

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Studio 1-2006/A

I rapporti patrimoniali tra coniugi nelle vecchie e nelle nuove norme di conflitto: legge applicabile e diritto intertemporale

(Note a Cass. Civ., Sez. I, ord. 9 maggio – 16 luglio 2005, n. 15092)

Approvato dalla Commissione Affari Europei e Internazionali il 27 gennaio 2006

La disciplina dei rapporti patrimoniali tra i coniugi nel previgente sistema di diritto internazionale privato

La gran parte delle norme di conflitto del previgente sistema di diritto internazionale privato erano inserite nelle disposizioni preliminari del codice civile (preleggi).

In particolare, l'art. 19 preleggi stabiliva al primo comma che i rapporti patrimoniali tra coniugi fossero regolati dalla legge nazionale del marito al tempo della celebrazione del matrimonio.

Ai sensi del secondo comma, l'eventuale cambiamento di cittadinanza dei coniugi non aveva effetti sulla legge applicabile al regime patrimoniale. I coniugi potevano modificare la legge applicabile ai rapporti patrimoniali solo stipulando una convenzione matrimoniale in base alla nuova legge nazionale comune.

Le norme di conflitto, in coerenza con quelle sostanziali, riconoscevano al marito una posizione preminente all'interno della famiglia ⁽¹⁾.

La Costituzione e la riforma del diritto di famiglia del 1975 non apportarono modifiche a tali norme che, fino all'entrata in vigore della legge di riforma del diritto internazionale privato nel 1995, subirono esclusivamente alcune "correzioni" da parte della Corte costituzionale ⁽²⁾.

Nonostante l'evidente contrasto con le nuove norme sulla famiglia, l'art. 19 preleggi stabiliva una disciplina dei rapporti patrimoniali tra i coniugi ancorata ad un criterio di collegamento che (quello della legge nazionale del marito al tempo della

celebrazione del matrimonio), per quanto ingiusto, era unico, costante ed invariabile nel tempo. La delimitazione temporale, infatti, eliminava radicalmente il rischio che il marito, cambiando cittadinanza, potesse assoggettare il regime patrimoniale della coppia ad una legge a lui più favorevole ⁽³⁾.

La moglie, quindi, non solo poteva conoscere ancor prima del matrimonio quale sarebbe stata la legge applicabile ai rapporti patrimoniali con il marito, ma aveva anche la garanzia che tale legge sarebbe rimasta stabile nel corso del tempo.

Per questi motivi la norma rappresentava un grande valore dal punto di vista della certezza del diritto ⁽⁴⁾ ed, infatti, la sua legittimità costituzionale, almeno sino ad oggi, non è mai stata posta seriamente in dubbio ⁽⁵⁾.

La disciplina trovava, infine, completamento nell'art. 17, primo comma, preleggi che, rappresentando *"una sorta di norma base"* ⁽⁶⁾, stabiliva il ricorso alla legge nazionale per tutte le questioni di famiglia.

L'applicazione concreta di tale norma, nel caso di coniugi aventi diversa cittadinanza, comportava il simultaneo richiamo delle rispettive leggi nazionali che dovevano applicarsi cumulativamente o disgiuntamente, senza poter attribuire un rilievo decisivo ad una sola di loro (sistema del cumulo di leggi).

II provvedimento della Cassazione

In un giudizio di divorzio introdotto nel 1993 da una coppia di italiani che, al tempo del matrimonio (1968), avevano diverse cittadinanze, la moglie chiedeva, tra l'altro, di essere riconosciuta proprietaria della spettante quota di un immobile acquistato dal marito in Austria nel 1981 in forza del regime di comunione legale dei beni vigente in Italia dal 1975.

Il Tribunale di Bolzano nel 2000 decideva che gli aspetti patrimoniali dovevano essere regolati in base al diritto italiano *"applicato per effetto della presunzione legale d'idoneità con le norme austriache, resasi necessaria dalla mancanza o insufficienza della prova fornita dalla parte sul diritto straniero"*.

Il marito proponeva appello affermando che, tanto al tempo della celebrazione del matrimonio, quanto al momento dell'acquisto dell'immobile in Austria egli era cittadino austriaco; chiedeva, pertanto, l'applicazione della sua legge nazionale al tempo della celebrazione del matrimonio come stabilito dall'art. 19, primo comma, preleggi.

La Corte d'Appello accogliendo le richieste avanzate dal marito, dichiarava applicabile al regime patrimoniale tra i coniugi il diritto materiale austriaco al tempo del matrimonio.

Tale decisione si basava sull'art. 72 l. 218/1995 che stabilisce che le nuove norme di conflitto si applichino in tutti i giudizi introdotti dopo l'entrata in vigore

della legge di riforma (1° settembre 1995), fatta salva l'applicabilità alle situazioni esaurite prima di tale data delle previgenti norme di diritto internazionale privato.

Sul presupposto che il diritto sostanziale austriaco prevedeva all'epoca del matrimonio la separazione dei beni, i giudici d'Appello rigettavano ogni pretesa avanzata dalla moglie.

Questi ricorreva per Cassazione sostenendo, tra l'altro, che l'art. 19, primo comma, preleggi, violerebbe gli artt. 3 e 29 Costituzione.

La Corte di Cassazione, accogliendo tali motivi, stabiliva la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale della suddetta norma di conflitto nella parte in cui richiama la legge nazionale del marito al tempo della celebrazione del matrimonio per regolare i rapporti patrimoniali tra i coniugi ⁽⁷⁾.

L'impianto motivazionale dell'ordinanza si fonda sulle medesime circostanze che portarono la Corte Costituzionale a stabilire l'illegittimità costituzionale degli artt. 18 e 20 preleggi nelle parti in cui si richiamava, rispettivamente, la legge del marito e del padre ⁽⁸⁾.

E', pertanto, probabile che il Giudice delle leggi, fatta salva l'ipotesi in cui ritenga la questione non fondata o inammissibile per difetto del presupposto interpretativo del Giudice *a quo* ⁽⁹⁾, stabilirà l'incostituzionalità dell'art. 19 preleggi nella parte in cui richiama la legge nazionale del marito.

Il Giudice del rinvio, come già avvenuto in occasione delle pronunce d'incostituzionalità degli artt. 18 e 20 preleggi, dovrà determinare la legge applicabile ⁽¹⁰⁾ ai rapporti patrimoniali tra coniugi aventi diverse cittadinanze. E', infatti, difficile ipotizzare una sentenza additiva ⁽¹¹⁾ della Corte costituzionale che possa fare luce sul criterio di collegamento utilizzabile.

L'applicabilità della legge italiana

Ove l'accertamento della legge straniera applicabile non abbia esito positivo, il giudice potrebbe trovarsi costretto a disciplinare i rapporti patrimoniali tra i coniugi servendosi delle norme sostanziali dell'ordinamento statale.

Tale circostanza, peraltro, pur paventata da un Giudice *a quo* in occasione della sentenza d'illegittimità costituzionale dell'art. 18 preleggi, ⁽¹²⁾ non ha trovato riscontro nella pratica.

Anche in occasione dell'eventuale pronuncia d'illegittimità costituzionale dell'art. 19, primo comma, preleggi, taluno adombra l'ipotesi che il Giudice del rinvio possa applicare ai rapporti patrimoniali tra i coniugi la legge italiana a titolo di *lex fori*, attribