascuna di dette frazioni (si osserva oltretutto, per inciso, che non risulta neppure chiaro se l'accertamento dell'insussistenza dei requisiti di registrabilità di dette porzioni sia stato richiesto da Plast-Meccanica in via meramente incidentale, ovvero costituisca oggetto di una vera e propria domanda principale, stante l'ambiguità dell'espressione: «anche in via incidentale»).

Va infine osservato che le conclusioni alle quali il collegio è pervenuto non si pongono in contrasto con la recente ordinanza Cass., s.u., 10 giugno 2013 n. 14508, richiamata dalla società attrice, con la quale è stata affermata la giurisdizione italiana in relazione alla domanda di accertamento negativo della contraffazione di prodotti industriali coperti da brevetto europeo proposta da una società estera (nella specie tedesca) nei confronti di società straniere (titolari delle frazioni italiane e tedesche del medesimo brevetto) prive di sedi, anche secondarie, in Italia, ritenendosi tale controversia rientrante nella sfera di applicazione dell'art. 5 n. 3 del regolamento (CE) n. 44/2001, come interpretato dalla Corte di giustizia, con la sentenza 25 ottobre 2012, in causa C-133/11.

Con tale decisione, le Sezioni Unite hanno riconosciuto la giurisdizione dei tribunali italiani in relazione alle azioni *cross-border* volte all'accertamento della non-contraffazione di porzioni non italiane di brevetti europei (c.d. *Italian Torpedo*), modificando il precedente orientamento, secondo il quale la giurisdizione italiana andava negata in siffatti casi, non potendo essa essere fondata sull'art. 5 n. 3 della convenzione di Bruxelles, giacché il presupposto della giurisdizione del giudice del luogo del danno è un evento dannoso che si pretende certo (e, come

tale, antecedente la domanda), mentre la domanda di accertamento negativo della illiceità (ovvero di accertamento positivo della liceità) di una certa condotta non postula affatto un evento dannoso già verificatosi e non è quindi funzionale all'accertamento di un danno (così Cass., s.u., 19 dicembre 2003 n. 19550); il *revirement* della Suprema Corte è stato determinato dalla sentenza della Corte di giustizia, 25 ottobre 2012, in causa C-133/11, *Folien Fischer*, che ha affermato che «l'art. 5 n. 3 del regolamento n. 44/2001 dev'essere interpretato nel senso che un'azione di accertamento negativo volta a far dichiarare l'assenza di responsabilità da illecito civile doloso o colposo ricade nella sfera di applicazione di tale disposizione».

Ebbene, il caso esaminato dalle S.U., avente ad oggetto l'accertamento negativo della contraffazione delle frazioni italiana e tedesca di un brevetto europeo di titolarità di società statunitensi, è diversa da quella oggetto della presente controversia, in quanto non risulta dedotta o eccepita in giudizio, neppure in via incidentale, la nullità di dette frazioni, come si evince dalla lettura della motivazione dell'ordinanza, sicché si esula dall'ambito applicativo dell'art. 22 n. 4 del regolamento n. 44/2001.

Il richiamo alla suddetta pronuncia non appare dunque pertinente.

Analogamente deve ritenersi con riguardo alla successiva sentenza Cass., s.u., 10 settembre 2013 n. 20700 – che ha affermato la giurisdizione italiana relativamente alla domanda di accertamento negativo della concorrenza sleale per imitazione servile e al conseguente risarcimento del danno, proposta da una società italiana in relazione alla commercializzazione e produzione di prodotti da essa realizzati e asseritamente integranti una condotta di concorrenza sleale, rientrando tale controversia nella sfera di applicazione dell'art. 5 n. 3 del regolamento n. 44/2001, come interpretato dalla Corte di giustizia, con la sentenza 25 ottobre 2012, in causa C-133/11 – in quanto relativa ad un giudizio che non ha ad oggetto titoli brevettuali.

Deve dunque ritenersi, in conclusione, che l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dalla convenuta sia fondata; va conseguentemente dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice italiano in ordine alla presente controversia.

Le spese di lite, liquidate in dispositivo, vanno poste a carico dell'attrice, soccombente.

Non ricorrono i presupposti per la condanna dell'attrice al risarcimento dei danni per lite temeraria per aver adito un giudice privo di giurisdizione, essendo le questioni concernenti la proponibilità delle azioni di non contraffazione *cross-border* quanto mai controverse in dottrina e in giurisprudenza.

P.Q.M., il Tribunale di Bologna, sez. specializzata in materia di proprietà industriale e intellettuale, definitivamente pronunciando nel giudizio introdotto con atto di citazione notificato del 28 marzo 2012 da Plast-Meccanica s.p.a. nei confronti di Keter Plastic Ltd, dichiara il difetto di giurisdizione del giudice italiano. Condanna l'attrice a rifondere alla convenuta le spese di lite...

TRIBUNALE PER I MINORENNI DI TRIESTE, decreto 25 giugno 2014

Presidente, RADDINO – Giudice Rel., MORESCHINI

Sull'istanza proposta da X e Y.

*L'interpretazione usuale dell'art. 27 della legge 4 maggio 1983 n. 184, recante «Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori», secondo la quale al minore straniero adottato va attribuito in via automatica il cognome paterno senza possibilità di derogare in caso di comune volontà dei coniugi, conduce ad un risultato non conforme ai principi costituzionali, alla normativa europea e a quella internazionale per violazione della parità dell'uomo e della donna nell'ambito del matrimonio.**

Il Collegio, richiamato il proprio precedente decreto emesso in data 9 aprile 2014 nell'ambito del procedimento n. ...Reg. A;

vista l'istanza depositata in data 9 maggio 2014 con la quale i coniugi X e Y chiedevano la modifica del decreto suddetto nei seguenti termini: (*omissis*) e mantenimento del doppio cognome (materno e paterno) anziché indicazione del solo cognome paterno;

Il Collegio osserva:
(*omissis*).

L'ulteriore istanza di attribuzione al minore del doppio cognome anziché del solo cognome paterno costituisce al contrario una domanda nuova, non formulata originariamente nell'istanza di dichiarazione di efficacia del provvedimento straniero depositata in data 1° aprile 2014, tendente ad ottenere una modifica del decreto summenzionato. La competenza a decidere in merito rientra nelle attribuzioni di questo Tribunale per i minorenni, in quanto organo giurisdizionale che ha emesso il provvedimento di cui si chiede la modifica.

Ai sensi dell'art. 35 della legge n. 184/1983, l'adozione pronunciata all'estero produce nell'ordinamento italiano gli effetti di cui all'art. 27, ovvero ha quale conseguenza l'acquisizione da parte dell'adottato dello stato di figlio nato nel matrimonio degli adottanti, «dei quali assume e trasmette il cognome». Invero, la norma richiamata si riferisce genericamente al cognome degli adottanti e non specifica chiaramente quale cognome debba essere concretamente attribuito al bambino (se quello paterno ovvero materno ovvero entrambi).

Non dettando l'art. 27 della legge n. 184/1983 una disciplina precisa in materia, al fine di dirimere la questione di norma ci si riferisce – seguendo un'inter-

* Tra le pronunce citate in motivazione possono leggersi in questa *Rivista*: Cass., 22 settembre 2008 n. 23934, *ivi*, 2009, p. 152 ss.; Corte di giustizia, 14 ottobre 2008, in causa C-353/06, *ivi*, 2009, p. 221 ss.; 2 ottobre 2003, in causa C-148/02, *ivi*, 2003, p. 1088 ss.; 7 luglio 1992, in causa C-369/90, *ivi*, 1993, p. 208 ss.; 2 ottobre 1997, in causa C-122/96, *ivi*, 1998, p. 894 s.; Corte Cost., 16 febbraio 2006 n. 61, *ivi*, 2007, p. 473 s. (breve); Corte di giustizia, 19 gennaio 1988, in causa 292/86, *ivi*, 1989, p. 170 ss. (breve).

pretazione pacifica in materia – alla disciplina generale che regola l'attribuzione del cognome al figlio nato nel matrimonio, con la conseguenza che al minore viene attribuito in via automatica esclusivamente il cognome paterno. Tale interpretazione ha ricevuto l'avvallo della Corte Costituzionale che con ord. n. 586 del 1988 ha osservato che «per effetto dell'adozione l'adottato acquista lo stato di figlio legittimo degli adottanti», e quindi il precetto successivo, a mente del quale egli «assume e trasmette il cognome (non i cognomi) degli adottanti» significa (in via di corollario) che, analogamente ai figli legittimi, l'adottato assume il cognome determinato dalla legge come segno distintivo dei membri della famiglia legittima costituita dai genitori adottivi col matrimonio, cioè, secondo l'ordinamento vigente, il cognome del marito.

Ritiene a questo punto il Collegio doveroso analizzare *funditus* la disciplina relativa al cognome del figlio nato nel matrimonio, in ragione del rinvio implicito alla stessa rinvenuto nell'art. 21 della legge n. 184/1983 dall'orientamento dominante, al fine di verificare le conseguenze che derivano nel caso di specie.

Giova in via preliminare osservare che secondo un orientamento, non sarebbe rinvenibile una specifica normativa in materia, ma l'attribuzione automatica del cognome paterno deriverebbe solamente da una norma di tipo consuetudinario.

Un diverso orientamento, dominante in giurisprudenza, individua al contrario una norma di sistema, presupposta da una serie di disposizioni regolatrici di fattispecie diverse (artt. 6, 143-*bis*, 236, 237, secondo comma, 262, 266, 299, terzo comma cod. civ., 33 e 34 del d.p.r. n. 396/2000, artt. 71, 72, ultimo comma e 73 del r.d. 9 luglio 1939 n. 1238, disposizioni sull'ordinamento dello stato civile) dalla quale discende la regola in esame.

In ogni caso, si deve legittimamente dubitare della conformità di tale disciplina non solo con le norme costituzionali interne ma anche con le norme internazionali.

La Corte Costituzionale già in più occasioni si è pronunciata in merito.

Nell'ord. n. 176 del 1988 osservava che l'interesse alla conservazione dell'unità familiare, tutelato dall'art. 29, comma secondo Cost., sarebbe gravemente pregiudicato se il cognome dei figli nati dal matrimonio non fosse prestabilito fin dal momento dell'atto costitutivo della famiglia, in guisa che ai figli esso sia non già imposto, cioè scelto, dai genitori (come il prenome) in sede di formazione dell'atto di nascita, bensì esteso *ope legis*; ma rilevava altresì che invece sarebbe possibile, e probabilmente consentaneo all'evoluzione della coscienza sociale, sostituire la regola vigente in ordine alla determinazione del nome distintivo dei membri della famiglia costituita dal matrimonio con un criterio diverso, più rispettoso dell'autonomia dei coniugi, il quale concili i due principi sanciti dall'art. 29 Cost., anziché avvalersi dell'autorizzazione a limitare l'uno in funzione dell'altro.

Nell'ordinanza n. 586 del 1988 al contrario, riteneva che il limite derivante dalla disciplina in esame all'eguaglianza dei coniugi non contrasta con l'art. 29 Cost., costituendo la norma in questione una regola radicata nel costume sociale come criterio di tutela dell'unità della famiglia fondata sul matrimonio.

Nelle successive pronunce n. 61 del 2006 e n. 145 del 2007, la Corte Costituzionale riconosceva che l'attribuzione automatica del cognome paterno al figlio legittimo costituisce un retaggio di una concezione patriarcale della famiglia e di

una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza fra uomo e donna e non in sintonia con le fonti sopranazionali, che impongono agli Stati membri l'adozione di misure idonee alla eliminazione delle discriminazioni di trattamento nei confronti della donna. Evidenziava altresì il vincolo – al quale i maggiori Stati europei si sono già adeguati – posto dalle fonti convenzionali che impegna gli Stati contraenti ad adottare tutte le misure adeguate per eliminare la discriminazione nei confronti della donna in tutte le questioni derivanti dal matrimonio e nei rapporti familiari e, in particolare, ad assicurare gli stessi diritti personali al marito e alla moglie, compresa la scelta del cognome.

Peraltro, la Corte Costituzionale in tutte le occasioni in cui è stata chiamata ad effettuare il vaglio di costituzionalità della disciplina in questione ha dichiarato le questioni manifestamente inammissibili in quanto «l'intervento richiesto impone una operazione manipolativa esorbitante dai propri poteri, dal momento che la esclusione dell'automatismo dell'attribuzione del cognome paterno lascia aperta una serie di opzioni, che vanno da quella di rimettere tale scelta esclusivamente alla volontà dei genitori, a quella di consentire ai genitori che abbiano raggiunto un accordo di derogare ad una regola pur sempre valida, la scelta tra le quali non può che essere rimessa al legislatore».

Di conseguenza, la giurisprudenza ha continuato ad applicare la disciplina in questione (cfr. Cass., 14 luglio 2006 n. 16093, secondo la quale, nell'attuale quadro normativo, in cui è rinvenibile una norma di sistema – presupposta da una serie di disposizioni regolatrici di fattispecie diverse (artt. 143-*bis*, 236, 237, secondo comma, 266, 299, terzo comma cod. civ.; 33 e 34 del d.p.r. n. 396/2000) – che prevede l'attribuzione automatica del cognome paterno al figlio legittimo, sia pure retaggio di una concezione patriarcale della famiglia non in sintonia con le fonti sopranazionali, che impongono agli Stati membri l'adozione di misure idonee alla eliminazione delle discriminazioni di trattamento nei confronti della donna, non può trovare accoglimento la domanda dei genitori di attribuzione al figlio del cognome materno).

Permane peraltro la convinzione che la normativa in questione contrasti non solo con la Costituzione ma anche con le fonti internazionali, tanto che la I sez. civile della Cass. ha emesso la pronuncia interlocutoria n. 23934 del 22 settembre 2008 con la quale ha disposto trasmettersi gli atti al Primo Presidente ai fini della eventuale rimessione alle S.U., per valutare se, alla luce della mutata situazione della giurisprudenza costituzionale e del probabile mutamento delle norme comunitarie, possa essere adottata un'interpretazione della norma di sistema costituzionalmente orientata ovvero, se tale soluzione sia ritenuta esorbitante dai limiti dell'attività interpretativa, la questione possa essere rimessa nuovamente alla Corte Costituzionale. La pronuncia è meritevole di segnalazione per la completezza dell'inquadramento della problematica nel contesto giuridico non solo costituzionale italiano, ma soprattutto internazionale, con riferimento sia alla convenzione di New York sulle discriminazioni ed al Patto internazionale sui diritti civili e politici adottato dall'ONU il 19 dicembre 1966, sia alla convenzione europea dei diritti dell'uomo ed alla relativa giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sia infine alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, sottoscritta a Nizza il 7 dicembre 2000, nel valore normativo attribuito ad essa dal trattato di Lisbona. A

tal proposito si osserva che, oltre a modifiche formali ai testi dei trattati indicati (la parità tra donne e uomini è oggetto dell'art. 1-*bis* e la lotta alla discriminazione e la promozione della parità è oggetto dell'art. 2, terzo comma, secondo periodo del trattato sull'Unione), l'art. 6 del nuovo trattato riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella carta dei diritti fondamentali dell'Unione, sottoscritta a Nizza il 7 dicembre 2000 dai presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione e adottata a Strasburgo il 12 dicembre 2007 (l'art. 7 afferma il diritto al rispetto della vita privata e familiare, l'art. 21 vieta ogni discriminazione fondata sul sesso, l'art. 23 assicura la parità tra uomini e donne) e prevede l'adesione alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, stabilendo, comunque, che i diritti fondamentali garantiti da detta convenzione e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri costituiscono principi generali del diritto dell'Unione.

Secondo quanto osservato dalla Suprema Corte, il descritto quadro normativo internazionale sembra incidere – escludendola – sulla discrezionalità del legislatore nazionale (fatta salva dai precedenti costituzionali), con conseguente possibilità – la cui valutazione l'ordinanza ritiene opportuno rimettere alle Sezioni Unite – di una configurazione dell'attribuzione del cognome materno anche quale soluzione giuridicamente obbligata in presenza di istanza congiunta dei genitori del minore. La violazione delle richiamate disposizioni, infatti, comporterebbe quanto meno la violazione delle norme costituzionali italiane anche per il profilo dell'art. 117 Cost., non valutato dai precedenti costituzionali, mentre, sotto altro profilo, il richiamo a fonti (quale la Carta di Nizza) di diretta applicazione porrebbe il problema dell'applicazione diretta della norma europea e della interpretazione «evolutiva» della disciplina interna.

Purtroppo la questione non è stata affrontata dalle S.U. a causa dell'estinzione del giudizio a seguito di rinuncia delle parti.

Al contrario, la materia è stata vagliata *funditus* dalla CEDU, nelle cause *Burghartz c. Svizzera*, 22 febbraio 1994 n. 16213/90; *Stjerna c. Finlandia*, 25 novembre 1994 n. 18131/91; *Ünal Tekeli c. Turchia*, 16 novembre 2004 n. 29865/96; *Losonci Rose e Rose c. Svizzera*, 9 novembre 2010 n. 664/06, par. 26. La prima sentenza aveva riguardato il rifiuto opposto ad una richiesta del marito, che voleva far precedere il suo cognome da quello di sua moglie; la seconda si era riferita alla norma della legge turca secondo la quale una donna sposata non poteva mantenere il suo cognome da nubile dopo il matrimonio, mentre l'uomo sposato manteneva il suo nome quale era prima del matrimonio; nel terzo caso, era venuto in questione il rigetto della domanda congiunta dei coniugi volta a prendere entrambi il cognome della moglie dopo il matrimonio.

In tutti questi casi, la Corte aveva riscontrato una violazione dell'art. 14 della convenzione in combinato disposto con l'art. 8, ricordando l'importanza del progresso verso l'uguaglianza di genere e l'eliminazione di qualsiasi discriminazione basata sul sesso nella scelta del nome, ed affermando che la tradizione volta a tutelare l'unità della famiglia attraverso l'assegnazione a tutti i suoi membri del medesimo nome non può giustificare la discriminazione contro le donne.

Da ultimo, con sentenza emessa in data 7 gennaio 2014 n. 77/07 nel caso *Cusan e Fazzo c. Italia*, la Corte EDU ha affrontato la questione della conformità alla convenzione della normativa italiana che attribuisce in via automatica il cognome

me paterno al figlio nato nell'ambito del matrimonio su ricorso di due coniugi ai quali era stata impedita l'attribuzione del cognome materno alla figlia, al momento della nascita della stessa. La Corte osservava che, nell'ambito della determinazione del cognome da attribuire al «figlio legittimo», persone che si trovavano in situazioni simili, vale a dire il ricorrente e la ricorrente, rispettivamente padre e madre del bambino, siano stati trattati dall'ordinamento giuridico italiano in maniera diversa. Infatti, a differenza del padre, la madre non ha potuto ottenere l'attribuzione del suo cognome al neonato, e ciò nonostante il consenso del coniuge. La Corte ha quindi concluso per la violazione dell'art. 14 della convenzione, in combinato disposto con l'art. 8, a causa dell'impossibilità per i ricorrenti, al momento della nascita della figlia, di far iscrivere quest'ultima nei registri dello stato civile attribuendole il cognome della madre. Tale impossibilità derivava da una lacuna del sistema giuridico italiano, secondo il quale il «figlio legittimo» è iscritto nei registri dello stato civile con il cognome del padre, senza possibilità di deroga, nemmeno in caso di consenso tra i coniugi in favore del cognome della madre.

Si evidenzia quindi che allorquando constata l'esistenza di una lacuna nella legislazione nazionale, la Corte EDU ne individua la causa al fine di aiutare lo Stato contraente a trovare la soluzione appropriata e il Comitato dei ministri a vigilare sull'esecuzione della sentenza (si vedano, ad esempio, *Maria Violeta Lăzărescu c. Romania*, 23 febbraio 2010 n. 10636/06, par. 27; *Ürper e altri c. Turchia*, 20 ottobre 2009 n. 14526/07 e altri, par. 51 e 52). Orbene, nel caso *Cusan*, la Corte osserva – con riferimento alla questione del cognome – che dovrebbero essere adottate riforme nella legislazione e/o nella prassi italiane al fine di rendere tale legislazione e tale prassi compatibili con le conclusioni alle quali è giunta nella summenzionata sentenza del 7 gennaio 2014, e di garantire che siano rispettate le esigenze degli artt. 8 e 14 della convenzione.

Nel caso che qui ci occupa, quindi, l'interpretazione usuale dell'art. 21 della legge n. 184/1983, secondo la quale al minore straniero adottato va attribuito in via automatica il cognome paterno senza possibilità di derogare in caso di comune volontà dei coniugi, conduce ad un risultato non conforme ai principi costituzionali, alla normativa europea e a quella internazionale per violazione della parità dell'uomo e della donna nell'ambito del matrimonio. Questo Collegio – osservato che sino ad ora il legislatore non è intervenuto in materia nonostante sia stato sollecitato più volte dalla Corte Costituzionale e da ultimo dalla CEDU – è quindi chiamato ad assolvere al compito sollecitato dalla CEDU alle autorità italiane, adottando una riforma nella prassi al fine di rendere la legislazione in materia conforme ai principi espressi dalla stessa nella pronuncia testé riferita.

La necessità di un'interpretazione adeguatrice si rende ancor più evidente se si considera la questione anche sotto un diverso profilo.

Il caso in esame – ovvero di un bambino straniero originario di un Paese di cultura spagnola adottato da una coppia italiana – pone un ulteriore problema rispetto a quelli che sono sinora emersi con riferimento alla fattispecie del bambino nato da una coppia italiana. Nel caso in esame, il bambino assume in un primo momento il doppio cognome, della madre e del padre adottivi, in conformità con l'ordinamento giuridico dello Stato di origine e solo successivamente l'ordinamento italiano interviene a regolamentare la questione del cognome. Quindi Z,

che conserva la cittadinanza dominicana, per lo Stato d'origine ha il doppio cognome, mentre per lo Stato italiano porterebbe solamente il cognome paterno.

Orbene, l'elisione del cognome materno disposta da questo Tribunale per i minorenni con il precedente decreto emesso in data 9 aprile 2014 porta a conseguenze inaccettabili, ovvero ad un bambino, Z, che porta due diversi cognomi a seconda dell'ordinamento giuridico preso in considerazione.

La questione è già stata affrontata, ancorché solamente nell'ambito dell'Unione europea, dalla Corte di giustizia UE, la quale ha evidenziato la necessità che il cognome di una persona venga determinato in modo continuo e stabile da parte di tutti gli ordinamenti degli Stati membri. Un'eventuale divergenza di cognome con il quale la stessa persona viene individuata all'interno di diversi Stati membri è idonea a suscitare dubbi in merito all'identità di tale persona e all'autenticità dei documenti prodotti o alla veridicità dei dati in essi contenuti. Di conseguenza, nel caso in cui una persona abbia un diverso cognome a seconda dell'ordinamento giuridico preso in considerazione, rischierà di essere costantemente obbligata a dissipare dubbi sulla sua identità e ad allontanare sospetti di falsa dichiarazione suscitati dalla divergenza in questione. In vero, secondo la Corte di giustizia UE, una normativa nazionale che svantaggia taluni cittadini nazionali per il solo fatto che hanno esercitato la loro libertà di circolare e di soggiornare in un altro Stato membro rappresenta una restrizione delle libertà riconosciute a tutti i cittadini dell'Unione dall'art. 18 par. 1 CE (v. sentenze 18 luglio 2006, in causa C-406/04, *De Cuyper*, punto 39; 22 maggio 2008, in causa C-499/06, *Nerkowska*, punto 32; 14 ottobre 2008, in causa C-353/06, *Grunkin e Paul*). Ed in particolare, il fatto di essere obbligati a portare, nello Stato membro di cui si è cittadini, un cognome differente da quello già attribuito e registrato nello Stato membro di nascita e di residenza è idoneo ad ostacolare l'esercizio del diritto a circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, sancito dall'art. 18 CE. Occorre infatti rammentare che la Corte ha già dichiarato, per quanto riguarda i figli in possesso della cittadinanza di due Stati membri, che una situazione di diversità di cognomi è tale da generare per gli interessati seri inconvenienti di ordine tanto professionale quanto privato, derivanti, in particolare, dalle difficoltà di fruire, in uno Stato membro di cui hanno la cittadinanza, degli effetti giuridici di atti o di documenti redatti con il cognome riconosciuto nell'altro Stato membro del quale possiedono la cittadinanza (Corte di giustizia, 2 ottobre 2003, in causa C-148/02, *Garcia Avello*, punto 36).

Conseguentemente la Corte di giustizia UE ha sancito il principio secondo cui l'art. 18 CE osta a che le autorità di uno Stato membro, in applicazione del diritto nazionale, rifiutino di riconoscere il cognome di un figlio così come esso è stato determinato e registrato in un altro Stato membro in cui tale figlio è nato e risiede sin dalla nascita. Ciò vale tanto nel caso di minore in possesso della doppia cittadinanza che si trasferisca da uno Stato membro ad un altro (Corte di giustizia, 19 gennaio 1988, in causa 292/86, *Gullung*; 7 luglio 1992, in causa C-369/90, *Micchetti*; 2 ottobre 1997, in causa C-122/96, *Saldanha*; 12 maggio 1998, in causa C-336/96, *Dame Gilly*) quanto nel caso di persona avente un'unica cittadinanza, nata e residente in uno Stato membro diverso da quello di origine dei genitori.

Dalle pronunce della Corte di giustizia europea in materia, si evince – a fronte del principio secondo cui la disciplina del cognome rientra nelle competenze di

ciascuno Stato membro – la necessità che uno Stato membro riconosca i modelli giuridici di altri Stati membri quando il non riconoscimento potrebbe creare, anche solo in via ipotetica, effetti negativi sull'integrazione dei cittadini e la loro vita familiare, con conseguente limitazione della libera circolazione delle persone.

A fronte di tale panorama legislativo e giurisprudenziale, occorre domandarsi se nel caso di specie la norma di cui all'art. 27 della legge n. 184/1983 possa essere interpretata diversamente dall'orientamento sinora pacifico, che prevede l'automatica elisione del cognome materno eventualmente presentato dal bambino secondo l'ordinamento giuridico dello Stato di nascita.

Ritiene il Collegio che l'art. 21 della legge n. 184/1983 possa e debba essere interpretato nel senso che il minore, su istanza dei genitori, possa mantenere il doppio cognome – paterno e materno –, nell'ipotesi in cui lo Stato d'origine di appartenenza [*sic*] gli abbia già attribuito entrambi i cognomi. A tale risultato si perviene osservando che la normativa in questione è formulata in termini imprecisi e si riferisce genericamente «al cognome degli adottanti». Se è pur vero che il legislatore ha utilizzato il termine «cognome» al singolare, si può valorizzare la circostanza che si sia poi riferito ad entrambi gli adottanti e non meramente al padre adottante. Orbene, ai sensi dell'art. 143-*bis* cod. civ. la moglie non perde il proprio cognome, ma aggiunge il proprio a quello del marito. Di conseguenza il riferimento agli adottanti impone la necessità di prendere in considerazione anche il cognome della madre, la quale non perde il proprio cognome a seguito del matrimonio.

Il Collegio non disconosce che la soluzione interpretativa proposta è stata definita «erronea» dalla Corte Costituzionale nell'ord. n. 586 del 1988, ma osserva che tale pronuncia è risalente nel tempo: nelle more è mutato notevolmente il costume e la sensibilità sociale e soprattutto la normativa sovranazionale alla quale l'ordinamento giuridico si deve conformare.

L'interpretazione da ultimo proposta fornisce una risposta conforme alla sollecitazione effettuata dalla Corte EDU nella sentenza *Cusan* del 7 gennaio 2014, garantendo l'adeguamento della prassi italiana non solo al dettato costituzionale ma anche ai principi emersi a più livelli in ambito europeo ed internazionale e sopra analizzati.

Si possono inoltre trarre importanti spunti di riflessione a suffragio dell'interpretazione proposta anche dai principi consolidati della giurisprudenza italiana relativamente ai casi in cui la filiazione nei confronti del padre sia stata accertata o riconosciuta successivamente al riconoscimento da parte della madre. La giurisprudenza ha sempre chiarito in tali ipotesi che il diritto al nome costituisce uno dei diritti fondamentali di ciascun individuo, avente copertura costituzionale assoluta e che deve avere rilievo principale l'interesse del minore, prescindendo, anche a tutela dell'eguaglianza fra i genitori, da qualsiasi meccanismo di automatica attribuzione del cognome (cfr. Cass., 26 maggio 2006 n. 12641. Per una valorizzazione dell'interesse del minore, altresì, Cass., 6 novembre 2009 n. 23635, secondo la quale, in tema di attribuzione giudiziale del cognome al figlio naturale riconosciuto non contestualmente dai genitori, il giudice è investito dall'art. 262, terzo comma cod. civ. del potere-dovere di decidere su ognuna delle possibilità previste da detta disposizione avendo riguardo, quale criterio di riferimento, unicamente all'interesse del minore, e con esclusione di qualsiasi automaticità). Ancorché l'orientamento testé riportato si riferisca esclusivamente ai casi particolari di accertamento o rico-

noscimento della filiazione nei confronti del padre successivo al riconoscimento materno, ritiene il Collegio che il principio che ne emerge abbia portata di carattere generale e possa fornire un criterio orientativo anche nell'ambito della presente decisione, ancorché riguardante una situazione diversa.

Nel caso di specie, la valorizzazione dell'interesse del minore consente a giudizio di questo Tribunale per i minorenni di attribuire il doppio cognome a Z, al fine di evitare allo stesso di essere identificato con cognomi diversi a seconda dell'ordinamento giuridico preso in considerazione e, altresì, di mantenere un forte legame, giuridico ma anche psicologico, con lo Stato d'origine, e quindi, in ultima analisi, di non perdere totalmente le proprie origini biologiche.

Ad ulteriore conferma circa la percorribilità della soluzione interpretativa prospettata, si osserva che il Ministero dell'interno ha emesso due circolari (circolare F7397 – 5226 del 13 maggio 2008 e n. 4 del 4 febbraio 2010) per adeguare l'applicazione del regolamento dello stato civile ai principi dell'ordinamento comunitario. In particolare, con la prima circolare, con riferimento alla specifica ipotesi di cittadino italiano in possesso anche della cittadinanza di un Paese UE o anche extraeuropeo, ha escluso la possibilità di correggere senza il consenso dell'interessato, il cognome attribuito nell'altro Paese di cittadinanza secondo le norme ivi vigenti.

Con la seconda circolare ha chiarito che tali disposizioni riguardano esclusivamente i soggetti, nati all'estero, in possesso *ab origine* della doppia cittadinanza del Paese straniero di nascita ed italiana, o che abbiano avuto quest'ultima successivamente riconosciuta per derivazione da un ascendente, mentre nel caso di acquisto di cittadinanza italiana *ex artt. 7 e 9 della legge n. 91/1992*, il ripristino del cognome originario non potrà che avvenire per il tramite di istanza di cambiamento del cognome *ex art. 84 d.p.r. n. 396/2000*.

La Corte di Cassazione, con sentenza n. 17462/2013, è andata oltre, partendo dalla considerazione che il nome è incontrovertibilmente un diritto della personalità, tutelato anche a livello costituzionale, oltre che dalla normativa ordinaria (art. 6 cod. civ.), ed ha pertanto giudicato inammissibile una modifica coattiva del cognome anche nel caso di straniero che abbia successivamente acquisito la cittadinanza italiana.

In conclusione, in applicazione dei principi generali sopra richiamati – interesse del minore, diritto al nome, parità fra coniugi – ritiene il Collegio che l'istanza formulata debba essere accolta.

P.Q.M., (il Tribunale), richiamati gli artt. 35 e 27 della legge n. 184/1983, artt. 737 ss. cod. proc. civ.; a correzione e in modifica del decreto emesso da questo Tribunale per i minorenni in data 9 aprile 2014 nell'ambito del procedimento n. ...Reg. A (*omissis*) dispone che il minore assuma il cognome materno in aggiunta a quello paterno e si chiami pertanto...

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza 26 giugno 2014 n. 14561

Presidente, LUCCIOLI – Consigliere Rel., LAMORGESE – P.M., CORASANITI (concl. diff.)

R.G. (avv. De Lisi) *contro* **S.L.** e **Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni di Palermo** (intimati).

*In tema di sottrazione internazionale di minori, ai sensi dell'art. 13 della convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, perché possa essere disposto il rimpatrio del minore è presupposto indispensabile che, al momento del trasferimento, il diritto di affidamento sia effettivamente esercitato dal richiedente il rimpatrio, non rilevando le cause e le ragioni del mancato esercizio.**

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. Al Tribunale per i minorenni di Palermo è stato chiesto dal Procuratore della Repubblica presso il medesimo Tribunale di ordinare il rimpatrio in Germania della minore S.R. ..., illecitamente condotta in Italia dalla madre, R.G., al fine di ristabilire l'effettivo esercizio della potestà genitoriale in capo all'altro genitore, S.L., al quale era stata affidata in via esclusiva dal giudice tedesco nel giudizio di divorzio e che ne aveva fatto istanza il 7 giugno 2010 tramite l'Autorità centrale tedesca, ai sensi dell'art. 8 della convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 in materia di sottrazione internazionale di minori, resa esecutiva con l. 15 gennaio 1994 n. 64. Il Tribunale, ascoltati la minore ed entrambi i genitori e svolti accertamenti tramite i servizi sociali, con decreto 10 marzo 2011, ha disposto l'immediato rimpatrio della minore in Germania. Il Tribunale ha premesso che la convenzione dell'Aja intende apprestare una tutela dell'affidamento come situazione di fatto, sulla base del presunto interesse del minore al ristabilimento della situazione di affidamento precedente all'illecito trasferimento e, quindi, a non essere allontanato dal luogo della sua residenza abituale, senza che ciò implichi un giudizio sulla meritevolezza dell'affidamento al genitore richiedente il rimpatrio; ha poi esaminato ed escluso l'esistenza di gravi ragioni ostative al rimpatrio (art. 13 della convenzione dell'Aja), tenuto conto delle seguenti circostanze: il trasferimento in Italia era illecito, poiché avvenuto senza il consenso del padre e non erano state addotte situazioni intollerabili o di pericolo che impedivano il rientro in Germania; nessun rilievo poteva attribuirsi alla dichiarazione di volontà della figlia di vivere in Italia con la madre, essendo capace di un discernimento ancora limitato e condizionabile; non rilevava che la madre avesse chiesto l'affidamento della figlia, spettando esclusivamente al giudice tedesco valutare la congruità dell'affidamento all'uno o all'altro genitore.

Avverso detto decreto R.G. ricorre per cassazione sulla base di tre motivi; il ricorso è stato notificato alla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minori di Palermo e a S.L., il quale non ha svolto attività difensiva.

* Tra le sentenze della Corte di Cassazione citate in motivazione possono leggersi in questa *Rivista*: 7 gennaio 2011 n. 277, *ivi*, 2011, p. 763 ss.; 19 maggio 2010 n. 12293, *ivi*, 2012, p. 225 ss. (breve); 10 agosto 2007 n. 17648, *ivi*, 2008, p. 760 ss.

MOTIVI DELLA DECISIONE. Nel primo motivo, che deduce violazione e falsa applicazione dell'art. 13 della convenzione dell'Aja, la ricorrente sostiene che il Tribunale avrebbe dovuto fare riferimento alla situazione di fatto esistente al momento del trasferimento della minore in Italia, quando la figlia in Germania viveva di fatto con lei, essendo la coabitazione con il padre cessata da oltre un anno, come risultava anche dal certificato di residenza; la decisione di condurre la figlia in Italia era motivata sulla base del presupposto che, benché affidata al padre, da tempo essa era andata a vivere con la madre e aveva espresso il desiderio di vivere con lei.

Il motivo è fondato.

In tema di sottrazione internazionale di minori, presupposto indispensabile perché possa essere disposto il rimpatrio del minore, ai sensi dell'art. 13 della convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, è che, al momento del trasferimento, il diritto di affidamento sia effettivamente esercitato dal richiedente il rimpatrio, non rilevando le cause e le ragioni del mancato esercizio (v. Cass., n. 277/2011; sulla necessità di verificare se il genitore che lamenti la violazione dei «diritti di affidamento» li abbia in concreto esercitati al momento dell'illecito trasferimento del minore o del suo mancato rientro, v. Cass., n. 12293/2010).

Questo principio è stato disatteso dal Tribunale, il quale non ha verificato se il richiedente il rimpatrio esercitasse concretamente il diritto di affidamento sul minore al momento del suo trasferimento in Italia, ma ha avuto di mira esclusivamente il ripristino della situazione corrispondente all'affidamento legale, contraddicendo quanto correttamente enunciato in premessa sulla necessità di avere esclusivo riguardo a «situazioni di mero fatto» costituenti oggetto della protezione del minore riconosciuta dalla convenzione dell'Aja contro gli effetti nocivi derivanti dal suo trasferimento o dal mancato rientro (v., tra le altre, Cass., n. 17648/2007; n. 12293/2010).

Gli altri due motivi, che deducono la violazione dell'art. 12 e art. 13 comma 2 della medesima convenzione, restano assorbiti.

In relazione al motivo accolto, il decreto impugnato è cassato e, non essendovi ulteriori accertamenti da compiere, la causa può essere decisa nel merito con il rigetto della domanda di rimpatrio proposta da S.L. Non è contestato che la figlia minore, S.R., all'epoca del trasferimento in Italia (nel marzo 2010) già visse con la madre R.G., restando di fatto inattuato il provvedimento del giudice tedesco di affidamento al padre. Che la sua volontà fosse in tal senso è stato confermato dalla stessa minore in sede di audizione, ma i giudici di merito ingiustificatamente non ne hanno tenuto conto, benché non emergessero elementi concreti da cui desumere che non fosse capace di discernimento nonostante l'età (all'epoca tredici anni). Sussistono giusti motivi per compensare le spese del giudizio di legittimità, tenuto conto della natura della causa e delle ragioni della decisione.

P.Q.M., la Corte, in accoglimento del primo motivo, assorbiti gli altri, cassa il decreto impugnato e, decidendo nel merito, rigetta la domanda di rimpatrio proposta da S.L.; compensa le spese del giudizio.

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza 30 giugno 2014 n. 14792

Presidente, LUCCIOLI – Consigliere Rel., DI AMATO – P.M., CORASANITI (concl. parz. diff.)

D.A.Y. (avv. Franchi, Giammarino) *contro* **L.E.E.** (avv. Raguso) e *contro* **Pubblico Ministero presso la Procura della Repubblica del Tribunale per i minorenni delle Marche, Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni delle Marche – Ancona** (intimati).

La nozione di «residenza abituale», individuata dalla convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 come il luogo nel quale il minore deve essere ricondotto in caso di illecita sottrazione, per trasferimento o per mancato rientro, corrisponde ad una situazione di fatto, dovendo per essa intendersi il luogo in cui il minore, in virtù di una durevole e stabile permanenza, anche di fatto, ha il centro dei propri legami affettivi, non solo parentali, derivanti dallo svolgimento della sua quotidiana vita di relazione; il relativo accertamento è riservato all'apprezzamento del giudice del merito ed è incensurabile in sede di legittimità, se congruamente e logicamente motivato.

*Ai sensi dell'art. 13 della convenzione dell'Aja del 1980, il provvedimento di rientro presuppone non solo la residenza abituale del minore in una determinata località estera, ma anche l'esercizio di fatto in quel luogo del diritto di custodia da parte del titolare. Tuttavia, la convivenza esclusiva con un genitore, successiva al trasferimento del minore avvenuto senza il consenso dell'altro genitore co-affidatario, non può fondare alcuna eccezione al rientro, diretto a ripristinare lo status quo ante, prescindendo da tutti i fatti successivi, salvo che da essi non derivino pericoli o situazioni insopportabili per il minore.**

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. Con decreto del 23 febbraio 2012 il Tribunale per i minorenni delle Marche, su conforme parere del P.M., accoglieva l'istanza con la quale L.E.E. aveva chiesto – ai sensi della convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1980, resa esecutiva con l. 15 gennaio 1994 n. 64 – il rimpatrio in Grecia del figlio D.A.M., nato il ..., assumendo che, dopo il trasferimento della famiglia a X, avvenuto nel settembre 2009, D.A.Y., padre del bambino, nel maggio 2010 aveva chiesto, ottenendo il suo consenso, di portare il minore in Italia per una visita ai nonni paterni ma, disattendendo la promessa di un ritorno a X dopo pochi giorni, le aveva poi comunicato che il bambino sarebbe rimasto in Italia. Il Tribunale, pertanto, disponeva il rientro del minore in Grecia ed il suo riaffido alla madre. In particolare, il Tribunale osservava che: 1) nel settembre 2009 vi era stato un trasferimento del nucleo familiare a X e non una semplice vacanza per far conoscere il bambino ai nonni materni, come sostenuto dal resistente D.A., la cui versione non era credibile in considerazione sia della durata del soggiorno (nove mesi), sia della locazione di un appartamento, sia del fatto che il D.A. aveva, come da lui stesso riferi-

* Tra le sentenze della Corte di Cassazione citate in motivazione possono leggersi in questa *Rivista*: 2 febbraio 2005 n. 2093, *ivi*, 2006, p. 425 ss.; 10 febbraio 2004 n. 2474, *ivi*, 2005, p. 810 ss. (breve); 27 luglio 2007 n. 16753, *ivi*, 2008, p. 745 ss.; 18 marzo 2006 n. 6081, *ivi*, 2007, p. 170 ss.; 23 settembre 1998 n. 9499, *ivi*, 1999, p. 590 ss.

to, cercato un lavoro a X, senza però trovarlo; ne conseguiva che la dimora abituale del minore era, prima del viaggio in Italia del giugno 2010 a X; 2) la custodia del minore, a prescindere da quanto previsto dalla legislazione greca e quindi dalla legge nazionale del luogo di dimora abituale del minore, era esercitata da entrambi i genitori; ne conseguiva che il D.A. non avrebbe potuto modificare la situazione esistente senza il consenso della madre del bambino; 3) tra le parti era controversa la natura del viaggio in Italia, per il quale la L. aveva dato il suo consenso: rientro definitivo secondo il padre del minore e semplice vacanza per una visita ai nonni paterni, secondo la madre. La versione di quest'ultima era, tuttavia, più credibile in quanto, «in una situazione di crisi della relazione affettiva che ancora non aveva portato a scelte definitive né di coppia né per il futuro del figlio», rimaneva senza spiegazioni il preteso consenso della L. ad un definitivo trasferimento del figlio in Italia. In ogni caso, le conseguenze della mancata prova del consenso della madre ricadevano sul resistente, onerato della relativa prova; 4) non ricorreva alcuna delle eccezioni al rientro del minore, previste dall'art. 13 della convenzione. In particolare, la ricorrente aveva, unitamente al D.A., effettivamente esercitato la custodia sul minore quando il nucleo familiare era a X e non vi erano prove che il bambino in Grecia potesse essere esposto a condizioni di vita pregiudizievoli; al riguardo, la L., «cantante in locali notturni all'estero», oltre a fare presente di avere la possibilità di farsi aiutare dai propri familiari aveva anche manifestato l'intenzione di modificare, se necessario, le modalità di espletamento dell'attività lavorativa.

D.A.Y. propone ricorso per cassazione deducendo sette motivi. L.E.E. resiste con controricorso.

MOTIVI DELLA DECISIONE. I documenti prodotti in questa sede dal ricorrente (certificazioni e dichiarazioni successive alla data dell'impugnato decreto) e non prodotti prima, innanzi al Tribunale per i minorenni, sono irricevibili ai sensi dell'art. 372 cod. proc. civ.

L'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di interesse, a seguito del rientro a X del minore nel marzo 2012, è infondata. Il rientro, infatti, è avvenuto sulla base del provvedimento impugnato in questa sede. È evidente, perciò, che l'eventuale cassazione farebbe venire meno il titolo del rientro e la situazione dovrebbe essere riesaminata in sede di rinvio. Con il primo motivo il ricorrente deduce il vizio di motivazione, e dopo avere lungamente esposto la propria versione dei fatti (il viaggio in Grecia nel settembre 2009 aveva lo scopo di far conoscere al bambino i familiari della madre; subito dopo il reperimento dell'abitazione la L. si era allontanata per recarsi per lavoro a Cipro ed il bambino era rimasto affidato alle cure del padre; successivamente, di comune accordo, era stato deciso il rientro, nel giugno 2010, del minore in Italia; la L. dopo due mesi aveva raggiunto il minore in Italia dove, cancellatasi dalle liste anagrafiche del Comune di Valla Castellana ed espletata la procedura per fare acquisire la cittadinanza greca al minore, era ripartita per la Grecia consentendo che il figlio restasse in Italia col padre; la custodia del minore era, pertanto, restata sempre affidata a D.A.Y.), lamenta che il Tribunale aveva fatto malgoverno delle risultanze probatorie e, in particolare, delle stesse dichiarazioni rese dalla L. all'udienza del 5 maggio 2011, dalle quali risultava che il rientro del minore in Italia era stato definitivo («sarei venuta in Italia per vedere mio figlio e come dicevo per portare mio figlio a rivedere mio padre che stava male»). Con lo stesso motivo il ricorrente la-

menta il vizio di motivazione in ordine al trasferimento da Vallecastellana, dove la L. aveva preso la residenza, in Grecia; infatti, la residenza non viene meno per una prolungata assenza ed il rientro del minore in Italia era stato semplicemente il ritorno a casa. Contraddittoriamente, infine, dopo aver precisato che scopo della procedura prevista dalla convenzione dell'Aja è soltanto il ripristino della situazione di fatto esistente prima dell'illecito trasferimento, aveva disposto non solo il rimpatrio del minore, ma anche il suo «riaffido alla madre».

Il motivo è infondato. Si deve premettere che il relativo esame deve prescindere dalla apodittica ricostruzione dei fatti secondo la versione del ricorrente e limitarsi alle censure della motivazione del decreto impugnato. Si deve ancora premettere che la nozione di «residenza abituale», individuata dalla convenzione dell'Aja, ratificata con la legge n. 64 del 1994, come il luogo nel quale il minore deve essere ricondotto in caso di illecita sottrazione, per trasferimento o per mancato rientro, corrisponde ad una situazione di fatto, dovendo per essa intendersi il luogo in cui il minore, in virtù di una durevole e stabile permanenza, anche di fatto, ha il centro dei propri legami affettivi, non solo parentali, derivanti dallo svolgimento della sua quotidiana vita di relazione; il relativo accertamento è riservato all'apprezzamento del giudice del merito ed è incensurabile in sede di legittimità, se congruamente e logicamente motivato (*e plurimis* Cass., 19 ottobre 2006 n. 22507).

Ciò posto, come riferito in narrativa, il Tribunale per i minorenni ha distintamente motivato in ordine al valore da dare al trasferimento del minore prima dall'Italia a Corfù e, poi, da Corfù all'Italia ed ha attribuito al primo natura di spostamento della residenza abituale del nucleo familiare ed al secondo natura di rientro temporaneo per una visita del minore ai nonni paterni, non essendovi la prova del consenso della L. ad un trasferimento definitivo. Il Tribunale nella interpretazione del materiale probatorio a sua disposizione (ivi comprese le dichiarazioni delle parti all'udienza del 5 maggio 2011, delle quali ha dato compiutamente atto ...) ha privilegiato, quanto al primo trasferimento, gli elementi obiettivi rappresentati dalla durata del soggiorno, dalla locazione di un appartamento e dalla ricerca di un lavoro da parte del D.A. Quanto al secondo trasferimento, invece, nell'assenza di elementi obiettivi e nella inconciliabilità delle versioni delle parti, da un lato ha ritenuto più credibile la versione della L., perché quella del D.A. non spiegava «il motivo per cui, in una situazione di crisi della relazione affettiva che ancora non aveva portato a scelte definitive né di coppia né per il futuro del figlio, la madre avrebbe prestato il suo consenso ad un definitivo trasferimento del figlio in Italia»; d'altro canto, e soprattutto, il Tribunale ha posto a carico dell'odierno ricorrente le conseguenze della mancanza della prova del consenso della L. al definitivo trasferimento del minore in Italia. In conclusione, il Tribunale ha ritenuto che era provato il carattere definitivo del primo trasferimento e che nel secondo caso mancava la prova del consenso della L., traendone le conseguenze sul piano dell'onere della prova. La motivazione del Tribunale è immune da vizi logici e giuridici e, in particolare, non è contraddetta dalle dichiarazioni rese dalla L. Tali dichiarazioni, che si inseriscono in un più ampio contesto, come risulta dalla stessa trascrizione fattane dal ricorrente, non sono logicamente incompatibili con le conclusioni del Tribunale poiché hanno riferito – sia pure dando atto di una situazione di incertezza e conflittualità nei rapporti tra le parti, tale da rendere non chiari gli accordi e le intenzioni – anche di un accor-

do in base al quale la L., qualche tempo dopo il viaggio in Italia del bambino, sarebbe andata «a riprenderlo»; il desiderio di «portare il bambino a Corfù per farlo rivedere a mio padre che stava morendo» non era perciò incompatibile col più ampio proposito, dichiarato conforme agli accordi presi, di riportare il bambino in Grecia. Quanto, infine, al «riaffido» alla madre, il decreto impugnato ha soltanto ripristinato lo stato di fatto anteriore al viaggio del minore in Italia; il provvedimento di rientro presuppone, infatti, non solo la residenza abituale in una determinata località estera, ma anche l'esercizio di fatto in quel luogo del diritto di custodia da parte del titolare ed è proprio tale esercizio di fatto che il provvedimento impugnato ha legittimamente ripristinato.

Con il secondo motivo il ricorrente deduce il vizio di motivazione, lamentando che il Tribunale non aveva fornito alcuna motivazione in ordine alle argomentazioni proposte in quella sede circa l'esercizio della potestà genitoriale ai sensi dell'art. 317-*bis* cod. civ., considerato che tale potestà era stata esercitata da entrambi i genitori sino a quando la L., nell'agosto 2010, si era cancellata dall'anagrafe di Vallecastellana.

Il motivo, piuttosto perplesso nella sua formulazione, è infondato. L'art. 317-*bis* cod. civ., nel testo anteriore al d.lgs. n. 154 del 2013, attribuiva l'esercizio della potestà genitoriale al genitore con il quale convive il figlio nato al di fuori del matrimonio. La convivenza esclusiva con un genitore successiva ad una illecita sottrazione del minore non può, tuttavia, fondare alcuna eccezione al rientro, diretto a ripristinare lo stato *quo ante*, prescindendo da tutti i fatti successivi, salvo che da essi non derivino pericoli o situazioni insopportabili per il minore.

Con il terzo motivo si deduce la violazione dell'art. 7 comma 3 della legge n. 64 del 1994, lamentando che il decreto di rimpatrio era stato emesso non nel previsto termine di trenta giorni, ma soltanto il 21 luglio 2011 e perciò oltre tre mesi dalla richiesta presentata l'11 aprile 2011.

Il motivo è infondato. Come chiarito da questa Corte con la sentenza n. 2093 del 2 febbraio 2005, peraltro ricordata dallo stesso ricorrente, il termine di trenta giorni, entro il quale, ai sensi dell'art. 7 comma 3 della legge n. 64 del 1994, il Tribunale deve provvedere sulla richiesta di restituzione del minore, è di carattere meramente ordinatorio, non essendo prevista né la nullità della pronuncia eventualmente emessa oltre detto termine, né la decadenza del giudice dal potere-dovere di provvedere. Alcuna differenza, trattandosi di un termine ordinatorio, può configurarsi in relazione all'entità del ritardo.

Con il quarto motivo il ricorrente deduce la violazione dell'art. 12 comma 2 e dell'art. 13 comma 1 lett. *b* della convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, nonché dell'art. 115 cod. proc. civ., lamentando che il Tribunale per i minorenni senza alcuna motivazione aveva escluso, in relazione al rientro in Grecia del bambino, pericoli fisici o psichici o comunque una situazione per esso intollerabile. In particolare, il Tribunale non aveva dato rilievo all'inserimento socio-familiare del minore che aveva vissuto in Italia con il padre per un anno e nove mesi e che avrebbe dovuto affrontare il rientro in un Paese del quale non conosceva la lingua, con la custodia ad un genitore di precarie e modeste condizioni finanziarie e privo di un contratto di lavoro a tempo indeterminato.

Il motivo è infondato. In tema di sottrazione internazionale illecita di minori, non è consentita al giudice italiano la valutazione di inconvenienti per la condi-

zione del minore, connessi al prospettato rientro, che non raggiungano il grado del pericolo fisico o psichico o della effettiva intollerabilità, essendo queste (ed esclusivamente queste) le condizioni indicate dall'art. 13 lett. *b* della convenzione dell'Aja, come rilevanti e ostative al rientro (Cass., 10 febbraio 2004 n. 2474). Il relativo accertamento esige un'indagine di fatto sottratta al controllo di legittimità se la valutazione del giudice di merito è sorretta da una motivazione immune da vizi logici e giuridici (Cass., 27 luglio 2007 n. 16753). In senso contrario non possono assumere decisivo rilievo il lungo periodo di tempo trascorso in Italia e lo stabile inserimento nell'ambiente del genitore autore dell'illecita sottrazione (Cass., 23 settembre 1998 n. 9501; 18 marzo 2006 n. 6081). Altrettanto deve dirsi per le difficoltà linguistiche, considerato che le stesse, nel caso di un bambino in tenerissima età (nella specie nato il 30 luglio 2009 e perciò dell'età di appena due anni e mezzo al 23 febbraio 2012, data della decisione), si risolvono in poco tempo con l'apprendimento e che le relazioni del minore sono destinate inizialmente a svolgersi prevalentemente nell'ambiente familiare. Quanto, infine, all'assunto delle precarie e modeste condizioni della L., la circostanza che può assumere rilievo solo quando sia raggiunto il grado del pericolo fisico o psichico o della effettiva intollerabilità (Cass., 23 settembre 1998 n. 9499) non risulta dal provvedimento impugnato, né il ricorrente ha indicato da quali elementi probatori non considerati dal Tribunale sarebbe emersa, né può infine essere necessariamente conseguente all'attività espletata dalla L. (cantante in locali notturni).

Del tutto inconferente è, poi, il riferimento all'art. 12 comma 2 della convenzione che dà rilievo all'integrazione del minore nel nuovo ambiente come situazione che legittima il diniego del provvedimento di rientro, quando, ma l'ipotesi non ricorre nella specie, il provvedimento sia stato chiesto dopo oltre un anno dalla sottrazione del minore.

Con il quinto motivo si deduce la violazione degli artt. 115, 116, 214 e 215 cod. proc. civ., dell'art. 2702 cod. civ. e degli artt. 3 e 12 della citata convenzione dell'Aja nonché il vizio di motivazione, lamentando che il Tribunale aveva fondato il suo convincimento, a proposito della natura del trasferimento in Grecia, su un contratto di locazione biennale del quale il ricorrente aveva operato il riconoscimento e, comunque, su un contratto di locazione di diversi mesi, mentre non era assolutamente pacifico che la famiglia avesse fatto ricorso alla locazione di un immobile per un lungo periodo.

Il motivo, col quale viene in sostanza dedotto soltanto un vizio di motivazione, è infondato. Il Tribunale per i minorenni, infatti, ha dato atto del disconoscimento da parte del D.A. della sua sottoscrizione in calce al contratto di locazione biennale, prodotto in copia dalla L., ed ha valorizzato ai fini del suo convincimento il fatto che, comunque, come pacifico tra le parti e non contestato neppure in questa sede, il nucleo familiare aveva abitato a Corfù sino al maggio 2010 in un appartamento condotto in locazione.

Con il sesto motivo il ricorrente deduce la violazione degli artt. 116 e 122 cod. proc. civ., nonché il vizio di motivazione, lamentando che il Tribunale aveva consentito la partecipazione dell'interprete di parte ricorrente all'udienza del 5 maggio 2011 senza procedere alla nomina di un interprete d'ufficio.

Il motivo è infondato. La mera presenza di un interprete di fiducia del cittadino straniero che sia parte in un procedimento innanzi all'autorità giudiziaria non è

di per sé causa di nullità ove non sia dimostrato che l'interprete sia concretamente intervenuto nella attività processuale svoltasi in udienza, provvedendo a tradurre all'organo giudicante le dichiarazioni rese nella sua lingua dallo straniero ed a tradurre allo straniero stesso, nella sua lingua, il contenuto delle domande rivoltegli e le deduzioni delle parti al riguardo. Soltanto ove abbia avuto luogo detta attività – che deve, invece, essere svolta, previo giuramento, dall'interprete nominato dal giudice ai sensi dell'art. 122 cod. proc. civ. – può configurarsi una nullità degli atti processuali compiuti con l'intervento del solo interprete di parte. Tale nullità, tuttavia, che non investe la regolarità del contraddittorio, ma soltanto le modalità di audizione dello straniero, deve essere eccepita dalla parte interessata non oltre la prima istanza o difesa successiva alla stessa audizione. Nel caso in esame, non solo non risulta dai verbali di causa un concreto intervento dell'interprete di parte nell'attività processuale, ma non è stata sollevata alcuna tempestiva eccezione.

Con il settimo motivo si deduce la violazione degli artt. 113, 115 e 116 cod. proc. civ., nonché degli artt. 3, 12 e 13 della citata convenzione, lamentando che il Tribunale aveva più volte fatto riferimento alle norme vigenti in Grecia, senza mai specificare quali fossero. Il motivo è inammissibile. Il Tribunale per i minorenni ha fatto riferimento alla legge greca per affermare (...) che tra i dati certi nella controversia vi era, secondo quanto previsto da detta legge, l'attribuzione alla madre della potestà genitoriale. Tuttavia, successivamente, ha affermato (...) che, «a prescindere dalla legislazione greca», era chiaro l'esercizio congiunto della potestà genitoriale da parte di entrambi i genitori. Tale situazione di fatto, e non il titolo per l'esercizio della potestà, è stata, poi, individuata dal decreto impugnato quale presupposto della necessità del consenso della madre per il trasferimento del minore in Italia. Ne consegue che la censura non ha colto la *ratio decidendi*, sulla quale, in assenza di specifica critica, questa Corte non deve pronunziarsi. Resta assorbita la manifesta infondatezza del motivo, atteso che la violazione di legge non potrebbe certo ravvisarsi nella omessa indicazione delle norme della legge greca ma, in ipotesi, solo nella eventualmente erronea affermazione, in base alla detta legge, dell'attribuzione alla madre della potestà genitoriale, attribuzione che, tuttavia, non è stata mai contestata.

P.Q.M., (la Corte) rigetta il ricorso; condanna il ricorrente al rimborso delle spese di lite...

TRIBUNALE DI MILANO, decreto 2 luglio 2014

Presidente, SERVETTI – Giudice Rel., MUSCIO

Sul ricorso di X e Y.

Alla luce della giurisprudenza della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione e della Corte europea dei diritti dell'uomo, non può essere trascritto nei regi-

*stri italiani dello stato civile un matrimonio contratto in Argentina da due individui, uno dei quali abbia mutato sesso, in quanto l'atto di matrimonio tra persone dello stesso sesso non è idoneo a spiegare effetti giuridici nell'ordinamento italiano in base alla normativa attualmente vigente.**

DECRETO. Rilevato che in data... proponevano ricorso *ex artt.* 95 e 96 del d.p.r. n. 396/2000 contro il rifiuto dell'ufficiale di stato civile del Comune di Milano di procedere alla trascrizione dell'atto di matrimonio contratto in Cordoba il... allegando in fatto che dopo il matrimonio in data... aveva proceduto alla rettifica del proprio sesso anagrafico secondo la legge argentina 23 maggio 2012 n. 26743;

rilevato che l'intrascrivibilità dell'atto di matrimonio è stata motivata dall'ufficiale dello stato civile di Milano, a seguito di richiesta di chiarimenti anche al Ministero dell'interno, sul presupposto che si tratta di matrimonio contratto all'epoca della celebrazione tra soggetti dello stesso sesso e quindi non trascrivibile in quanto contrario alle norme di ordine pubblico *ex art.* 18 del d.p.r. n. 396/2000 (...);

rilevato che i ricorrenti allegano in diritto che il rifiuto alla trascrizione opposto dall'ufficiale dello stato civile sia illegittimo in via principale perché il matrimonio tra le parti deve considerarsi un matrimonio tra persone di sesso diverso a seguito della rettificazione del proprio sesso anagrafico fatta da ..., avendo la legge argentina effetti retroattivi nella prospettazione dei ricorrenti e in via subordinata perché, anche a voler ritenere il matrimonio tra persone dello stesso sesso, non vi sarebbe contrarietà all'ordine pubblico, attesa la pronuncia della Suprema Corte di Cassazione n. 4184/2012 che avrebbe sancito nella prospettazione dei ricorrenti sia il principio che la diversità di sesso dei nubendi non è presupposto naturalistico della fattispecie sia che il matrimonio tra persone dello stesso sesso non è contrario all'ordine pubblico, come anche di recente affermato da una pronuncia del Tribunale di Grosseto;

ritenuto che il ricorso proposto non può trovare accoglimento, dovendosi affermare, secondo questo Tribunale, che l'atto di matrimonio tra persone dello stesso sesso non può essere trascritto perché non è idoneo a spiegare effetti giuridici nel nostro ordinamento sulla base della attuale vigente normativa;

ritenuto che nel caso di specie è incontestato che il matrimonio è stato contratto in data 9 novembre 2011 tra persone dello stesso sesso, come risulta dall'atto di matrimonio prodotto (...);

ritenuto che la trascrizione degli atti nei registri dello stato civile sia soggetta al principio di tassatività come si ricava dall'art. 10 comma 1 del d.p.r. n. 396/2000 e per quanto attiene agli atti di matrimonio dall'art. 63 comma 2 del suddetto d.p.r.;

ritenuto che, benché... abbia proceduto secondo la legge argentina alla registrazione della rettifica del sesso in data 14 giugno 2012 (...), l'atto di matrimonio

* Tra le pronunce citate in motivazione possono leggersi in questa *Rivista*: Cass., 15 marzo 2012 n. 4184, *ivi*, 2012, p. 747 ss.; Corte Cost., 15 aprile 2010 n. 138, *ivi*, 2010, p. 979 ss. Si noti che il Tribunale di Milano (pres. Servetti, giudici rel. Buffone, est. Cosmai) ha emesso in data 17 luglio 2014 un decreto di contenuto pressoché uguale riguardo a un analogo matrimonio contratto in Portogallo da due persone dello stesso sesso.

di cui si chiede la trascrizione risulta essere un atto di matrimonio tra persone dello stesso sesso;

ritenuto, infatti, che, contrariamente a quanto asseriscono i ricorrenti, la legge argentina che ha introdotto la possibilità di ottenere la rettificazione del sesso secondo una procedura peraltro meramente amministrativa, diversamente da quanto previsto dalla nostra legge n. 164/1982 che richiede in ogni caso una pronuncia giurisdizionale che accerti e dichiari il nuovo *status* della persona, non attribuisce effetti retroattivi alla rettificazione in quanto l'art. 7 della citata legge argentina prodotta dai ricorrenti (...) testualmente sancisce «gli effetti della rettifica del sesso e del proprio nome, ottenuti ai sensi della presente legge sono applicati a terzi dal momento dell'iscrizione nel registro»;

ritenuto che l'evoluzione giurisprudenziale della questione sul diritto a contrarre matrimonio tra persone dello stesso sesso e di conseguenza sul diritto alla trascrizione del relativo atto di matrimonio contratto all'estero è stata ricostruita in modo chiaro e puntuale nella pronuncia della Suprema Corte di Cassazione n. 4184/2012, tenuto conto della fondamentale pronuncia della Corte Costituzionale n. 138/2010 e dei principi contenuti nella convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (artt. 8, 12 e 14 CEDU) e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 9 Carta di Nizza) e delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo (sentenza 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*);

ritenuto che, sulla base dei principi sanciti da tale importante arresto della Suprema Corte, se può dirsi superata l'interpretazione consolidata della c.d. «inesistenza giuridica» dell'atto di matrimonio tra persone dello stesso sesso, non può affatto dirsi affermato il diritto di persone dello stesso sesso a contrarre matrimonio come diritto riconosciuto dalla nostra Costituzione e dallo stesso ordinamento sovranazionale;

ritenuto, infatti, che, secondo quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella pronuncia 138/2010, pur dovendosi riconoscere in forza dell'art. 2 Cost. «l'unione omosessuale intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia ottenendone, nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge, il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri. Si deve escludere, tuttavia, che l'aspirazione a tale riconoscimento – che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia – possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio. È sufficiente l'esame, anche non esaustivo, delle legislazioni dei Paesi che finora hanno riconosciuto le unioni suddette per verificare la diversità delle scelte operate. Ne deriva, dunque, che, nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte Costituzionale la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni», deve escludersi secondo la stessa Corte delle leggi che «l'art. 2 Cost. riconosce il diritto al matrimonio delle persone dello stesso sesso e neppure vincola il legislatore a garantire tale diritto quale forma esclusiva del riconoscimento giuridico dell'unione omosessuale, vale a dire ad «equiparare» le unioni omosessuali al matrimonio»;

ritenuto che ad analoghe conclusioni si perviene alla luce dei principi comunitari come ricostruiti nella citata sentenza della Suprema Corte di Cassazione là dove, chiarisce la nostra Corte di legittimità, la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo nell'interpretazione evolutiva di tutte le disposizioni coinvolte nella questione afferma che, pur derivando da tali disposizioni una più ampia accezione di diritto al matrimonio come diritto inclusivo anche del matrimonio contratto tra persone dello stesso sesso, «la “garanzia” del diritto ad un matrimonio sifatto è totalmente riservata al potere legislativo degli Stati contraenti della convenzione e/o membri dell'Unione europea», precisando la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo che «l'art. 12 della convenzione non faccia obbligo allo Stato convenuto nella specie, l'Austria di concedere l'accesso al matrimonio a una coppia omosessuale come i ricorrenti». A quest'ultimo riguardo, secondo l'impostazione della Corte, le ora richiamate disposizioni, pur «riconoscendo» detti diritti, sono state tuttavia formulate in modo tale da separare il «riconoscimento» dalla «garanzia» degli stessi: infatti, l'art. 12 della CEDU riconosce «il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia», ma «secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto»; corrispondentemente, l'art. 9 della Carta di Nizza riconosce «il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia», ma al contempo afferma che questi diritti «sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio». E la ragione di questa «separazione» – come emerge nitidamente dalla motivazione della sentenza della Corte europea – sta nella constatazione delle notevoli ed a volte profonde differenze sociali, culturali e giuridiche, che ancora connotano le discipline legislative della famiglia e del matrimonio dei Paesi aderenti alla convenzione e/o membri dell'Unione europea;

ritenuto che la sopra descritta evoluzione giurisprudenziale europea comporta, come chiarito dalla Corte di Cassazione, unicamente che la ragione della non trascrivibilità dell'atto di matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero non può più identificarsi nell'inesistenza del matrimonio per mancanza di un requisito minimo indispensabile, ma nell'inidoneità a produrre quale atto di matrimonio appunto qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano; e ciò proprio in ragione della mancanza di una normativa sul punto che sia per l'ordinamento costituzionale interno sia per l'ordinamento sovranazionale è riservata in via esclusiva al Parlamento nazionale e che non può certo essere in alcun modo estrapolata in via interpretativa;

ritenuto poi che la pronuncia della Suprema Corte di Cassazione, diversamente da quanto asseriscono i ricorrenti anche richiamando sul punto il precedente del Tribunale ordinario di Grosseto, non affronta in alcun modo, proprio perché del tutto assorbita dalle ampie argomentazioni esposte, la questione della contrarietà all'ordine pubblico che attiene agli effetti dell'atto, questione che per le stesse ragioni in questa sede ben può ritenersi assorbita;

ritenuto che conferma della posizione espressa dalla Suprema Corte di Cassazione o meglio ancora rafforzamento del modello eterosessuale del matrimonio alla luce dell'attuale diritto interno, ferma la discrezionalità del Parlamento nazionale di stabilire forme di tutela per le coppie di soggetti appartenenti allo stesso sesso, si ricava dalla recentissima pronuncia della Corte Costituzionale n. 170/2014 che, affrontando nuovamente la questione sia pure in relazione ad una fattispecie specifica diversa, ha di fatto ribadito le considerazioni esposte nella pro-

pria pronuncia n. 138/2010, affermando che allo stato per il diritto italiano, sia pure interpretato alla luce dei principi della convenzione europea dei diritti dell'uomo e della Carta di Nizza, in ragione dell'art. 29 Cost. e della sua interpretazione consolidata alla luce della normativa primaria vigente il matrimonio continua ad avere quale presupposto la diversità di genere dei nubendi, essendo compito del Parlamento intervenire per individuare e garantire le forme di tutela delle unioni tra persone dello stesso sesso;

ritenuto, quindi, per tutte le considerazioni su esposte che l'atto di matrimonio di cui i ricorrenti chiedono la trascrizione non può essere trascritto nei registri dello stato civile;

visti gli artt. 95 e 96 del d.p.r. n. 396/2000 e 737 cod. proc. civ.;

P.Q.M., (il Tribunale) respinge il ricorso proposto in data 12 giugno 2014 da... Manda alla Cancelleria per le comunicazioni di competenza.

TRIBUNALE DI ROMA, sentenza 9 luglio 2014

Giudice, COSENTINO

E.C. (avv. Palla, Severi) *contro* **Ministero degli affari esteri** (avv. dello Stato).

*In un'azione promossa contro il Ministero degli affari esteri da un lavoratore italiano, impiegato presso l'Ambasciata d'Italia a Santo Domingo, per la revoca di una sanzione disciplinare sussiste la giurisdizione italiana ai sensi degli articoli 18, 19 e 60 par. 1 del regolamento (CE) n. 44/2001 del 22 dicembre 2000 la cui applicabilità è fatta salva dell'art. 154 del d.p.r. 5 gennaio 1967 n. 18, nel testo sostituito dal d.lgs. 7 aprile 2000 n. 103, stante l'inefficacia ai sensi dell'art. 21 del medesimo regolamento della clausola di deroga alla giurisdizione italiana contenuta nel contratto, sia perché stipulata anteriormente al sorgere della controversia, sia perché determinante l'effetto di imporre al lavoratore di adire un giudice diverso da quello previsto dal regolamento stesso.**

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. Con ricorso depositato in data 7 marzo 2014, E.C. ha esposto:

di lavorare dal 3 luglio 2009 come impiegata a contratto presso l'Ambasciata d'Italia di Santo Domingo con mansioni di segreteria, dal settembre 2011 assegnata all'ufficio visti;

che all'esito di una ispezione ministeriale è stato avviato un procedimento disciplinare nei riguardi del dott. Mimmo Piscione, responsabile dell'ufficio, e ve-

* Tra le pronunce citate in motivazione possono leggersi in questa *Rivista*: Cass., s.u., 13 aprile 2012 n. 5872, *ivi*, 2013, p. 745 ss.; 2 dicembre 2011 n. 25761, *ibidem*, p. 123 ss.

niva ascoltata anche la ricorrente, la quale ha riferito di avere inserito alcune pratiche a sistema su richiesta dell'Ambasciatore, benché irregolari;

che il 7 agosto 2013 ha ricevuto la contestazione degli addebiti, in relazione alla quale la ricorrente ha denunciato alcuni colleghi ritenendo la calunniosità delle dichiarazioni da questi rese in sede di accertamenti;

che il 12 dicembre 2013 le è stata irrogata la sanzione della sospensione dal servizio e dalla retribuzione per dieci giorni;

che per la stessa vicenda il dott. Piscione è stato licenziato, il dott. Macillettì sospeso per dieci giorni e altri tre dipendenti hanno ricevuto sanzioni più lievi.

Ha chiesto, pertanto, al giudice di dichiarare nulle o annullare la sanzione inflitta, con vittoria delle spese di lite:

per violazione dei termini perentori di cui agli artt. 55-*bis* del d.lgs. n. 165 del 2001 e 12 CCNL del comparto ministeri, avendo il Ministero avuto notizia dei fatti tra il 12 aprile e il 14 maggio 2013, oltre due mesi prima della contestazione delle infrazioni;

perché appare sproporzionata alle infrazioni anche alla luce dell'art. 164 comma 2 legge (*sic*) n. 18 del 1967.

Il Ministero convenuto si è costituito con memoria contestando il fondamento della domanda, e, in particolare, esponendo:

che al rapporto in questione è applicabile la legge locale e pertanto ha giurisdizione il giudice del luogo ove si è svolto, anche per effetto dell'opzione delle parti trasfusa nel contratto;

che il procedimento disciplinare in questione non è retto dall'art. 55-*bis* del d.lgs. n. 165 del 2001 bensì dagli artt. 164 e 166 del d.p.r. n. 18 del 1967, norma speciale;

che in ogni caso la contestazione è stata tempestiva rispetto alla conoscenza dei fatti, completata solo in data 18 luglio 2013;

che gli atti del procedimento disciplinare danno atto della gravità e abitualità del comportamento della ricorrente in merito alla gestione e trattazione dei visti di ingresso, di tal che la sanzione è pienamente giustificata.

Ha chiesto, pertanto, il rigetto del ricorso, con la vittoria delle spese.

La causa, ritenuta non abbisognevole di ulteriore attività istruttoria, è stata discussa all'odierna udienza.

MOTIVI DELLA DECISIONE. Il ricorso non può essere accolto.

Quanto alla giurisdizione, il giudice rileva che, in tema di controversie inerenti il rapporto di lavoro del personale di rappresentanze diplomatiche e di uffici consolari di prima categoria italiani, l'art. 152 del d.p.r. n. 18 del 1967, nel testo sostituito dall'art. 1 del d.lgs. n. 103 del 2000, autorizza le suddette articolazioni amministrative ad assumere personale a contratto per le proprie esigenze di servizio e previa autorizzazione dell'amministrazione centrale, con conseguente insorgenza del rapporto contrattuale con il Ministero degli esteri e non con i suoi organi.

Ne deriva che sussiste la giurisdizione del giudice italiano sulla domanda proposta nei confronti del Ministero degli esteri convenuto, ai sensi degli artt. 18, 19 e 60 par. 1 del regolamento (CE) n. 44/2001 del 22 dicembre 2000, la cui applicabilità è fatta salva dall'art. 154 commi 1 e 2 del citato d.p.r. n. 18 del

1967, senza che, a mente dell'art. 21 del menzionato regolamento, possa essere riconosciuta efficacia alla clausola di deroga della competenza giurisdizionale pattuita nel contratto, sia perché anteriore al sorgere della controversia, sia perché determinante l'effetto non di consentire ma di imporre al lavoratore di rivolgersi a un giudice diverso da quello previsto dal regolamento stesso (in tal senso: Cass., s.u., n. 5872/2012; n. 29093/2011; n. 11140/2012; n. 25761/2011).

Deve quindi affermarsi la giurisdizione del giudice italiano adito.

Sulla normativa applicabile al licenziamento disciplinare, non risulta contestato che il contratto stipulato tra le parti conteneva l'espreso richiamo alla legge locale; da tale rilievo deriva l'infondatezza dei motivi di censura sollevati dalla ricorrente in relazione al d.lgs. n. 165 del 2001, poiché trattasi di legge italiana inapplicabile al caso di specie.

Ne consegue che la censura di tardività nell'irrogazione della sanzione può apprezzarsi solo come violazione di un principio immanente posto a tutela del lavoratore e non già come inosservanza di un termine perentorio.

A tale stregua, l'amministrazione appare indenne da censure di inerzia: dopo le dichiarazioni già parzialmente auto incolpanti della ricorrente infatti, del maggio 2013, l'amministrazione ha avviato i necessari riscontri mediante audizioni di tutti i soggetti coinvolti che hanno via via arricchito il quadro indiziario anche nei riguardi della C., considerato che l'ultima dichiarazione incolpante nei riguardi della ricorrente è pervenuta all'amministrazione soltanto in data 18 luglio 2013.

Solo da quel momento pertanto può dirsi che il Ministero abbia avuto piena contezza dei fatti, di tal che la contestazione di addebito del 26 luglio 2013 appare tempestiva, così come il successivo svolgimento del procedimento istruttorio, protratto fino al successivo novembre per la necessità di acquisire informazioni dal centro visti (...) sicché appare pure tempestiva l'irrogazione della sanzione intervenuta il 12 dicembre 2013.

Deve infine ritenersi adeguata la sanzione irrogata ai comportamenti della dipendente, pacifici nel loro oggettivo verificarsi.

A riguardo deve osservarsi, alla luce dell'istruttoria in atti, che la stessa era investita di specifica delega alla trattazione delle pratiche di visto, compresa la acquisizione della documentazione necessaria; che aveva un ruolo di spicco nella gestione per così dire «parallela» e irregolare delle pratiche di visto come emersa dall'ispezione ministeriale; che gli altri dipendenti le riconoscono una specifica attività di pressione per ottenere i visti in violazione della normativa applicabile; né può scriminare la considerazione che la stessa sostiene di avere meramente dato esecuzione ad ordini superiori, trattandosi all'evidenza di una grave violazione dei doveri di fedeltà verso l'amministrazione, tale da incidere fortemente sul rapporto fiduciario tra le parti.

Si tratta, pertanto, di comportamenti la cui gravità avrebbe potuto integrare persino una di quelle «infrazioni più gravi», innominate, per le quali a norma del contratto tra le parti il Ministero avrebbe potuto procedere alla risoluzione del rapporto; ed infatti nella lettera di irrogazione della sanzione è bene messo in chiaro che tale eventualità è stata vagliata ed esclusa solo in considerazione dell'apporto fornito dalla ricorrente stessa al buon esito delle indagini.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in disposi-

tivo; trova qui applicazione l'art. 152-*bis* disp. att. cod. proc. civ., introdotto dall'art. 4 comma 42 della legge n. 183 del 2011, il quale prevede che nelle liquidazioni delle spese a favore delle pubbliche amministrazioni, se assistite da propri dipendenti ai sensi dell'art. 417-*bis* cod. proc. civ., si applichi la tariffa vigente per gli avvocati, con la riduzione del 20% per gli onorari.

P.Q.M., (il Tribunale) rigetta il ricorso; condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali...

CORTE DI CASSAZIONE (s.U.), ordinanza 14 luglio 2014 n. 16065

Primo Presidente (f.f.), ROVELLI – Consigliere Rel., TRAVAGLINO – P.M., PATRONE
(concl. conf.)

Deutsche Bank AG, Deutsche Bank AG filiale di Londra (avv. Lener, Castellani) *contro* **Marciana Finanziaria s.p.a.** (avv. Cesarei) e *contro* **Citigroup Inc.** (avv. Giampaolino, Guastadisegni) e da **UBS Ltd, UBS AG** (avv. Visco, Orlando, Lazzeretti) *contro* **Allegra Finanz AG e altri** (intimati).

La giurisdizione si determina sulla base della domanda individuata con riferimento al c.d. petitum sostanziale, identificato soprattutto in funzione della causa petendi, ossia della oggettiva natura della situazione soggettiva giuridicamente tutelata dedotta in giudizio e individuata con riguardo ai fatti allegati e al rapporto giuridico di cui essi sono rappresentazione.

In un'azione promossa da un gruppo di investitori professionali volta a far valere la responsabilità extracontrattuale solidale di società aventi sede in Italia, in Inghilterra, in Germania e nella Confederazione elvetica, asseritamente responsabili di aver finanziato un gruppo industriale in stato di decozione al solo fine di trarne profitto, trasferendo il rischio economico delle operazioni finanziarie su investitori e risparmiatori ingannati, per il risarcimento del danno patito a seguito della perdita di valore delle azioni e delle obbligazioni emesse da società del gruppo (situazione equiparabile alla responsabilità precontrattuale da prospetto infedele), sussiste la giurisdizione italiana ai sensi degli artt. 2 e 6 n. 1 del regolamento (CE) n. 44/2001 del 22 dicembre 2000 e delle corrispondenti disposizioni della convenzione di Lugano del 30 ottobre 2007 quando la domanda proposta avverso tutte le convenute si caratterizza per la sua evidente unicità e si può escludere la pretestuosità del cumulo soggettivo di domande perché, dalla prospettazione della domanda, risulta che ciascun convenuto non può astrattamente dirsi estraneo alla pretesa fatta valere in giudizio.

In relazione alla medesima controversia la giurisdizione italiana sussiste anche in base all'art. 5 n. 3 del regolamento (CE) n. 44/2001 e alla corrispondente disposizione della convenzione di Lugano del 2007 dal momento che il fatto illecito prospettato, nel suo aspetto genetico, ha preso le mosse dal territorio italiano, il gruppo

*industriale in questione era italiano, in Italia si è aperta la procedura di amministrazione straordinaria delle società del gruppo a seguito dell'insolvenza delle medesime, è stata esercitata l'azione penale in relazione alle responsabilità attribuite agli organi sociali per il dissesto del gruppo, si è realizzato il collegamento probatorio e funzionale tra la causa petendi dell'azione esercitata dalle attrici e i fatti dedotti in giudizio.**

La Corte

letto il ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione proposto dalla AG Deutsche Bank, con sede a Francoforte sul Meno, e dalla AG Deutsche Bank, filiale di Londra, con sede a Londra, contro la AG Allegra Finanz ed altre società, attrici nella causa di merito pendente al n. 5012/2011 RG del Tribunale di Milano (delle quali la sola Marciana Finanziaria s.p.a. è costituita nel presente giudizio) e nei confronti di altre banche e società finanziarie, delle quali solo la UBS di Londra e la UBS di Zurigo sono costituite con controricorso e ricorso incidentale adesivo nel presente giudizio

OSSERVA

1. Ai fini della decisione del presente regolamento, i fatti giuridicamente rilevanti sul piano sostanziale e processuale risultano i seguenti:

Allegra Finanz ed altre società attrici (tutte, tranne la qui costituita Marciana Finanziaria s.p.a., aventi sede all'estero) hanno convenuto davanti al Tribunale di Milano le odierne ricorrenti, le ricorrenti incidentali ed altre banche ed imprese finanziarie, al fine di sentirle condannare, *ex art.* 2043 cod. civ., al risarcimento dei danni subiti a seguito del dissesto delle società del gruppo Parmalat;

la *causa petendi* della proposta azione aquiliana si identifica nella attribuzione, alle odierne ricorrenti (oltre che alle altre banche convenute) di una condotta (*rectius*, di più condotte diacronicamente dislocate) consistita nell'aver finanziato un gruppo industriale in stato di decozione al solo fine di trarne profitto, trasferendo il rischio economico delle operazioni intraprese sul mercato finanziario con il gruppo Parmalat su investitori e risparmiatori ingannati circa il reale stato di solvibilità del gruppo stesso. Allegano, in particolare, le attrici oggi resistenti dinanzi a questa Corte di aver acquistato strumenti finanziari (titoli azionari, titoli obbligazionari e *preference share*) emessi da società di quel gruppo e di aver maturato, in conseguenza del dissesto della Parmalat e della sua sottoposizione alla procedura di amministrazione straordinaria, ingentissime perdite a seguito di tre precise operazioni finanziarie: 1) un *equity collar swap*, stipulato tra Deutsche Bank e la Newport s.a.; 2) l'assistenza prestata da Deutsche Bank London, nel settembre 2003, ai vertici del gruppo nell'operazione di emissione, da parte di Parmalat Finance Corporation BV, di un prestito obbligazionario per (nominali)

* Tra le pronunce citate in motivazione possono leggersi in questa *Rivista*: Corte di giustizia, 25 ottobre 2011, cause riunite C-509/09 e C-161/10, *ivi*, 2012, p. 475 s. (massima); 18 luglio 2013, in causa C-147/12, *ivi*, 2014, p. 432 s. (massima); Cass., s.u., ord. 27 febbraio 2012 n. 2926, *ivi*, 2012, p. 941 ss.; ord. 2 dicembre 2013 n. 26937, *ivi*, 2014, p. 978 ss.; ord. 5 luglio 2011 n. 14654, *ivi*, 2012, p. 432 ss.; ord. 8 aprile 2011 n. 8034, *ivi*, 2011, p. 1103 ss.

€ 350 milioni; 3) la stipulazione, da parte di Deutsche Bank con Parmalat s.p.a. di una serie di operazioni in strumenti finanziari c.d. derivati;

il *petitum* conseguente a tali, asserite perdite, viene complessivamente quantificato in € 128.810.979,93, variamente ripartito tra le singole società attrici (la sola Frankfurter Sparkasse ha ricondotto le proprie ragioni di credito al mancato rimborso di un finanziamento concesso alla Parmalat nell'ottobre del 2001 per un importo pari ad € 6.314.469). In particolare, tali perdite sarebbero state conseguenza: 1) della perdurante somministrazione alla Parmalat dei mezzi finanziari necessari per sopravvivere sul mercato in una situazione di irreversibile stato di insolvenza; 2) della alterazione del mercato dei capitali rispetto al cui buon funzionamento i soggetti portatori di titoli quotati vantano un vero e proprio diritto soggettivo;

L'*eventus damni* lamentato dalle attrici dinanzi al giudice del merito viene fatto discendere dall'avere la condotta delle convenute provocato, in concorso con i vertici degli enti finanziati: 1) l'immissione sul mercato di titoli spazzatura; 2) l'acquisto di detti titoli da parte delle attrici, con la conseguente e quasi totale perdita del capitale investito; 3) l'alterazione della percezione in ordine alle capacità di credito del gruppo Parmalat; 4) l'ulteriore induzione all'acquisto e/o al mantenimento in portafoglio di quei titoli; 5) la diminuzione della garanzia patrimoniale del credito conseguente all'aggravamento dello stato di decozione ad opera delle banche oggi ricorrenti.

2. La questione della carenza di giurisdizione della autorità giudiziaria italiana risulta tempestivamente sollevata dalle ricorrenti e dalle ricorrenti incidentali con le loro prime difese nella causa di merito: il regolamento appare pertanto ammissibile, non essendo intervenuta alcuna decisione sul punto da parte dell'adito Tribunale di Milano.

3. Queste le ragioni poste a fondamento dell'eccepite difetto di giurisdizione da parte delle ricorrenti principali:

alla causa intrapresa dalle società attrici andava applicato – stante la pacifica circostanza che le convenute Deutsche Bank AG e Deutsche Bank London hanno sede in Paesi dell'UE ma non in Italia – il regolamento (CE) n. 44/2001;

nessun rilievo poteva legittimamente attribuirsi alle disposizioni della legge italiana di diritto internazionale privato (legge n. 218 del 1995), ovvero, *ratione temporis*, a quelle di cui alla convenzione di Bruxelles, a torto evocate dalla difesa delle attrici;

la competenza giurisdizionale del giudice italiano non poteva fondarsi, in particolare, sul criterio-base di cui all'art. 2 del regolamento, che prevede la regola generale del foro del convenuto, essendo nel caso in esame tali fori da individuarsi, pacificamente, in quello tedesco e/o in quello del Regno Unito;

neppure avrebbero potuto essere applicate le disposizioni di cui all'art. 5 n. 1 del regolamento, pur evocate dalle controparti nella causa di merito, poiché l'azione introdotta dinanzi al giudice milanese appariva fondata espressamente sulla responsabilità extracontrattuale delle convenute e non su di un qualunque titolo contrattuale;

l'unica disposizione applicabile alla fattispecie sarebbe, invece, quella di cui al n. 3 del citato art. 5, secondo il quale la competenza giurisdizionale si radica «in materia di illeciti civili dolosi o colposi, davanti al giudice del luogo in cui

l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire»: anche in questo caso, peraltro, restava esclusa la competenza del giudice italiano in quanto l'evento dannoso, secondo la stessa prospettazione di parte attrice, sarebbe consistito nell'incauto investimento (o nella incauta concessione di credito) alle società del gruppo Parmalat, operazioni che sarebbero state in qualche modo indotte dalle convenute con le loro condotte verso il gruppo, onde nasconderne lo stato di dissesto;

non era infine invocabile, ai fini dell'affermazione della giurisdizione italiana, la disposizione di cui all'art. 6 n. 1 del regolamento, per avere alcune delle convenute società (ma non le ricorrenti e le ricorrenti incidentali) sede in Italia; ciò in quanto ad ogni singola banca era addebitabile una specifica condotta, autonoma e separata dalle altre, onde la imprevedibilità di una trattazione congiunta delle domande.

4. Le ricorrenti incidentali UBS Ltd e UBS AG aderiscono all'impostazione delle ricorrenti principali, con l'ulteriore specificazione, da parte della società UBS AG (avente sede in Svizzera), secondo la quale, nei suoi confronti, sarebbe applicabile (non il regolamento, ma) la convenzione di Lugano del 2007 – rilievo peraltro non foriero di conseguenze giuridicamente rilevanti, essendo la disposizione di cui all'art. 5 n. 3 del citato strumento internazionale del tutto corrispondente a quella di cui all'art. 5 n. 3 della fonte del diritto UE.

5. La causa in corso davanti al Tribunale di Milano presenta, ai fini che occupano il Collegio, le seguenti peculiarità:

ha ad oggetto una azione collettiva, introdotta con unico atto da più soggetti, aventi sede in vari Paesi membri dell'UE, di cui uno solo avente sede in Italia;

le convenute sono dodici società, bancarie ovvero finanziarie facenti capo a gruppi bancari, alcune aventi sede in Italia, altre aventi sede secondaria nel nostro Paese, altre ancora con sede legale in altri Paesi membri, una in Svizzera;

il *petitum* è unico per tutte le società attrici, che chiedono la condanna delle convenute al risarcimento del danno dalle stesse patito a seguito della perdita di valore delle azioni e delle obbligazioni emesse da società del gruppo Parmalat, titoli che le stesse avevano acquistato (solo l'attrice Frankfurter Sparkasse Anstalt lamenta una perdita derivante dalla impossibilità di recuperare un proprio finanziamento) confidando nella solvibilità delle debtrici e nella genuinità delle operazioni intraprese dalle stesse con le convenute;

la *causa petendi* è a sua volta unica: si assume che le convenute, in concorso fra loro ovvero attraverso condotte separate ma convergenti, avrebbero contribuito a creare la falsa rappresentazione della solvibilità delle società del gruppo Parmalat attraverso la concessione di credito o la ideazione di operazioni di finanziamento tali da ingenerare un affidamento sulle prospettive di un debitore entrato invece in stato di conclamata insolvenza, cui era seguita la sottoposizione alla procedura di amministrazione straordinaria e la perdita pressoché totale dell'investimento, oltre ad un danno di immagine.

6. Va ancora osservato, *in limine*, come nessuna delle parti attrici rivesta la qualità di «risparmiatore» – e conseguentemente di «consumatore» – essendo esse, *ictu oculi*, a loro volta società finanziarie, se non addirittura banche o investitori professionali.

7. Sempre preliminarmente, deve essere ulteriormente confermato il consoli-

dato orientamento di questa Corte di legittimità (da ultimo, Cass., s.u., n. 2926 del 2012) secondo il quale la giurisdizione si determina sulla base della domanda individuata con riferimento al c.d. *petitum* sostanziale, identificato non solo e non tanto in funzione della concreta statuizione che si chiede al giudice, ma anche, e soprattutto, della *causa petendi*, ossia della oggettiva natura della situazione soggettiva giuridicamente tutelata dedotta in giudizio e individuata con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico di cui essi sono rappresentazione. Ne consegue che tutte le considerazioni svolte dalle odierne ricorrenti in ordine alla legittimazione passiva di singole convenute, alla mancata prova del danno, alla incertezza circa l'individuazione delle singole condotte ascritte ad ogni convenuta, restano perciò solo estranee a questo giudizio, che ad oggetto ha esclusivamente la questione di giurisdizione.

8. Non può essere poi condiviso l'assunto difensivo delle ricorrenti, principali e incidentali, relativo alla mancata considerazione, da parte delle società attrici, del criterio del foro del convenuto, *ex art. 2* del regolamento e della corrispondente disposizione della convenzione di Lugano. Taluni degli enti convenuti sono, difatti, società aventi sede in Italia ed altri hanno, nel Paese, una loro sede secondaria. La circostanza secondo cui le ricorrenti non siano fra queste non può, pertanto, rappresentare un limite o un ostacolo all'esame della Corte della loro esclusiva posizione. La causa introdotta dalle attrici è difatti unica, e tale deve essere considerata anche ai fini che in questa sede rilevano.

9. La questione della applicazione, nel caso di specie, dell'art. 6 n. 1 del regolamento – a mente del quale la persona domiciliata nel territorio di uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro, «in caso di pluralità di convenuti, davanti al giudice del luogo in cui uno qualsiasi di essi è domiciliato, sempre che tra le domande esista un nesso così stretto da rendere opportuna una trattazione unica ed una decisione unica onde evitare il rischio, sussistente in caso di trattazione separata di giungere a decisioni incompatibili» – va risolta avendo riguardo alla domanda proposta nella causa di risarcimento, non apparendo seriamente contestabile che essa, per come appare prospettata, si caratterizza per la sua evidente unicità, essendo demandato all'esclusiva cognizione giudice del merito (e non di questa Corte) l'accertamento se sia fondata o meno la tesi delle attrici, volta all'affermazione di una responsabilità solidale fra tutte le convenute.

9.1. A tanto consegue una preliminare valutazione di correttezza dell'individuazione della autorità giudiziaria italiana così come formulata dalle attrici *in parte qua*, essendo pacifico che alcune delle società convenute in Italia hanno la loro sede o sono comunque qui domiciliate, avendo una sede secondaria.

10. Sotto altro, concorrente profilo, quand'anche si ritenesse che il foro competente *quoad iurisdictionis* debba essere individuato sulla base dei criteri di competenza speciale di cui all'art. 5 n. 3 del regolamento, la giurisdizione italiana sembra altrettanto correttamente radicata.

10.1. Sulla base della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia, infatti (Grande Sezione, procedimenti riuniti C-509/09 e C-161/10, aventi ad oggetto due domande di pronuncia pregiudiziale provenienti dalle corti tedesca e francese), la norma sulla competenza speciale enunciata all'art. 5 n. 3 del regolamento, in deroga al principio della competenza dei giudici del domicilio

del convenuto, trova il suo fondamento nell'esistenza di un collegamento particolarmente stretto tra una data controversia e i giudici del luogo in cui l'evento dannoso si è verificato, che giustifica un'attribuzione di competenza a questi ultimi giudici ai fini della buona amministrazione della giustizia e dell'economia processuale.

10.2. Si legge, difatti, nella recente sentenza della Corte di giustizia, quinta sez., 18 luglio 2013, in causa C-147/12 – avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 267 TFUE, dallo *Howrätten för Nedre Norrland svedese*, che «occorre ricordare, da un lato, come, secondo una giurisprudenza costante, la norma di competenza speciale prevista – in deroga al principio della competenza dei giudici del domicilio del convenuto – dall'art. 5 n. 3 del regolamento n. 44/2001 si basi sull'esistenza di un collegamento particolarmente stretto tra una data controversia e i giudici del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto, il che giustifica un'attribuzione di competenza a questi ultimi in ragione della buona amministrazione della giustizia e di motivi di economia processuale (infatti, in materia di illeciti civili dolosi o colposi, il giudice del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire è quello di norma più idoneo a pronunciarsi in merito, segnatamente per motivi di prossimità rispetto alla controversia e di facilità nell'espletamento dell'istruttoria). Dall'altro, che l'espressione “luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire”, utilizzata dall'art. 5 n. 3 del regolamento n. 44/2001, concerne sia il luogo in cui il danno si è concretizzato, sia il luogo del fatto generatore di tale danno, cosicché il convenuto può essere citato, a scelta dell'attore, dinanzi al giudice dell'uno o dell'altro luogo... che possono costituire un significativo collegamento dal punto di vista della competenza giurisdizionale, dato che ciascuno di essi può, a seconda delle circostanze, fornire un'indicazione particolarmente utile dal punto di vista della prova e dello svolgimento del processo».

11. Sulla base di tali principi, ritiene il Collegio che il nesso tra l'azione esercitata dalle società attrici e i giudici italiani sia reso evidente:

- dal fatto che il gruppo Parmalat era italiano;
- dal fatto che in Italia si è aperta la procedura di amministrazione straordinaria delle società del gruppo a seguito dell'insolvenza delle stesse;
- dal fatto che in Italia è stata esercitata l'azione penale in relazione alle responsabilità attribuite agli organi sociali per il dissesto del gruppo;
- dal fatto che in Italia appare indiscutibilmente realizzatosi quel collegamento probatorio e funzionale tra la *causa petendi* dell'azione esercitata dalle attrici e i fatti dedotti in giudizio.

11.1. Sotto altro profilo, non può ragionevolmente sostenersi che la citazione in giudizio di società aventi sede in Italia abbia avuto il solo scopo di radicarvi pretestuosamente la giurisdizione.

Analogamente con quanto deciso da questa stessa Corte con la recentissima sentenza del 2 dicembre 2013 n. 26937, anche nel caso di specie va escluso *tout court* la predicabilità di una patente pretestuosità del cumulo soggettivo di domande sì come realizzato al solo fine di determinare lo spostamento della competenza giurisdizionale per ragioni di connessione, perché, ora come allora, dalla prospettazione della domanda – la cui fondatezza costituisce irridimibile questione di merito – risulta che ciascun convenuto non può astrattamente dirsi

estraneo alla pretesa fatta valere in giudizio. Ed in questo come in quel caso, il fatto illecito prospettato, nel suo aspetto genetico, ha preso le mosse proprio dal territorio italiano.

11.2. Secondo la (erronea) prospettazione delle ricorrenti, al contrario, dovrebbe aver rilievo l'ormai desueto criterio del luogo del danno quale luogo del compimento della condotta illecita, tesi, come si è avuto modo di osservare poc'anzi, da tempo abbandonata dalla Corte di giustizia e da queste stesse Sezioni Unite, come risulta dalla articolata motivazione dell'ord. 5 luglio 2011 n. 14654 (*Hume c. Micoperi*).

11.3. Infine, avuto riguardo alla tipologia della responsabilità per fatto illecito invocata dalle attrici, va considerato come, pur non essendo immediatamente sovrapponibile a quella (precontrattuale) «da prospetto infedele», come inquadrata da questa Corte nelle sue più recenti pronunce (ord. 8 aprile 2011 n. 8034; e 11 ottobre 2012 n. 18092, tra le altre), l'odierna vicenda risulti, *in parte qua*, quanto agli effetti sulla giurisdizione, ad essa del tutto equiparabile.

P.Q.M., la Corte, decidendo sui ricorsi riuniti, dichiara la giurisdizione del giudice italiano cui rimette gli atti del processo anche per la liquidazione delle spese del giudizio di cassazione.

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza 16 luglio 2014 n. 16272

Presidente, LUCCIOLI – Consigliere Rel., CAMPANILE – P.M., PRATIS (concl. conf.)

Industrie Salustri Rocky s.r.l. (avv. Menghini, Borgna) *contro* **Mc Dog Pet Products SL**
(avv. A. Picone, F. Picone).

Ai sensi dell'art. 34 n. 1 e n. 2 del regolamento (CE) n. 44/2001 del 22 dicembre 2000, può essere riconosciuta in Italia una sentenza spagnola quando risulti che il convenuto contumace che lamenta la mancata contestuale notifica della traduzione in lingua italiana dell'atto introduttivo del giudizio spagnolo non abbia mai indicato le modalità e i tempi della ricezione dell'atto in lingua italiana, mentre risulti il contrario dal modulo di richiesta di notifica internazionale, eseguita in base al regolamento (CE) n. 1348/2000 del 29 maggio 2000.

Ai sensi dell'art. 19 par. 4 del regolamento (CE) n. 1348/2000, è possibile per il convenuto contumace proporre impugnazione di una sentenza straniera anche oltre i cinque giorni previsti, purché in un termine ragionevole e non inferiore ad un anno dalla notificazione della sentenza.

È inammissibile, in sede di ricorso per cassazione contro il decreto che dichiara esecutiva una sentenza spagnola, invocare quali motivi ostativi ex art. 34 n. 1 e n. 2 del regolamento (CE) n. 44/2001 la non congruità dei termini per costituirsi in giudizio in uno Stato diverso e per proporre impugnazione poiché la relativa valutazione deve essere compiuta di volta in volta, in relazione alle specifiche circostanze di

*fatto, e può essere censurata in sede di legittimità unicamente sotto il profilo dell'adeguatezza della motivazione.**

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. 1. La Corte di Appello di Torino, con decreto depositato in data 6 febbraio 2008, ha respinto il ricorso proposto dalla s.r.l. Industrie Salutsrid Rocky nei confronti della società spagnola Mc Dog Pet Products SL avverso il decreto in data 19 settembre 2007 con cui la stessa Corte aveva dichiarato esecutiva la sentenza pronunciata dal Juzgado de Primera Instancia di Madrid, fondato sulla lesione del diritto di difesa e sulla irritalità della notifica dell'atto introduttivo.

1.1. Quanto al primo profilo, la censura relativa all'incongruità, ai fini del valido esercizio del diritto di difesa, del termine di 20 giorni concesso alla parte convenuta per costituirsi non veniva considerata fondata in quanto detto termine, considerati alcuni riferimenti normativi dell'ordinamento italiano, quale l'art. 641 cod. proc. civ., non poteva ritenersi così ristretto da comprimere il diritto di difesa. Osservava, poi, la Corte territoriale, circa il termine di cinque giorni, con decorrenza dalla notifica delle sentenza di primo grado, per proporre impugnazione, che esso non contrastava con le previsioni della Carta costituzionale, che non tutela il doppio grado di giudizio, rilevando che, avendo la ricorrente optato per la giurisdizione spagnola ai fini della regolazione di ogni controversia con la controparte, avrebbe dovuto diligentemente predisporre prima della decisione, essendo già nota l'entità del termine per impugnare, ogni strumento per un'adeguata tutela dei suoi diritti nell'ipotesi di sentenza sfavorevole. Si aggiungeva che, ai sensi dell'art. 19 par. 4 del regolamento (CE) n. 1348 del 2000, la società ricorrente avrebbe potuto, alle condizioni ivi previste, proporre impugnazione anche oltre il suindicato termine di cinque giorni.

1.2. Quanto alla notificazione dell'atto introduttivo del giudizio, la censura fondata sull'omesso invio della traduzione dell'atto in lingua italiana, che sarebbe stata inviata, con posta normale, soltanto in un momento successivo (ed al riguardo si rilevava che non era necessaria, come pure dedotto, la legalizzazione della firma del traduttore) era priva di riscontri sul piano fattuale, ed inoltre, anche se corrispondente al vero, non avrebbe impedito, considerata anche la possibilità di costituzione tardiva, l'esercizio dei diritti di difesa della ricorrente.

1.3. Per la cassazione di tale decisione la s.r.l. Rocky propone ricorso, affidato a sette motivi, cui la Mc Dog Pet Products resiste con controricorso.

MOTIVI DELLA DECISIONE. 2. Con il primo motivo, deducendosi violazione e falsa applicazione dell'art. 148 cod. proc. civ., e dell'art. 8 del reg. (CE) n. 1348 del 2000, si ripropone l'eccezione di invalidità della notifica dell'atto introduttivo, per non essere stata prodotta la relativa «relata».

Inoltre, la traduzione in lingua italiana sarebbe stata inviata in un momento successivo.

* Tra le pronunce citate in motivazione, possono leggersi in questa *Rivista*: Corte di giustizia, 8 novembre 2005, in causa C-443/03, *ivi*, 2006, p. 252 ss.; Cass., 21 novembre 1996 n. 10275, *ivi*, 1997, p. 952 ss.; 25 settembre 1998 n. 9615, *ivi*, 1999, p. 983 ss.; 6 luglio 2006, n. 15411, *ivi*, 2007, p. 420 ss.

Vengono formulati i seguenti quesiti di diritto:

«Dica la Corte se può ritenersi regolarmente notificato ai sensi del regolamento (CE) n. 1348/2000 l'atto introduttivo del giudizio (da parte di Mc Dog Pet Products), ove la traduzione non sia conglobata in un unico atto con la citazione straniera».

«Dica la Corte se, sulla base del combinato disposto dell'art. 148 cod. proc. civ., e art. 7 del regolamento (CE) n. 1348/2000, la notifica sia regolarmente perfezionata in assenza di prova della notificazione contestuale dell'atto in lingua originale e della sua traduzione in lingua italiana».

2.1. Con il secondo motivo si prospetta altro profilo di violazione dell'art. 8 del regolamento (CE) n. 1348/2000, per aver l'ufficiale giudiziario, nel notificare l'atto redatto in lingua spagnola, omesso di informare il legale rappresentante della società italiana della possibilità di rifiutarlo per tale ragione.

Viene formulato il seguente quesito: «Dica la Corte se il mancato avvertimento di cui all'art. 8 del regolamento (CE) n. 1348/2000, costituisce una causa di irregolarità, inesistenza o nullità della notifica dell'atto introduttivo ad un giudizio straniero, tale da far ritenere non instaurato il contraddittorio».

2.2. Con il terzo mezzo si deduce la nullità, ai sensi dell'art. 34 del regolamento (CE) n. 44/2001, del procedimento svoltosi in Spagna e conclusosi con la sentenza del Tribunale di Madrid, e quindi la sua contrarietà all'ordine pubblico italiano, in relazione all'omessa prova della regolare notifica dell'atto introduttivo di tale giudizio.

Viene formulato il seguente quesito di diritto: «Dica la Corte se una sentenza straniera nulla per le leggi italiane, in quanto nell'ambito del suo procedimento non è stata data la prova della notifica dell'atto introduttivo, può essere dichiarata esecutiva ancorché contraria all'ordine pubblico italiano, per violazione degli artt. 24 e 111 Cost.».

2.3. La quarta censura attiene alla violazione degli artt. 34 n. 1 e 43 del regolamento (CE) n. 44/2001, in relazione agli artt. 3, 24 e 111 Cost., in relazione all'ineadeguatezza del termine di cinque giorni per proporre impugnazione avverso la decisione di primo grado in esame, e, sotto altro profilo, in ordine al termine di venti giorni per costituirsi nel procedimento pendente davanti all'autorità spagnola.

Vengono indicati i seguenti quesiti di diritto.

a) «Dica la Corte se il termine di cinque giorni concesso a un cittadino italiano, residente in Italia, per impugnare una sentenza straniera nel Paese in cui è stata emessa è contrario all'ordine pubblico italiano. Dica, altresì, se un termine così breve pregiudica il diritto di difesa del cittadino italiano e i principi del giusto processo.

«Dica, infine, la Corte se la scelta di un cittadino italiano di assoggettare eventuali controversie alla giurisdizione di un giudice straniero, implica una rinuncia a diritti inviolabili, quali il diritto di difesa».

b) «Dica la Corte se il termine di venti giorni concesso a un cittadino italiano, residente in Italia, per costituirsi in un procedimento spagnolo, è contrario all'ordine pubblico italiano.

«Dica, altresì, se un termine così breve pregiudica il diritto di difesa del cittadino italiano e i principi del giusto processo.

«Dica, infine, la Corte se la scelta di un cittadino italiano di assoggettare

eventuali controversie alla giurisdizione di un giudice straniero, implica una rinuncia a diritti inviolabili, quali il diritto di difesa».

2.4. Con il quinto motivo si denuncia la violazione dell'art. 34 n. 2 e art. 43 del regolamento (CE) n. 44/2001, per aver l'autorità giudiziaria spagnola considerato il termine per costituirsi dalla data di notifica dell'atto introduttivo del giudizio redatto in lingua spagnola e non da quella successiva della notificazione della relativa traduzione.

Viene indicato il seguente duplice quesito di diritto: «Dica la Corte se i venti giorni concessi al convenuto residente in Italia per costituirsi in un procedimento spagnolo decorrono dal momento della notifica dell'atto tradotto in italiano o da quello in lingua originale, nel caso in cui la notificazione non sia stata contestuale.

«Dica, altresì, la Corte se una decisione straniera emessa al termine di un procedimento, ove non siano stati rispettati i termini per la costituzione del convenuto, che è rimasto pertanto contumace, è contraria all'ordine pubblico italiano e non può essere riconosciuta ai sensi dell'art. 34 n. 2 del regolamento (CE) n. 44/2001».

2.5. Con la sesta censura – formulandosi idoneo quesito conclusivo – si denuncia insufficiente motivazione in relazione alla ritenuta congruità del termine per impugnare la sentenza *de qua*.

2.6. Con il settimo motivo si censura la decisione impugnata nella parte in cui attribuisce alla ricorrente la mancata impugnazione della decisione sopra indicata ai sensi dell'art. 19 del regolamento (CE) n. 1348/2000, trattandosi di questione esulante dalla verifica della sussistenza o meno dei requisiti richiesti dall'art. 34 del regolamento (CE) n. 44/2001.

Viene indicato il seguente quesito: «Dica la Corte se ai fini della decisione sulla dichiarazione di esecutività di una sentenza straniera, che secondo quanto stabilito dagli artt. 36 e 45 del regolamento (CE) n. 44/2001 non può attenere al merito della controversia, i giudici possono rilevare la conformità della sentenza all'ordine pubblico italiano, valutando i comportamenti tenuti dalle parti».

3. I primi tre motivi, nonché il quinto, possono essere esaminati congiuntamente, in quanto fra loro intimamente connessi, per essere inerenti alla questione della contestualità o meno della notifica dell'atto in lingua spagnola con la traduzione italiana.

4. Non può omettersi di rilevare, in primo luogo, che il complesso delle doglianze fondate sulla (iniziale) notifica dell'atto introduttivo del giudizio conclusosi con le sentenza oggetto di riconoscimento nella sola lingua spagnola riposa su un dato meramente asserito dalla ricorrente, che la Corte territoriale ha escluso sulla base di una serie di considerazioni assolutamente congrue sul piano logico, fra loro convergenti.

Trattasi, a ben vedere, della ricostruzione di un dato fattuale (ancorché di rilievo processuale) non altrimenti verificabile, posto che la produzione dei due documenti, in lingua spagnola e in italiano, non accompagnata da altri elementi, non necessariamente depone nel senso dell'assenza del requisito della contestualità della loro notifica. Tale circostanza, quindi, può essere esclusa o verificata positivamente soltanto all'esito di un accurato esame di circostanze anche di natura estrinseca, come il comportamento delle parti.

Sotto tale profilo non appare priva di rilievo la circostanza che la ricorrente

non abbia mai indicato le modalità e i tempi della ricezione dell'atto in lingua italiana, laddove risulta, al contrario, che il modulo di richiesta di notifica internazionale, contenente un elenco dei documenti da notificare, si riferisce tanto al documento in lingua spagnola (punto 6.3.1), quanto alla traduzione in lingua italiana (punto 6.3.2).

Tale decisivo rilievo comporta l'infondatezza del primo motivo di ricorso (non potendosi per altro condividere la tesi di una «relata» specifica per la traduzione in lingua italiana, e dovendosi ritenere che anche il mancato esercizio della facoltà di rifiutare l'atto, ove redatto soltanto in lingua straniera, depone per la presenza della traduzione). Giova, per altro, richiamare, con particolare riferimento alla distribuzione dell'onere probatorio, la disposizione contenuta nell'art. 1335 cod. civ., e, quindi, la presunzione legale di conoscenza dell'atto che, secondo la giurisprudenza assolutamente prevalente e consolidata di questa Corte, è estesa al contenuto proprio dell'atto (Cass., 26 luglio 2012 n. 13259; 24 novembre 2004 n. 22133; 3 luglio 2003, n. 10536, in merito a fattispecie nelle quali era contestato che il plico notificato non contenesse alcunché o, comunque, una missiva di contenuto diverso da quello indicato dal mittente).

Deve, però, esser rimarcato che, nel caso in esame, la conoscenza legale è ancor più vividamente esaltata dalle formalità del procedimento notificatorio, attenendo a copia notificata di un atto del quale, come sopra specificato, il modulo allegato contiene uno specifico riferimento alla presenza della copia della traduzione in lingua italiana, con conseguente aggravio dell'onere probatorio del destinatario in presenza di attestazione proveniente da pubblico ufficiale assistita da fede pubblica.

In virtù di quanto rilevato, rimangono assorbite le deduzioni contenute nel secondo, nel terzo e nel quinto motivo, tutte incentrate sul presupposto della (iniziale) assenza della traduzione in lingua italiana nella notifica dell'atto introduttivo del giudizio.

5. Rimane altresì superata ogni questione circa la seconda ragione della decisione, inerente alla impossibilità di predicare la nullità della notifica nell'ipotesi, per altro esclusa dalla Corte territoriale, di una spedizione soltanto in epoca successiva della traduzione in lingua italiana.

6. Per mera completezza di esposizione mette conto di richiamare la decisione della Grande Sezione della Corte di giustizia nella causa C-443/03 (*Leffler c. Berlin Chemie AG*), secondo cui l'art. 8 del regolamento n. 1348/2000 dev'essere interpretato nel senso che, qualora il destinatario di un atto lo abbia rifiutato in quanto non redatto in una lingua ufficiale dello Stato membro destinatario o in una lingua dello Stato membro mittente che il destinatario comprende, questa situazione può essere sanata inviando la traduzione dell'atto, secondo le modalità previste dal regolamento n. 1348/2000 e nel più breve tempo possibile.

7. Il quarto, il sesto e il settimo motivo possono essere esaminati congiuntamente, in quanto inerenti alla valutazione della congruità dei termini per costituirsi in giudizio e per proporre impugnazione.

Rilevato, quanto a quest'ultimo, che esso si riferisce ad attività successiva alla formazione del titolo giudiziale oggetto di riconoscimento e che la Corte territoriale, in assenza di qualsiasi tentativo di proporre impugnazione, ha posto in evidenza la possibilità di effettuarla, ai sensi dell'art. 19 del regolamento (CE) n.

1348/2000, anche oltre i cinque giorni, in un termine «ragionevole» e non inferiore all'anno dalla notificazione della sentenza, deve osservarsi, con riferimento alla inammissibilità delle doglianze, che, secondo un orientamento costantemente affermato da questa Corte, il giudizio circa la congruità dei termini a disposizione del convenuto residente in uno Stato diverso da quello ove ha sede il giudice avanti al quale è chiamato in giudizio, in maniera da verificare se consentano in concreto, oltre la conoscenza del processo, l'apprestamento della difesa in giudizio, deve essere compiuto di volta in volta, in relazione alle specifiche circostanze di fatto, e può essere censurato in sede di legittimità unicamente sotto il profilo dell'adeguatezza della motivazione, trattandosi di giudizio di fatto che coinvolge l'accertamento di elementi materiali e che comporta un apprezzamento degli stessi il quale è istituzionalmente riservato al giudice di merito (Cass., 21 novembre 1996 n. 10275; 25 settembre 1998 n. 9615; 6 luglio 2006 n. 15411; 9 maggio 2008 n. 91628, in motivazione).

Nel caso in esame la Corte territoriale ha compiuto una verifica della congruità del termine per comparire congrua ed esauriente, tenendo conto tanto della legislazione spagnola quanto – con riferimento alla disciplina contenuta nell'art. 641 cod. proc. civ. – del nostro ordinamento, e fornendo al riguardo una motivazione esente da censure in questa sede. Quanto alle deduzioni inerenti al vizio motivazionale dedotto con il sesto motivo, le doglianze sono altresì generiche, non essendosi neppure riprodotte, in violazione del principio di autosufficienza, le argomentazioni proposte con il ricorso avverso il decreto di esecutività e non essendosi censurate, nella loro complessiva portata, le argomentazioni svolte dalla Corte territoriale.

8. In conclusione, il ricorso deve essere rigettato, con condanna della ricorrente al pagamento delle spese processuali, liquidate come in dispositivo.

P.Q.M., la Corte rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali, che liquida...

TRIBUNALE DI MILANO, decreto 16 luglio 2014

Presidente, SERVETTI – Giudice Rel., BUFFONE

RR contro DD.

Ai sensi dell'art. 19 par. 2 del regolamento (CE) n. 2201/2003 del 27 novembre 2003, il giudice italiano deve sospendere d'ufficio il procedimento avviato innanzi a sé dalla madre per la modifica delle disposizioni sul diritto di visita del padre come risultanti da una sentenza spagnola di primo grado, qualora un processo che coinvolge lo stesso minore e ha il medesimo oggetto, ossia l'esercizio della responsabilità genitoriale, penda – tra le stesse parti – in Spagna, sia pure in secondo grado e per motivi attinenti alla giurisdizione dell'autorità adita. Si ricollega infatti

a una scelta della parte l'aver adito il giudice di secondo grado di quel Paese per ottenere, in via definitiva, in quella sede, una pronuncia di incompetenza giurisdizionale, sebbene il giudicato del giudice spagnolo di primo grado sulla sua competenza giurisdizionale non sarebbe stato di per sé ostativo alla competenza del giudice italiano dinanzi ad una nuova e autonoma domanda di revisione delle condizioni vigenti, volta ad ottenere una diversa regolamentazione dei rapporti genitoriali.

Ai sensi dell'art. 20 del regolamento (CE) n. 2201/2003, non sussiste la giurisdizione italiana rispetto ad una domanda di misure cautelari e urgenti volte a limitare l'esercizio del diritto di visita del padre come disciplinato dalla sentenza spagnola di primo grado, poiché l'adozione di tali misure impedirebbe l'esecuzione nel foro dei provvedimenti assunti dal giudice spagnolo.

*In assenza di una disciplina degli aspetti processuali interni nel regolamento (CE) n. 2201/2003, il provvedimento di sospensione, pronunciato d'ufficio, deve essere notificato dalla parte ricorrente alla parte convenuta nel rispetto delle norme di cui al regolamento (CE) n. 1393/2007 del 13 novembre 2007.**

IN FATTO. RR, nata a... (Italia) il... 1979 e DD, nato a... (Germania) il... 1973, sono genitori di ZZ, nato in Spagna, il... 2008. La madre e il minore (già residenti in ..., prov. ...) sono di fatto abitualmente residenti a Milano (al di là della residenza anagrafica) a far data dal mese di dicembre 2012 (v. Tribunale per i minorenni ..., decreto del 9 dicembre 2013, che dichiara la propria incompetenza territoriale in favore del distretto di Milano). Prima della rottura del legame affettivo tra le parti, la famiglia aveva fissato la propria residenza in Spagna (...) e, pertanto, la controversia genitoriale insorta, era stata affrontata e risolta dal Tribunale di Arona, con decreto del 23 maggio 2011, con cui il giudice spagnolo aveva regolato i rapporti tra genitori e figlio, affidando il minore alla custodia della madre con esercizio congiunto della responsabilità genitoriale. Dopo la decisione, la madre aveva fatto rientro in Italia e aveva stabilito, unitamente al figlio, la residenza in ..., provincia di... Nel 2012, in occasione di un incontro con il figlio, il DD aveva sottratto ZZ conducendolo a Tenerife contro la volontà della madre, non facendolo più rientrare in Italia: la RR aveva dunque introdotto la procedura di sottrazione internazionale di minori, depositando anche rituale denuncia penale alla Procura di Milano.

Tuttavia, nelle more, il DD aveva presentato ricorso al Tribunale di Arona, con istanza del 14 febbraio 2013, promuovendo una riattivazione del contraddittorio sulla responsabilità genitoriale. Anche la RR si era attivata, promuovendo analoga istanza al Tribunale per i minorenni di Catanzaro, in data 15 maggio 2013. Nonostante l'eccezione di incompetenza giurisdizionale sollevata dalla RR nel giudizio spagnolo, il Tribunale di Arona definiva la lite con sentenza n. 175 del 23 luglio 2013, dichiarando la propria competenza giurisdizionale e definendo la lite nel merito. Con questa decisione, il giudicante spagnolo confermava l'attribuzione della custodia del minore alla madre. Contro la decisione la RR

* Tra le pronunce citate in motivazione possono leggersi in questa *Rivista*: Cass., s.u., 21 ottobre 2009 n. 22238, *ivi*, 2010, p. 474 ss.; Corte di giustizia, 2 aprile 2009, in causa C-523/07, *ivi*, 2009, p. 750 ss.; 9 novembre 2010, in causa C-296/10, *ivi*, 2011, p. 511 ss.; 23 dicembre 2009, in causa C-403/09 PPU, *ivi*, 2010, p. 526 ss.

presentava appello e con ricorso depositato in data 8 luglio 2013, si rivolgeva a questo Ufficio per ottenere delle misure urgenti. Nelle more, il minore era stato restituito alla madre nel procedimento di restituzione curato dal giudice spagnolo, in sede penale (Tribunale di Arona, 29 aprile 2013).

IN DIRITTO. 1. Il minore è oggi effettivamente dimorante con la madre in Milano, a seguito del procedimento di restituzione. Con l'atto introduttivo dell'odierna procedura, la madre richiede disporsi il divieto di espatrio del minore e, nel merito, modificarsi le disposizioni sul diritto di visita del padre, di cui alla sentenza del Tribunale di Arona n. 175/2013, limitandone l'attuazione nel solo territorio di Milano e alla presenza di operatori in spazio neutro. La sentenza del Tribunale di Arona n. 175/2013, è stata gravata da appello dalla RR (...), con atto depositato nella cancelleria del Tribunale spagnolo, in data 4 novembre 2013. Con il gravame, l'appellante ha investito il giudice superiore della questione di incompetenza giurisdizionale (regolamento (CE) n. 2201/2003) per essere competente il Tribunale di Catanzaro. Per i motivi sin qui illustrati, deve rilevarsi che, allo stato, in conseguenza del mancato passaggio in giudicato della sentenza spagnola n. 175/2013, pende – tra le stesse parti – un processo che coinvolge lo stesso minore e ha il medesimo oggetto, ovvero l'esercizio della responsabilità genitoriale con riguardo a ZZ (responsabilità genitoriale, da intendere ai sensi e per gli effetti dell'art. 2 n. 7 del regolamento CE n. 2201/2003). Ricorre, conseguentemente, una ipotesi di litispendenza internazionale e deve, dunque, trovare applicazione l'art. 19 par. 2 del regolamento (CE) n. 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, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000 (in *Gazz. Uff. Un. eur.*, n. L 338 del 23 dicembre 2003): «qualora dinanzi a autorità giurisdizionali di Stati membri diversi siano state proposte domande sulla responsabilità genitoriale su uno stesso minore, aventi il medesimo oggetto e il medesimo titolo, l'autorità giurisdizionale successivamente adita sospende d'ufficio il procedimento finché non sia stata accertata la competenza dell'autorità giurisdizionale preventivamente adita». Nel caso di specie, il Tribunale di Arona ha affermato la sua competenza giurisdizionale e l'efficacia della pronuncia spiega effetti finché la sentenza di primo grado non sia riformata sul punto dal giudice di appello adito. È opportuno chiarire, tuttavia, al fine di fornire una esatta interpretazione delle norme applicabili, che il giudicato del giudice spagnolo sulla sua competenza giurisdizionale (nel caso deciso con la sentenza n. 175/2013) non sarebbe stato di per sé ostativo alla competenza di questo Ufficio, dinanzi ad una nuova e autonoma domanda di revisione delle condizioni vigenti, volta ad ottenere una differente regolamentazione dei rapporti genitoriali (*ex artt.* 316, quarto comma, 337-*quinquies* cod. civ.): si ricollega, dunque, ad una scelta della parte l'aver adito il giudice di secondo grado per ottenere, in via definitiva, in quella sede, una pronuncia di incompetenza giurisdizionale (ritenuta corretta). Ciò chiarito, in questa sede non è consentito un riesame dei fatti giudicati dal giudice di Arona con la sentenza n. 175/2013, poiché è materia già *sub iudice* dinanzi alla Corte di Appello spagnola; non è nemmeno consentito un esame *ex novo* dei fatti, poiché è «pendente» ancora la stessa causa dove, ad oggi, il giudice adito non ha declinato la sua competenza giurisdizionale. Il giudice adito per secondo (l'odierno Tribunale) deve

dunque *surseoir à statuer* ovvero sospendere d'ufficio il procedimento finché non sia stata accertata la competenza dell'autorità giurisdizionale preventivamente adita. L'applicazione della norma citata non è ostacolata dal fatto che, nel caso di specie, si tratti di genitori non uniti da matrimonio: come ha anche messo in evidenza la dottrina, in base all'attuale formulazione dell'art. 1 par. 1 lett. *b*, il regolamento (CE) n. 2201/2003 si applica a tutti i procedimenti relativi, in senso lato, alla responsabilità sulla prole minorenne, compresa, dunque, la filiazione fuori da matrimonio (secondo la dizione anteriore al d.lgs. n. 154/2013: filiazione c.d. naturale). Conclusivamente, va pronunciata la sospensione del processo, sussistendo una ipotesi di litispendenza internazionale.

2. La ricorrente presenta, tuttavia, anche istanza *ex art. 20* del regolamento (CE) n. 2201/2003. La disposizione in esame prevede che, in casi d'urgenza (v. art. 20), «le disposizioni del regolamento non ostano a che le autorità giurisdizionali di uno Stato membro adottino i provvedimenti provvisori o cautelari previsti dalla legge interna, relativamente alle persone presenti in quello Stato o ai beni in esso situati, anche se, a norma del citato regolamento, è competente a conoscere nel merito l'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro». L'adozione dei provvedimenti cautelari o urgenti è, quindi, ammissibile anche in una ipotesi di litispendenza internazionale (su cui v. Cass., s.u., 21 ottobre 2009 n. 22238). I presupposti per l'adozione di una misura urgente sono tre: l'urgenza, la presenza della persona nello Stato membro, la provvisorietà del provvedimento (Corte di giustizia, 2 aprile 2009, in causa C-523/07, *A.*, in *Raccolta*, p. I-2805, punto 47). L'art. 20 par. 2 prevede, poi, che le misure provvisorie perdano efficacia a seguito della pronuncia delle misure ritenute più appropriate da parte dell'autorità giurisdizionale competente per il merito; da tale disposizione si desume che l'art. 20 non impedisce che sia adito il giudice competente (Corte di giustizia, 9 novembre 2010, in causa C-296/10, *Purrucker c. Vallés Pérez*). Nulla osta, dunque, astrattamente alla competenza di questo Tribunale *ex art. 20* del regolamento (CE) n. 2201/2003. Vi è, però, che la Corte di giustizia ha offerto una interpretazione restrittiva della disposizione, valorizzandone il carattere eccezionale (Corte di giustizia, 23 dicembre 2009, in causa C-403/09 PPU, *Jasna Detiček c. Maurizio Sgueglia*); in particolare, ha affermato che le misure provvisorie adottabili *ex art. 20* cit. non possono tradursi in provvedimenti che vadano a contrastare l'esecuzione nel foro di provvedimenti resi in un altro Stato membro. In altri termini: l'efficacia esecutiva di un titolo non può essere (indirettamente) inibita mediante misure provvisorie *ex art. 20* cit. ma va contrastata con le norme interne dello Stato competente richiedendo la modifica del titolo stesso. Nel caso di specie, il succitato principio è risolutivo. La ricorrente contesta il titolo giudiziale formatosi nel giudizio spagnolo, in cui, tra l'altro, è stato riconosciuto al padre un diritto di visita tendenzialmente libero che non prevede la limitata frequenza in Italia (v. sentenza spagnola ...). Questo *decisum*, tuttavia, è tuttora all'esame del giudice di appello spagnolo. L'adozione di misure *ex art. 20* cit., pertanto, all'evidenza, si tradurrebbe in una ingerenza nella giurisdizione spagnola, poiché si introdurrebbe il divieto di espatrio e il diritto di visita in spazio neutro che sono oggetto del processo pendente. Non è questa la funzione dell'istituto. Valga considerare un precedente giudiziario. Nel caso esaminato dal Tribunale di Varese, 17 febbraio 2010, pendeva dinanzi al giudice belga il processo di divorzio ma il procedimen-

to non aveva ad oggetto i rapporti genitoriali e la condizione dei figli minori della coppia (tutti residenti in Italia, come i genitori). Il Tribunale adito ha emesso, *ex art. 20 del regolamento (CE) n. 2201/2003*, provvedimenti in ordine al loro mantenimento.

Ad ogni modo, appare risolutiva la decisione della Corte di giustizia, 23 dicembre 2009, in causa C-403/09 PPU. Nel caso in esame, nel giudizio preventivamente adito (separazione, dinanzi al Tribunale di Tivoli), il Giudice aveva pronunciato una decisione giurisdizionale esecutiva che in via provvisoria aveva concesso l'affidamento del minore al padre. Nel procedimento adito successivamente (in Slovenia), il Giudice aveva pronunciato una decisione giurisdizionale – *ex art. 20 del regolamento* – in senso contrario, che attribuiva l'affidamento del minore alla madre. La Corte di giustizia, intervenendo sulla questione, ha spiegato che l'*art. 20 del regolamento (CE) n. 2201/2003* deve essere interpretato nel senso che «esso non consente ad un giudice di uno Stato membro di adottare un provvedimento provvisorio in materia di responsabilità genitoriale inteso a concedere l'affidamento di un minore che si trova nel territorio di tale Stato ad uno dei suoi genitori, nel caso in cui un giudice di un altro Stato membro, competente in forza del detto regolamento a conoscere del merito della controversia relativa all'affidamento, abbia già emesso una decisione che affida provvisoriamente il minore all'altro genitore, e tale decisione sia stata dichiarata esecutiva nel territorio del primo Stato membro». La Corte ha anche chiarito come l'applicabilità dell'*art. 20 cit.* presupponga – inderogabilmente – che le persone destinatarie dei provvedimenti provvisori «siano persone presenti nello Stato membro in cui risiedono i giudici competenti all'adozione di tali misure». Ne consegue che quando, come nel caso di specie, la misura provvisoria colpisca, in realtà, anche uno dei genitori che non risiede nello Stato membro del tribunale adito, non v'è spazio per misure cautelari posto che la tutela deve trovare la sua fisiologica e naturale espansione nel giudizio di merito (nel caso di specie, tuttora pendente). La limitazione del diritto di visita del padre, come è ovvio, è misura destinata a incidere direttamente sul padre stesso: questi, però, ha residenza abituale in Spagna, dove pende il processo sul merito (allo stato).

Anche la domanda di provvedimenti *ex art. 20 del regolamento* non può dunque essere concessa.

3. In conclusione, va disattesa l'istanza *ex art. 20 del regolamento (CE) 2201/2003* e pronunciata la sospensione del procedimento di merito, nel resto. Il regolamento citato non regola anche gli aspetti processuali interni, per il caso di provvedimenti di sospensione, pronunciati d'ufficio. Il Collegio reputa che, nel caso in esame, il provvedimento di sospensione debba essere, tuttavia, reso noto alla parte convenuta, trattandosi di procedura che risulterà anche agli effetti del regolamento (CE) n. 2201/2003 «pendente» dalla data dell'8 luglio 2014: sussiste, dunque, un interesse del convenuto che va salvaguardato estendendo a questi la conoscenza della procedura in quiescenza e ponendo a carico della ricorrente l'onere di notificare gli atti al resistente, nel rispetto delle norme di cui al regolamento (CE) n. 1393/2007. Si ricorda, nell'occasione, che la Spagna consente che il modulo di notifica (modulo standard) sia compilato oltre che in spagnolo anche in inglese, francese e portoghese ma non ammette il procedimento di notificazione diretta *ex art. 15 del regolamento (CE) n. 1393/*

2007, in quanto tale mezzo di notifica non è previsto dall'ordinamento giuridico spagnolo. La Spagna, inoltre, si oppone a notificazioni sul suo territorio provenienti da un altro Stato membro e realizzate mediante i servizi consolari o diplomatici tranne il caso in cui siano rivolte a un cittadino di detto Stato (Stato membro d'origine). L'autorità centrale designata dalla Spagna, ai fini del regolamento (CE) n. 1393/2007, è la sottodirezione generale per la cooperazione internazionale nel settore giuridico del Ministero della giustizia (mezzo di ricezione accettato: solo quello postale). Si segnala, pure, che l'organo ricevente per Adeje e Arona è il *Secretario Judicial del Juzgado Decano*.

P.Q.M., (il Tribunale) respinge l'istanza di provvedimenti provvisori *ex art.* 20 del regolamento (CE) n. 2201/2003. Sospende l'odierno procedimento finché non sia stata accertata la competenza dell'autorità giurisdizionale preventivamente adita. Ordina alla parte ricorrente di notificare il ricorso introduttivo e l'odierno provvedimento al convenuto entro la data del 30 ottobre 2014, con invito a depositare la prova delle notificazioni...

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO, SEZ. III-TER,
sentenza 21 luglio 2014 n. 7795

Presidente Rel., FRANCAVILLA

M.N.R. (avv. Grazioli, Menicucci) *contro* **Ministero degli esteri** (avv. dello Stato) e **Ambasciata d'Italia a Nairobi** (avv. dello Stato).

La kafalah è un istituto preordinato ad assicurare la cura materiale e affettiva del minore con esclusione di ogni vincolo di natura parentale o anche di sola rappresentanza legale, che non necessariamente prevede una durata massima e nel quale l'ambito dei doveri dell'affidatario è desumibile dal provvedimento giurisdizionale che ha disposto l'affidamento.

*È illegittimo il diniego di visto di ingresso per turismo di un minore affidato in kafalah a un cittadino italiano, opposto dall'Ambasciata d'Italia a Nairobi per contrarietà di tale affidamento con l'ordine pubblico italiano e per la mancata specificazione della durata dell'affidamento e dei doveri dell'affidatario.**

FATTO. Con ricorso notificato il 19 aprile 2014 e depositato il 9 maggio 2014 M.N.R. ha impugnato il provvedimento prot. n. 59/14 del 28 marzo 2014 con cui l'Ambasciata d'Italia a Nairobi ha respinto la richiesta di visto per turismo presentata dalla ricorrente in favore della minore A.M.D.

* Tra le pronunce citate in motivazione può leggersi in questa *Rivista*: Cass., s.u., 16 settembre 2013 n. 21108, *ivi*, 2014, p. 144 ss.

Il Ministero degli esteri e l'Ambasciata d'Italia a Nairobi, costituitisi in giudizio con comparsa depositata il 21 maggio 2014, hanno chiesto il rigetto del ricorso.

All'udienza pubblica del 26 giugno 2014 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO. Il ricorso è fondato e merita accoglimento.

M.N.R. impugna il provvedimento prot. n. 59/14 del 28 marzo 2014 con cui l'Ambasciata d'Italia a Nairobi ha respinto la richiesta di visto per turismo presentata dalla predetta in favore della minore A.M.D.

Dall'esame del provvedimento impugnato emerge che il visto è stato respinto perché la sentenza di affidamento della minore in favore della ricorrente, emessa dalla Corte distrettuale di Karan presso Mogadiscio, non sarebbe conforme ai principi di ordine pubblico in materia di affidamento minorile in quanto non specificherebbe la durata dell'affidamento ed i doveri dell'affidatario.

Con la seconda censura la ricorrente prospetta l'illegittimità del provvedimento impugnato in relazione ai vizi di violazione di legge ed eccesso di potere per travisamento dei fatti in quanto la minore sarebbe stata correttamente affidata all'esponente attraverso l'istituto della *kafalah* che è previsto dal diritto islamico a tutela del minore e non sarebbe in contrasto con l'ordine pubblico italiano.

Il motivo è fondato.

Dall'esame degli atti di causa emerge che la Corte del distretto di Karan in Somalia il 12 novembre 2013 ha emesso una sentenza con cui è stato disposto, in favore della ricorrente, l'affidamento in *kafalah* della minore D.A.M.; la minore è stata, poi, temporaneamente affidata in Somalia alla madre della ricorrente.

Quest'ultima ha chiesto, in favore della minore, il visto d'ingresso per turismo nel nostro Paese; la richiesta è stata così qualificata dall'Ambasciata in quanto il recepimento della normativa UE esclude l'istituto del ricongiungimento familiare per i parenti dei cittadini europei (la ricorrente ha la cittadinanza italiana).

Con il provvedimento del 28 marzo 2014 l'Ambasciata ha respinto l'istanza ritenendo nella fattispecie l'affidamento in *kafalah* non conforme all'ordine pubblico italiano.

Ciò posto il Tribunale ritiene che il diniego opposto dall'Ambasciata sia illegittimo in quanto non coerente con la normativa e, soprattutto, l'orientamento della giurisprudenza nella materia in esame.

Premesso che la presente fattispecie ha ad oggetto l'impugnazione di un diniego di visto per turismo (da ciò deriva la giurisdizione del Tribunale adito), va rilevato che in più occasioni la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di affermare la compatibilità dell'istituto della *kafalah* con l'ordine pubblico italiano evidenziando, in particolare, che «non può essere rifiutato il nulla osta all'ingresso nel territorio nazionale, per ricongiungimento familiare, richiesto nell'interesse di minore cittadino extracomunitario affidato a cittadino italiano residente in Italia con provvedimento di *kafalah* pronunciato dal giudice straniero nel caso in cui il minore stesso sia a carico o conviva nel Paese di provenienza con il cittadino italiano ovvero gravi motivi di salute impongano che debba essere da questi personalmente assistito» (Cass., s.u., n. 21108/2013; nello stesso senso Cass., n. 6204/2014).

Con la sentenza n. 21108/2013 la Suprema Corte ha, in particolare, evidenziato che:

la *kafalah* è un istituto di diritto musulmano che – stante il divieto coranico dell'adozione (recepito in tutti gli ordinamenti di diritto musulmano con l'eccezione della Tunisia, della Somalia e dell'Indonesia) e in ossequio al precetto che fa obbligo a ogni buon musulmano di aiutare i bisognosi e in particolare gli orfani – consente a una coppia di coniugi, o anche a una persona singola, di custodire e assistere minori orfani o comunque abbandonati con l'impegno di mantenerli, educarli ed istruirli, come se fossero figli propri fino alla maggiore età, senza però che l'affidato entri a far parte giuridicamente della famiglia che lo accoglie e senza che all'affidatario siano conferiti poteri di rappresentanza o di tutela che rimangono attribuiti alle pubbliche autorità competenti;

la *kafalah*, pertanto, costituisce una misura di protezione dei minori orfani o abbandonati e come tale è riconosciuta anche negli strumenti internazionali (art. 20 della convenzione di New York sui diritti del fanciullo, sottoscritta il 20 novembre 1989 e resa esecutiva con l. 27 maggio 1991 n. 1761; artt. 3 e 33 della convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996);

in ogni situazione nella quale venga in rilievo l'interesse del minore deve esserne assicurata la prevalenza sugli eventuali interessi confliggenti. Tale principio è espressamente affermato nell'art. 3 della convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 24 novembre 1989, ratificata con la l. 27 maggio 1991 n. 176, e ribadito con l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che, ai sensi dell'art. 6 del trattato di Lisbona, ha lo stesso valore giuridico dei trattati, ed è, altresì, desumibile anche dagli artt. 2 e 30 Cost.;

d'altra parte la contrarietà o l'elusione della disciplina dell'adozione internazionale (contenuta nel titolo terzo della legge n. 184 del 1983, come modificata con l'art. 3 della l. 31 dicembre 1988 n. 476) sarebbe ipotizzabile se dalla *kafalah* si volessero far derivare effetti nel nostro ordinamento identici o analoghi a quelli dell'adozione, ma non nel caso in cui, nel rispetto della disciplina vigente nel Paese di provenienza del minore affidato, il provvedimento di *kafalah*, anche dopo l'avvenuto ricongiungimento con il cittadino italiano, non svolga altra funzione che quella di giustificare l'attività di cura materiale e affettiva del minore, con esclusione di ogni vincolo di natura parentale o anche di sola rappresentanza legale.

Dal citato orientamento della Corte di Cassazione emerge, pertanto, che le fonti normative ivi richiamate e, soprattutto, la preminente esigenza di tutela del minore depongono per l'ipotizzabilità del contrasto dell'istituto della *kafalah* con l'ordine pubblico italiano e con la normativa in materia di affidamento ed adozione dei minori prevista dal diritto interno.

Ne consegue che l'impianto motivazionale posto a fondamento del gravato diniego, avente – per altro – ad oggetto un visto per turismo e, quindi, l'ingresso del minore nel nostro Paese per un periodo di tempo limitato, non è legittimo anche perché le circostanze ivi richiamate (mancata specificazione della durata dell'affidamento e dei doveri dell'affidatario) non assumono significativa rilevanza in senso ostativo all'accoglimento dell'istanza dal momento che la *kafalah* è istituto che non necessariamente prevede una durata massima ed, inoltre, l'ambi-

to dei doveri dell'affidatario è desumibile dal provvedimento giurisdizionale che ha disposto l'affidamento e, comunque, dallo stesso istituto della *kafalah* che, come già precisato, è preordinata ad assicurare la cura materiale e affettiva del minore, con esclusione di ogni vincolo di natura parentale o anche di sola rappresentanza legale.

La fondatezza della censura in esame impone l'accoglimento del ricorso (previa declaratoria di assorbimento dell'ulteriore motivo avente ad oggetto vizi meramente procedurali) e l'annullamento dell'atto impugnato.

La particolarità della questione giuridica oggetto di causa giustifica, ai sensi degli artt. 26 d.lgs. n. 104/2010 e 92 cod. proc. civ., la compensazione delle spese processuali sostenute dalle parti.

P.Q.M., Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (sez. III-ter) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto: 1) accoglie il ricorso e, per l'effetto, annulla l'atto impugnato; 2) dispone la compensazione delle spese processuali sostenute dalle parti. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza 10 settembre 2014 n. 19004

Presidente, LUCCIOLI – Consigliere Rel., SAN GIORGIO – P.M., SORRENTINO (concl. conf.)

S.E.A. (avv. Cesareo) *contro* **C.C.** (intimata).

*È inammissibile il ricorso straordinario per cassazione avverso il provvedimento del giudice di primo grado che, nell'ambito di un procedimento di separazione personale tra coniugi, dichiara la propria «incompetenza» in favore del giudice straniero, in applicazione degli articoli 3, 16 e 19 del regolamento (CE) n. 2201/2003 del 27 novembre 2003, in quanto la relativa decisione attiene a una questione di «competenza giurisdizionale», ossia di giurisdizione tra giudici di diversi Stati, ed è quindi impugnabile con l'appello.**

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. 1. Il Presidente del Tribunale di Cosenza, con provvedimento del 3 ottobre 2011, dichiarò la propria incompetenza in ordine al ricorso per separazione giudiziale presentato il 10 settembre 2010 da S.E.A. nei confronti di C.C., per avere già la High Court of Justice di ..., con sentenza depositata l'8 dicembre 2010, affermato la giurisdizione e la competenza dell'autorità giudiziaria inglese a norma degli artt. 3, 16 e 19 del regolamento (CE) n. 2201 del 27 novembre 2003.

* L'ordinanza Cass., s.u., 19 marzo 2009 n. 6597, citata in motivazione, è pubblicata in questa *Rivista*, 2009, p. 945 ss.

Si rileva nel predetto provvedimento del giudice nazionale che l'art. 19 del citato regolamento prescrive che il giudice dello Stato membro successivamente adito, una volta accertata la competenza di altra autorità preventivamente adita, deve dichiarare la propria incompetenza, e che l'art. 16 dello stesso regolamento dispone che l'autorità giurisdizionale si considera adita alla data in cui la domanda giudiziale o atto equivalente è depositato purché successivamente l'attore non abbia omissso di prendere tutte le misure cui era tenuto affinché fosse effettuata la notificazione al convenuto.

Nella specie, alla data del 20 agosto 2008, in cui la C.C. aveva presentato la richiesta di declaratoria di divorzio innanzi all'autorità inglese, non risultava essere stata validamente adita l'autorità giudiziaria italiana, in quanto il ricorso per la separazione giudiziale depositato presso il Tribunale di Cosenza il 31 maggio 2008 non era stato più coltivato dalla stessa, che non solo non aveva mai notificato il ricorso medesimo al S.E.A., ma non si era neppure presentata in udienza, sicché il Presidente, in data 9 ottobre 2008, aveva dichiarato priva di effetti la domanda ai sensi dell'art. 707 cod. proc. civ. Né la causa abbandonata dalla C.C. poteva essere riassunta, come sostenuto dal ricorrente, poiché nei procedimenti di separazione tra coniugi, nella ipotesi di mancata comparizione dell'attore, trova applicazione esclusivamente l'art. 707 cod. proc. civ., che prescrive specificamente che la domanda è priva di effetti, e non anche la disciplina dell'art. 181 cod. proc. civ., che prevede il rinvio ad altra udienza, la successiva cancellazione e la possibilità della riassunzione.

In definitiva, del ricorso depositato dalla C.C. il 31 maggio 2008 non poteva tenersi conto, mentre l'unico atto valido pendente innanzi al giudice italiano era il ricorso del S.E.A. in data 10 settembre 2010, successivo, quindi, alla richiesta di declaratoria di divorzio presentata il 20 agosto 2008 dalla C.C. al giudice inglese.

2. Per la cassazione di tale provvedimento ricorre il S.E.A. sulla base di un unico motivo di ricorso. La intimata C.C. non si è costituita nel giudizio.

MOTIVI DELLA DECISIONE. 1. Con l'unico motivo di ricorso si deduce la violazione delle norme sulla competenza, nonché degli artt. 16, 19 e 24 del regolamento (CE) n. 2201 del 2003. Avrebbe errato il Giudice di merito nel ritenere che alla data del 20 agosto 2008, in cui la C.C. aveva presentato richiesta di divorzio al giudice inglese, non risultasse validamente adita l'autorità giudiziaria italiana per non avere la C.C. coltivato il ricorso del 31 maggio 2008, laddove la stessa avrebbe richiesto in data 7 agosto 2008 la notifica al S.E.A. del ricorso per separazione giudiziale del 31 maggio 2008 e del pedissequo provvedimento di fissazione dell'udienza presidenziale. E dunque, sarebbe sussistita, al momento della presentazione della domanda della C.C. al Giudice inglese di declaratoria di divorzio, una situazione di litispendenza che avrebbe dovuto indurre detto Giudice, a norma dell'art. 19 del citato regolamento (CE) n. 2201 del 2003, a sospendere di ufficio il procedimento in attesa dell'accertamento della competenza da parte dell'autorità giurisdizionale preventivamente adita, anziché trasmettere gli atti alla High Court of Justice di ..., che aveva negato la competenza e la giurisdizione del giudice italiano.

2. Il ricorso è inammissibile.

Come già affermato dalle Sezioni Unite, qualora il giudice ordinario abbia, in

primo grado, dichiarato la propria «incompetenza» in favore del giudice straniero, la relativa decisione non è impugnabile con il regolamento di competenza né come, nella specie, con il ricorso straordinario per cassazione, ma con l'appello, trattandosi di una decisione sulla «competenza internazionale» che attiene, dunque, non alla ripartizione interna della competenza tra i giudici dell'ordinamento italiano, ma ad una questione di giurisdizione tra i giudici di diversi Stati (v. Cass., s.u., ord. n. 26288 e n. 6597 del 2009).

3. Deve, dunque, dichiararsi l'inammissibilità del ricorso. Non v'è luogo a provvedimenti sulle spese del presente giudizio, non avendo la parte intimata svolto alcuna attività difensiva.

P.Q.M., la Corte dichiara inammissibile il ricorso. Dispone che in caso di diffusione del presente provvedimento siano omesse le generalità e gli altri dati identificativi a norma dell'art. 52 del d.lgs. n. 196/2003.

CORTE DI CASSAZIONE (S.U.), ordinanza 18 settembre 2014 n. 19674

Primo Presidente (f.f.), ROVELLI – Consigliere Rel., AMOROSO – P.M., GIACALONE
(concl. conf.)

Académie de France à Rome (avv. Massi) *contro* **Galimini di Recanati** (avv. Chilosi).

*Ai sensi dell'art. 11 della convenzione di New York del 2 dicembre 2004 sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, il quale, pur non essendo il predetto trattato ancora in vigore, riflette l'evoluzione del diritto consuetudinario e rileva anche come parametro della compatibilità dell'immunità giurisdizionale dello Stato convenuto con le garanzie del giusto processo, nell'ambito di una controversia promossa da una ex dipendente dell'Académie de France à Rome, con funzioni di supporto all'attività del Segretario generale, mirante a far dichiarare la nullità e/o l'illegittimità del licenziamento dalla stessa subito, non sussiste la giurisdizione italiana con riferimento alla domanda finalizzata alla reintegra nel posto di lavoro, mentre sussiste la giurisdizione italiana in relazione alle altre domande avanzate, quali la condanna della resistente al pagamento di un'indennità risarcitoria, oltre che dei contributi previdenziali ed assistenziali dovuti, trattandosi di questioni esclusivamente patrimoniali, che non incidono sulle potestà pubblicistiche dell'ente estero.**

* Tra le pronunce citate in motivazione possono leggersi in questa Rivista: Cass., s.u., 18 marzo 1999 n. 150, *ivi*, 2000, p. 789 s. (breve); 12 giugno 1999 n. 231, *ibidem*, p. 728 ss.; 9 settembre 1997 n. 8768, *ivi*, 1998, p. 816 ss.; 12 marzo 1999 n. 120, *ivi*, 2000, p. 134 s.; Corte Cost., 15 luglio 1992 n. 329, *ivi*, 1992, p. 941 ss.; Cass., s.u., 7 novembre 2000 n. 1150, *ivi*, 2002, p. 187 s. (breve); ord. 10 luglio 2006 n. 15620, n. 15626 e n. 15628, *ivi*,

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. 1. Con ricorso al Tribunale di Roma, giudice del lavoro, Galamini di Recanati Maria Cristina esponeva che era stata assunta dall'Accademia di Francia, sita nella Villa Medici di Roma, con la qualifica di «Secrétaire de Direction» a supporto dell'attività del Segretario Generale per l'assolvimento delle principali necessità istituzionali dell'Accademia.

Dal 1994 al 1999 la ricorrente aveva svolto il compito di responsabile ufficio stampa dell'Accademia, ruolo che, nel dicembre dello stesso anno, aveva volontariamente lasciato per assumere le funzioni di responsabile del settore locazioni.

Dal 2000, la ricorrente era divenuta la responsabile del «servizio locazioni» ed in tale veste si era occupata della contrattualistica e della cura dei rapporti con la clientela nell'utilizzazione commerciale della Villa Medici, con particolare riferimento alla gestione degli eventi e alla cura dei ricevimenti.

Nei fatti le mansioni svolte dalla ricorrente, così come definite nell'organigramma interno dell'Accademia, avevano assunto variegate definizioni: «responsabile delle locazioni», «responsabile promozione del sito di Villa Medici», «responsabile dell'organizzazione delle locazioni»; mansioni che erano rimaste per oltre dodici anni sostanzialmente le stesse, essendo riferite alla gestione di ogni tipo di «evento», nella cura dei rapporti con i clienti fruitori della Villa e del giardino, nella cura della programmazione, preparazione e svolgimento di ricevimenti, convegni, feste, anniversari, *meeting* di ogni tipo, sovrintendendo ai servizi di *buffet*, pranzi e cene di gala, nonché alla verifica consuntiva, anche di *budget*, degli eventi stessi, nella definizione dei costi, nella scelta, nel controllo dei fornitori (*catering*, addobbatori, fioristi, elettricisti, addetti all'amplificazione, *hostess*, assicurazioni, installatori e personale di fatica) da proporre in via eventuale alla clientela, al fine di realizzare per la stessa il miglior rapporto di prezzo/qualità e di veder sempre garantito un livello della migliore qualità.

Ciò premesso, impugnava il licenziamento intimatole con missiva del 14 febbraio 2013 e chiedeva in via principale di accertarne e dichiararne la nullità e/o l'illegittimità stante la discriminatorietà del recesso, la genericità e la tardività della contestazione, e comunque non ricorrendo gli estremi della giusta causa adottati dall'Accademia di Francia per insussistenza del fatto contestato e/o perché il fatto rientrava tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi e/o del codice disciplinare applicabili ai rapporti di lavoro; e, per l'effetto, chiedeva annullarsi il licenziamento impugnato e condannarsi l'Accademia di Francia alla sua reintegrazione nel posto di lavoro ed al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto percepita dalla ricorrente dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione e comunque nella misura massima di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto (pari a lorde € 1.630,00 × 14:12 = 1902,00), oltre al pagamento dei contributi previdenziali ed assistenziali per il periodo dal licenziamento all'effettiva reintegra.

In via subordinata chiedeva accertarsi e dichiararsi che non ricorrevano gli estremi della giusta causa e, per l'effetto, condannarsi l'Accademia di Francia al

2007, p. 1120 ss. (breve); 18 giugno 2010 n. 14703, *ivi*, 2011, p. 431 ss.; 25 marzo 2013, *ivi*, 2014, p. 118 ss.

pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva ai sensi del quinto comma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori (legge n. 300 del 1970) nella misura massima di 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

2. Si costituiva l'Accademia di Francia eccependo preliminarmente il difetto di giurisdizione del giudice italiano e deducendo che la giurisdizione sulla controversia spettava al giudice francese come già affermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in altra analoga controversia (Cass., s.u., n. 5126 del 1994).

Nel merito contestava il fondamento delle domande della ricorrente e concludeva per il rigetto del ricorso.

3. Contestualmente alla costituzione in tale giudizio l'Accademia resistente ha proposto ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione chiedendo dichiararsi il difetto di giurisdizione del giudice italiano atteso che essa – Accademia di Francia – costituisce un'istituzione pubblica francese, facente parte integrante dell'Amministrazione pubblica dello Stato francese quale diretta emanazione del Ministero degli affari culturali di quest'ultimo.

Richiama in particolare Cass., s.u., 26 maggio 1994 n. 5126 cit. che ha affermato che il giudice italiano difetta di giurisdizione in ordine alla domanda proposta contro l'Académie de France à Rome e volta a conseguire la dichiarazione dell'illegittimità del licenziamento intimato ad una dipendente addetta a mansioni correlate all'attività pubblicistica della convenuta, con conseguente obbligo di reintegrazione ai sensi dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970, operando al riguardo – sia per la natura pubblicistica di detta «Académie» (istituzione costituente parte integrante dello Stato francese) sia in base agli accordi culturali italo-francesi di cui alla legge di esecuzione 30 luglio 1952 n. 1177 – il principio (recepito dall'art. 10 Cost.) *par in parem non habet iurisdictionem* ed investendo dette domande i poteri pubblicistici dell'ente straniero circa l'organizzazione di suoi uffici e servizi.

4. Ha resistito con controricorso l'originaria ricorrente eccependo in via preliminare l'inammissibilità del ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione nella fase iniziale del giudizio instaurato ai sensi dell'art. 1 della legge n. 92 del 2012 e sostenendo comunque sussistere la giurisdizione del giudice italiano.

5. Il P.G. ha concluso chiedendo dichiararsi il difetto di giurisdizione del giudice italiano limitatamente alla domanda volta alla reintegrazione della contro-ricorrente nel proprio posto di lavoro, ferma restando la giurisdizione del giudice italiano in ordine a tutte le altre pretese di carattere patrimoniale.

Entrambe le parti hanno depositato memoria.

MOTIVI DELLA DECISIONE. 1. Va preliminarmente rigettata l'eccezione, sollevata dalla controricorrente, di inammissibilità del proposto regolamento preventivo.

Il regolamento è ammissibile, anche se proposto durante la prima fase del procedimento d'impugnazione del licenziamento quale previsto dai commi 47 ss. dell'art. 1 della l. 28 giugno 2012 n. 92, che ha introdotto un nuovo speciale rito per le controversie «aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18 della legge 20 maggio 1970 n. 300»; rito speciale finalizzato all'accelerazione dei tempi del processo, nonché della stessa proposizione dell'impugnativa avendo il legislatore voluto che la questione della reintegrazione – e più in generale dell'impugnativa del licenziamento per l'accesso alle tutele di

cui all'art. 18 cit. – sia subito portata innanzi al giudice e decisa in tempi rapidi. Il carattere peculiare di questo nuovo rito sta nell'articolazione del giudizio di primo grado in due fasi: una fase a cognizione semplificata (o sommaria) e l'altra, definita di opposizione, a cognizione piena nello stesso grado.

La prima fase è caratterizzata dalla mancanza di formalità: non c'è – rispetto al rito ordinario (quello delle controversie di lavoro) – il rigido meccanismo delle decadenze e delle preclusioni di cui agli artt. 414 e 416 cod. proc. civ.; l'istruttoria, essendo limitata agli «atti di istruzione indispensabili», è semplificata o sommaria quale quella così qualificata nel procedimento di cui all'art. 702-*bis* ss. cod. proc. civ. La seconda fase è invece introdotta con un atto di opposizione proposto con ricorso contenente i requisiti di cui all'art. 414 cod. proc. civ., opposizione che non è una *revisio prioris instantiae*, ma una prosecuzione del giudizio di primo grado, ricondotto in linea di massima al modello ordinario, con cognizione piena a mezzo di tutti gli atti di istruzione ammissibili e rilevanti. La questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 comma 51 legge n. 92 del 2012 e dell'art. 51, primo comma n. 4 cod. proc. civ. sollevata dal Giudice rimettente per l'ipotesi in cui la fase dell'opposizione sia da configurarsi come un vero e proprio giudizio di carattere impugnatorio è stata dichiarata manifestamente inammissibile dalla Corte (Corte Cost., ord. 16 luglio 2014 n. 205) che ha rilevato «l'improprio tentativo di ottenere da questa Corte, con uso distorto dell'incidente di costituzionalità, l'avallo dell'interpretazione proposta dal rimettente in ordine ad un contesto normativo che egli pur riconosce suscettibile di duplice lettura»; tanto più che il Giudice rimettente riteneva essere preferibile, e costituzionalmente più compatibile, l'opposta interpretazione, secondo cui andrebbe, invece, escluso un tale contenuto impugnatorio alla opposizione.

Quindi dopo una fase iniziale concentrata e deformatizzata – mirata a riconoscere, sussistendone i presupposti, al lavoratore ricorrente una tutela rapida ed immediata e ad assegnargli un vantaggio processuale (da parte ricorrente a parte eventualmente opposta), ove il fondamento della sua domanda risulti *prima facie* sussistere alla luce dei soli «atti di istruzione indispensabili» – il procedimento si riepande, nella fase dell'opposizione, alla dimensione ordinaria della cognizione piena con accesso per le parti a tutti gli «atti di istruzione ammissibili e rilevanti». L'esigenza di «evitare che la durata del processo ordinario si risolva in un pregiudizio per la parte che intende far valere le proprie ragioni» (Corte Cost., 28 gennaio 2010 n. 26) va coniugata sempre con l'effettività e pienezza della tutela. La diversità e peculiarità della materia giustificano un binario accelerato nei limiti in cui – come ha avvertito la Corte Costituzionale con riferimento a moduli processuali speciali finalizzati ad accelerare la definizione delle controversie (Corte Cost., 10 novembre 1999 n. 42) – «non sia pregiudicato lo scopo e la funzione del processo e non sia compromessa l'effettività della tutela giurisdizionale». La quale potrebbe in ipotesi necessitare di un'istruttoria non sommaria, evenienza questa che l'art. 702-*ter*, secondo e terzo comma cod. proc. civ. prevede in generale nel procedimento sommario di cognizione contemplando la conversione nel rito ordinario (non diversamente da quanto previsto per quello che era uno speciale procedimento sommario di cognizione in materia societaria, finanziaria e creditizia dall'art. 19 comma 3 d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5, prima dell'abrogazione ex art. 54 l. 18 giugno 2009 n. 69) e che invece solo un'espressa di-

sposizione derogatoria, quale quella contemplata dall'art. 3 comma 1 d.lgs. 1° settembre 2011 n. 150, esclude per lo speciale rito sommario di cognizione applicabile alle controversie disciplinate dal Capo 3 del medesimo d.lgs. La questione di costituzionalità avente ad oggetto uno di tali ultimi speciali procedimenti sommari di cognizione, sollevata in particolare in riferimento all'art. 24 Cost., sotto il profilo dell'ingiustificato limite alla prova, è stata ritenuta inammissibile dalla Corte Costituzionale (Corte Cost., 23 gennaio 2013 n. 10) non avendo in particolare il Giudice remittente sperimentato la possibilità di interpretare la norma nel senso che essa consenta al giudice di assicurare, pur nell'ambito dell'istruttoria deformalizzata, propria del procedimento sommario di cognizione, le garanzie che egli ritiene necessarie ai fini del rispetto dei parametri costituzionali invocati.

Si tratta, quindi, nella specie di una fase del giudizio di primo grado – la prima fase – che è semplificata e sommaria, ma non già cautelare in senso stretto: non occorre la prova di alcun concreto *periculum*, essendo l'urgenza preventivamente ed astrattamente valutata dal legislatore in considerazione del tipo di controversia. La sommarietà riguarda le caratteristiche dell'istruttoria, senza che ad essa si ricollegli una sommarietà della cognizione del giudice, né l'instabilità del provvedimento finale (l'idoneità al giudicato è espressamente prevista per la sentenza resa all'esito dell'opposizione e non può essere esclusa per l'ordinanza conclusiva della fase sommaria, irrevocabile fino alla conclusione di quella di opposizione; sul passaggio in giudicato dell'ordinanza emessa nell'ordinario rito sommario di cognizione *ex art. 702-bis* cod. proc. civ. v. Cass., 10 luglio 2012 n. 11512).

Pertanto, può richiamarsi in proposito Cass., s.u., 10 luglio 2012 n. 11512, che ha ritenuto ammissibile il regolamento preventivo di giurisdizione proposto nel procedimento sommario *ex art. 702-bis* ss. cod. proc. civ., trattandosi di rito avente natura cognitiva e non cautelare, cui è assimilabile il particolare procedimento avente ad oggetto l'impugnativa di licenziamento. Cfr. anche Cass., s.u., 4 novembre 2004 n. 21099, che parimenti ha ritenuto ammissibile il regolamento preventivo di giurisdizione anche nella fase cautelare del giudizio possessorio, qualora sia inerente alla giurisdizione sull'istanza di merito.

Mette conto ricordare infine che da ultimo questa Corte (Cass., s.u., 31 luglio 2014 n. 17443) ha risolto in senso affermativo la simmetrica questione dell'ammissibilità, o no, nella prima fase a cognizione sommaria del procedimento *ex art. 1* della legge n. 92 del 2012 della declaratoria di incompetenza e del regolamento di competenza.

2. Premessa – per quanto finora argomentato – l'ammissibilità del ricorso per regolamento preventivo, la questione di giurisdizione va ora esaminata nel merito essendo, a tacer d'altro, generica e priva di puntuale riscontro l'eccezione della controricorrente di ipotizzata intervenuta rinuncia della ricorrente all'immunità giurisdizionale.

La controricorrente ha infatti sostenuto che la norma consuetudinaria sull'immunità ristretta – di cui si viene ora a dire – può essere derogata per volontà dello stesso soggetto avente titolo all'immunità mediante la stipula di convenzioni con le quali quest'ultimo si assoggetta senza limiti, oppure in un ambito determinato, alla giurisdizione italiana. Sostiene la controricorrente che l'istanza di regolamento deve essere respinta per l'asserita intervenuta devoluzione della giurisdizione, da parte dell'Académie de France, in ordine alle questioni dei rapporti di

lavoro del personale, sul presupposto che l'ente si sarebbe obbligato ad osservare una nuova disciplina del rapporto di lavoro, con un atto regolamentare interno, contemplante la disciplina del rapporto di lavoro tra l'Académie ed i suoi dipendenti assunti localmente, con la competenza esclusiva del giudice del foro locale secondo le disposizioni e le procedure vigenti in materia di controversie di lavoro come previste dall'ordinamento giuridico italiano.

È sufficiente rilevare che tale regolamentazione interna non contiene alcuna espressa deroga al principio dell'immunità ristretta, ma si occupa solo della competenza territoriale; criterio questo che opera sempre che ci sia la giurisdizione del giudice italiano.

3. Il ricorso è fondato nei limiti di cui si viene a dire.

4. Secondo l'art. 10, primo comma Cost. l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute e tra queste rientra la regola, di carattere consuetudinario, sull'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione italiana, in base ad una prassi e ad un'*opinio iuris* internazionali, volta al rispetto della sovranità degli Stati e degli altri soggetti di diritto internazionale. La giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia ha più volte richiamato «la règle de droit coutumier qui fait obligation a un État d'accorder l'immunité à un autre» (recentemente, 3 febbraio 2012, *Germania c. Italia*). Tale principio secondo cui *par in parem non habet iurisdictionem* riguarda gli Stati e gli altri enti stranieri quando agiscono come soggetti di diritto internazionale o come titolari di una potestà di imperio nell'ordinamento d'origine, ossia come enti sovrani.

Questa regola consuetudinaria sull'immunità si applica anche ad altri soggetti che rivestono, in senso ampio, la qualità di organi dello Stato estero (enti pubblici, comunque denominati: Cass., s.u., 18 marzo 1999 n. 150; 12 giugno 1999 n. 331), compresi, in particolare, gli enti e istituti di carattere culturale (cfr. Cass., s.u., 26 maggio 1994 n. 5126, relativamente all'Académie de France a Roma; 9 settembre 1997 n. 8768 e 12 marzo 1999 n. 120, relativamente all'École française de Rome; 18 dicembre 1998 n. 12704, relativamente a The British Institute of Florence).

La giurisprudenza di legittimità e la prassi internazionale hanno, tuttavia, tracciato alcuni confini all'area dell'immunità mediante il concetto d'immunità ristretta, in forza del quale essa non opera allorché gli atti compiuti dai soggetti internazionali stranieri nell'ordinamento locale non siano riconducibili all'esercizio di poteri sovrani. Occorre infatti un bilanciamento delle opposte esigenze di tutela della sovranità dello Stato e di tutela del diritto dell'individuo di accesso alla giustizia secondo quello che la giurisprudenza della Corte EDU (18 gennaio 2011, *Guadagnino c. Italia*) definisce come «rapporto di ragionevole proporzionalità». Sul carattere non assoluto dell'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione italiana cfr. anche Corte Cost., 15 luglio 1992 n. 329 che parla appunto di «immunità ristretta» (o funzionale).

Sempre tenendo conto di questa evoluzione e con specifico riferimento ai rapporti di lavoro, la giurisprudenza di codesta Corte si è orientata nel senso che, nei confronti degli enti estranei all'ordinamento italiano, perché enti di diritto internazionale, e immuni dalla giurisdizione, il giudice italiano è titolare della potestà giurisdizionale per tutte le controversie inerenti a rapporti di lavoro che risultino del tutto esterni ed estranei alle funzioni istituzionali e all'organizzazione

dell'ente, costituiti, cioè, nell'esercizio di capacità di diritto privato (vedi Cass., s.u., 7 novembre 2000 n. 1150); per gli altri rapporti, il medesimo giudice è carente della potestà giurisdizionale nei limiti in cui la tutela invocata interferirebbe nell'assetto organizzativo e nelle funzioni proprie degli enti, mentre può emettere provvedimenti di contenuto esclusivamente patrimoniale.

A tale bilanciamento tra immunità degli Stati esteri e diritto alla tutela giurisdizionale è ispirato il principio secondo cui «in tema di controversie inerenti ai rapporti di lavoro di personale delle ambasciate di Stati stranieri in Italia, ai fini dell'esenzione dalla giurisdizione del giudice italiano, in applicazione del principio consuetudinario di diritto internazionale dell'immunità ristretta, è necessario che l'esame della fondatezza della domanda del prestatore di lavoro non comporti apprezzamenti, indagini o statuizioni che possano incidere o interferire sugli atti o comportamenti dello Stato estero che siano espressione dei suoi poteri sovrani di autorganizzazione» (Cass., s.u., 17 gennaio 2007 n. 880; 10 luglio 2006 n. 15620, n. 15626 e n. 15628). Quindi può dirsi che «l'esenzione dello Stato straniero dalla giurisdizione nazionale viene meno non solo nel caso di controversie relative a rapporti lavorativi aventi per oggetto l'esecuzione di attività meramente ausiliarie delle funzioni istituzionali del datore di lavoro convenuto, ma anche nel caso in cui il dipendente richieda al giudice italiano una decisione che, attenendo ad aspetti soltanto patrimoniali, sia inidonea ad incidere o ad interferire sulle funzioni dello Stato sovrano» (v. Cass., s.u., 9 gennaio 2007 n. 118; 18 giugno 2010 n. 14703; 26 gennaio 2011 n. 1774; 25 marzo 2013 n. 7382).

È stato ulteriormente precisato che va esclusa la giurisdizione del giudice italiano con riferimento alla impugnativa di licenziamento con domanda di reintegrazione nel posto di lavoro (v. Cass., s.u., n. 15620/2006 cit.; n. 880/2007 cit.; n. 1981/2012 cit.), anche nell'ipotesi di successiva opzione del lavoratore per il risarcimento in sostituzione della reintegra (v. Cass., s.u., n. 15620/2006 cit.).

Tale canone dell'immunità ristretta, riguardando gli Stati quali parti in causa, si pone come speciale rispetto al regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000 e segnatamente gli artt. 18-22 relativi alla competenza in materia di contratti individuali di lavoro. Né rileva la disciplina comunitaria in tema di parità di trattamento tra i cittadini dell'Unione europea.

Il principio dell'immunità ristretta è stato peraltro affermato anche alla luce della convenzione di Vienna del 24 aprile 1963 sulle relazioni consolari, ratificata in Italia con l. 6 agosto 1967 n. 804 (Cass., s.u., n. 7382/2013 cit., concernente l'applicazione dell'art. 43 della detta convenzione), mentre è stato precisato che l'art. 31 della convenzione di Vienna del 18 aprile 1961 sulle relazioni diplomatiche, parimenti resa esecutiva in Italia con la stessa legge n. 804 citata, fa riferimento all'agente diplomatico in proprio e non agli Stati esteri o alle loro rappresentanze (v. Cass., s.u., 27 novembre 2002 n. 16830).

5. Una disciplina convenzionale non consuetudinaria è prevista ora dalla l. 14 gennaio 2013 n. 5 sull'autorizzazione all'adesione della Repubblica italiana alla convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, fatta a New York il 2 dicembre 2004, nonché norme di adeguamento all'ordinamento interno.

In particolare l'art. 11 della convenzione prevede una speciale disciplina quanto ai contratti di lavoro. Pone da una parte, come canone generale, che, sal-

ve convenzioni bilaterali particolari, uno Stato non può invocare l'immunità giurisdizionale davanti a un tribunale di un altro Stato, competente in materia, in un procedimento concernente un contratto di lavoro tra lo Stato e una persona fisica per un lavoro eseguito o da eseguirsi, interamente o in parte, sul territorio dell'altro Stato. D'altra parte, come canone speciale, stabilisce che l'immunità dello Stato estero si applica in una serie di casi, prevalentemente su base soggettiva, quale quello dell'impiegato che è stato assunto per adempiere funzioni particolari nell'esercizio di funzioni pubbliche, ma anche su base oggettiva essendo riconosciuta l'immunità dello Stato estero in caso di azione che abbia per oggetto l'assunzione, la proroga del rapporto di lavoro o il reinserimento di un candidato («the subject-matter of the proceeding is the recruitment, renewal of employment or reinstatement of an individual») ovvero di azione che concerna il licenziamento o la risoluzione del contratto di un impiegato ove tale azione rischi di interferire con gli interessi dello Stato in materia di sicurezza («the subject-matter of the proceeding is the dismissal or termination of employment of an individual and... such a proceeding would interfere with the security interests of that State») secondo le indicazioni del Capo dello Stato, del Capo del governo o del Ministro degli affari esteri dello Stato datore di lavoro.

Questa disposizione positiva, nella sua articolazione di regola ed eccezione, è destinata ad entrare in vigore, come l'intera convenzione, trenta giorni dopo la data del deposito del trentesimo strumento di ratifica, accettazione, approvazione o adesione presso il Segretario generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite (art. 30 della convenzione). Attualmente – per quanto risulta – sono stati depositati 28 strumenti di ratifica e quindi la convenzione non è ancora entrata in vigore. D'altra parte l'art. 4 della convenzione prevede la non retroattività della stessa prescrivendo che essa non si applica ad alcuna questione relativa alle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni sollevata in un procedimento promosso contro uno Stato davanti a un tribunale di un altro Stato prima dell'entrata in vigore della convenzione.

Non di meno questa Corte (Cass., s.u., 18 aprile 2014 n. 9034), richiamando in proposito la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che l'art. 11 della detta convenzione riflette l'evoluzione del diritto consuetudinario nella materia e rileva anche come parametro della compatibilità dell'immunità giurisdizionale dello Stato convenuto con le garanzie del giusto processo.

In particolare, con la sentenza del 18 gennaio 2011, *Guadagnino c. Italia* – pronuncia questa che ha riguardato una controversia di lavoro promossa da una dipendente dell'École française de Rome in riferimento alla quale questa Corte (Cass., s.u., 9 settembre 1997 n. 8768 cit.) aveva dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice italiano – la Corte EDU ha affermato che «poiché i principi sanciti dall'art. 11 della convenzione del 2004 sono parte integrante del diritto consuetudinario internazionale, essi impegnano l'Italia» e «la Corte ne deve tener conto, nel momento in cui appura se il diritto di accesso ad un tribunale sia stato rispettato». Ha segnatamente sottolineato che le limitazioni all'assoggettamento degli Stati alla giurisdizione del Paese dove il rapporto è sorto e si è svolto si conciliano con l'art. 6 par. 1 CEDU solo quando perseguono un fine legittimo ed in presenza di un rapporto ragionevole e proporzionato tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito.

L'art. 11 della convenzione opera tale bilanciamento sicché a tale disposizio-

ne occorre far riferimento in quanto attuativa di un principio consuetudinario – quello dell'immunità ristretta degli Stati – già vigente e riconosciuto da tempo.

Tenendo conto di ciò, Cass., s.u., 18 aprile 2014 n. 9034 cit., ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice italiano in relazione alla domanda di una dipendente dell'Ambasciata di Spagna presso la Santa Sede, avente ad oggetto in particolare l'accertamento della nullità del licenziamento con conseguente richiesta di condanna dell'Ambasciata alla sua reintegra immediata.

6. Anche nella specie, in ragione di questi più recenti sviluppi giurisprudenziali, il canone dell'immunità ristretta va ribadito ed attualizzato nell'applicazione dell'art. 11 che deve ritenersi operante già prima che la convenzione citata sia vincolante per tutti gli Stati aderenti proprio perché sostanzialmente ricognitivo di tale canone.

Va quindi dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice italiano – in forza dell'eccezione di cui al cit. art. 11 par. 2 lett. *c* della convenzione che esclude la giurisdizione nei confronti dello Stato estero e degli enti pubblici ad esso riferibili quanto al «reinserimento» («reinstatement») del dipendente – limitatamente alla domanda di reintegrazione nel posto di lavoro *ex* art. 18 della legge n. 300 del 1970; non anche in riferimento alla domanda di riconoscimento dell'indennità compensativa che rientra invece nel canone generale del richiamato par. 1 del medesimo art. 11 che esclude l'immunità giurisdizionale dello Stato estero, non ricorrendo peraltro l'eccezione di cui al par. 2 lett. *d* cit., non essendo neppure prospettate dalla ricorrente ragioni di sicurezza dello Stato estero.

Quanto alle altre domande, diverse da quella diretta ad ottenere l'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro, va rilevato in punto di fatto che la controricorrente era addetta all'organizzazione delle locazioni per eventi e ricevimenti privati del sito di Villa Medici, alla cura dei rapporti con i clienti fruitori della Villa e del giardino e alla definizione dei costi, alla scelta e al controllo dei fornitori. Si tratta, con tutta evidenza, di mansioni che pur essendo non meramente esecutive e di elevato livello organizzativo, non erano correlate all'attività pubblicistica dell'Académie de France, né erano indirizzate al perseguimento dei suoi compiti istituzionali nel campo della diffusione delle scienze e delle arti.

Quindi non ricorre l'ipotesi eccettuata dal par. 2 dell'art. 11 della convenzione che riconosce l'immunità degli Stati esteri nel caso di dipendente «assunto per adempiere funzioni particolari nell'esercizio di funzioni pubbliche». Secondo il più volte richiamato canone dell'immunità ristretta, confermato e tradotto ora nel disposto dell'art. 11 cit., solo l'inserimento delle mansioni del lavoratore nell'organizzazione finalizzata al raggiungimento dei detti fini è tale da escludere la giurisdizione del giudice italiano con riguardo alle controversie inerenti al rapporto di lavoro subordinato con uno Stato estero.

7. In conclusione il difetto di giurisdizione del giudice italiano, sostenuto dalla ricorrente, va dichiarato limitatamente alla domanda di reintegrazione nel posto di lavoro *ex* art. 18 della legge n. 300 del 1970; giurisdizione che invece sussiste in ordine alle altre domande proposte dalla ricorrente.

Ricorrono giustificati motivi (in considerazione dell'evoluzione giurisprudenziale sulle questioni dibattute e della problematicità delle stesse nel contesto del progressivo assetto del diritto vivente) per compensare tra le parti le spese di questo giudizio di cassazione.

P.Q.M., la Corte, a sezioni unite, pronunciando sul ricorso, dichiara il difetto di giurisdizione del giudice italiano limitatamente alla domanda volta alla reintegrazione della controricorrente Maria Cristina di Recanati nel posto di lavoro; dichiara la giurisdizione del giudice italiano in ordine alle altre domande proposte dalla ricorrente. Compensa tra le parti le spese di questo giudizio di cassazione.

CORTE DI CASSAZIONE (S.U.), ordinanza 18 settembre 2014 n. 19675

Primo Presidente (ff.), ROVELLI – Consigliere Rel., SPIRITO – P.M., PATRONE (concl. diff.)

Comune di Venezia (avv. Paoletti, Lombardi, Gidoni, Iannotta, Dittrich) *contro* **Merril Lynch International Bank Ltd** (avv. Lener, Castellani) e *contro* **Fincon s.r.l. in liquidazione** (intimata).

Sussiste la giurisdizione italiana in base all'art. 5 n. 3 del regolamento (CE) n. 44/2001 del 22 dicembre 2000 in merito a un'azione di responsabilità extracontrattuale in tema di intermediazione finanziaria per violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni promossa da un Comune italiano nei confronti di una banca irlandese e di una società italiana.

*Sussiste la giurisdizione italiana anche in merito all'azione di responsabilità contrattuale avverso le stesse parti, con riferimento ad un rapporto di consulenza (advisory) adempiuto con dolo o colpa grave, per non essere stati compiutamente illustrati all'attore i profili di rischio, ai sensi dell'art. 2 del medesimo regolamento, poiché una delle società convenute deve considerarsi domiciliata in Italia in base all'art. 60, e dell'art. 6 n. 1, posto che le società convenute hanno cooperato nella produzione dell'evento dannoso e pertanto può dirsi soddisfatta la condizione secondo la quale debba esistere fra le domande un nesso così stretto da rendere opportuna una trattazione unica e una decisione unica onde evitare il rischio, sussistente in caso di trattazione separata, di giungere a decisioni incompatibili. In relazione al medesimo profilo la giurisdizione sussiste anche in base all'art. 5 n. 1 lett. b posto che il rapporto di consulenza (advisory) può essere qualificato come contratto di prestazione di servizi e detti servizi sono stati o avrebbero dovuto essere prestati in base al contratto in Italia. Non ha rilievo invece ai fini dell'art. 23 la clausola di proroga della giurisdizione a favore delle corti inglesi prevista all'art. 13 dell'ISDA Master Agreement che disciplina i contratti derivati sottoscritti dall'attore con la convenuta banca irlandese, posto che tale clausola riguarda le sole controversie «relating to this Agreement» e deve essere interpretata dal giudice interno in senso rigorosamente restrittivo.**

* Tra le pronunce citate in motivazione possono leggersi in questa *Rivista*: Cass., s.u., ord. 27 febbraio 2012 n. 2926, *ivi*, 2012, p. 941 ss.; ord. 8 aprile 2011 n. 8034, *ivi*, 2011, p. 1103 ss.; ord. 27 ottobre 2008 n. 25875, *ivi*, 2009, p. 169 ss.; ord. 27 febbraio 2008 n. 5090, *ivi*, 2008, p. 1086 ss.; ord. 1° febbraio 2010 n. 2224, *ivi*, 2010, p. 738 ss.; Corte di giustizia, 3 luglio 1997, in causa C-269/95, *ivi*, 1998, p. 613 ss.; 9 novembre 2000, in causa C-387/98, *ivi*, 2000, p. 1104 ss.; Cass., s.u., ord. 28 febbraio 2007 n. 4634, *ivi*, 2008, p. 168 ss.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. Con ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione il Comune di Venezia spiega di avere proposto innanzi al Tribunale di Venezia azione risarcitoria, contro le società Merrill Lynch International Bank Ltd e la Fincon s.r.l. in liquidazione, per fatti risalenti al 2000, quando l'Ente, nell'ambito di un progetto di razionalizzazione ed ottimizzazione della propria gestione economico-finanziaria, recependo le proposte formulate dalle controparti, deliberò due emissioni obbligazionarie per l'importo di alcuni milioni di euro. Emissioni obbligazionarie a fronte delle quali il Comune sottoscrisse con Merrill Lynch diversi contratti derivati a condizioni – sostiene l'attuale ricorrente – gravemente squilibrate sin dall'origine, tali da fargli assumere rischi non dichiarati né valutabili autonomamente, con conseguenti gravi danni economici.

Aggiunge il Comune che l'azione è stata proposta sulla base di tre distinti titoli: *a)* contrattuale, per il rapporto di consulenza intrattenuto con le società, che avrebbero adempiuto con dolo o colpa grave, senza compiutamente illustrare i profili di rischio che si sarebbe assunto l'Ente; *b)* extracontrattuale, per dolo incidente e per violazione dei precetti di diligenza, correttezza e trasparenza imposti dall'art. 21 del d.lgs. n. 58 del 1998; *c)* per responsabilità *ex* d.lgs. n. 231 del 2001, per non aver adottato, le società convenute, modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire reati della specie di quelli ipotizzati, cagionando così il danno all'Ente.

In relazione a ciascuno di questi titoli il Comune ritiene che sussista la giurisdizione italiana, con riferimento all'art. 5 n. 1 e n. 3 del regolamento (CE) n. 44/2001. Sostiene, invece, la controparte che la controversia andrebbe rimessa alla giurisdizione inglese in forza della clausola di deroga alla giurisdizione contenuta nell'art. 13 dell'ISDA Master Agreement in relazione alle controversie «relating to this Agreement».

MOTIVI DELLA DECISIONE. Queste Sezioni Unite, con l'ord. 27 febbraio 2012 n. 2926, hanno già risolto la questione di giurisdizione in relazione ad una identica controversia insorta tra altro Comune ed altre banche, affermando principi ai quali occorre dare continuità.

Anche nell'ipotesi qui in esame le domande avanzate dal Comune di Venezia hanno ad oggetto innanzitutto la responsabilità extracontrattuale delle convenute scaturente da comportamenti tenuti nella fase precedente la stipula degli strumenti derivati.

A riguardo, occorre ribadire la configurabilità della responsabilità extracontrattuale in tema di intermediazione finanziaria per violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni, affermata nella giurisprudenza di questa Corte – tanto a sezioni semplici (Cass., n. 14056 del 2010; n. 20260 del 2006), quanto a sezioni unite (Cass., s.u., n. 26724 e n. 26725 del 2007; n. 8034 del 2011) – che ha distinto fra le fattispecie di responsabilità precontrattuale, con conseguenze risarcitorie, ove le violazioni si consumino nella fase antecedente al (o coincidente col) contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti fra le parti (cd. «contratto quadro»), e quelle di responsabilità contrattuale, ove le violazioni riguardino le operazioni finanziarie compiute in esecuzione del predetto contratto quadro.

In presenza di una vicenda risarcitoria complessa, in cui sussistono le condi-

zioni per presentare distinte domande, è del tutto legittimo, pertanto, il richiamo all'art. 5 n. 3 del regolamento in punto di autonoma esperibilità dell'azione aquiliana, dovendosi piuttosto valutare la sussistenza delle condizioni per radicare, presso lo stesso foro, un'ulteriore domanda, per ragioni di connessione, fondata su di un preteso inadempimento contrattuale.

Nella specie, il Comune di Venezia, in via concorrente rispetto alle precedenti domande, ha chiesto la condanna delle società convenute al risarcimento del danno da responsabilità contrattuale, con riferimento ad un rapporto di consulenza (*advisory*) che sarebbe stato adempiuto con dolo o, quanto meno, con colpa grave, per non essere stati compiutamente illustrati all'Ente i profili di rischio, il *mark to market* (ossia il corrispettivo al quale un'attività può essere scambiata, o una passività estinta, tra parti consapevoli e disponibili, in una transazione tra terzi indipendenti) negativo iniziale e le conseguenze patrimoniali dei contratti derivati la cui stipula è stata consigliata.

Quanto alla domanda risarcitoria contrattuale, occorre innanzitutto rilevare che una delle società convenute (la Fincon s.r.l. in liquidazione) ha sede in Napoli, con la conseguenza che, nei suoi confronti, la giurisdizione italiana è radicata dall'art. 2 del regolamento, a mente del quale le persone domiciliate nel territorio di un determinato Stato membro sono convenute, a prescindere dalla loro nazionalità, davanti ai giudici di tale Stato membro. Regola di giurisdizione, questa, che l'art. 60 estende alle società, individuandone il criterio rilevante nella sede statutaria, nell'amministrazione centrale ovvero nel centro d'attività principale, con l'ulteriore effetto che, ai sensi del successivo art. 6 n. 1, la così riconosciuta giurisdizione italiana nei confronti di uno dei convenuti consente la possibilità di citare anche gli altri convenuti avanti al medesimo giudice nel caso (quale, all'evidenza, quello di cui è oggi chiamata ad occuparsi la Corte) di connessione oggettiva (all'uopo, il regolamento richiede espressamente che debba esistere fra le domande un nesso così stretto da rendere opportuna una trattazione unica ed una decisione unica onde evitare il rischio, sussistente in caso di trattazione separata, di giungere a decisioni incompatibili: condizione sicuramente soddisfatta, nella specie).

Secondo la prospettazione del Comune, le società convenute hanno cooperato nella produzione dell'evento dannoso. In particolare, si legge nell'atto di citazione (...) che la citazione della Fincon è giustificata dal fatto che dalla documentazione emerge un suo ruolo attivo, essendo i suoi amministratori indicati come *Italian Senior Advisor* di Merrill Lynch nelle varie presentazioni consegnate al Comune ed avendo essi partecipato attivamente alla fase di strutturazione dell'operazione per cui è causa, risultando responsabili insieme con la Banca, per comportamenti attivi ed omissivi, nella produzione del danno cagionato al Comune. Risultano così verificati i presupposti del vincolo di connessione delle domande e dell'interesse ad una sola istruttoria ed a una pronuncia nel merito sostanzialmente unica (in termini, cfr. Cass., s.u., n. 25875 e n. 5090 del 2008, quest'ultima relativa a fattispecie in cui erano stati convenuti in giudizio, oltre ad una banca italiana, società e banche estere).

Ulteriore elemento di collegamento con la giurisdizione italiana va poi individuato nel criterio di cui all'art. 5 n. 1 lett. *b* del regolamento (CE n. 44/2001), che prevede, come foro speciale, quello del luogo in cui l'obbligazione dedotta in

giudizio è stata o doveva essere eseguita; dovendosi intendere come tale, nel caso delle prestazioni di servizi, il luogo, situato in uno Stato membro, in cui i servizi sono stati o avrebbero dovuto essere prestati in base al contratto (e, quindi, nel caso di specie, a Venezia). In proposito, queste stesse Sezioni Unite (Cass., n. 2224 del 2010) hanno chiarito che, nell'ordinamento comunitario, il concetto di «prestazioni di servizi» comprende anche l'attività di consulenza.

Resta da esaminare, ora, la tesi della Merrill Lynch, secondo cui la vicenda sarebbe disciplinata dall'ISDA Master Agreement, che contiene una clausola di proroga in favore della giurisdizione inglese; deroga che sarebbe di tale ampiezza da precludere alla cognizione del giudice italiano non solo la decisione delle controversie contrattuali, nascenti dagli specifici accordi, ma anche quelle extra o precontrattuali, connesse con quella. Riguardo a tale argomento va premesso che, alla luce della costante giurisprudenza tanto della Corte di giustizia delle Comunità europee quanto di queste stesse Sezioni Unite, le clausole di proroga della competenza giurisdizionale vanno interpretate in senso rigorosamente restrittivo, e vanno distinte dall'accordo che è alla base del rapporto cui la clausola accede. L'interpretazione della clausola attributiva di competenza, al fine di determinare le controversie che rientrano nel suo ambito di applicazione, spetta poi al giudice nazionale dinanzi al quale essa è invocata (Corte di giustizia, 3 luglio 1997, in causa C-269/95; 9 novembre 2000, in causa C-387/98; Cass., s.u., n. 4634 del 2007; n. 2224 del 2010).

Occorre, dunque, ribadire (in continuità di quanto già affermato dalla menzionata Cass., s.u., n. 2926/2012) che la formula «relating to this Agreement» in relazione all'accordo), contenuta nell'ISDA Master Agreement ed invocata dalla banca convenuta, non induce, nella sua letterale traduzione, il riferimento a tutte le controversie, sia contrattuali che extracontrattuali, comunque collegate all'adozione contrattuale degli strumenti derivati, nel cui ambito è stata invocata la disciplina generale dell'ISDA. Piuttosto, è sufficiente richiamare le regole ermeneutiche proprie del diritto interno, ed in particolare quelle di cui agli artt. 1362, 1364 e 1370 cod. civ., per concludere in senso diametralmente opposto a quello auspicato dalla banca, ossia che la clausola di cui all'art. 13 dell'ISDA Master Agreement, proprio per il suo senso letterale, estende la sua efficacia alle sole controversie attinenti al contratto, non anche a quelle di natura extracontrattuale, in relazione alle quali la giurisdizione italiana si fonda, come s'è detto, sull'art. 5 n. 3 del regolamento.

In conclusione, rispetto alla controversia in oggetto, deve essere dichiarata la giurisdizione del giudice italiano. La circostanza che all'epoca della notificazione della citazione non era stata ancora statuita da questa Corte la giurisdizione in analoghe vicende giudiziarie induce all'intera compensazione tra le parti delle spese sostenute nel giudizio per il regolamento preventivo di giurisdizione.

P.Q.M., la Corte dichiara la giurisdizione del giudice italiano e compensa interamente tra le parti le spese del giudizio per regolamento di giurisdizione.

GIURISPRUDENZA IN BREVE

Corte di Cassazione, sentenza 26 maggio 2014 n. 11680, *Castelli* (avv. Albinetti, Sesta) c. *La Fondiaria ASSIC s.p.a.*, *Milano Assicurazioni s.p.a.* (avv. Coggiatti, Mastellone), *Busi* (avv. Morabito, Ercolani), *La Navale Assicurazioni s.p.a.* (avv. Coggiatti, Mastellone).

Ai sensi dell'art. 25, secondo comma disp. prel. cod. civ. in una controversia per il risarcimento del danno cagionato in un incidente di caccia avvenuto in Inghilterra si applica il diritto inglese perché i danni lamentati dal ricorrente, seppur dedotti in Italia, costituiscono l'evoluzione progressiva di un'unica lesione iniziale avvenuta nel luogo dell'evento originario, non rilevando – neppure in via interpretativa – l'art. 62 comma 2 della legge 31 maggio 1995 n. 218, non applicabile ratione temporis alla controversia iniziata nel maggio 1994; non contrasta con l'ordine pubblico la norma inglese che preveda il risarcimento del danno da loss of amenity e non di quello biologico, ove il danno non patrimoniale abbia trovato sostanziale ristoro.

Con sentenza 26 maggio 2014 n. 11680, la Corte di Cassazione (pres. Berruti, rel. Stalla, p.m. Sgroi, conf.) ha rigettato il ricorso presentato da un cittadino italiano avverso una sentenza emessa nell'ambito di una controversia per il risarcimento del danno da lui subito a causa di un incidente di caccia verificatosi nel Regno Unito, nella quale era stata applicata la legge inglese in base all'art. 25, secondo comma disp. prel. cod. civ., quale legge del luogo dove era avvenuto il fatto.

Ad avviso della Corte, «Il diverso disposto dell'art. 62 comma 2 della legge n. 218/1995 secondo cui “qualora il fatto coinvolga soltanto cittadini di un medesimo Stato in esso residenti, si applica la legge di tale Stato”, non è qui applicabile poiché tale legge: (art. 72) “si applica in tutti i giudizi iniziati dopo la data della sua entrata in vigore”, mentre il giudizio in oggetto è iniziato nel maggio 1994; non ha natura interpretativa e, dunque, retroattiva, bensì innovativa della disciplina di specie; atteso che l'art. 25, secondo comma disp. prel. cod. civ., (espressamente abrogato dall'art. 73 della nuova legge) appariva a tal punto chiaro ed univoco da non suscitare durante la sua vigenza dubbi applicativi di sorta né, conseguentemente, l'esigenza di interventi legislativi di natura ermeneutica.

«Del tutto inconferenti sono poi i parametri interpretativi dedotti in ricorso a sostegno di una interpretazione antiletterale dell'art. 25 in esame, dal momento che: il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. ha ragione di operare solo in presenza di situazioni uguali o affini, là dove l'art. 25 richiama la legge nazionale comune solo con riguardo alle obbligazioni che nascono dal contratto (primo comma); e, dunque, da un presupposto diverso e non accostabile a quello (secondo comma) delle obbligazioni da fatto illecito, per le quali l'applicazione della legge del luogo ove il fatto generatore dell'obbligazione si è verificato risponde ad una scelta razionale e non discriminatoria; la circostanza che le preleggi siano state emanate nel 1942 e, dunque, “in pieno periodo statalista” (...), non costituisce un valido criterio ermeneutico; non soltanto perché sprovvisto del benché

minimo appiglio tecnico-giuridico, ma anche perché il richiamo alla legge del luogo di verifica del fatto è conseguenza di un'opzione legislativa basata sul sostrato obiettivo dell'illecito che nulla ha a che vedere con scelte preconcrete di tipo ideologico attinenti alla nazionalità comune dei soggetti coinvolti nell'illecito stesso.

«Ferma restando l'applicabilità nella specie del parametro discrezionale del luogo in cui è avvenuto il fatto, il convincimento della Corte di Appello secondo cui tale luogo deve ravvisarsi nel territorio del Regno Unito non può trovare censura in questa sede, vertendosi di una tipica valutazione fattuale assistita da logica e congrua motivazione.

«La Corte di Appello (...) ha infatti ritenuto che in territorio inglese si fosse verificata non soltanto la condotta colposa della Busi, ma anche l'evento dannoso costituito dalla perdita della vista dall'occhio destro del Castelli. Ciò in considerazione della circostanza che non si verteva nella specie di una successione di eventi dannosi autonomi, bensì di un solo evento dannoso i cui postumi si erano stabilizzati ed erano stati definitivamente accertati in Italia, ma che si era pur sempre prodotto al momento stesso della commissione del fatto illecito.

«La Corte di Appello dà altresì conto della applicabilità al contrario alla presente fattispecie di quanto stabilito da questa Corte di legittimità (Cass., 31 gennaio 2006 n. 2128), la quale ha ritenuto applicabile la legge italiana in un caso di incidente aereo verificatosi all'estero, proprio perché dal fatto erano discesi danni ulteriori ed autonomi in capo a soggetti diversi da quelli direttamente coinvolti nell'incidente; vale a dire i congiunti delle vittime, residenti in Italia.

«In effetti, non vi è ragione per discostarsi da questo orientamento di legittimità il quale non nega, ma anzi conferma, il principio per cui: l'obbligazione da fatto illecito sorge nel luogo in cui il fatto produttivo di danno si verifica; nella nozione di fatto *ex art. 25*, secondo comma disp. prel. cod. civ. rientra non soltanto il comportamento illecito, ma anche l'evento dannoso che ne deriva; ai fini di stabilire la legge applicabile, occorre distinguere “i danni costituenti ulteriori manifestazioni di una lesione unica, prodottisi interamente sin dall'inizio, dagli effetti lesivi che, aggiungendosi all'effetto dannoso iniziale, integrano essi stessi un danno, e possono essere fatti valere in giudizio mediante azione risarcitoria a se stante”; ciò perché può accadere che dal primo ed originario evento lesivo derivante dal fatto illecito scaturiscano ulteriori conseguenze pregiudizievoli integranti nuove ed autonome lesioni, non già mero sviluppo ed aggravamento del danno primario.

«Orbene, nel caso di specie, la Corte di Appello ha esaurientemente ed argomentatamente motivato perché nel caso di specie i postumi dedotti dal Castelli (perdita della percezione della luce) concretassero appunto evoluzione progressiva ed ingravescente della (unica e ben determinata) lesione iniziale (successivamente appurata e stabilizzata nei suoi esatti contorni clinici), ma non una nuova ed autonoma lesione derivante dal medesimo fatto generatore.

«Sicché la conclusione così adottata – insindacabile in fatto – risponde anche al suddetto principio di diritto (ribadito anche da Cass., ord. 20 settembre 2004 n. 18906), secondo cui nella nozione di fatto *ex art. 25*, secondo comma disp. prel. cod. civ. rientra, oltre al comportamento illecito, anche l'evento dannoso che ne deriva, come testé considerato.

«Con il terzo motivo di ricorso, il Castelli lamenta violazione o falsa applicazione di norme di diritto, *ex art.* 360, primo comma n. 3 cod. proc. civ., con riferimento agli artt. 2, 3 e 32 Cost., 2043-2059 cod. civ., 31 disp. prel. cod. civ., atteso che la Corte di Appello – nell'applicare la legge inglese – aveva escluso la risarcibilità, ormai unanimemente riconosciuta anche nel suo fondamento costituzionale, del danno biologico quale lesione dell'integrità psicofisica della persona, indipendentemente dalle perdite patrimoniali ed alla vita di relazione; con ciò applicando una normativa contrastante con l'ordine pubblico nazionale.

«Il motivo dà per scontato che la legge inglese – e, conseguentemente, la sentenza qui censurata che tale legge ha applicato – “escluda la risarcibilità del danno biologico come lesione dell'integrità psicofisica della persona umana quale bene considerato in sé, indipendentemente dai suoi aspetti reddituali” (così il quesito di diritto formulato in ricorso *ex art.* 366-*bis* cod. proc. civ.).

«Tale assunto non trova tuttavia conferma nella sentenza in esame la quale, dopo aver individuato la normativa inglese di riferimento sulla base della incontestata dichiarazione giurata resa dal *barrister* John Stevenson, ha evidenziato come la stessa prevedesse il risarcimento del danno da *loss of amenity*, a sua volta avente ad oggetto “il pregiudizio, non quantificabile in termini patrimoniali, determinato dal dolore e dal peggioramento della qualità della vita dell'infortunato”; sicché (...) si trattava “di conseguenze lesive ricomprese nei danni che, nel diritto italiano, vengono qualificati come danno morale e danno biologico nei suoi aspetti dinamici”.

«È inoltre dirimente osservare che nell'applicare – in fatto – tale disciplina e, dunque, nel liquidare al Castelli il danno non patrimoniale alla persona da *loss of amenity*, la Corte di Appello ha considerato vari parametri indipendenti dalla capacità reddituale e concernenti, tra il resto: le ripercussioni negative della menomazione visiva sulla generale qualità della vita; la maggiore difficoltà nello svolgimento di una serie di attività quotidiane, anche di tipo sportivo; la risarcibilità del danno riconducibile sia al peggioramento della qualità della vita in quanto tale sia al dolore, all'afflizione ed al patema d'animo riportati.

«Orbene, al di là della diversità delle categorie normative e giurisprudenziali tra i due ordinamenti giuridici, non vi è dubbio che il danno non patrimoniale riportato dal Castelli abbia qui trovato sostanziale ristoro, nell'applicazione della legge inglese, in tutte le componenti riconosciute, a titolo di danno biologico e morale, dall'ordinamento nazionale; così come risultante dall'evoluzione giurisprudenziale di definizione delle tipologie di danno risarcibili, ed anche dall'intervento legislativo di cui agli artt. 138 e 139 del d.lgs. 7 settembre 2005 n. 209 (Codice delle assicurazioni). Né il Castelli ha dedotto specifiche ed ulteriori voci di danno non patrimoniale non ricomprese tra quelle riconosciute dal giudice di merito.

«Non è dato dunque di riscontrare la dedotta violazione dell'art. 31 disp. prel. cod. civ., dal momento che l'applicazione nella specie della legge inglese non ha comportato – nella sostanza, ed al di là delle differenti denominazioni e classificazioni tipiche di ciascun ordinamento – l'obliterazione del danno biologico reddituale né, pertanto, l'affermazione di principi confliggenti con l'art. 32 Cost. e l'ordine pubblico nazionale».

Corte di Cassazione, ordinanza 10 luglio 2014 n. 15782, K.L.M. (avv. Ferrara) c. Ministero dell'interno - Commissione nazionale per il diritto di asilo (intimato).

In tema di protezione internazionale, ai sensi dell'art. 3 comma 5 del d.lgs. 17 novembre 2007 n. 251, le lacune probatorie del racconto del richiedente asilo non comportano necessariamente inottemperanza al regime dell'onere della prova, potendo essere superate dalla valutazione che il giudice del merito è tenuto a compiere delle circostanze indicate alle lettere da a ad e della citata norma.

Con ordinanza 10 luglio 2014 n. 15782, la Corte di Cassazione (pres. Di Palma, rel. De Chiara) ha cassato una sentenza della Corte di Appello di Roma che si era limitata ad accertare la mancanza di prova del rapporto familiare del ricorrente, cittadino congolese, con l'autore dell'attentato all'allora Presidente della Repubblica democratica del Congo e del nesso causale tra le lesioni riscontrate dai certificati medici ed il trattamento subito durante la carcerazione nel suo Paese di provenienza, omettendo di valutare, invece, che la domanda di asilo era stata immediatamente presentata all'arrivo in Italia e che l'istante aveva fatto, con un resoconto privo di contraddizioni interne od esterne, ogni esigibile sforzo di narrazione puntuale e produzione documentale. La Suprema Corte ha, tra l'altro, così motivato: «È fondata, invece, la censura di violazione dell'art. 3 comma 5 del d.lgs. n. 251/2007 a mente del quale: "qualora taluni elementi o aspetti delle dichiarazioni del richiedente la protezione internazionale non siano suffragati da prove, essi sono considerati veritieri se l'autorità competente a decidere sulla domanda ritiene che: a) il richiedente ha compiuto ogni ragionevole sforzo per circostanziare la domanda; b) tutti gli elementi pertinenti in suo possesso sono stati prodotti ed è stata fornita una idonea motivazione dell'eventuale mancanza di altri elementi significativi; c) le dichiarazioni del richiedente sono ritenute coerenti e plausibili e non sono in contraddizione con le informazioni generali e specifiche pertinenti al suo caso, di cui si dispone; d) il richiedente ha presentato la domanda di protezione internazionale il prima possibile, a meno che egli non dimostri di aver avuto un giustificato motivo per ritardarla; e) dai riscontri effettuati il richiedente è, in generale, attendibile».

«Ciò significa che le lacune probatorie del racconto del richiedente asilo non comportano necessariamente inottemperanza dell'onere della prova, potendo essere superate grazie alla valutazione, che il giudice di merito è tenuto a compiere, delle circostanze sopra indicate alle lettere da a ad e.

«Il ricorrente sostiene che l'esito della valutazione di dette circostanze avrebbe dovuto essere a lui favorevole, avendo egli presentato domanda di asilo immediatamente dopo essere giunto in Italia e fatto ogni sforzo esigibile di narrazione puntuale e di produzione documentale ed essendo, inoltre, il suo racconto privo di contraddizioni interne o esterne. Nella sentenza impugnata, però, non v'è alcuna traccia di tale valutazione, in mancanza della quale, per quanto appena chiarito, il giudice di merito non può affermare la sussistenza di lacune probatorie della domanda del richiedente asilo. La Corte di Appello, infatti, si è limitata a prendere atto della mancanza di prova del rapporto familiare del ricorrente con

l'autore dell'attentato al Presidente K. e del nesso causale tra le lesioni documentate dai certificati medici e il trattamento subito dal ricorrente nel corso della carcerazione. Essa è dunque incorsa in violazione dell'art. 3 comma 5 del d.lgs. n. 251/2007».

Tribunale di Milano, ordinanza 29 agosto 2014, *Toly Products ltd e Toly Malta Sales ltd c. It Style International s.r.l. e Impeto Fashion s.r.l.*

L'art. 4 comma 1-bis del d.lgs. 27 giugno 2003 n. 168, introdotto dal d.l. 23 dicembre 2013 n. 145, dispone l'accentramento della competenza presso un numero limitato di sezioni specializzate in materia di impresa, individuate dalla norma stessa, per le controversie in cui sia parte una società avente sede all'estero, a prescindere dalla posizione processuale di convenuta o attrice di tale società.

Con ordinanza 29 agosto 2013, il Tribunale di Milano (rel. Marangoni), nel provvedere in relazione alla richiesta di provvedimenti cautelari nell'ambito di una controversia in materia di contraffazione e concorrenza sleale, in punto di determinazione della competenza territoriale per le cause in cui sia parte una società avente sede all'estero, ha così motivato: «deve confermarsi la competenza di questa Sezione specializzata in materia di impresa a decidere in ordine al ricorso cautelare depositato nell'interesse delle ricorrenti Toly Products ltd e Toly Malta Sales ltd, entrambe società aventi sede all'estero.

«Invero l'art. 10 del d.l. 23 dicembre 2013 n. 145, convertito in legge con la l. 21 febbraio 2014 n. 9, ha aggiunto all'art. 4 del d.lgs. 27 giugno 2003 n. 168 il comma 1-bis, il quale prevede che nelle materie di competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa ove parte sia una società avente sede all'estero (ancorché con sede secondaria con rappresentanza stabile nel territorio dello Stato) la competenza territoriale determinata secondo i criteri previsti dalle disposizioni speciali risulta accentrata presso un minor numero di determinate sezioni specializzate in materia di impresa.

«In particolare la Sezione specializzata in materia di impresa costituita presso questo Tribunale risulta competente anche per tutte le controversie per le quali sarebbe competente – ove instaurate tra soggetti nazionali – la Sezione specializzata in materia di impresa costituita presso il Tribunale di Brescia.

«Ciò dunque appare idoneo per un verso a giustificare l'instaurazione presso questa Sezione specializzata della presente controversia per la quale – secondo le resistenti – sarebbe competente il Tribunale di Brescia, né la non particolarmente felice espressione contenuta nella norma in questione (“nelle quali è parte, anche nel caso di più convenuti ai sensi dell'art. 33 cod. proc. civ.”) sembra idonea a delimitare l'ambito di effettiva operatività di tale disposizione alle sole controversie in cui una società estera si trovi nella posizione di parte convenuta. Invero non sembra rintracciabile una logica differenziazione tra la posizione di attrice o di convenuta ricoperta nel giudizio da una società estera che possa fondare una disciplina diversa rispetto al foro applicabile in base alla norma speciale innanzi

richiamata, tenuto conto degli scopi perseguiti dal legislatore mediante l'accenramento in determinate sedi delle controversie coinvolgenti tali specifiche tipologie di soggetti».

Corte di Cassazione, sentenza 12 settembre 2014 n. 19283, *Subrini* (avv. Gabrielli) c. *Ministero economia e finanze* (avv. dello Stato) e *Finanzamt Minden* (intimato).

Gli articoli 67 e 68 della legge 31 maggio 1995 n. 218 non sono applicabili al titolo esecutivo costituito da un provvedimento emesso dall'amministrazione finanziaria di uno Stato membro dell'Unione europea, diverso da una sentenza, quindi a carattere amministrativo e non giurisdizionale, del quale, in applicazione delle norme comunitarie di reciproca assistenza per il recupero in via amministrativa dei crediti sorti a seguito del mancato pagamento dell'imposta sul valore aggiunto, sia chiesta dallo Stato di origine l'esecuzione in Italia.

Con sentenza 12 settembre 2014 n. 19283, la Corte di Cassazione (pres. Salmè, rel. Barreca, p.m. Pratis, conf.), pronunciandosi sul ricorso avverso la sentenza di appello che rigettava l'opposizione all'esecuzione e agli atti esecutivi proposti nell'ambito di una procedura esecutiva immobiliare, intrapresa in forza di un ingiunzione di pagamento emessa Ministero dell'economia e delle finanze, sulla base di un titolo esecutivo tedesco del Finanzamt Minden, in relazione alla lamentata violazione, da parte della Corte territoriale, degli artt. 67 e 68 della l. 31 maggio 1995 n. 218, ha, tra l'altro, così motivato: «Come rilevato dalla Corte di Appello, gli artt. 67 e 68 della l. 31 maggio 1995 n. 218 non sono applicabili al caso di specie.

«L'art. 67 disciplina l'attuazione di sentenze e provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria, nel senso che, per procedere all'esecuzione forzata delle une e delle altre, è necessario l'accertamento dei requisiti del riconoscimento da parte dell'autorità giudiziaria. L'art. 68 estende questa disciplina agli atti pubblici ricevuti in uno Stato estero e ivi muniti di forza esecutiva.

«Il titolo esecutivo della Repubblica federale di Germania, in base al quale è stata emessa l'ingiunzione di pagamento per cui è processo, non è costituito da una sentenza; esso, evidentemente, non è nemmeno un provvedimento di volontaria giurisdizione. Quindi non si applica l'art. 67.

«Inoltre, si deve escludere che si tratti di un "atto pubblico ricevuto in uno Stato estero" ai sensi dell'art. 68. Ed, inverso, contrariamente a quanto sembra ritenere il ricorrente, la norma non si riferisce agli atti "pubblici" emessi dagli organi degli Stati esteri, bensì a quelli "ricevuti" negli Stati esteri, vale a dire redatti, con le richieste formali, dai pubblici ufficiali autorizzati ad attribuirvi pubblica fede, secondo la normativa vigente nello Stato interessato.

«L'art. 68 della legge n. 218 del 1995 non si riferisce agli atti amministrativi, ma agli atti pubblici ricevuti in uno Stato estero che siano equiparabili a quelli contemplati dagli artt. 2699 e 2701 cod. civ. ed ai quali, nello Stato in cui sono

stati formati, sia riconosciuta forza esecutiva, alla stregua di quanto, per gli atti pubblici interni, è previsto dall'art. 474 comma 2 n. 3 cod. proc. civ.

«La normativa secondaria dettata dal d.m. 28 dicembre 1978, come modificato dal d.m. 1° dicembre 1986, sopra esposta e richiamata dall'Avvocatura nel controricorso, è del tutto coerente con la disposizione dell'art. 67 della legge n. 218 del 1995, dal momento che, pur richiamando gli artt. 796 e 797 cod. proc. civ. (all'epoca vigenti ed abrogati appunto dall'art. 73 di quest'ultima legge sul diritto internazionale privato), prevede il procedimento di deliberazione esclusivamente per i titoli esecutivi di formazione giudiziale.

«Quando, invece, il titolo esecutivo sia costituito da un provvedimento emesso dall'Amministrazione finanziaria di uno Stato membro dell'UE, diverso da una sentenza, quindi a carattere amministrativo, e non giurisdizionale, soccorrono le norme comunitarie di reciproca assistenza sopra richiamate (che, quanto ai rapporti con la Germania, sono subentrate alla convenzione italo-germanica ratificata con r.d.l. n. 1676 del 1938).

«3.2. Peraltro, avverso il provvedimento amministrativo formato all'estero, l'interessato può invocare gli opportuni controlli nello Stato membro in cui il provvedimento si è formato, ai sensi dell'art. 346-*bis* comma 4 del testo unico delle leggi doganali.

«Tuttavia, se il credito o il titolo esecutivo a carattere amministrativo non siano contestati dinanzi all'organo competente dello Stato membro, e quest'ultimo richiede assistenza per il recupero, l'amministrazione nazionale dà corso alla relativa azione ai sensi delle norme su richiamate, senza necessità di deliberazione preventiva da parte dell'autorità giudiziaria, fatta salva la possibilità per l'interessato di contestare gli atti della procedura esecutiva ai sensi dell'art. 346-*bis* comma 5 del testo unico delle leggi doganali».

Corte di Cassazione, sentenza 15 ottobre 2014 n. 21847, *Elleenne s.r.l.* (avv. Bertolio) c. *Mantua Model di Poldi Franco* (avv. Contaldi, Magri) e *Aeronavimodel di Cazzavillani Sergio* (intimata).

Il titolare di un marchio coreano, dopo aver contrassegnato il suo prodotto ed averlo immesso sul mercato, ovvero dopo aver consentito lo svolgimento di tali attività da parte di un cessionario, non può opporsi alla circolazione in Italia del prodotto messo in commercio in un Paese dell'Unione europea, da lui stesso o da soggetti a ciò legittimati, prima della registrazione del segno distintivo in Italia, in quanto si verifica, in tal caso, il fenomeno del cosiddetto esaurimento del marchio; può, al contrario, opporsi all'importazione successiva alla registrazione di prodotti provenienti da un Paese extracomunitario e contrassegnati, anche legittimamente, con il suo marchio, sempre che egli, ovvero altro soggetto da lui legittimato, non abbia consentito la introduzione di quei beni nel mercato europeo.

Con sentenza 15 ottobre 2014 n. 21847, la Corte di Cassazione (pres. Forte, rel. Genovese, p.m. Zeno, diff.), rigettando i ricorsi avverso la sentenza di appel-

lo che, nell'ambito di un giudizio sulla contraffazione di un marchio coreano, aveva dichiarato l'avvenuto esaurimento comunitario del segno distintivo in relazione ai prodotti già previamente importati nell'Unione europea, in tema di preuso e dei limiti entro i quali si deve ritenere verificato l'esaurimento del marchio nel territorio dell'Unione, ha così motivato: «il Giudice di appello ha stabilito che Mantua Model di Poldi Franco può commercializzare liberamente solo i prodotti contrassegnati dal marchio in esame che siano stati importati prima della registrazione e non anche, come sostiene nell'errata interpretazione la ricorrente principale, che essa possa liberamente importare e commerciare nuovi ed ulteriori prodotti recanti il marchio Academy Hobby Model Kit's, senza il consenso dei suoi titolari.

«In tal modo, il Giudice di appello ha dato continuità all'indirizzo interpretativo di questa Corte (da ultimo ribadito da questa sezione nella sentenza n. 27081 del 2007) secondo cui "il titolare di un marchio, dopo aver contrassegnato il suo prodotto ed averlo immesso sul mercato, ovvero dopo aver consentito (attraverso, ad esempio, un contratto di licenza) che altri vi apponesse il segno e lo commercializzasse, non può impedire che il cessionario ne usi secondo le proprie scelte né può opporsi alla circolazione in Italia del prodotto precedentemente messo in commercio da lui stesso (o da soggetti a ciò legittimati) in un Paese dell'Unione europea (verificandosi, in tal caso, il fenomeno del cosiddetto esaurimento del marchio), ma può, per converso, opporsi all'importazione di prodotti provenienti da un Paese extracomunitario e contrassegnati (anche legittimamente) con il suo marchio, sempre che egli, ovvero altro soggetto da lui legittimato, dopo aver contrassegnato il suo prodotto ed averlo immesso sul mercato, non abbia consentito alla introduzione ulteriore di quei beni nel mercato europeo"».

GIURISPRUDENZA DELL'UNIONE EUROPEA

REGOLAMENTO (CE) n. 1346/2000

Corte di giustizia, sentenza 16 aprile 2015 nella causa C-557/13

Presidente, TIZZANO – Avvocato generale, SZPUNAR

Sulla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Bundesgerichtshof (Germania) nella causa **Lutz contro Bäuerle**, agente in qualità di curatore fallimentare della ECZ Autohandel GmbH.

Atteso che, da un lato, l'art. 5 par. 2 del regolamento (CE) n. 1346/2000 del 29 maggio 2000 menziona tra i «diritti reali» di cui al par. 1 del medesimo articolo il diritto esclusivo di recuperare un credito e che, dall'altro, a mente del considerando n. 25 del suddetto regolamento, la costituzione, la validità e la portata di un diritto reale dovrebbero essere disciplinate, di norma, dalla legge del luogo di ubicazione dei beni, il diritto risultante dal pignoramento di conti bancari può costituire un «diritto reale» ai sensi dell'art. 5 par. 1 del regolamento (CE) n. 1346/2000, a condizione che tale diritto presenti, in base alla rispettiva normativa nazionale, carattere esclusivo rispetto agli altri creditori del debitore sottoposto a procedura d'insolvenza (punti 27 e 28).

Poiché l'art. 5 par. 4 del regolamento (CE) n. 1346/2000 deve essere letto nel combinato disposto con l'art. 4 par. 2 lett. m del medesimo regolamento, occorre far riferimento alla lex fori concursus per determinare se la nullità, l'annullamento o l'inopponibilità di un atto possa risultare da un'azione giudiziaria, da un altro atto giuridico o ancora dall'effetto della legge (punto 30).

Dal tenore dell'art. 13 del regolamento (CE) n. 1346/2000 non emerge alcuna restrizione da cui possa scaturire l'effetto di limitarne la sfera di applicazione in funzione della data di compimento dell'atto pregiudizievole de quo. Tale disposizione, tuttavia, prevede una deroga alla regola generale, sancita all'art. 4 par. 1 del suddetto regolamento, secondo cui la legge applicabile alla procedura di insolvenza e ai suoi effetti è la lex fori concursus. Tale deroga, volta, come ricordato al considerando n. 24 del regolamento stesso, a tutelare il legittimo affidamento e la certezza delle transazioni negli Stati membri diversi da quello in cui la procedura sia stata aperta, dev'essere interpretata restrittivamente e la sua portata non può andare al di là di quanto necessario per il conseguimento di tale obiettivo.

In linea di principio, quindi, l'art. 13 del regolamento (CE) n. 1346/2000 non è applicabile agli atti compiuti successivamente all'apertura di una procedura di insolvenza. Una diversa interpretazione andrebbe, invero, al di là di quanto è necessario per proteggere il legittimo affidamento e la certezza delle transazioni negli Stati membri diversi da quello di apertura della procedura. Infatti, a decorrere dall'apertura di una procedura di insolvenza, i creditori del debitore interessato sono in grado di prevedere gli effetti dell'applicazione della lex fori concursus sui rapporti giu-

ridici intrattenuti con il debitore. Essi non possono quindi pretendere, in linea di principio, di beneficiare di una tutela rafforzata (punti 33-36).

Tali considerazioni non valgono, tuttavia, nell'ipotesi in cui un creditore proceda alla realizzazione di un diritto reale ricompreso nella sfera dell'art. 5 par. 1 del regolamento (CE) n. 1346/2000. Tale norma è, infatti, manifestamente volta a consentire, in particolare, al creditore di far valere, in modo effettivo, e quindi anche successivamente all'apertura di una procedura d'insolvenza, un diritto reale costituito anteriormente all'apertura della procedura stessa. A tal fine, è indispensabile che il creditore stesso possa procedere, successivamente all'apertura della procedura di insolvenza, alla realizzazione di tale diritto, in applicazione, in linea di principio, della lex causae. L'art. 5 del regolamento (CE) n. 1346/2000 presenta, quindi, la particolarità di essere volto alla tutela non solo degli atti compiuti anteriormente all'apertura della procedura di insolvenza, bensì parimenti e soprattutto degli atti compiuti successivamente all'apertura della procedura stessa (punti 39-41).

Inoltre, se l'art. 5 par. 4 del regolamento (CE) n. 1346/2000, nel combinato disposto con l'art. 4 par. 2 lett. m, consente l'avvio di un'azione di nullità, di annullamento o di inopponibilità di un atto avente ad oggetto la realizzazione di un diritto reale successivamente all'apertura di una procedura di insolvenza, tali disposizioni devono essere interpretate, al fine di garantire un effetto utile all'art. 5 par. 1 del regolamento stesso, nel senso che esse non escludono che il creditore possa invocare l'art. 13 del regolamento de quo per far valere che l'atto di cui trattasi è soggetto alla legge di uno Stato membro diverso dallo Stato di apertura della procedura e che tale legge non consente nella specie, con alcun mezzo, di impugnare l'atto medesimo (punto 42).

Ne consegue che l'art. 13 del regolamento (CE) n. 1346/2000 si applica ad una fattispecie in cui il pagamento, contestato da un curatore fallimentare, di una somma di denaro, pignorata anteriormente all'apertura della procedura di insolvenza, sia stato effettuato solo successivamente all'apertura della procedura stessa (primo dispositivo).

L'art. 13 del regolamento (CE) n. 1346/2000, rinviando alla lex causae, non opera alcuna distinzione tra i termini di prescrizione, i termini di esercizio dell'azione revocatoria e i termini di decadenza.

L'art. 12 par. 1 lett. d del regolamento (CE) n. 593/2008 del 17 giugno 2008, ai sensi del quale le prescrizioni e le decadenze fondate sulla scadenza di un termine sono disciplinate dalla legge applicabile al contratto, non è applicabile alle azioni revocatorie ricomprese nella sfera degli artt. 4 e 13 del regolamento (CE) n. 1346/2000, in quanto questi ultimi costituiscono lex specialis rispetto al regolamento (CE) n. 593/2008 e devono essere interpretati alla luce degli obiettivi perseguiti del regolamento (CE) n. 1346/2000.

Pertanto, considerato che l'art. 13 del regolamento (CE) n. 1346/2000 non opera alcuna distinzione tra le disposizioni di ordine sostanziale e quelle di ordine procedurale e non contiene, in particolare, alcun criterio che consenta di individuare, tra i termini, quelli di natura procedurale, la qualificazione di un termine quale termine di natura procedurale o di natura sostanziale dovrebbe essere necessariamente operata alla luce della lex causae. Tuttavia, se l'art. 13 del regolamento (CE) n. 1346/2000 dovesse essere interpretato nel senso che i termini qualificati dalla lex causae quali termini di ordine procedurale siano esclusi dalla sfera di applicazione di detto articolo, tale interpretazione condurrebbe ad una discriminazione arbitraria in funzione dei modelli teorici accolti dagli Stati membri. Inoltre, e a prescindere

dalla questione se spetti alla *lex fori concursus* o alla *lex causae* determinare se un termine sia di natura procedurale o sostanziale, tale interpretazione osterebbe chiaramente ad una uniforme applicazione del suddetto art. 13.

Ne consegue che il regime derogatorio istituito dall'art. 13 del regolamento (CE) n. 1346/2000 include parimenti i termini di prescrizione, i termini per l'esercizio dell'azione revocatoria e i termini di decadenza previsti dalla legge cui è soggetto l'atto contestato dal curatore fallimentare (punti 45-48 e secondo dispositivo).

I requisiti formali cui sono soggette le azioni di nullità, di annullamento o di inopponibilità di un atto possono essere parimenti volti alla tutela di interessi pubblici, quale l'interesse a garantire una sufficiente pubblicità a tali azioni al fine di tutelare il legittimo affidamento non solo dei soggetti nei confronti dei quali tali azioni siano proposte, ma anche dei terzi acquirenti dei beni che ne costituiscano l'oggetto. Orbene, come emerge dal considerando n. 24 del regolamento (CE) n. 1346/2000, le deroghe all'applicazione della *lex fori concursus*, ivi compresa quella prevista dall'art. 13 del regolamento stesso, sono appunto volte a tutelare il legittimo affidamento e la certezza delle transazioni negli Stati diversi da quello di apertura della procedura di insolvenza.

Considerato che le disposizioni del regolamento (CE) n. 593/2008 non sono applicabili alle azioni revocatorie di cui agli artt. 4 e 13 del regolamento (CE) n. 1346/2000, la qualificazione di una determinata regola quale regola di forma, nonché l'individuazione degli obiettivi perseguiti dalla regola stessa, dovrebbero quindi ricadere nella sfera della *lex causae*. Orbene, interpretare l'art. 13 del regolamento (CE) n. 1346/2000 nel senso che le regole qualificate dalla *lex causae* quali regole formali debbano essere escluse dalla sfera di applicazione dell'articolo medesimo comporterebbe una discriminazione arbitraria in funzione dei modelli teorici accolti dagli Stati membri, ostando ad una uniforme applicazione dell'articolo stesso.

Ne consegue che le regole di forma che presiedono all'esercizio di un'azione revocatoria sono determinate, ai fini dell'applicazione dell'art. 13 del regolamento (CE) n. 1346/2000, dalla legge cui è soggetto l'atto contestato dal curatore fallimentare (punti 53-55 e terzo dispositivo).*

REGOLAMENTO (CE) n. 44/2001

Corte di giustizia, sentenza 22 gennaio 2015 nella causa C-441/13

Presidente, BAY LARSEN – Avvocato generale, CRUZ VILLALÓN

Sulla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dallo Handelsgericht Wien (Austria) nella causa **Hejduk contro EnergieAgentur.NRW GmbH**.

I diritti d'autore, sebbene debbano essere automaticamente protetti in tutti gli Stati membri, in particolare in forza della direttiva 2001/29/CE del 22 maggio

* Il testo non autentico di tutte le pronunce è reperibile sul sito web ufficiale della Corte di giustizia (http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/).

2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, sono soggetti al principio di territorialità; essi possono quindi essere violati, rispettivamente, in ciascuno degli Stati membri, in funzione del diritto sostanziale applicabile (punto 22).

In una situazione come quella di cui trattasi nel procedimento principale, in cui il presunto illecito consiste nella violazione di diritti d'autore e di diritti connessi al diritto d'autore mediante la messa in rete su un determinato sito Internet di fotografie senza il consenso del loro autore, quale evento causale – definito come il fatto da cui l'asserito danno trae la propria origine – deve considerarsi l'avviamento del processo tecnico finalizzato alla visualizzazione delle fotografie sul suddetto sito Internet. Il fatto generatore di un'eventuale lesione dei diritti d'autore risiede pertanto nel comportamento del proprietario di tale sito. In un procedimento come quello principale, gli atti e le omissioni idonee a configurare una simile lesione possono essere localizzati unicamente nel luogo in cui si trova la sede della società convenuta, dal momento che è qui che la stessa ha preso ed attuato la decisione di mettere in rete delle fotografie su un determinato sito Internet. Ne consegue che l'evento causale si colloca nella sede di detta società e, quindi, non consente di stabilire la competenza del giudice adito ai sensi dell'art. 5 n. 3 del regolamento (CE) n. 44/2001 del 22 dicembre 2000 (punti 23-26).

Il luogo in cui si concretizza il danno, ai sensi dell'art. 5 n. 3 del regolamento (CE) n. 44/2001, può variare in funzione della natura del diritto asseritamente violato; inoltre, il rischio che un danno si concretizzi in un determinato Stato membro è subordinato alla circostanza che il diritto del quale si lamenta la violazione sia protetto in tale Stato membro (punto 29).

Per determinare il luogo in cui il danno – derivante dalla violazione dei diritti d'autore dell'attore, tutelati nello Stato membro del giudice adito, in conseguenza della pubblicazione di sue fotografie sul sito Internet del convenuto – si concretizza, allo scopo di stabilire la competenza giurisdizionale sul fondamento dell'art. 5 n. 3 del regolamento (CE) n. 44/2001, è privo di rilevanza il fatto che il sito Internet de quo non sia destinato allo Stato membro del giudice adito, giacché il suddetto art. 5 n. 3, contrariamente all'art. 15 par. 1 lett. c del medesimo regolamento, non esige che detto sito sia «diretto verso» lo Stato membro del giudice adito. In circostanze come quelle di cui trattasi nel procedimento principale, quindi, deve ritenersi che la concretizzazione del danno e/o il rischio di tale concretizzazione derivino dall'accessibilità, nello Stato membro del giudice adito, per mezzo del sito Internet del convenuto, delle fotografie cui si ricollegano i diritti fatti valere dall'attore (punti 30-34).

Poiché la tutela dei diritti d'autore e dei diritti connessi al diritto d'autore accordata dallo Stato membro del giudice adito vale soltanto per il territorio del citato Stato membro, il giudice adito in base al criterio della concretizzazione del danno asserito è esclusivamente competente a conoscere del solo danno cagionato nel territorio di tale Stato membro. Infatti, in linea di principio i giudici di altri Stati membri restano competenti a conoscere del danno cagionato ai diritti d'autore e ai diritti connessi al diritto d'autore sul territorio del loro rispettivo Stato membro, alla luce dell'art. 5 n. 3 del regolamento (CE) n. 44/2001 e del principio di territorialità, dato che si trovano nella posizione migliore, da un lato, per valutare se siano stati effettivamente violati i suddetti diritti garantiti dallo Stato membro interessato e, dall'altro, per determinare la natura del danno cagionato (punti 36-37).

Ne consegue che, ai sensi dell'art. 5 n. 3 del regolamento (CE) n. 44/2001, nel caso di un'asserita lesione ai diritti d'autore e ai diritti connessi al diritto d'autore garantiti dallo Stato membro del giudice adito, quest'ultimo è competente, in base al criterio del luogo in cui il danno si è concretizzato, a conoscere di un'azione per responsabilità per la lesione di tali diritti in conseguenza della messa in rete di fotografie tutelate su un sito Internet accessibile nell'ambito territoriale della sua giurisdizione. Tale giudice è esclusivamente competente a conoscere del solo danno cagionato nel territorio dello Stato membro al quale appartiene (dispositivo).

Corte di giustizia, sentenza 28 gennaio 2015 nella causa C-375/13

Presidente, BAY LARSEN – Avvocato generale, SZPUNAR

Sulla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dallo Handelsgericht Wien (Austria) nella causa **Kolassa contro Barclays Bank plc**.

L'art. 15 par. 1 del regolamento (CE) n. 44/2001 del 22 dicembre 2000 trova applicazione solo se sono soddisfatte cumulativamente tre condizioni, ossia: i) che una parte contrattuale abbia la qualità di consumatore e agisca in un contesto che può essere considerato estraneo alla sua attività professionale; ii) che sia stato effettivamente concluso un contratto tra il consumatore e un professionista e iii) che tale contratto rientri in una delle categorie di cui al par. 1 lett. a-c di detto art. 15 (punto 23).

L'art. 15 par. 1 del regolamento (CE) n. 44/2001 deve essere interpretato in modo restrittivo in quanto costituisce una deroga tanto alla regola generale di competenza giurisdizionale sancita dall'art. 2 par. 1 di tale regolamento quanto alla regola di competenza giurisdizionale speciale in materia di contratti dettata dall'art. 5 par. 1 del medesimo regolamento (punto 28).

La condizione relativa all'esistenza di un contratto tra il consumatore e il professionista consente di garantire la prevedibilità dell'attribuzione della competenza giurisdizionale che rappresenta uno degli obiettivi del regolamento (CE) n. 44/2001, come risulta dal suo considerando n. 11. Siffatto requisito non si presta, pertanto, a un'interpretazione secondo cui esso sarebbe soddisfatto anche in presenza di una catena di contratti in applicazione della quale taluni diritti e obblighi del professionista sarebbero trasferiti verso il consumatore (punti 29-30).

Tale considerazione trova conferma nell'art. 16 par. 1 del regolamento (CE) n. 44/2001, le regole di competenza dettate dal quale si applicano soltanto all'azione esperita dal consumatore contro l'altra parte del contratto, il che presuppone necessariamente la conclusione di un contratto da parte del consumatore con il professionista in questione.

La Corte di giustizia ha invero interpretato la nozione di «altra parte del contratto» di cui all'art. 16 par. 1 del regolamento (CE) n. 44/2001 nel senso che essa designa anche la controparte contrattuale dell'operatore con il quale il consumatore ha concluso tale contratto (sentenza 14 novembre 2013 in causa C-478/12). Tuttavia, tale interpretazione poggia su circostanze specifiche in cui il consumatore era sin dall'inizio contrattualmente legato, in maniera inscindibile, a due controparti

contrattuali. Inoltre, l'esclusione della controparte contrattuale stabilita nello Stato membro del consumatore dall'ambito di applicazione di detto art. 16 avrebbe comportato che il giudice investito dell'azione di condanna in solido delle due controparti contrattuali sarebbe stato competente solo rispetto all'operatore stabilito in un altro Stato membro. Una tale interpretazione non può, quindi, valere nell'ambito del procedimento principale, atteso che manca del tutto la conclusione di un contratto con il professionista convenuto (punti 31-34).

Ne consegue che, in circostanze come quelle del procedimento principale, un ricorrente che, in qualità di consumatore, abbia acquistato un'obbligazione al portatore da un terzo professionista, senza che tra detto consumatore e l'emittente di tale obbligazione sia stato concluso un contratto, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare, non può avvalersi della competenza prevista dall'art. 15 par. 1 del regolamento (CE) n. 44/2001 ai fini dell'azione esperita contro detto emittente e fondata sulle condizioni inerenti al titolo obbligazionario, sulla violazione degli obblighi di informazione e di controllo nonché sulla responsabilità derivante dal prospetto (primo dispositivo).

Sebbene, a differenza dell'art. 15 par. 1 del regolamento (CE) n. 44/2001, l'art. 5 n. 1 lett. a del medesimo regolamento non esiga, come condizione per la sua applicazione, la conclusione di un contratto, è tuttavia indispensabile individuare un'obbligazione giuridica assunta liberamente da una parte nei confronti di un'altra, su cui si fonda la domanda giudiziale. L'art. 5 n. 1 lett. a del suddetto regolamento non è, pertanto, applicabile a un'azione esperita contro l'emittente di un'obbligazione al portatore, che l'attore abbia acquistato da un terzo, allorché essa si fonda sulle condizioni inerenti al titolo obbligazionario, sulla violazione degli obblighi di informazione e di controllo nonché sulla responsabilità derivante dal prospetto, in base al diritto nazionale applicabile, senza che il detto emittente si sia liberamente obbligato nei confronti dell'attore, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare (punti 38-40 e secondo dispositivo).

Atteso che la nozione di «materia di illeciti civili dolosi o colposi», ai sensi dell'art. 5 n. 3 del regolamento (CE) n. 44/2001, comprende qualsiasi domanda che miri a coinvolgere la responsabilità di un convenuto e che non si ricolleggi alla «materia contrattuale» di cui all'art. 5 n. 1 lett. a di tale regolamento, rientrano in tale materia le azioni di responsabilità intraprese nei confronti di un emittente e fondate sul prospetto nonché sulla violazione di altri obblighi di informazione degli investitori imposti per legge, purché non siano riconducibili alla nozione di «materia contrattuale» (punto 44).

L'espressione «luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto», di cui all'art. 5 n. 3 del regolamento (CE) n. 44/2001, non si riferisce al luogo del domicilio dell'attore per il solo fatto che egli vi abbia subito un danno finanziario derivante dalla perdita di elementi del suo patrimonio avvenuta e subita in un altro Stato membro. Il solo fatto che l'attore subisca conseguenze finanziarie non giustifica, infatti, l'attribuzione di competenza al giudice del domicilio di quest'ultimo qualora sia il fatto generatore sia la concretizzazione del danno si situano sul territorio di un altro Stato membro (punti 48-49).

Il fatto generatore del danno addotto, ossia gli atti o le omissioni che possono configurare la pretesa violazione da parte della banca convenuta dei suoi obblighi di legge relativi al prospetto e all'informazione degli investitori, non si localizza nel

luogo del domicilio dell'investitore asseritamente leso allorché le decisioni relative alle modalità degli investimenti proposti da tale banca e ai contenuti dei relativi prospetti non siano state adottate nello Stato membro in cui detto investitore è domiciliato, né detti prospetti siano stati redatti e distribuiti in origine al di fuori dello Stato membro in cui ha sede detta banca (punto 53).

Nel caso di svalutazione di certificati obbligazionari dovuta non alle allee dei mercati finanziari, ma alla gestione dei fondi nei quali il denaro derivante dall'emissione di tali certificati è stato investito, il danno si verifica nel luogo del domicilio dell'investitore qualora ivi abbia sede la banca presso cui l'investitore detenga un conto bancario sul quale si è direttamente realizzato il danno. Il luogo della concretizzazione del danno così individuato risponde all'obiettivo del regolamento (CE) n. 44/2001 di rafforzare la tutela giuridica delle persone stabilite nell'Unione europea, consentendo al contempo all'attore di individuare agevolmente il giudice al quale può rivolgersi e al convenuto di prevedere ragionevolmente quello dinanzi al quale può essere citato, posto che l'emittente di un certificato che non adempie i propri obblighi di legge relativi al prospetto deve, qualora decida di far notificare il prospetto relativo al certificato in altri Stati membri, aspettarsi che operatori non sufficientemente informati, domiciliati in tali Stati membri, investano su tale certificato e subiscano il danno (punti 51, 54-56).

Ne consegue che l'art. 5 n. 3 del regolamento (CE) n. 44/2001 è applicabile a un'azione volta a far accertare la responsabilità dell'emittente di un certificato fondata sul prospetto ad esso inerente nonché sulla violazione di altri obblighi di informazione incombenti a detto emittente, purché tale responsabilità non rientri nell'ambito della materia contrattuale ai sensi dell'art. 5 n. 1 di detto regolamento. A norma dell'art. 5 n. 3, il giudice del domicilio dell'attore è competente, sulla base della concretizzazione del danno, a conoscere di un'azione siffatta in particolare qualora il danno lamentato si verifichi direttamente su un conto bancario del ricorrente presso una banca avente sede nell'ambito di competenza territoriale di tale giudice (terzo dispositivo).

Sebbene la portata degli obblighi di controllo che incombono al giudice nazionale in sede di esame della sua competenza internazionale attenga al diritto processuale interno, che il regolamento (CE) n. 44/2001 non intende unificare, l'applicazione delle norme nazionali pertinenti non deve tuttavia pregiudicare l'effetto utile di tale regolamento. A tal proposito, l'obiettivo di certezza del diritto esige che il giudice adito possa pronunciarsi agevolmente sulla propria competenza, senza essere costretto a procedere all'esame della causa nel merito (punti 60-61).

Nell'ambito dell'esame della competenza giurisdizionale ai sensi del regolamento (CE) n. 44/2001, non è necessario procedere a un'istruzione probatoria dettagliata per quanto riguarda gli elementi di fatto controversi che sono pertinenti ai fini tanto della competenza quanto della sussistenza del diritto azionato, in quanto essa rischierebbe di pregiudicare l'esame del merito. Tuttavia, alla luce sia dell'obiettivo di buona amministrazione della giustizia, sotteso al suddetto regolamento, sia del rispetto dovuto all'autonomia del giudice nell'esercizio delle sue funzioni, il giudice adito può esaminare la propria competenza internazionale tenendo conto di tutte le informazioni di cui dispone, comprese, eventualmente, le contestazioni del convenuto (punti 63-64 e quarto dispositivo).

Corte di giustizia, sentenza 13 maggio 2015 nella causa C-536/13

Presidente, SKOURIS – Avvocato generale, WATHELET

Sulla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Lituania) nella causa «**Gazprom**» OAO contro Lietuvos Respublika.

Ai sensi dell'art. 1 par. 2 lett. d del regolamento (CE) n. 44/2001 del 22 dicembre 2000, l'arbitrato non rientra nell'ambito di applicazione di tale regolamento, il quale si limita a disciplinare i conflitti di competenza tra gli organi giurisdizionali degli Stati membri; conflitto che non si configura nel caso dei collegi arbitrali, che non sono organi giurisdizionali statali (punti 28 e 36).

Nel caso di un lodo arbitrale che contenga un provvedimento inibitorio che obbliga una parte di un procedimento arbitrale a ridurre la portata delle domande formulate nell'ambito di un procedimento pendente dinanzi a un giudice di questo stesso Stato membro, non si configura una violazione del principio di reciproca fiducia, che gli Stati membri accordano ai rispettivi sistemi giuridici e alle rispettive istituzioni giudiziarie (il quale si traduce nell'armonizzazione delle regole di competenza degli organi giurisdizionali, sulla base del sistema stabilito dal regolamento (CE) n. 44/2001), poiché il provvedimento inibitorio è stato pronunciato da un collegio arbitrale e non vi è, quindi, l'ingerenza di un giudice di uno Stato membro nella competenza di un giudice di un altro Stato membro.

Analogamente, un siffatto divieto contenuto in un lodo arbitrale e rivolto a una parte di presentare talune domande dinanzi ad un giudice di uno Stato membro non può privare questa parte della protezione giurisdizionale, ossia dell'accesso al giudice nazionale nondimeno adito da tale parte, dato che, nell'ambito della procedura di riconoscimento ed esecuzione di tale lodo arbitrale, da un lato, detta parte potrebbe opporsi a questo riconoscimento e a questa esecuzione e, dall'altro, il giudice adito dovrebbe determinare, sulla base del diritto processuale nazionale e del diritto internazionale applicabili, se si debba o meno procedere al riconoscimento e all'esecuzione di tale lodo arbitrale. In dette circostanze, né il citato lodo arbitrale, né la decisione con cui, se del caso, il giudice di uno Stato membro lo riconosce, sono idonei a pregiudicare la reciproca fiducia tra i giudici dei diversi Stati membri su cui si fonda il regolamento (CE) n. 44/2001 (punti 37-39).

A differenza del provvedimento inibitorio contestato nel procedimento che ha dato luogo alla sentenza 10 febbraio 2009 in causa C-185/07, Allianz e Generali Assicurazioni Generali, il mancato rispetto del provvedimento inibitorio contenuto nel lodo arbitrale ad opera della parte cui esso è rivolto nell'ambito del procedimento relativo all'avvio di un'inchiesta sulle attività di una persona giuridica non comporta l'irrogazione, contro detta parte, di sanzioni da parte di un giudice di un altro Stato membro. Ne consegue che gli effetti giuridici di un siffatto lodo arbitrale si distinguono dagli effetti del provvedimento inibitorio di cui al procedimento che ha dato luogo alla citata sentenza.

Pertanto, la procedura di riconoscimento ed esecuzione di un lodo arbitrale quale quello di cui al procedimento principale è regolata dal diritto nazionale e dal diritto internazionale applicabili nello Stato membro in cui tale riconoscimento e tale esecuzione sono richiesti, e non dal regolamento (CE) n. 44/2001 (punti 40-41).

Nelle circostanze di cui al procedimento principale, quindi, l'eventuale limitazione dei poteri attribuiti a un giudice di uno Stato membro investito di una controversia parallela di pronunciarsi sulla propria competenza potrebbe derivare unicamente dal riconoscimento e dall'esecuzione da parte di un giudice dello stesso Stato membro di un lodo arbitrale, come quello di cui al procedimento principale, ai sensi del diritto processuale di tale Stato membro e, se del caso, della convenzione di New York del 10 giugno 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, che regolano questa materia esclusa dall'ambito di applicazione del regolamento (CE) n. 44/2001.

Poiché la convenzione di New York del 1958 disciplina un settore escluso dall'ambito di applicazione del regolamento (CE) n. 44/2001, essa non è relativa, segnatamente, ad una «materia particolare», ai sensi dell'art. 71 par. 1 di detto regolamento. Infatti, l'art. 71 di detto regolamento disciplina solamente i rapporti tra lo stesso e le convenzioni relative alle materie particolari che rientrano nell'ambito di applicazione del regolamento (CE) n. 44/2001 (punti 42-43).

Ne consegue che il regolamento (CE) n. 44/2001 non osta a che il giudice di uno Stato membro riconosca ed esegua, né a che si rifiuti di riconoscere ed eseguire, un lodo arbitrale che vieti ad una parte di presentare talune domande dinanzi ad un giudice di tale Stato membro, in quanto detto regolamento non disciplina il riconoscimento e l'esecuzione, in uno Stato membro, di un lodo arbitrale emesso da un collegio arbitrale in un altro Stato membro (dispositivo).

REGOLAMENTO (CE) n. 2201/2003

Corte di giustizia, sentenza 9 gennaio 2015 nella causa C-498/14 PPU

Presidente, BAY LARSEN – Avvocato generale, JÄÄSKINEN

Sulla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Cour d'Appel de Bruxelles (Belgio) nella causa **Bradbrooke** contro **Aleksandrowicz**.

Riguardo ai casi di sottrazione internazionale di minori, le disposizioni di cui all'art. 11 parr. 6-8 del regolamento (CE) n. 2201/2003 del 27 novembre 2003, relative alla decisione sulla questione del ritorno del minore da parte del giudice dello Stato membro della residenza abituale originaria, conseguente ad un provvedimento contro il ritorno emesso nello Stato membro verso cui egli è stato sottratto, non individuano l'autorità giurisdizionale nazionale competente per tale questione (punti 43-44).

L'individuazione del giudice nazionale competente ad esaminare le questioni relative al ritorno o all'affidamento del minore, nel contesto della procedura di cui all'art. 11 parr. 6-8 del regolamento (CE) n. 2201/2003, rientra nell'ambito della discrezionalità degli Stati membri, anche nell'ipotesi in cui, alla data della notifica del provvedimento contro il ritorno di un minore, una corte o un tribunale siano

già investiti di un procedimento di merito relativo alla responsabilità genitoriale nei confronti dello stesso minore. Tuttavia tale scelta non deve pregiudicare l'effetto utile del suddetto regolamento (punti 49-50).

Il fatto che uno Stato membro attribuisca a un'autorità giurisdizionale specializzata la competenza a esaminare le questioni relative al ritorno o all'affidamento del minore nel contesto della procedura prevista all'art. 11 parr. 7 e 8 del regolamento (CE) n. 2201/2003, anche qualora una corte o un tribunale siano già investiti di un procedimento di merito relativo alla responsabilità genitoriale nei confronti del minore, non può, di per sé, pregiudicare l'effetto utile del suddetto regolamento (punto 51).

Per quanto concerne l'obiettivo della rapidità, nell'applicare le pertinenti disposizioni di diritto interno, il giudice nazionale chiamato ad interpretarle deve farlo alla luce del diritto dell'Unione e, segnatamente, del regolamento (punto 53).

L'art. 11 parr. 7 e 8 del regolamento (CE) n. 2201/2003 non osta, in linea di principio, a che uno Stato membro attribuisca a un'autorità giurisdizionale specializzata la competenza a esaminare le questioni relative al ritorno o all'affidamento del minore nel contesto della procedura prevista da tali disposizioni, anche qualora una corte o un tribunale siano già investiti di un procedimento di merito relativo alla responsabilità genitoriale nei confronti del minore (punto 54 e dispositivo).

Corte di giustizia, ordinanza 13 gennaio 2015 nella causa C-489/14

Presidente, SKOURIS – Avvocato generale, CRUZ VILLALÓN

Sulla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla High Court of Justice (England & Wales), Family Division (Regno Unito) nella causa **A. contro B.**

Ai sensi dell'art. 105 par. 1 del regolamento di procedura della Corte di giustizia, su domanda del giudice del rinvio o eccezionalmente d'ufficio, quando la natura della causa esige un rapido trattamento, il presidente della Corte, sentiti il giudice relatore e l'avvocato generale, può decidere di sottoporre un rinvio pregiudiziale ad un procedimento accelerato, in deroga alle disposizioni del regolamento suddetto (punto 16).

Deve essere rigettata la domanda di procedimento accelerato, formulata dalla High Court of Justice (England e Wales) e concernente una causa di separazione intentata dal marito in Francia e una causa di divorzio intentata dalla moglie nel Regno Unito che coinvolge la portata dell'art. 19 parr. 1 e 3 del regolamento (CE) n. 2201/2003 del 27 novembre 2003, poiché non è sicuro che le questioni sulla responsabilità genitoriale nei confronti dei figli saranno altrettanto litigiose come quelle relative agli aspetti matrimoniali né è dato rinvenire dal fascicolo che i figli si troveranno in una situazione di particolare precarietà che necessita una risposta urgente; in queste circostanze, l'incertezza giuridica che grava sui minori non è suscettibile di costituire una situazione eccezionale (punti 19 e 20).

DISTACCO DEI LAVORATORI

Corte di giustizia, sentenza 12 febbraio 2015 nella causa C-396/13

*Presidente f.f., RODIN – Avvocato generale, WAHL*Sulla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Satakunnan käräjäoikeus (Finlandia) nella causa **Sähköalojen ammattiliitto ry contro Elektrobudowa Spółka Akcyjna**.

Ai sensi dell'art. 3 par. 1, secondo comma della direttiva 96/71/CE del 16 dicembre 1996, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, le questioni vertenti sulle tariffe minime salariali sono disciplinate, qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro, dalla normativa dello Stato membro in cui i lavoratori sono distaccati.

Nel caso in cui un'impresa avente sede in uno Stato membro abbia distaccato alcuni lavoratori nel territorio di un altro Stato membro, nel quale viene eseguita la prestazione lavorativa, la direttiva 96/71/CE, letta alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, osta a che una normativa del primo Stato, in forza della quale è vietata la cessione di crediti derivanti da rapporti di lavoro, possa impedire la presentazione di un ricorso da parte di un sindacato dinanzi a un giudice del secondo Stato al fine di recuperare, a favore dei lavoratori distaccati, taluni crediti salariali attinenti al salario minimo, ai sensi della suddetta direttiva, che sono stati ad esso ceduti, dal momento che, da un lato, il sindacato ricorrente ha legittimazione ad agire in base alla legge processuale del foro e, dall'altro, la detta cessione di crediti è conforme alla legge dello Stato membro del distacco (punti 20-25 e primo dispositivo).

L'art. 3 par. 1, primo comma della direttiva 96/71/CE ha il duplice obiettivo di garantire una concorrenza leale tra le imprese dello Stato membro ospitante e quelle che svolgono una prestazione di servizi transnazionale, da un lato, e di garantire ai lavoratori distaccati l'applicazione delle norme di protezione minima dello Stato membro ospitante, dall'altro lato (punto 30).

L'art. 3 par. 1 e par. 7 della direttiva 96/71/CE, letto alla luce degli artt. 56 e 57 TFUE, deve essere interpretato nel senso che:

– esso non osta a un calcolo del salario minimo orario e/o a cottimo, basato sull'inquadramento dei lavoratori in gruppi retributivi, come previsto dai pertinenti contratti collettivi dello Stato membro ospitante, purché tale calcolo e tale inquadramento siano effettuati sulla base di norme vincolanti e trasparenti, accertamento questo che spetta al giudice nazionale;

– un'indennità giornaliera, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, deve essere considerata come facente parte integrante del salario minimo a condizioni identiche a quelle cui è subordinata l'inclusione di tale indennità nel salario minimo versato ai lavoratori locali in occasione di un loro distacco all'interno dello Stato membro interessato;

– un'indennità per il tragitto giornaliero, che è versata ai lavoratori a condizione che la durata del tragitto giornaliero che essi effettuano per recarsi sul loro luogo di lavoro e per fare da esso ritorno ecceda un'ora, deve essere considerata come facente parte integrante del salario minimo dei lavoratori distaccati, sempreché tale condizione sia soddisfatta, accertamento questo che spetta al giudice nazionale;

- *l'accollo dei costi di alloggio di tali lavoratori non deve essere considerato un elemento del salario minimo degli stessi;*
- *un'indennità concessa sotto forma di buoni pasto distribuiti ai suddetti lavoratori non deve essere considerata come facente parte integrante del salario minimo degli stessi, e*
- *la gratifica per ferie che deve essere accordata ai lavoratori distaccati per la durata minima delle ferie annuali retribuite corrisponde al salario minimo cui tali lavoratori hanno diritto durante il periodo di riferimento (secondo dispositivo).*

DIVIETO DI DISCRIMINAZIONI

Corte di giustizia, sentenza 18 dicembre 2014 nella causa C-354/13

Presidente, BAY LARSEN – Avvocato generale, JÄÄSKINEN

Sulla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal retten i Kolding (Danimarca) nella causa **Fag og Arbejde (FOA)**, che agisce per conto di Kaltoft, *contro* **Kommunernes Landsforening (KL)**, che agisce per conto del Billund Kommune.

Il diritto dell'Unione non sancisce alcun principio generale di non discriminazione a motivo dell'obesità, in quanto tale, per quanto riguarda l'occupazione e le condizioni di lavoro (primo dispositivo).

Lo stato di obesità di un lavoratore costituisce un «handicap», ai sensi della direttiva 2000/78/CE del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, qualora determini una limitazione, risultante segnatamente da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature, la quale, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su un piano di uguaglianza con gli altri lavoratori. È compito del giudice nazionale valutare se tali condizioni ricorrano nel procedimento principale (secondo dispositivo).

LIBERA CIRCOLAZIONE DEI CITTADINI DELL'UNIONE

Corte di giustizia, sentenza 18 dicembre 2014 nella causa C-202/13

Presidente, SKOURIS – Avvocato generale, SZPUNAR

Sulla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) (Regno Unito) nella causa **The Queen**, su istanza di **McCarthy, H.P. McCarthy Rodriguez e N.C. McCarthy Rodriguez**, *contro* **Secretary of State for the Home Department**.

Tanto l'art. 35 della direttiva 2004/38/CE del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, quanto l'art. 1 del protocollo n. 20 sull'applicazione di alcuni aspetti dell'art. 26 TFUE al Regno Unito e all'Irlanda non consentono a uno Stato membro di sottoporre, perseguendo uno scopo di prevenzione generale, i familiari di un cittadino dell'Unione europea non aventi la cittadinanza di uno Stato membro e titolari di una carta di soggiorno in corso di validità, rilasciata ai sensi dell'art. 10 della direttiva 2004/38/CE dalle autorità di un altro Stato membro, all'obbligo di essere in possesso, a norma delle disposizioni di diritto nazionale, di un permesso di ingresso, quale il permesso per familiare SEE (Spazio economico europeo), al fine di poter entrare nel suo territorio (dispositivo).

PROTEZIONE DEI CONSUMATORI

Corte di giustizia, sentenza 12 febbraio 2015 nella causa C-567/13

Presidente, ILEŠIČ – Avvocato generale, KOKOTT

Sulla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Fővárosi Törvényszék (Ungheria) nella causa **Baczó e Vizsnyiczai contro Raiffeisen Bank Zrt.**

L'art. 7 par. 1 della direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, non osta a una norma procedurale nazionale in forza della quale un giudice locale competente a pronunciarsi sul ricorso di un consumatore riguardante l'invalidità di un contratto d'adesione non è competente a conoscere della domanda di tale consumatore diretta a ottenere l'accertamento dell'abusività di clausole contrattuali contenute in tale contratto, salvo qualora risulti che il fatto di sottrarre la competenza al giudice locale comporta inconvenienti procedurali idonei a rendere eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti che sono conferiti al consumatore dall'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Spetta al giudice nazionale procedere alle verifiche necessarie al riguardo (dispositivo).

PROTEZIONE DEI LAVORATORI

Corte di giustizia, sentenza 5 novembre 2014 nella causa C-311/13

Presidente, VON DANWITZ – Avvocato generale, BOT

Sulla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Centrale Raad van Beroep (Paesi Bassi) nella causa **Tümer contro Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen.**

Le disposizioni della direttiva 80/987/CEE del 20 ottobre 1980, relativa alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro, ostano a una normativa nazionale sulla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro, come quella di cui al procedimento principale, secondo la quale un cittadino di un paese terzo che non soggiorna legalmente nello Stato membro interessato non è considerato un lavoratore subordinato, legittimato a richiedere una prestazione di insolvenza in forza, in particolare, dei crediti salariali non pagati in caso di insolvenza del datore di lavoro, mentre il medesimo cittadino di paese terzo è qualificato, ai sensi delle norme di diritto civile di tale Stato membro, come «lavoratore subordinato» avente diritto ad una retribuzione che può costituire oggetto di ricorso contro il proprio datore di lavoro davanti agli organi giurisdizionali nazionali (dispositivo).

DOCUMENTAZIONE

CONVENZIONE SUGLI ACCORDI DI SCELTA DEL FORO

(L'Aja, 30 giugno 2005)

Come risulta dal sito Internet della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato (www.hcch.net), l'11 giugno 2015 l'Unione europea ha depositato lo strumento di approvazione relativo alla convenzione dell'Aja del 30 giugno 2005 sugli accordi di scelta del foro, dando seguito all'autorizzazione di cui alla decisione del Consiglio 2014/887/UE, del 4 dicembre 2014 (in *Gazz. Uff. Un. eur.*, n. L 353 del 10 dicembre 2011). La convenzione entrerà quindi in vigore per l'UE, ovvero per tutti i suoi Stati membri ad eccezione della Danimarca, e per il Messico, che aveva depositato il proprio strumento di adesione il 26 settembre 2007, in data 1° ottobre 2015, ai sensi del suo art. 31. Conformemente alla menzionata decisione del Consiglio, all'atto del deposito dello strumento di approvazione, l'Unione ha reso una dichiarazione relativa ai contratti di assicurazione, a norma dell'art. 21 della convenzione, e una dichiarazione unilaterale relativa alla possibilità di rivalutare la necessità della prima alla luce dell'esperienza applicativa, che vanno aggiungersi alla dichiarazione di competenza ai sensi dell'art. 30 della convenzione, allegata alla decisione del Consiglio 2009/397/UE, del 26 febbraio 2009, relativa alla firma a nome della Comunità europea della convenzione sugli accordi di scelta del foro (*ivi*, n. L 133 del 29 maggio 2009), e a quella del 29 gennaio 2010 relativa alla successione dell'Unione alla Comunità, a far data dal 1° dicembre 2009, pubblicata in estratto sul sito della Conferenza. Si riproducono qui la traduzione in lingua italiana della convenzione (pubblicata nella *Gazz. Uff. Un. eur.*, n. L 133 sopra indicata, quale allegato I alla decisione del Consiglio 2009/397/UE), e il testo italiano delle dichiarazioni che hanno accompagnato la firma e l'approvazione della stessa; si ricorda altresì che i soli testi della convenzione facenti fede sono quelli in francese e in inglese, reperibili sul menzionato sito della Conferenza dell'Aja.

CONVENZIONE SUGLI ACCORDI DI SCELTA DEL FORO

Gli Stati contraenti della presente convenzione,
desiderosi di promuovere gli scambi e gli investimenti internazionali attraverso una migliore cooperazione giudiziaria,

persuasi che tale cooperazione possa essere rafforzata grazie a norme uniformi concernenti la competenza giurisdizionale e il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni straniere in materia civile e commerciale,

persuasi che tale cooperazione rafforzata richieda, in particolare, un quadro normativo internazionale che garantisca la certezza e l'efficacia degli accordi di scelta del foro esclusivi conclusi tra le parti di operazioni commerciali e che disciplini il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni pronunciate nei procedimenti fondati su tali accordi,

hanno deciso di stipulare la presente convenzione e hanno convenuto le disposizioni seguenti:

CAPO I

CAMPO DI APPLICAZIONE E DEFINIZIONI

Articolo 1

Campo di applicazione

1. La presente convenzione si applica nelle fattispecie internazionali agli accordi di scelta del foro esclusivi conclusi in materia civile o commerciale.

2. Ai fini del capo II, una fattispecie è internazionale, salvo che le parti risiedano nello stesso Stato contraente e il loro rapporto e tutti gli altri elementi pertinenti della controversia, a prescindere dalla sede del giudice prescelto, siano connessi solamente con quello Stato.

3. Ai fini del capo III, una fattispecie è internazionale quando è chiesto il riconoscimento o l'esecuzione di una decisione straniera.

Articolo 2

Esclusioni dal campo di applicazione

1. La presente convenzione non si applica agli accordi di scelta del foro esclusivi:
 - a) di cui sia parte una persona fisica che agisce principalmente per fini personali, familiari o domestici (un consumatore);
 - b) relativi ai contratti di lavoro, compresi gli accordi collettivi.
2. La presente convenzione non si applica alle seguenti materie:
 - a) stato e capacità delle persone fisiche;
 - b) obbligazioni alimentari;
 - c) altre materie del diritto di famiglia, compresi i regimi patrimoniali della famiglia e gli altri diritti o obblighi derivanti dal matrimonio o da relazioni similari;
 - d) testamenti e successioni;
 - e) fallimenti, concordati e materie affini;
 - f) trasporto passeggeri e merci;
 - g) inquinamento marittimo, limitazione della responsabilità per domande risarcitorie marittime, avaria comune e rimorchio e salvataggio d'emergenza;
 - h) antitrust (concorrenza);
 - i) responsabilità per danni nucleari;
 - j) domande di risarcimento per lesioni personali presentate da persone fisiche o in loro nome;
 - k) domande di risarcimento del danno extracontrattuale alle cose;
 - l) diritti reali immobiliari e contratti d'affitto di immobili;
 - m) validità, nullità o scioglimento delle persone giuridiche e validità delle decisioni dei loro organi;
 - n) validità dei diritti di proprietà intellettuale diversi dal diritto d'autore e dai diritti connessi;
 - o) violazione dei diritti di proprietà intellettuale diversi dal diritto d'autore e dai diritti connessi, salvo che il procedimento sia, o avrebbe potuto essere, promosso per inadempimento di un contratto concernente tali diritti;
 - p) validità delle trascrizioni ed iscrizioni nei pubblici registri.
3. In deroga al paragrafo 2, rientrano nel campo di applicazione della presente convenzione i procedimenti in cui le materie escluse ai sensi del suddetto paragrafo costituiscono oggetto di mere questioni preliminari e non l'oggetto del procedimento. In particolare, il solo fatto che sia sollevata un'eccezione riguardante una materia esclusa ai sensi del paragrafo 2 non comporta l'esclusione del procedimento dal campo di applicazione della convenzione, purché tale materia non costituisca l'oggetto del procedimento.
4. La presente convenzione non si applica all'arbitrato e ai procedimenti ad esso correlati.
5. Il solo fatto che uno Stato, un governo, un'agenzia governativa o qualsiasi persona che agisce per conto di uno Stato, sia parte di un procedimento non esclude quest'ultimo dal campo di applicazione della convenzione.
6. La presente convenzione non pregiudica i privilegi e le immunità di cui godono gli Stati e le organizzazioni internazionali e i loro beni.

Articolo 3

Accordi di scelta del foro esclusivi

Ai fini della presente convenzione:

- a) per «accordo di scelta del foro esclusivo» si intende un accordo avente i requisiti di cui alla lettera c), concluso tra due o più parti per designare, ai fini della competenza a conoscere delle controversie presenti o future nate da un determinato rapporto giuridico, i giudici di uno Stato contraente o uno o più giudici specifici di uno Stato contraente, escludendo la competenza di qualunque altro giudice;
- b) salvo espressa disposizione contraria delle parti, l'accordo di scelta del foro che designa i giudici di uno Stato contraente o uno o più giudici specifici di uno Stato contraente si considera esclusivo;
- c) l'accordo di scelta del foro esclusivo deve essere concluso o documentato:
 - i) per iscritto; o
 - ii) con qualunque altro mezzo di comunicazione che consenta di accedere alle informazioni e farvi successivamente riferimento;
- d) l'accordo di scelta del foro esclusivo inserito in un contratto si considera indipendente dalle altre clausole contrattuali. La validità dell'accordo non può essere contestata per il solo motivo che il contratto è invalido.

Articolo 4

Altre definizioni

- 1. Ai sensi della presente convenzione, per «decisione» si intende qualsiasi decisione giudiziaria nel merito a prescindere dalla denominazione usata, quale ad esempio sentenza o ordinanza, nonché la determinazione delle spese giudiziali da parte del giudice (incluso il cancelliere), purché si riferisca a una decisione nel merito che possa essere riconosciuta o eseguita ai sensi della presente convenzione. I provvedimenti cautelari non sono considerati decisioni.
- 2. Ai fini della presente convenzione, un soggetto diverso da una persona fisica si considera residente nello Stato:
 - a) della sua sede statutaria;
 - b) secondo la cui legge è stato costituito;
 - a) della sua amministrazione centrale; oppure
 - d) del suo centro d'attività principale.

CAPO II

COMPETENZA GIURISDIZIONALE

Articolo 5

Competenza giurisdizionale del giudice prescelto

- 1. Il giudice o i giudici di uno Stato contraente designati in un accordo di scelta del foro esclusivo sono competenti a conoscere delle controversie cui si applica l'accordo, salvo che questo sia nullo secondo la legge di tale Stato.
- 2. Il giudice competente ai sensi del paragrafo 1 non può declinare la propria competenza per il motivo che la controversia dovrebbe essere decisa da un giudice di un altro Stato.
- 3. I paragrafi precedenti non pregiudicano le norme:
 - a) sulla competenza per materia o per valore;
 - b) sulla ripartizione interna delle competenze tra i giudici di uno Stato contraente.
 Tuttavia, qualora il giudice prescelto disponga del potere discrezionale di rinviare una causa, deve essere tenuta in debita considerazione la scelta delle parti.

Articolo 6

Obblighi del giudice non prescelto

Il giudice di uno Stato contraente diverso dal giudice prescelto sospende il procedimento o dichiara la domanda inammissibile qualora al procedimento si applichi un accordo di scelta del foro esclusivo, a meno che:

- a) l'accordo sia nullo secondo la legge dello Stato del giudice prescelto;
- b) una parte fosse priva della capacità di concludere l'accordo in base alla legge dello Stato del giudice adito;
- c) l'attuazione dell'accordo comporti una palese ingiustizia o sia manifestamente contraria all'ordine pubblico dello Stato del giudice adito;
- d) per motivi eccezionali indipendenti dalla volontà delle parti, l'accordo non possa ragionevolmente essere eseguito; oppure
- e) il giudice prescelto abbia deciso di non conoscere della causa.

Articolo 7

Provvedimenti cautelari

I provvedimenti cautelari non sono disciplinati dalla presente convenzione. Questa non impone né preclude la concessione, il diniego o la revoca di provvedimenti cautelari da parte di un giudice di uno Stato contraente e non osta alla facoltà di una parte di richiedere misure di questo tipo né alla facoltà del giudice di concederle, negarle o revocarle.

CAPO III

RICONOSCIMENTO ED ESECUZIONE

Articolo 8

Riconoscimento ed esecuzione

1. Le decisioni rese da un giudice di uno Stato contraente designato in un accordo di scelta del foro esclusivo sono riconosciute ed eseguite negli altri Stati contraenti a norma del presente capo. Il riconoscimento e l'esecuzione possono essere negati solo per i motivi contemplati dalla presente convenzione.

2. Fatto salvo il riesame necessario per applicare le disposizioni del presente capo, la decisione del giudice di origine non può essere riesaminata nel merito. Il giudice richiesto è vincolato dagli accertamenti di fatto su cui il giudice di origine ha basato la propria competenza, salvo che la decisione sia stata resa in contumacia.

3. La decisione è riconosciuta solo se produce effetti nello Stato di origine ed è eseguita solo se ha efficacia esecutiva nello Stato di origine.

4. Il riconoscimento e l'esecuzione possono essere differiti o negati se la decisione è stata impugnata nello Stato di origine o se il termine per l'impugnazione ordinaria non è ancora scaduto. Il diniego non impedisce successive domande di riconoscimento o di esecuzione della decisione.

5. Il presente articolo si applica anche a una decisione resa da un giudice di uno Stato contraente cui il giudice prescelto in quello Stato abbia rinviato la causa, come previsto dall'articolo 5, paragrafo 3. Tuttavia, se il giudice prescelto disponeva del potere discrezionale di rinviare la causa ad altro giudice, il riconoscimento e l'esecuzione della decisione possono essere negati nei confronti della parte che si è tempestivamente opposta al rinvio nello Stato di origine.

Articolo 9

Diniego del riconoscimento o dell'esecuzione

Il riconoscimento e l'esecuzione possono essere negati se:

- a) l'accordo era nullo secondo la legge dello Stato del giudice prescelto, a meno che questo abbia accertato la validità dell'accordo;

b) una parte era priva della capacità di concludere l'accordo in base alla legge dello Stato richiesto;

c) l'atto introduttivo del procedimento o un atto equivalente contenente gli elementi essenziali della domanda:

i) non è stato notificato al convenuto in tempo utile e in modo tale da permettergli di presentare le proprie difese, salvo che il convenuto sia comparso e abbia presentato le sue difese senza contestare la notificazione dinanzi al giudice di origine, purché la legge dello Stato di origine permetta di contestare la notificazione; oppure

ii) è stato notificato al convenuto nello Stato richiesto in modo incompatibile con i principi fondamentali di quello Stato in materia di notificazione degli atti;

d) la decisione è stata ottenuta con frode nella procedura;

e) il riconoscimento e l'esecuzione sono manifestamente incompatibili con l'ordine pubblico dello Stato richiesto, compreso il caso in cui il procedimento specifico che ha condotto alla decisione risulti incompatibile con i principi fondamentali dell'equo procedimento di quello Stato;

f) la decisione è in contrasto con una decisione resa nello Stato richiesto in una controversia tra le stesse parti; oppure

g) la decisione è in contrasto con una decisione precedente resa in un altro Stato in una controversia tra le stesse parti avente lo stesso oggetto e lo stesso titolo, purché la decisione precedente soddisfi i requisiti di riconoscimento prescritti dallo Stato richiesto.

Articolo 10

Questioni preliminari

1. Le decisioni su questioni preliminari aventi ad oggetto materie escluse a norma dell'articolo 2, paragrafo 2, o dell'articolo 21 non sono riconosciute o eseguite in conformità della presente convenzione.

2. Il riconoscimento e l'esecuzione di una decisione possono essere negati se e nella misura in cui questa si basa su una decisione relativa a una questione preliminare concernente una materia esclusa a norma dell'articolo 2, paragrafo 2.

3. Tuttavia, qualora la decisione sulla questione preliminare riguardi la validità di un diritto di proprietà intellettuale diverso dal diritto d'autore o da un diritto connesso, il riconoscimento e l'esecuzione della decisione possono essere negati o differiti ai sensi del paragrafo precedente soltanto se:

a) la decisione sulla questione preliminare è in contrasto con una decisione o un provvedimento di un'autorità competente resi in quella materia nello Stato ai sensi della cui legge è sorto il diritto di proprietà intellettuale; oppure se

b) in quello Stato è pendente un procedimento sulla validità del diritto di proprietà intellettuale.

4. Il riconoscimento e l'esecuzione di una decisione possono essere negati se e nella misura in cui la decisione si basa su una decisione relativa a una questione preliminare riguardante una materia esclusa ai sensi di una dichiarazione formulata dallo Stato richiesto in virtù dell'articolo 21.

Articolo 11

Risarcimento del danno

1. Il riconoscimento e l'esecuzione di una decisione possono essere negati se e nella misura in cui la decisione riconosce un risarcimento, anche di carattere esemplare o punitivo, che non indennizza una parte per una perdita o un danno effettivamente subiti.

2. Il giudice richiesto tiene in considerazione se e in quale misura il risarcimento concesso dal giudice di origine serve a coprire i costi e le spese del procedimento.

Articolo 12

Transazioni giudiziarie

Le transazioni giudiziarie approvate dal giudice di uno Stato contraente designato in un accordo di scelta del foro esclusivo o concluse dinanzi a tale giudice nel corso di un procedimento, che hanno la stessa efficacia esecutiva di una decisione nello Stato di origine, sono eseguite ai sensi della presente convenzione allo stesso modo di una decisione.

Articolo 13

Documenti da presentare

1. La parte che richiede il riconoscimento o l'esecuzione deve presentare:
 - a) una copia integrale e autentica della decisione;
 - b) l'accordo di scelta del foro esclusivo, una sua copia autentica o altra prova della sua esistenza;
 - c) se la decisione è stata resa in contumacia, l'originale o una copia autentica di un documento attestante che l'atto introduttivo del procedimento o un atto equivalente è stato notificato alla parte contumace;
 - d) qualunque documento idoneo a provare l'efficacia o, se del caso, l'esecutorietà della decisione nello Stato di origine;
 - e) nel caso previsto dall'articolo 12, un certificato di un giudice dello Stato di origine attestante che la transazione giudiziaria ha, in tutto o in parte, la stessa efficacia esecutiva di una decisione nello Stato di origine.
2. Il giudice richiesto, se il contenuto della decisione non gli permette di verificare il rispetto dei requisiti del presente capo, può richiedere ogni documento necessario.
3. La domanda di riconoscimento o di esecuzione può essere accompagnata da un documento, rilasciato da un giudice (o un cancelliere) dello Stato di origine, nella forma raccomandata e pubblicata dalla conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato.
4. I documenti di cui al presente articolo redatti in una lingua diversa da quella ufficiale dello Stato richiesto devono essere corredati di una traduzione autentica in una lingua ufficiale, salvo quanto altrimenti disposto dalla legge di tale Stato.

Articolo 14

Procedura

Le procedure di riconoscimento, exequatur o registrazione ai fini dell'esecuzione, e l'esecuzione delle decisioni sono disciplinate dalla legge dello Stato richiesto, salvo quanto altrimenti disposto dalla presente convenzione. Il giudice richiesto deve agire rapidamente.

Articolo 15

Separabilità

Sono ammessi il riconoscimento e l'esecuzione di una parte separabile di una decisione se è richiesto il riconoscimento o l'esecuzione di quella parte o se solo parte della decisione può essere riconosciuta o eseguita ai sensi della presente convenzione.

CAPO IV

CLAUSOLE GENERALI

Articolo 16

Disposizioni transitorie

1. La presente convenzione si applica agli accordi di scelta del foro esclusivi conclusi dopo la sua entrata in vigore nei confronti dello Stato del giudice prescelto.
2. Sono esclusi dalla presente convenzione i procedimenti instaurati prima della sua entrata in vigore per lo Stato del giudice adito.

Articolo 17

Contratti di assicurazione e di riassicurazione

1. I procedimenti inerenti un contratto di assicurazione o di riassicurazione non sono esclusi dal campo di applicazione della presente convenzione per il fatto che il contratto riguarda una materia cui non si applica la presente convenzione.

2. Il riconoscimento e l'esecuzione di una decisione concernente gli obblighi derivanti da un contratto di assicurazione o di riassicurazione non possono essere limitati o negati per il fatto che il contratto prevede l'obbligo di tenere indenne l'assicurato o il riassicurato in relazione a:

- a) una materia cui non si applica la presente convenzione; o in relazione a
- b) una decisione di risarcimento cui potrebbe applicarsi l'articolo 11.

Articolo 18

Esenzione dalla legalizzazione

Tutti i documenti trasmessi o rilasciati ai sensi della presente convenzione sono esenti da legalizzazione o da qualsiasi formalità equivalente, compresa l'*apostille*.

Articolo 19

Dichiarazioni dirette a limitare la competenza giurisdizionale

Uno Stato può dichiarare che i propri giudici possono rifiutare di conoscere delle controversie cui si applica un accordo di scelta del foro esclusivo se tra questo Stato e le parti o tra lo Stato e la controversia non sussiste alcuna connessione ad eccezione della sede del giudice prescelto.

Articolo 20

Dichiarazioni dirette a limitare il riconoscimento e l'esecuzione

Uno Stato può dichiarare che i propri giudici possono rifiutare di riconoscere o eseguire una decisione resa da un giudice di un altro Stato contraente se le parti erano residenti nello Stato richiesto e il loro rapporto e tutti gli altri elementi pertinenti della controversia, diversi dalla sede del giudice prescelto, erano connessi solamente con lo Stato richiesto.

Articolo 21

Dichiarazioni relative a materie specifiche

1. Uno Stato che abbia un forte interesse a non applicare la presente convenzione a una materia specifica può dichiarare che non applicherà la convenzione a tale materia. Se formula una dichiarazione di questo tipo, lo Stato interessato deve garantire che la portata della dichiarazione non è più ampia del necessario e che la materia specifica esclusa è definita in modo chiaro e preciso.

2. In relazione alla suddetta materia la convenzione non si applica:

- a) nello Stato contraente che ha formulato la dichiarazione;
- b) negli altri Stati contraenti, qualora un accordo di scelta del foro esclusivo designi i giudici, o uno o più giudici specifici, dello Stato che ha formulato la dichiarazione.

Articolo 22

Dichiarazioni reciproche sugli accordi di scelta del foro non esclusivi

1. Uno Stato contraente può dichiarare che i propri giudici riconosceranno ed eseguiranno le decisioni rese dai giudici di altri Stati contraenti designati in un accordo di scelta del foro che è stato concluso tra due o più parti nel rispetto dei requisiti di cui all'articolo 3, lettera c), e designa, ai fini della competenza a conoscere delle controversie presenti o future nate da un determinato rapporto giuridico, il giudice o i giudici di uno o più Stati contraenti (accordo di scelta del foro non esclusivo).

2. Quando il riconoscimento o l'esecuzione di una decisione pronunciata in uno Stato contraente che ha formulato una dichiarazione di questo tipo è richiesto in un altro Stato contraente che ha formulato una tale dichiarazione, la decisione è riconosciuta ed eseguita ai sensi della presente convenzione se:

- a) il giudice di origine è stato designato in un accordo di scelta del foro non esclusivo;
- b) non vi è nessuna decisione resa da altro giudice dinanzi al quale possa essere promosso un procedimento in base all'accordo di scelta del foro non esclusivo, né è pendente dinanzi a tale giudice un procedimento tra le stesse parti avente lo stesso oggetto e lo stesso titolo; e
- c) il giudice di origine è stato il primo giudice adito.

Articolo 23

Interpretazione uniforme

Nell'interpretare la presente convenzione si tiene conto del suo carattere internazionale e della necessità di promuovere la sua applicazione uniforme.

Articolo 24

Esame del funzionamento pratico della convenzione

Il segretario generale della conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato prende periodicamente le disposizioni necessarie per:

- a) esaminare il funzionamento pratico della presente convenzione, comprese le eventuali dichiarazioni; e
- b) valutare l'opportunità di apportare modifiche alla presente convenzione.

Articolo 25

Ordinamenti giuridici non unificati

1. Qualora in uno Stato contraente vengano, in unità territoriali diverse, due o più ordinamenti giuridici per questioni disciplinate dalla presente convenzione:

- a) ogni riferimento alla legge o alla procedura di uno Stato va inteso, se del caso, come riferimento alla legge o alla procedura in vigore nell'unità territoriale pertinente;
- b) ogni riferimento alla residenza in uno Stato va inteso, se del caso, come riferimento alla residenza nell'unità territoriale pertinente;
- c) ogni riferimento al giudice o ai giudici di uno Stato va inteso, se del caso, come riferimento al giudice o ai giudici dell'unità territoriale pertinente;
- d) ogni riferimento alla connessione con uno Stato va inteso, se del caso, come riferimento alla connessione con l'unità territoriale pertinente.

2. In deroga al paragrafo precedente, uno Stato contraente costituito da due o più unità territoriali diverse nelle quali vigono ordinamenti giuridici diversi non è tenuto ad applicare la presente convenzione alle fattispecie che riguardano esclusivamente le unità territoriali diverse.

3. Il giudice di un'unità territoriale di uno Stato contraente costituito da due o più unità territoriali diverse nelle quali vigono ordinamenti giuridici diversi non è tenuto a riconoscere o eseguire una decisione resa in un altro Stato contraente per il solo motivo che la decisione è stata riconosciuta o eseguita in un'altra unità territoriale del medesimo Stato contraente ai sensi della presente convenzione.

4. Il presente articolo non si applica alle organizzazioni regionali di integrazione economica.

Articolo 26

Rapporto con altri strumenti internazionali

- 1. La presente convenzione deve essere interpretata, per quanto possibile, in modo

compatibile con gli altri trattati in vigore per gli Stati contraenti, conclusi prima o dopo la presente convenzione.

2. La presente convenzione non pregiudica l'applicazione, da parte di uno Stato contraente, di un trattato concluso prima o dopo la presente convenzione, qualora nessuna delle parti risieda in uno Stato contraente che non è parte del trattato.

3. La presente convenzione non pregiudica l'applicazione, da parte di uno Stato contraente, di un trattato concluso prima dell'entrata in vigore della presente convenzione in quello Stato contraente, qualora l'applicazione della presente convenzione sia incompatibile con gli obblighi di tale Stato nei confronti di uno Stato non contraente. Il presente paragrafo si applica anche ai trattati che rivedono o sostituiscono un trattato concluso prima dell'entrata in vigore della presente convenzione in tale Stato contraente, salvo che la revisione o la sostituzione crei nuove incompatibilità con la presente convenzione.

4. La presente convenzione non pregiudica l'applicazione, da parte di uno Stato contraente, di un trattato concluso prima o dopo la presente convenzione per ottenere il riconoscimento o l'esecuzione di una decisione resa da un giudice di uno Stato contraente che è parte di quel trattato. Tuttavia la decisione non può essere riconosciuta o eseguita in misura minore rispetto a quanto disposto dalla presente convenzione.

5. La presente convenzione non pregiudica l'applicazione, da parte di uno Stato contraente, di un trattato che disciplina la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in una materia specifica, anche se è stato concluso dopo la presente convenzione e se tutti gli Stati interessati sono parti della presente convenzione.

Questo paragrafo si applica solo se lo Stato contraente ha formulato una dichiarazione relativa al trattato ai sensi di questo paragrafo. In caso di dichiarazione, gli altri Stati contraenti non sono tenuti ad applicare la presente convenzione a quella materia particolare nella misura in cui sussistano incompatibilità, qualora un accordo di scelta del foro esclusivo designi i giudici, o uno o più giudici specifici, dello Stato contraente che ha formulato la dichiarazione.

6. La presente convenzione non pregiudica l'applicazione delle norme di un'organizzazione regionale di integrazione economica che è parte della presente convenzione, adottate prima o dopo la presente convenzione:

a) qualora nessuna delle parti risieda in uno Stato contraente che non è uno Stato membro dell'organizzazione regionale di integrazione economica;

b) per quanto concerne il riconoscimento o l'esecuzione di decisioni tra Stati membri dell'organizzazione regionale di integrazione economica.

CAPO V

DISPOSIZIONI FINALI

Articolo 27

Firma, ratifica, accettazione, approvazione o adesione

1. La presente convenzione è aperta alla firma di tutti gli Stati.
2. La presente convenzione è soggetta alla ratifica, accettazione o approvazione degli Stati firmatari.
3. La presente convenzione è aperta all'adesione di tutti gli Stati.
4. Gli strumenti di ratifica, accettazione, approvazione o adesione saranno depositati presso il ministero degli Affari esteri del Regno dei Paesi Bassi, depositario della convenzione.

Articolo 28

Dichiarazione concernente gli ordinamenti giuridici non unificati

1. Al momento della firma, ratifica, accettazione, approvazione o adesione, gli Stati che siano costituiti da due o più unità territoriali nelle quali, per le materie oggetto della presente convenzione, vigono ordinamenti giuridici diversi possono dichiarare che la pre-

sente convenzione si estende a tutte le rispettive unità territoriali o soltanto ad una o a più di esse e possono in ogni momento modificare tale dichiarazione presentandone una nuova.

2. La dichiarazione è notificata al depositario e indica espressamente le unità territoriali alle quali si applica la presente convenzione.

3. In mancanza di dichiarazione a norma di questo articolo, la convenzione si applica all'intero territorio dello Stato.

4. Il presente articolo non si applica alle organizzazioni regionali di integrazione economica.

Articolo 29

Organizzazioni regionali di integrazione economica

1. Un'organizzazione regionale di integrazione economica costituita esclusivamente da Stati sovrani e avente competenza per alcune o tutte le materie disciplinate dalla presente convenzione può anch'essa firmare, accettare e approvare la presente convenzione o aderirvi. In tal caso l'organizzazione regionale di integrazione economica ha gli stessi diritti e obblighi di uno Stato contraente nella misura in cui è competente per le materie disciplinate dalla presente convenzione.

2. Al momento della firma, accettazione, approvazione o adesione, l'organizzazione regionale di integrazione economica notifica per iscritto al depositario le materie disciplinate dalla presente convenzione per le quali i suoi Stati membri le hanno delegato la competenza. L'organizzazione notifica senza indugio per iscritto al depositario qualunque modifica intervenuta nella delega di competenza precisata nella notifica più recente fatta in virtù del presente paragrafo.

3. Ai fini dell'entrata in vigore della presente convenzione, gli strumenti depositati da un'organizzazione regionale di integrazione economica sono presi in considerazione solo se l'organizzazione interessata dichiara, in conformità dell'articolo 30, che i suoi Stati membri non saranno parti della presente convenzione.

4. Ogni riferimento nella presente convenzione a uno «Stato contraente» o «Stato» si applica anche, se del caso, a un'organizzazione regionale di integrazione economica che è parte della convenzione.

Articolo 30

Adesione di un'organizzazione regionale di integrazione economica senza i suoi Stati membri

1. Al momento della firma, accettazione, approvazione o adesione, un'organizzazione regionale di integrazione economica può dichiarare di essere competente per tutte le materie disciplinate dalla presente convenzione e che i propri Stati membri non saranno parti della presente convenzione ma ne saranno vincolati in forza della firma, accettazione, approvazione o adesione dell'organizzazione.

2. Qualora un'organizzazione regionale di integrazione economica effettui una dichiarazione ai sensi del paragrafo 1, ogni riferimento nella presente convenzione a uno «Stato contraente» o «Stato» si applica altresì, se del caso, agli Stati membri dell'organizzazione.

Articolo 31

Entrata in vigore

1. La presente convenzione entra in vigore il primo giorno del quarto mese successivo al deposito del secondo strumento di ratifica, accettazione, approvazione o adesione di cui all'articolo 27.

2. Successivamente la presente convenzione entra in vigore:

a) per ciascuno Stato o organizzazione regionale di integrazione economica che la

ratifica, accetta, approva o vi aderisce più tardi, il primo giorno del quarto mese successivo al deposito del suo strumento di ratifica, accettazione, approvazione o adesione;

b) per le unità territoriali alle quali la presente convenzione è stata estesa in conformità dell'articolo 28, paragrafo 1, il primo giorno del quarto mese successivo alla notifica della dichiarazione di cui al predetto articolo.

Articolo 32

Dichiarazioni

1. Le dichiarazioni di cui agli articoli 19, 20, 21, 22 e 26 possono essere formulate all'atto della firma, accettazione, approvazione o adesione oppure in qualunque momento successivo e possono essere modificate o revocate in qualsiasi momento.

2. Le dichiarazioni, modifiche e revoche devono essere notificate al depositario.

3. Le dichiarazioni fatte al momento della firma, ratifica, accettazione, approvazione o adesione divengono efficaci al momento dell'entrata in vigore della presente convenzione nei confronti dello Stato in questione.

4. Le dichiarazioni formulate in un momento successivo e ogni modifica o revoca di una dichiarazione hanno efficacia il primo giorno del quarto mese successivo alla data di ricevimento della notifica da parte del depositario.

5. Le dichiarazioni ai sensi degli articoli 19, 20, 21 e 26 non si applicano agli accordi di scelta del foro esclusivi conclusi prima che tali dichiarazioni divengano efficaci.

Articolo 33

Denuncia

1. La presente convenzione può essere denunciata mediante notifica scritta al depositario. La denuncia può limitarsi ad alcune unità territoriali di un ordinamento giuridico non unificato cui si applica la presente convenzione.

2. La denuncia ha efficacia il primo giorno del tredicesimo mese successivo alla data di ricevimento della notifica da parte del depositario. Quando nella notifica è indicato un periodo più lungo affinché la denuncia produca i suoi effetti, quest'ultima ha efficacia alla scadenza del predetto periodo a decorrere dalla data di ricevimento della notifica da parte del depositario.

Articolo 34

Notifiche da parte del depositario

Il depositario notifica ai membri della conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato, nonché agli altri Stati e alle organizzazioni regionali di integrazione economica che hanno firmato, ratificato, accettato, approvato o aderito conformemente agli articoli 27, 29 e 30 le seguenti informazioni:

a) le firme, ratifiche, accettazioni, approvazioni e adesioni previste agli articoli 27, 29 e 30;

b) la data di entrata in vigore della presente convenzione in conformità dell'articolo 31;

c) le notifiche, dichiarazioni, modifiche e revoche delle dichiarazioni di cui agli articoli 19, 20, 21, 22, 26, 28, 29 e 30;

d) le denunce ai sensi dell'articolo 33.

(*Omissis*)

DECISIONE 2009/397/CE DEL CONSIGLIO, DEL 26 FEBBRAIO 2009,
RELATIVA ALLA FIRMA, A NOME DELLA COMUNITÀ EUROPEA,
DELLA CONVENZIONE SUGLI ACCORDI DI SCELTA DEL FORO

(in *Gazz. Uff. Un. eur.*, n. L 133 del 29 maggio 2009)

(*Omissis*)

ALLEGATO II

DICHIARAZIONE DELLA COMUNITÀ EUROPEA AI SENSI DELL'ARTICOLO 30
DELLA CONVENZIONE SUGLI ACCORDI DI SCELTA DEL FORO

La Comunità europea dichiara, ai sensi dell'articolo 30 della convenzione sugli accordi di scelta del foro, di essere competente per tutte le materie disciplinate dalla presente convenzione. I suoi Stati membri non firmeranno, ratificheranno, accetteranno o approveranno la convenzione, ma ne saranno vincolati in forza della sua conclusione da parte della Comunità europea.

Ai fini della presente dichiarazione, il termine «Comunità europea» non include la Danimarca, in virtù degli articoli 1 e 2 del protocollo sulla posizione della Danimarca allegato al trattato sull'Unione europea e al trattato che istituisce la Comunità.

DECISIONE 2014/887/UE DEL CONSIGLIO, DEL 4 DICEMBRE 2014,
RELATIVA ALL'APPROVAZIONE, A NOME DELL'UNIONE EUROPEA,
DELLA CONVENZIONE DELL'AIA DEL 30 GIUGNO 2005
SUGLI ACCORDI DI SCELTA DEL FORO

(in *Gazz. Uff. Un. eur.*, n. L 353 del 10 dicembre 2014)

(*Omissis*)

ALLEGATO I

DICHIARAZIONE DELL'UNIONE EUROPEA ALL'ATTO DELL'APPROVAZIONE
DELLA CONVENZIONE DELL'AIA DEL 30 GIUGNO 2005 SUGLI ACCORDI DI SCELTA
DEL FORO («LA CONVENZIONE») A NORMA DELL'ARTICOLO 21 DELLA STESSA

Obiettivo della presente dichiarazione, che esclude taluni tipi di contratti di assicurazione dall'ambito di applicazione della convenzione, è quello di tutelare determinati contraenti dell'assicurazione, assicurati e beneficiari che, conformemente al diritto interno dell'UE, godono di una protezione particolare.

1. L'Unione europea dichiara, a norma dell'articolo 21 della convenzione che, fatto salvo quanto previsto al punto 2 seguente, non applicherà la convenzione ai contratti di assicurazione.

2. L'Unione europea applicherà la convenzione ai contratti di assicurazione nei seguenti casi:

- a) quando il contratto è un contratto di riassicurazione;
- b) quando l'accordo sulla scelta del foro è intervenuto dopo l'insorgere della controversia;
- c) quando, fatto salvo l'articolo 1, paragrafo 2, della convenzione, l'accordo di scelta del foro è concluso tra il contraente dell'assicurazione e un assicuratore aventi entrambi il domicilio o la residenza abituale nel medesimo Stato contraente al momento della conclusione del contratto di assicurazione, e tale accordo ha per effetto, anche nel caso in cui l'evento dannoso si produca all'estero, di attribuire la competenza ai giudici di tale Stato, sempre che detto accordo non sia contrario al diritto di quest'ultimo;

d) quando l'accordo di scelta del foro si riferisce a un contratto di assicurazione che copre uno o più dei rischi seguenti considerati grandi rischi:

i) ogni danno o pregiudizio, causato da un avvenimento in relazione alla loro utilizzazione a fini commerciali, subito:

a) dalle navi, dagli impianti offshore o d'alto mare o da veicoli fluviali, lacustri e marittimi;

b) dagli aeromobili;

c) da veicoli ferroviari;

ii) ogni danno o pregiudizio subito dalle merci trasportate o dai bagagli diversi dai bagagli dei passeggeri, indipendentemente dalla natura del mezzo di trasporto;

iii) ogni responsabilità, salvo per lesioni personali dei passeggeri o danni ai loro bagagli, risultante dall'impiego o dall'esercizio:

a) delle navi, degli impianti o dei veicoli di cui al punto i), lettera a);

b) degli aeromobili, sempre che il diritto dello Stato contraente in cui l'aeromobile è immatricolato non vieti accordi di scelta del foro nell'assicurazione di tali rischi;

c) dei veicoli ferroviari;

iv) ogni responsabilità, salvo per lesioni personali dei passeggeri o danni ai loro bagagli, derivante dalle merci durante un trasporto o dai bagagli di cui al punto ii);

v) ogni perdita pecuniaria connessa con l'impiego o l'esercizio delle navi, degli impianti, dei veicoli, degli aeromobili o dei veicoli ferroviari di cui al punto i), in particolare quella del nolo o del corrispettivo del noleggio;

vi) ogni rischio connesso con uno dei rischi di cui ai precedenti punti da i) a v);

vii) i rischi legati a crediti o cauzioni qualora il contraente eserciti a titolo professionale un'attività industriale, commerciale o liberale e i rischi riguardino questa attività;

viii) ogni altro rischio qualora il contraente eserciti un'attività di una certa dimensione che supera i limiti di almeno due dei tre criteri seguenti:

a) totale dello stato patrimoniale pari a 6 200 000 EUR;

b) importo netto del volume d'affari pari a 12 800 000 EUR;

c) numero di dipendenti occupati in media durante l'esercizio pari a 250.

ALLEGATO II

DICHIARAZIONE UNILATERALE DELL'UNIONE EUROPEA ALL'ATTO DELL'APPROVAZIONE DELLA CONVENZIONE DELL'AIA DEL 30 GIUGNO 2005 SUGLI ACCORDI DI SCELTA DEL FORO («LA CONVENZIONE»)

L'Unione europea rende la seguente dichiarazione unilaterale:

«L'Unione europea dichiara che, in una fase successiva, alla luce dell'esperienza acquisita nell'applicazione della convenzione, potrebbe riesaminare la necessità di mantenere la sua dichiarazione ai sensi dell'articolo 21 della convenzione».

MODIFICHE ALL'ACCORDO DI SEDE TRA L'ITALIA E L'UNIDROIT

(Roma, 21 dicembre 2012)

Come si legge nella *Gazzetta Ufficiale* n. 275 del 26 novembre 2014, si è perfezionato lo scambio di note del 21 dicembre 2012 previsto per l'entrata in vigore dell'accordo tra la Repubblica italiana e l'Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato (UNIDROIT), modificativo dell'art. 1 dell'accordo di sede tra l'Italia e l'UNIDROIT del 25 luglio 1967, in vigore dal 1° marzo 1970, come emendato con lo scambio di note del 5-9 giugno 1995, in vigore dal 12 settembre 1997, che ne aveva già modificati gli artt. 3, 6 e 9. La ratifica è stata autorizzata con l. 23 settembre 2014 n. 143, pubblicata nella *Gazzetta Uffi-*

cial n. 236 del 10 ottobre 2014, per quanto concerne lo scambio di note del 2012, mentre per l'accordo originario e per quello del 1995 è stata autorizzata, rispettivamente, con l. 12 dicembre 1969 e con l. 21 giugno 1997 n. 193 (*ivi*, n. 21 del 26 gennaio 1970 e suppl. ord. al n. 152 del 2 luglio 1997). In conformità a quanto stabilito dalle parti, le modifiche di cui allo scambio di note del 2012 sono entrate in vigore il 5 novembre 2014. Si riproduce il testo dell'accordo di sede nella versione integrale, consolidata a cura della redazione della *Rivista*, indicando in corsivo tutte le modifiche al testo originario del 1967.

ACCORDO DI SEDE TRA LA REPUBBLICA ITALIANA E L'ISTITUTO INTERNAZIONALE PER L'UNIFICAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO (UNIDROIT)

Articolo 1 Sede

1. La Sede dell'Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato è stabilita nel Palazzo Aldobrandini in Roma ad esso assegnato.
2. Il Governo italiano non può, senza il concorso del Consiglio di Direzione dell'Istituto, destinare neppure parzialmente ad altro uso la sede anzidetta.
3. *L'Italia verserà all'UNIDROIT un contributo ordinario di base pari a quello previsto per i Paesi di Categoria 1.*
4. *L'Italia potrà eventualmente versare contributi volontari sulla base delle proprie disponibilità finanziarie.*

Articolo 2 Beni, locali ed archivi

1. I beni dell'Istituto direttamente destinati al perseguimento dei propri fini istituzionali, sono esenti da requisizioni, espropriazioni, sequestri ed atti esecutivi, salvo che si tratti di atti esecutivi relativi a rapporti sottoposti alla giurisdizione italiana.
2. I locali e gli archivi dell'Istituto, ed in genere tutti i documenti che gli appartengono o che sono in suo possesso, sono inviolabili.

Articolo 3 Agevolazioni fiscali

1. *L'Istituto ed i suoi beni destinati all'esercizio delle sue funzioni sono esenti da qualsiasi imposta diretta e dai diritti riscossi dallo Stato, dalle regioni, dalle provincie e dai comuni.*
2. *a) Per il raggiungimento dei propri fini istituzionali e per quanto riguarda gli acquisti, i servizi e le transazioni, l'Istituto godrà, agli effetti delle imposte di registro, ipotecarie e catastali, delle stesse esenzioni e agevolazioni concesse alle amministrazioni statali italiane, ivi comprendendo l'imposta di bollo sugli atti, contratti, formalità, operazioni finanziarie occorrenti per il conseguimento delle sue finalità.*
 - b) Per quanto concerne l'esenzione dall'imposta sul valore aggiunto (IVA) l'Istituto godrà della non imponibilità al tributo su acquisti rilevanti connessi al raggiungimento dei suoi obiettivi istituzionali ed all'esercizio delle sue funzioni. Ai fini del presente accordo, per acquisto rilevante si intende l'acquisto di merci o la prestazione di servizi per un valore superiore a lire italiane un milione o per il maggior valore che potrà essere stabilito in linea generale dalle competenti autorità italiane.*
 - c) L'Istituto sarà esente dalle imposte di consumo sui materiali per la costruzione di immobili destinati al suo uso ufficiale.*
 - d) L'Istituto sarà anche esentato dall'imposta di consumo, e relative addizionali, sull'energia elettrica e dall'imposta di consumo, relativa addizionale e imposta regionale sostitutiva, sul gas metano, consumati dall'UNIDROIT, con esclusione degli impianti ad uso privato.*
 - e) L'Istituto sarà esentato da diritti doganali e da ogni altra imposizione, divieto e restrizione su merci di qualsiasi natura, importate o esportate dall'Istituto per attività istituzio-*

nali fatte salve le esigenze di natura sanitaria e fitosanitaria. Tuttavia l'Istituto non chiederà l'esenzione da diritti doganali e da ogni altra imposizione su merci importate per un valore inferiore a lire italiane un milione o da altro maggior valore che competenti autorità italiane potranno fissare in linea generale.

f) L'Istituto sarà esente da diritti doganali e da ogni altro diritto, come pure ogni divieto o restrizione, relativamente all'importazione degli autoveicoli destinati all'«uso ufficiale» dell'Istituto e all'uso del suo Presidente e del suo Segretario Generale, nonché dei pezzi di ricambio dei medesimi. Per i detti autoveicoli, che saranno immatricolati con serie speciali, l'Istituto beneficerà altresì dell'esenzione dalle tasse automobilistiche. I carburanti ed i lubrificanti occorrenti per i veicoli anzidetti saranno ammessi all'importazione in franchigia dei diritti doganali e esenzione dalle imposte di fabbricazione in limiti di contingenti da fissare mediante accordo tra l'Amministrazione italiana delle Finanze e l'Istituto.

g) Le esenzioni ed agevolazioni previste nel presente articolo non si applicheranno a tasse e dazi corrispettivi di servizi resi dall'Istituto.

Articolo 4

Agevolazioni finanziarie e valutarie

1. Il Governo italiano agevola l'Istituto nelle operazioni di cambio attinenti alle esigenze delle sue funzioni e dà il suo appoggio affinché esso effettui le dette operazioni alle migliori condizioni.

2. L'Istituto è autorizzato a ricevere sovvenzioni dagli Stati membri nella moneta legale degli Stati stessi ed a depositarle ed utilizzarle per il perseguimento dei propri fini istituzionali, sia nel territorio dello Stato sovventore sia in quello di altro Stato, senza obbligo di cessione o di denuncia della relativa valuta alle autorità italiane.

Articolo 5

Comunicazioni

L'Istituto gode, per le sue comunicazioni ufficiali, di un trattamento non meno favorevole di quello accordato a qualsiasi altro Stato o Rappresentanza estera in Italia, per quanto concerne la precedenza e le tariffe postali, telegrafiche, radiotelegrafiche e telefoniche.

Articolo 6

Privilegi ed immunità dei rappresentanti dei Governi e agenti

1. I rappresentanti dei Governi partecipanti, i rappresentanti di Istituti o Organizzazioni internazionali che prendono parte alle riunioni convocate dall'Istituto e gli agenti dell'Istituto stesso, godono dei seguenti privilegi e immunità:

a) immunità dalla giurisdizione per tutti gli atti da essi compiuti nell'esercizio della loro qualifica ufficiale, comprese le parole e gli scritti;

b) esenzione per essi e per i congiunti dalle misure restrittive relative all'immigrazione e dalle altre formalità prescritte per gli stranieri;

c) facilitazioni, per quanto concerne le restrizioni monetarie e di cambio ed i loro bagagli personali, pari a quelle accordate ai rappresentanti di Governi esteri in missione temporanea ufficiale.

2. Ai fini del presente articolo sono considerati agenti: il Presidente dell'Istituto, il Segretario Generale, i membri del Consiglio di Direzione o i loro delegati, i membri del Tribunale amministrativo nonché i delegati permanenti dell'Istituto presso le altre Organizzazioni internazionali.

I nomi degli agenti verranno segnalati dal Presidente dell'Istituto al Ministero degli Affari Esteri.

3. *Oltre ai privilegi e alle immunità specificate nel precedente paragrafo 1 al Presidente saranno accordati i privilegi e le immunità, le esenzioni e le facilitazioni concesse agli Ambasciatori capi missione, purché, per quanto concerne i privilegi fiscali, non si tratti di cittadino italiano o residente permanente in Italia.*

Articolo 7 Privilegi ed immunità dei funzionari

1. I funzionari dell'Istituto godono nel territorio della Repubblica italiana dei seguenti privilegi ed immunità:

a) immunità dalla giurisdizione per gli atti compiuti nella loro qualifica ufficiale e nei limiti delle loro funzioni, compresi le parole e gli scritti;

b) esenzione – per i funzionari che non siano di nazionalità italiana e non abbiano la loro residenza abituale in Italia da data anteriore a quella della fondazione dell'Istituto – da ogni imposta diretta erariale o di enti locali sugli stipendi, emolumenti ed indennità che siano loro versati a titolo di remunerazione dall'Istituto;

c) diritto, per i funzionari che non siano di nazionalità italiana, di importare in franchigia dai diritti doganali ed esenti da ogni altra restrizione, il mobilio e gli effetti personali purché l'importazione avvenga entro un anno dalla data della loro immissione in funzione all'Istituto, e di esportare detti oggetti alle medesime condizioni al momento della loro partenza definitiva.

2. Le categorie dei funzionari dell'Istituto ai quali sono applicati i privilegi e le immunità previste dal presente articolo saranno determinate dal Presidente dell'Istituto, d'accordo con il Ministero degli Affari Esteri.

3. I privilegi e le immunità di cui sopra sono concessi ai funzionari nel solo interesse dell'Istituto e non a beneficio personale dei medesimi.

L'Istituto avrà quindi il diritto ed il dovere di rinunciare alle immunità nei confronti di qualsiasi funzionario nei casi in cui, a suo giudizio, detta immunità ostacoli il corso della giustizia e possa essere rimossa senza arrecar pregiudizio agli interessi dell'Istituto.

Articolo 8

Agli agenti ed ai funzionari indicati negli articoli 6 e 7 verrà rilasciata una carta speciale con l'indicazione della qualifica ufficiale e l'attestazione che essi godono, rispettivamente, dei privilegi e delle immunità specificate in detti articoli.

Articolo 9

a) Il personale dell'Istituto deve essere obbligatoriamente assicurato per quanto riguarda l'assistenza sanitaria e la previdenza, presso Fondi o Istituti assicurativi pubblici o privati dello Stato italiano o di altro Stato, i cui Regolamenti devono essere portati a conoscenza delle competenti Autorità italiane. L'assistenza sanitaria obbligatoria deve comprendere i familiari a carico, individuati ai sensi del pertinente Regolamento.

b) I membri residenti in Italia sono tenuti a versare i contributi sanitari sui redditi diversi dagli emolumenti corrisposti dall'UNIDROIT, dichiarati nella denuncia annuale dei redditi.

c) Le prestazioni sanitarie erogate dal S.S.N. sono rimborsate dall'Istituto assicuratore prescelto dall'UNIDROIT o direttamente dall'assistito alla struttura sanitaria che ha reso la prestazione nei limiti previsti dalla polizza assicurativa del predetto istituto, che deve garantire livelli di assistenza non inferiori a quelli assicurati dalle Agenzie Specializzate dell'ONU; le prestazioni che non rientrano in tali limiti sono a carico del S.S.N. nel rispetto dei livelli di assistenza sanitaria garantiti dallo stesso Servizio ai cittadini residenti assicurati.

Articolo 10

Il presente Accordo entrerà in vigore quindici giorni dopo che il Governo italiano avrà notificato all'Istituto che sono stati effettuati gli adempimenti previsti a tal fine dall'ordinamento italiano.

REGOLAMENTO (UE) 2015/263 DELLA COMMISSIONE,
DEL 16 GENNAIO 2015, RECANTE MODIFICA DEGLI ALLEGATI
DA I A IV DEL REGOLAMENTO (CE) N. 44/2001 DEL CONSIGLIO
CONCERNENTE LA COMPETENZA GIURISDIZIONALE,
IL RICONOSCIMENTO E L'ESECUZIONE DELLE DECISIONI
IN MATERIA CIVILE E COMMERCIALE

(in *Gazz. Uff. Un. eur.*, n. L 45 del 19 febbraio 2015)*

La Commissione europea,
visto il trattato sul funzionamento dell'Unione europea,
visto il regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale,¹ in particolare l'articolo 74, paragrafo 1,
considerando quanto segue:

1) L'allegato I del regolamento (CE) n. 44/2001 elenca le norme nazionali sulla competenza di cui all'articolo 3, paragrafo 2, e all'articolo 4, paragrafo 2, del regolamento stesso. L'allegato II contiene gli elenchi dei giudici o delle autorità competenti negli Stati membri a trattare l'istanza intesa a ottenere una dichiarazione di esecutività. L'allegato III elenca i giudici dinanzi ai quali deve essere proposto il ricorso contro la decisione relativa alla suddetta istanza, mentre l'allegato IV elenca le procedure di ricorso contro tale decisione.

2) Gli allegati del regolamento (CE) n. 44/2001 sono stati più volte modificati, da ultimo con regolamento (CE) n. 566/2013 della Commissione.²

3) Gli Stati membri hanno notificato alla Commissione ulteriori modifiche agli elen-

* Il regolamento (CE) n. 44/2001, c.d. Bruxelles I, è pubblicato in questa *Rivista*, 2001, p. 812 ss.; si veda anche l'accordo tra la Comunità europea e il Regno di Danimarca concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, *ivi*, 2007, p. 527 ss., nonché, relativamente alle modifiche agli allegati del regolamento (CE) n. 44/2001, oltre a quelle menzionate nel presente regolamento, il regolamento (UE) n. 416/2010 della Commissione, del 12 maggio 2010, *ivi*, 2010, p. 1091 ss.; il regolamento (UE) n. 156/2012 della Commissione, del 22 febbraio 2012, *ivi*, 2012, p. 494 ss.; l'allegato n. 13 al regolamento (UE) n. 517/2013 del Consiglio, del 13 maggio 2013, che adegua taluni regolamenti e decisioni a motivo dell'adesione della Repubblica di Croazia, *ivi*, 2013, p. 826 ss. Si ricorda che il regolamento n. 44/2001 si applica esclusivamente nei limiti previsti dalle disposizioni transitorie di cui all'art. 66 del successivo regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, c.d. Bruxelles I-bis, che ne ha disposto l'abrogazione (*ivi*, 2014, p. 192 ss. e, a p. 219, la comunicazione relativa alla notifica, da parte della Danimarca, ai sensi del menzionato accordo con la Comunità europea, di voler applicare il regolamento stesso; v. altresì *ivi*, 2014, p. 1049 ss. il regolamento (UE) n. 542/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, recante modifica del regolamento (UE) n. 1215/2012 per quanto riguarda le norme da applicare con riferimento al Tribunale unificato dei brevetti e alla Corte di giustizia del Benelux, nonché *ivi*, 2015, rispettivamente p. 205 ss. e p. 209 ss., le comunicazioni degli Stati membri alla Commissione relative agli artt. 75 e 76 del regolamento e la rettifica degli artt. 29, 65 e 76). Si riproduce qui il testo del regolamento (UE) 2015/263, riportando, quanto agli allegati, esclusivamente le indicazioni relative all'Italia e rinviando, per le informazioni relative agli altri Stati membri, alla *Gazz. Uff. Un. eur.* sopra indicata. *Ibidem* sono pubblicate le note qui di seguito riprodotte.

¹ *Gazz. Uff. Com. eur.*, n. L 12 del 16 gennaio 2001, p. 1.

² *Gazz. Uff. Un. eur.*, n. L 167 del 19 giugno 2013, p. 29.

chi riportati negli allegati da I a IV. È pertanto opportuno pubblicare versioni consolidate di tali elenchi.

4) Ai sensi dell'articolo 2 dell'accordo tra la Comunità europea e il Regno di Danimarca concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale,³ il presente regolamento si applica, in base al diritto internazionale, alle relazioni tra l'Unione europea e la Danimarca.

5) Occorre pertanto modificare di conseguenza il regolamento (CE) n. 44/2001, ha adottato il presente regolamento:

Articolo 1

Gli allegati da I a IV del regolamento (CE) n. 44/2001 sono sostituiti dal testo che figura nell'allegato del presente regolamento.

Articolo 2

Il presente regolamento entra in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea*.

ALLEGATO

«ALLEGATO I

Norme nazionali sulla competenza di cui all'articolo 3, paragrafo 2, e all'articolo 4, paragrafo 2

(*Omissis*)

in Italia: articoli 3 e 4 della legge 31 maggio 1995, n. 218;

(*omissis*).

ALLEGATO II

I giudici o le autorità competenti dinanzi ai quali deve essere proposta l'istanza di cui all'articolo 39 sono i seguenti:

(*omissis*)

in Italia: "*corte d'appello*";

(*omissis*).

ALLEGATO III

I giudici dinanzi ai quali deve essere proposto il ricorso di cui all'articolo 43, paragrafo 2, sono i seguenti:

(*omissis*)

in Italia: "*corte d'appello*";

(*omissis*).

ALLEGATO IV

I ricorsi che possono essere proposti in forza dell'articolo 44 sono i seguenti:

in Belgio, Grecia, Spagna, Francia, Italia, Lussemburgo e nei Paesi Bassi: ricorso in cassazione;

(*omissis*)».

³ *Gazz. Uff. Un. eur.*, n. L 299 del 16 novembre 2005, p. 62.

NOTIZIARIO

Dalla pratica legislativa, giudiziaria e internazionale

TRATTATI INTERNAZIONALI ENTRATI IN VIGORE PER L'ITALIA (SECONDO I COMUNICATI APPARSI NELLA GAZZETTA UFFICIALE DAL 7 MAGGIO AL 6 LUGLIO 2015)

N.B. Il supplemento ordinario n. 23 alla *Gazz. Uff.* n. 116 del 21 maggio 2015 riporta l'elenco di 3 atti internazionali entrati in vigore per l'Italia entro il 15 marzo 2015 non soggetti a legge di autorizzazione alla ratifica.

Trattati bilaterali

Afghanistan – Accordo di cooperazione tra il governo della Repubblica italiana e il governo della Repubblica islamica dell'Afghanistan in materia di prevenzione e contrasto al traffico illecito di stupefacenti, sostanze psicotrope e loro precursori (Roma, 2 giugno 2011), reso esecutivo con l. 10 febbraio 2015 n. 13 (GU 50, 2 marzo 2015), in vigore dall'11 aprile 2015 (GU 114, 19 maggio 2015).

Bosnia Erzegovina – Accordo di cooperazione nel campo della cultura e dell'istruzione e dello sport tra il governo della Repubblica italiana e il Consiglio dei ministri della Bosnia Erzegovina (Mostar, 19 luglio 2004), reso esecutivo con l. 10 febbraio 2015 n. 14 (GU 51, 3 marzo 2015), in vigore dal 15 aprile 2015 (GU 132, 10 giugno 2015).

San Marino – Accordo di cooperazione tra il governo della Repubblica italiana e il Congresso di Stato della Repubblica di San Marino sulla cooperazione per la prevenzione e la repressione della criminalità (Roma, 29 febbraio 2012), reso esecutivo con l. 17 ottobre 2014 n. 167 (GU 265, 14 novembre 2014), in vigore dal 4 febbraio 2014 (GU 115, 20 maggio 2015).

PRINCIPI DELLA CONFERENZA DELL'AJA SUI CONTRATTI INTERNAZIONALI. In data 19 marzo 2015, la Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato ha approvato i Principi generali sulla scelta di legge in materia di contratti commerciali internazionali, strumento fortemente orientato ad affermare il principio dell'autonomia delle parti nella scelta del diritto applicabile ai contratti. I principi possono fungere da modello per il legislatore o da strumento di interpretazione e sviluppo di norme di diritto internazionale privato; possono inoltre essere applicati nell'ambito di procedimenti arbitrali. Lo strumento può applicarsi ai contratti commerciali internazionali, ad esclusione di quelli che coinvolgono consumatori o quelli in cui le parti siano stabilite nello stesso Stato e tutti gli elementi rile-

vanti siano connessi al medesimo Paese. Inoltre, i Principi non intendono regolare le materie relative alla capacità delle persone fisiche, alle clausole compromissorie e di proroga della giurisdizione, alle società o enti di natura collettiva, ai *trust*, ai procedimenti di insolvenza, agli effetti dei contratti sulla proprietà, né la questione se un agente possa vincolare il preponente con un terzo. L'art. 2 sancisce il principio dell'autonomia delle parti nella determinazione del diritto applicabile, con possibilità di *dépeçage*. I Principi generali riguardano inoltre la modalità di manifestazione e validità formale della scelta, l'autonomia della clausola, l'ambito del diritto applicabile, la legge applicabile alla cessione del credito. È esclusa l'operatività del rinvio e l'art. 11 dà rilievo all'ordine pubblico e alle norme di applicazione necessaria del foro o di altri ordinamenti. I Principi generali sono reperibili in rete all'indirizzo www.hcch.net (documento n. 40).

NUOVI PROVVEDIMENTI RELATIVI A MISURE RESTRITTIVE NEI CONFRONTI DI LIBIA, SIRIA, YEMEN, SUD SUDAN E REPUBBLICA CENTRAFRICANA. La *Gazz. Uff. Un. eur.*, n. L 129 del 27 maggio 2015 pubblica la decisione (PESC) 2015/818 e il regolamento (UE) 2015/813, adottati dal Consiglio il 26 maggio 2015 che modificano rispettivamente la decisione 2011/137/PESC (v. questa *Rivista*, 2011, p. 578 s.) e il regolamento (UE) n. 204/2011 (*ivi*, p. 579) concernenti misure restrittive in considerazione della situazione in Libia. L'adozione, da parte del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, della risoluzione n. 2213 (2015), che dispone, tra l'altro, una serie di modifiche ai criteri per l'inserimento delle persone nell'elenco dei destinatari delle restrizioni di viaggio e alle misure di congelamento dei beni, in seguito alle quali si è resa opportuna l'estensione delle sanzioni a soggetti diversi da quelli inizialmente previsti, ha reso infatti necessaria la predisposizione di regole conformi, nonché l'aggiornamento dei documenti allegati alla decisione e al regolamento. Va a tale riguardo segnalato che, coerentemente con tali modifiche, il regolamento di esecuzione (UE) 2015/814, adottato in pari data (e pubblicato nella medesima *Gazz. Uff. Un. eur.*) ha sostituito l'allegato II del già menzionato regolamento (UE) n. 204/2011 con un nuovo elenco di destinatari delle sanzioni (v. questa *Rivista*, 2011, p. 579).

La *Gazz. Uff. Un. eur.*, n. L 132 del 29 maggio 2015 pubblica la decisione (PESC) 2015/837 e il regolamento (UE) 2015/827, entrambi adottati dal Consiglio il 28 maggio 2015, i quali rispettivamente modificano la decisione 2013/255/PESC (v. questa *Rivista*, 2013, p. 853) e il regolamento (UE) n. 36/2012 (*ibidem*, 2012, p. 508), concernenti misure restrittive nei confronti della Siria, onde tenere conto da un lato delle sentenze emesse dal Tribunale dell'Unione europea, che impongono un aggiornamento degli elenchi dei destinatari delle misure, dall'altro della risoluzione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite n. 2199 (2015) il cui punto 17 vieta il commercio di beni culturali siriani e altri oggetti di importanza archeologica, storica, culturale, scientifica rara e religiosa rimossi illegalmente dalla Siria dal 15 marzo 2011. Modifiche ai nominativi dei soggetti cui i provvedimenti si applicano sono previste anche dal regolamento di esecuzione (UE) 2015/780 e dalla decisione di esecuzione (PESC) 784/2015, entrambi del 19 maggio 2015 (in *Gazz. Uff. Un. eur.*, n. L 124 del 20 maggio 2015), nonché dal regolamento di esecuzione (UE) 2015/828 del 28 maggio 2015 (in *Gazz. Uff. Un. eur.*, n. L 132 del 29 maggio 2015).

La *Gazz. Uff. Un. eur.*, n. L 143 del 9 giugno 2015 pubblica la decisione (PESC) 2015/882 e il regolamento (UE) 2015/878, entrambi adottati dal Consiglio l'8 giugno 2015, i quali rispettivamente modificano la decisione 2014/932/PESC e il regolamento (UE) n. 1352/2014, concernenti misure restrittive in considerazione della situazione nello Yemen. In adempimento a quanto stabilito dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite con la risoluzione n. 2216 (2015), essi prevedono un ampliamento dei criteri di designazione dei soggetti destinatari delle sanzioni, nonché un embargo sulla «vendita, la fornitura, il trasferimento o l'esportazione, diretti o indiretti, di armamenti e di materiale connesso di qualsiasi tipo – compresi armi e munizioni, veicoli ed equipaggiamenti militari, equipaggiamenti paramilitari e relativi pezzi di ricambio – alle persone ed entità designate dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite» o dal Comitato istituito a norma della risoluzione n. 2140 (2014), o a beneficio delle stesse, nonché a coloro che agiscono per conto, sotto la direzione o a beneficio di costoro (art. 1 della decisione; art. 1-*bis* del regolamento). Gli elenchi dei soggetti cui tali misure si applicano sono contenuti negli allegati, i quali, modificando le liste contenute negli atti emendati rendono necessaria anche la sostituzione del documento annesso al suddetto regolamento, attuata mediante il regolamento di esecuzione (UE) 2015/879 del Consiglio (che può leggersi nella medesima *Gazz. Uff. Un. eur.*).

La *Gazz. Uff. Un. eur.*, n. L 117 dell'8 maggio 2015 pubblica la decisione (PESC) 2015/740 e il regolamento (UE) n. 735/2015, entrambi adottati dal Consiglio il 7 maggio 2015, concernenti misure restrittive nei confronti del Sud Sudan, i quali rispettivamente abrogano la decisione 2014/449/PESC e il regolamento (UE) n. 748/2014 (v. questa *Rivista*, 2014, p. 1109 s.). Poiché infatti la risoluzione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite n. 2206 (2015) prevede sanzioni aggiuntive, che si aggiungono all'embargo sulla fornitura di armi e materiale connesso, consistenti in restrizioni di viaggio e congelamento dei beni delle persone designate dal Comitato delle sanzioni da essa istituito, si è ritenuto opportuno raggruppare in strumenti giuridici unitari le misure disposte nei confronti del Sud Sudan.

La medesima *Gazz. Uff. Un. eur.*, n. L 117 dell'8 maggio 2015 pubblica la decisione (PESC) 739/2015 e il regolamento (UE) n. 734/2015, entrambi del 7 maggio 2015, relativi a misure restrittive in considerazione della situazione nella Repubblica centrafricana, i quali rispettivamente modificano la decisione 2013/798/PESC e il regolamento (UE) n. 224/2014 (v. questa *Rivista*, 2014, rispettivamente p. 467 e 767), in quanto prevedono una deroga all'embargo imposto sulla vendita e fornitura di armi e materiale connessi e sull'assistenza tecnica e finanziaria connesse, qualora si tratti di prestazioni dirette «al sostegno o all'uso da parte della missione multidimensionale integrata di stabilizzazione delle Nazioni Unite nella Repubblica centrafricana (MINUSCA), della task force regionale dell'Unione africana (UARTF), delle missioni dell'Unione e delle forze francesi dispiegate nella Repubblica centrafricana».

RELAZIONE 2014 SULL'APPLICAZIONE DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA. L'8 maggio 2015 la Commissione ha pubblicato la quinta relazione annuale, indirizzata al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, sull'applicazio-

ne della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, COM(2015) 191 def. Come ribadito dalla Commissione, le disposizioni del diritto dell'Unione europea e del diritto nazionale basate sul diritto dell'Unione devono essere interpretate coerentemente con gli obblighi imposti dalla Carta, in modo da dare effetto ai diritti garantiti dalla stessa. Nell'esaminare l'applicazione della Carta da parte delle istituzioni e degli Stati membri, la Commissione pone in particolare risalto l'importanza dei controlli sistematici dei diritti fondamentali durante l'*iter* legislativo, volti a garantire la conformità delle proposte con la Carta medesima. La necessità di tali controlli è stata messa in evidenza, segnatamente, dalla sentenza 8 aprile 2014 nella causa *Digital Rights Ireland* (cause riunite C-293/12 e C-594/12) in esito alla quale la Corte di giustizia dell'Unione europea ha dichiarato invalida la direttiva sulla conservazione dei dati, a causa di violazioni dei diritti fondamentali alla vita privata e alla protezione dei dati personali garantiti dagli articoli 7 e 8 della Carta. Come posto in evidenza dalla Commissione (par. 2.1 della relazione), a seguito di tale decisione, nel dicembre 2014 il Consiglio ha aggiornato i suoi «Orientamenti del Consiglio sulle misure metodologiche da adottare per verificare la compatibilità con i diritti fondamentali in seno agli organi preparatori del Consiglio» e ha organizzato azioni di formazione per il proprio personale affinché rendesse più operativi tali orientamenti.

Per quanto concerne la dimensione dei diritti dell'uomo nelle azioni esterne dell'Unione, la Commissione fa presente di aver valutato, unitamente al Servizio europeo per l'azione esterna, il piano d'azione sui diritti dell'uomo e la democrazia (2012-2014), il quale definisce 97 azioni specifiche, tra le quali gli orientamenti dell'Unione sulla libertà di espressione *online* e *offline*, adottati dal Consiglio nel maggio 2014. Gli orientamenti forniscono definizioni e istruzioni su come tutelare il diritto alla libertà di espressione, sotto tutti gli aspetti, incluso il diritto di non essere molestati per le proprie opinioni, il diritto di cercare e ricevere informazioni e il diritto di diffondere informazioni e idee di ogni genere attraverso qualsiasi mezzo di comunicazione e indipendentemente dalle frontiere. Come indicato dalla Commissione (par. 2.3), è prevista la redazione di un nuovo piano d'azione 2015-2019, incentrato in particolare sulla necessità di garantire la coerenza tra le politiche interne ed esterne in materia di diritti dell'uomo, segnatamente per quanto riguarda la lotta al terrorismo, la migrazione e la mobilità e gli scambi commerciali. In merito all'applicazione della Carta da parte degli Stati membri e nei loro confronti (par. 3), la Commissione rileva, inoltre, un incremento del numero dei rinvii pregiudiziali presentati dai giudici nazionali nel 2014 (cfr. l'allegato II «Panoramica delle domande di pronuncia pregiudiziale presentate nel 2014 che si riferiscono alla Carta» nel documento di lavoro). Nell'ambito di questi ultimi ed in aggiunta agli orientamenti forniti dalla Corte in tema di dignità umana dei richiedenti asilo (cfr. cause riunite C-148/13, C-140/13 e C-150/13, *A, B, C c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*) nonché in relazione al principio *ne bis in idem* nella convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen (in causa C-129/14 PPU, *Zoran Spasic*), la Commissione richiama la decisione nella causa *Sanchez Morcillo* in tema di parità delle armi nel campo della tutela dei consumatori, dove la Corte ha ritenuto che la normativa nazionale fosse contraria alla direttiva sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori e all'art. 47 della Carta nei casi in cui la legge non fornisce ai consumatori un diritto di ricorso quando il creditore di fatto beneficia di tale diritto

nello scenario inverso. Nella decisione *Kusínova* (in causa C-34/13) la Corte ha, inoltre, evidenziato la vulnerabilità dei consumatori esposti al rischio di perdere la casa dichiarando che il diritto al rispetto del domicilio è un diritto fondamentale garantito dall'art. 7 della Carta – relativo anche al rispetto della vita privata e familiare e delle comunicazioni – che i giudici nazionali devono prendere in considerazione, nell'attuare la direttiva concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori.

Al par. 3.4 della relazione, la Commissione ricorda poi il progetto «CLARITY - Complaints, Legal Assistance and Rights Information Tool for You» dell'Agenzia per i diritti fondamentali, relativo agli organismi cui rivolgersi quando sono coinvolti i diritti fondamentali e l'ulteriore nuovo progetto «Charterclick!», uno strumento per individuare le violazioni che rientrano nel campo di applicazione della Carta.

In merito al parere 2/13 reso dalla Corte di giustizia sul progetto di accordo di adesione dell'Unione europea alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, la Commissione (par. 4 della relazione) – ribadendo l'obbligo delle istituzioni dell'Unione e degli Stati membri di interpretare la Carta alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo – conferma il suo pieno impegno a tale adesione ed informa che attualmente sta esaminando il modo migliore di procedere in tal senso. Ponendo, infine, in luce che la protezione dei dati personali, garantita dall'art. 8 della Carta, acquisisce importanza nel mondo digitale, la Commissione riserva una sezione di approfondimento dedicata al tema «Diritti fondamentali e agenda digitale» (par. 5) che include, in particolare, questioni quali la necessità di parità di accesso a Internet, la minaccia di discriminazione tra soggetti derivante dalla tecnica di *profiling*, nonché l'asimmetria di potere tra coloro che detengono i dati e coloro che volontariamente o involontariamente li forniscono. Viene confermato l'impegno di garantire che tutte le proposte legislative e azioni siano pienamente compatibili con la Carta, quali ad esempio la proposta della Commissione relativa a un regolamento concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e la libera circolazione di tali dati, COM(2012) 11 def, e la proposta di direttiva concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, e la libera circolazione di tali dati, COM(2012) 10 def.

DECISIONE DELLA HIGH COURT INGLESE IN TEMA DI LEGGE APPLICABILE ALL'AZIONE SURROGATORIA IN RELAZIONE AL RISARCIMENTO DEI DANNI DERIVANTI DA SINISTRO STRADALE. Con la decisione del 12 marzo 2014 nel caso *Bianco v. Bennet*, [2015] EWHC 626 (QB), la High Court, Queen's Bench Division, nella persona del Giudice J. Warby, pronunciandosi in via preliminare su una questione sorta nell'ambito di un'azione di risarcimento del danno da sinistro stradale, si è, tra l'altro, espressa sull'applicazione della legge straniera nel contesto del regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali, c.d. Roma II (in questa *Rivista*, 2007, p. 1153 ss.), nonché sul rapporto tra l'art. 4 di tale regolamento e l'art. 85 del regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento europeo e

del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale (*ivi*, 2010, p. 841 ss.) e, ancora, tra il menzionato art. 4 e il successivo art. 19 del regolamento Roma II in materia di surrogazione. Il caso concerne la domanda di risarcimento formulata dalla vedova di un cittadino italiano residente in Italia, deceduto dopo essere stato investito, in Inghilterra, dove si trovava per lavoro, dal convenuto. L'attrice, che agiva anche a nome dei figli, aveva fondato le sue pretese risarcitorie sulla legge inglese, in particolare il *Fatal Accidents Act* del 1976 e il *Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act* del 1934, ritenuta applicabile ex art. 4 del regolamento Roma II. In aggiunta, aveva richiesto che il convenuto pagasse la somma corrispondente a quanto aveva già o avrebbe ricevuto in regione del decesso del marito dal datore di lavoro di questi, Tesco Go s.p.a., e dall'INAIL, asserendo di surrogarsi nei diritti di costoro nei confronti del danneggiante in virtù di un obbligo in tal senso derivante dalla legge italiana. La pronuncia pregiudiziale riguarda esclusivamente la possibilità per l'attrice di ottenere il pagamento di tali ultime somme, contestata dal convenuto in quanto non sarebbero state offerte prove adeguate circa il contenuto della legge italiana, che risulterebbe quindi inapplicabile. La Corte conferma in primo luogo l'importanza di esporre e provare la legge straniera che venga invocata a fondamento della domanda, precisando che «the content of foreign law is a question of fact, and if foreign law is to be relied on it must be pleaded and proved as a fact, as a rule by expert evidence: see Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th edn, r.25(1). Dicey's r.25(2) is that: In the absence of satisfactory evidence of foreign law the Court will apply English law to such a case. This rule, commonly known as the "presumption" that foreign law is the same as English law, has recently been re-examined and endorsed by the Court of Appeal in *OPO v MLA* [2014] EWCA Civ 1277; [2015] E.M.L.R. 4; [2014] H.R.L.R. 31: see paras [108]-[111] (Arden LJ)» (par. 11); sebbene quindi risultasse dagli atti difensivi che parte attrice avesse contemplato la possibilità di presentare prove, anche in forma di pareri di esperti, in ordine al contenuto della legge italiana, la mancanza di ogni richiesta istruttoria in tale senso determina la sua inapplicabilità. La Corte ritiene tuttavia che sulla legge inglese, della quale risulta incontestata l'inidoneità a fondare la domanda oggetto del giudizio preliminare, potrebbe prevalere l'art. 85 del regolamento (CE) n. 883/2004, che la parte attrice aveva invocato nel corso del procedimento quale ulteriore fonte della sua legittimazione ad agire; in quanto norma di applicazione immediata, rispetto ad essa l'enunciato obbligo di deduzione e prova verrebbe infatti meno (par. 20). Peraltro il Giudice conclude nel senso della inapplicabilità della disposizione nel caso al suo esame, in quanto la previsione in essa contenuta non rileva ai fini della determinazione dei diritti del beneficiario nei confronti del danneggiante, che restano soggetti alla legge determinata ai sensi dell'art. 4 del regolamento Roma II, ossia la legge inglese (par. 38).

Rispetto alla disciplina di conflitto di cui al menzionato art. 4 viene infine preso in considerazione l'art. 19 del regolamento (CE) n. 864/2007. È forse questo il punto più interessante della decisione, trattandosi di una delle prime applicazioni note di tale norma, ai sensi della quale qualora il terzo abbia soddisfatto il credito derivante da un'obbligazione extracontrattuale in forza di un obbligo su di esso gravante, la legge applicabile a tale obbligo del terzo determina se e in quale misura questi possa esercitare i diritti vantati dal creditore nei confronti del

debitore in base alla legge che disciplina i loro rapporti. Secondo la Corte «For the purposes of art. 19, the claimant and the defendant are the creditor and debtor, and INAIL and Tesco Go are third persons. The effect of art. 19 is, therefore, that Italian law governs whether and the extent to which INAIL and Tesco Go are entitled to exercise the rights which the claimant has against the defendant under the law governing that relationship. However, the effect of art. 4 is, as already noted, that the relationship between the claimant and the defendant is governed by English law» (par. 48 s.).

ACCORDO TRA IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E LA BANCA D'ITALIA PER L'ATTIVITÀ DI LIQUIDAZIONE DEGLI INDENNIZZI DI CUI ALLA C.D. LEGGE PINTO. In data 18 maggio 2015, è stato sottoscritto tra il Ministero della giustizia – Dipartimento per gli Affari di giustizia – e la Banca d'Italia un accordo finalizzato a disciplinare «le modalità attraverso le quali la Banca d'Italia presta collaborazione temporanea al Ministero della giustizia nelle attività preparatorie del pagamento delle somme riconosciute agli aventi diritto dalle competenti corti d'appello a titolo di indennizzo previsto dalla legge 24 marzo 2001 n. 89 e delle relative spese processuali. Tale collaborazione consiste nella compilazione delle minute dei titoli di spesa da sottoporre alla firma del competente dirigente del Ministero della giustizia con le modalità indicate negli articoli seguenti e con l'accordo esplicito che il Ministero non potrà mai addebitare alla Banca d'Italia errori, anche di calcolo, omissioni o ritardi» (art. 1). Per facilitare il coordinamento, il Ministero della giustizia si è impegnato «a nominare un referente responsabile al quale la Banca d'Italia possa rivolgersi senza formalità, al fine di una sollecita definizione delle problematiche che dovessero insorgere nello svolgimento di tutte le attività disciplinate dal presente Accordo, ivi comprese quelle necessarie per dare attuazione allo stesso» (art. 2), così come ad annotare i decreti di corte d'appello «in un apposito *database* informatico, contrassegnati da un numero d'ordine assegnato in base alla data di notifica, con i seguenti dati: a) corte d'appello che ha emesso il decreto; b) estremi completi del decreto; c) nominativo del creditore; d) data di notifica del decreto in forma esecutiva e data di scadenza del termine di 120 giorni *ex art.* 14, comma 1, del decreto-legge 31 dicembre 1996, n. 669, convertito con modificazioni dalla legge 28 febbraio 1997, n. 30; e) data di decorrenza degli interessi» (art. 3). Ai sensi dell'art. 4 dell'accordo, la Banca d'Italia, abilitata ad operare da remoto sul *database*, lo implementa «con i dati relativi alle attività compiute tempo per tempo» a norma dell'accordo stesso (art. 4). «Il Ministero abilita altresì la Banca d'Italia all'accesso al sistema informativo per la gestione integrata della contabilità economica e finanziaria, SICOGES, ai fini della predisposizione delle minute dei mandati di pagamento da sottoporre alla firma del competente dirigente del Ministero della giustizia». In base all'art. 5 dell'accordo, «Con cadenza settimanale, il Ministero della giustizia consegna alla Banca d'Italia... le copie notificate dei decreti di corte d'appello pervenuti nel corso della settimana precedente (in originale se notificati con modalità tradizionale, in copia non conforme se notificati a mezzo posta elettronica certificata), unitamente ad una distinta di accompagnamento che indica il numero complessivo dei decreti e il numero d'ordine assegnato nel *database*. La Banca d'Italia riceve i decreti e restituisce una copia della distinta sottoscritta». Conse-

guentemente, «la Banca d'Italia... a) apre un fascicolo cartaceo per ciascun decreto ricevuto; b) richiede al legale del creditore, a mezzo posta elettronica certificata (PEC), in base a un modello fornito dal Ministero della giustizia, le informazioni necessarie per la compilazione del mandato informatico; c) effettua il calcolo dell'importo da corrispondere per ciascun decreto sulla base di uno schema di liquidazione predisposto dal Ministero della giustizia che evidenzia, distintamente, per l'equo indennizzo: sorte liquidata dalla corte d'appello, misura del tasso degli interessi e importo dovuto a tale titolo; per le spese processuali: compenso, rimborso forfettario spese generali, IVA e CPA, esborsi e, in caso di distrazione delle spese al legale, ritenuta d'acconto; d) provvede – accedendo alla procedura SICOGE – a redigere le minute dei mandati di pagamento, da sottoporre ai controlli di competenza del Ministero e alla firma del competente dirigente dello stesso. Gli interessi sono conteggiati con decorrenza dalla data indicata nel *database* ed evidenziata con un tratto rosso dal Ministero sul provvedimento della corte d'appello. La Banca svolge le attività indicate nei commi precedenti seguendo esclusivamente l'ordine registrato nel *database*. I fascicoli cartacei relativi ai decreti di corte d'appello per i quali si è concluso l'*iter* delineato negli articoli precedenti sono restituiti, con cadenza settimanale, al Ministero della giustizia, che ne rilascia ricevuta» (art. 6). Ai sensi dell'art. 7 dell'accordo, ferme restando le competenze del Ministero in materia, «La Banca d'Italia non assume, né nei confronti del Ministero né nei confronti di terzi, responsabilità per errori, anche di calcolo, omissioni o ritardi, né responsabilità connesse con la detenzione dei decreti di corte d'appello e non ha alcun obbligo di conservazione o archiviazione della documentazione ricevuta dal Ministero». L'accordo «diviene efficace con la nomina del referente indicato nell'art. 2 ed ha la durata di due anni da tale data» (art. 8).

RASSEGNA BIBLIOGRAFICA

ANDREW DICKINSON, MARY KEYES and THOMAS JOHN (eds.), *Australian Private International Law for the 21st Century. Facing Outwards*, Hart Publishing, London-Portland, 2014, pp. XI-303.

Quest'opera, che raccoglie gli atti di un apposito convegno, si inserisce nel filone delle varie proposte, succedutesi nel tempo, di riforma del diritto internazionale privato australiano, il quale appartiene – come è noto – ad un sistema giuridico di *common law*, per di più connotato da un ordinamento plurilegislativo a base territoriale.

Proprio muovendo da tali caratteri peculiari gli studiosi e gli operatori del diritto di quel Paese hanno più volte ravvisato le difficoltà derivanti da una giurisprudenza delle varie corti statali frammentata e per così dire anarchica (ma qui spesso tacciata di *parochialism*) la quale, considerata nel suo complesso, nuoce evidentemente alla certezza del diritto sia nei rapporti interlocali sia in quelli transnazionali. L'intento di individuare e poi suggerire norme semplici e uniformi nel campo del diritto internazionale privato, e prima ancora e soprattutto in quello del diritto processuale civile internazionale, muove perciò anche dall'esigenza di incrementare il volume delle transazioni commerciali sia all'interno del territorio australiano sia verso l'esterno e di attrarre, sotto quest'ultimo aspetto, ulteriori investimenti.

A questi scopi è stata del resto ispirata l'istituzione di uno speciale Standing Council on Law and Justice, di cui fa parte anche la Nuova Zelanda (interlocutore privilegiato, ma a quanto risulta non sempre tenuto in debita considerazione a causa del differente peso economico) così come sono state ispirate due consultazioni pubbliche indette dal Commonwealth Attorney General's Department volte a chiarire lo «stato dell'arte» attuale ed a sollecitare appunto nuove indicazioni per la riforma.

I risultati delle due consultazioni sono sottoposti ad un severo ma incisivo esame nei contributi qui pubblicati, che attengono in massima parte alle c.d. materie civili e commerciali. I temi più esplorati sono quelli concernenti i criteri di giurisdizione in materia contrattuale ed extracontrattuale, la scelta del foro, le caratteristiche del *forum non conveniens*, con frequenti richiami al c.d. sistema di Bruxelles-Lugano anche nella versione più aggiornata. Sotto quest'ultimo profilo, è riservato un certo spazio, con taluni spunti comparativi, a vari strumenti di cooperazione giudiziaria civile tra l'Australia e la Nuova Zelanda auspicando un allargamento di tale modello ad altri Stati, quale ad esempio Singapore.

Altrettanto esplorati risultano gli aspetti di diritto internazionale privato in senso stretto, specialmente quelli relativi alla scelta di legge ed alle regole di conflitto sulle obbligazioni extracontrattuali con analoghe aperture verso il sistema europeo dei regolamenti Roma I e Roma II. Non a caso il saggio di A. Dickinson è espressamente dedicato a quanto l'Australia può apprendere dall'esperienza dell'Unione europea in questi settori.

In conclusione, al di là del prisma delle riforme auspiccate, quest'opera rap-

presenta una ulteriore ed interessante fonte di cognizione non solo sul sistema di diritto interlocale e internazionale privato australiano, ma anche sull'ordinamento nel suo insieme: lo testimoniano da un lato la ricchezza dei dati giurisprudenziali raccolti, e catalogati nel relativo indice, nonché degli atti normativi a livello interno (ben più numerosi di quanto prevedibile) ed internazionale; dall'altro la qualità degli autori, appartenenti non solo al mondo accademico ma anche a quello dei magistrati ed a quello degli avvocati.

ROBERTA CLERICI

CONDIZIONI DI ABBONAMENTO

L'abbonamento decorre dal 1° gennaio e scade il 31 dicembre successivo. In ipotesi il cliente sottoscriva l'abbonamento nel corso dell'anno la scadenza è comunque stabilita al 31 dicembre del medesimo anno: in tal caso l'abbonato sarà tenuto al pagamento dell'intera annata ed avrà diritto di ricevere gli arretrati editi nell'anno prima dell'inizio dell'abbonamento.

Il prezzo dell'abbonamento carta comprende la consultazione digitale della rivista nelle versioni online su <http://www.edicolaprofessionale.com/RDIPP>, tablet (iOS e Android) e smartphone (Android) scaricando l'App Edicola professionale.

L'abbonamento si intenderà tacitamente rinnovato per l'anno successivo in assenza di disdetta da comunicarsi almeno 30 giorni prima della scadenza del 31 dicembre esclusivamente a mezzo lettera raccomandata a.r.

I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati entro e non oltre un mese dal ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine saranno spediti contro rimessa dell'importo.

Abbonamento 2015 Italia € 149,00 - Estero € 198,00

Il pagamento potrà essere effettuato tramite incaricati della Casa Editrice sottoscrivendo l'apposita ricevuta intestata a WKI Srl – Cedam oppure con un versamento intestato a WKI srl – Cedam – Viale dell'Industria, 60 – 35129 Padova, utilizzando una delle seguenti modalità:

Conto corrente postale 205351;

Bonifico Cassa di Risparmio del Veneto Agenzia di Padova via Valeri - CIN C - ABI 06225 - CAB 12163 - n. c/c 047084250184 - IBAN IT 30 C 06225 12163 047084250184;

Carta di credito Visa, Master Card, Carta Sì, American Card, American Express, Diners Club, Eurocard specificando il numero e la data di scadenza.

Egregio abbonato,

ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30.6.2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in Assago Milanofiori Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI), titolare del trattamento e sono trattati da quest'ultima tramite propri incaricati.

Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.Lgs. n. 193/03, anche a fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita.

Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art. 7 del D.Lgs. n. 196/03, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - Centro Direzionale Milanofiori Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI), o inviando un Fax al numero: 02.82476.403.



SERVIZIO CLIENTI CEDAM

► Informazioni commerciali:

tel. 02.82476707 • e-mail: info.commerciali@cedam.com

► Informazioni amministrative:

tel. 049.8239111 • e-mail: info@cedam.com

www.cedam.com • www.praticantidiritto.it



€ 40,00

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKL**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

Torna al libro



CEDAM

IPSOA

UTET[®]
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX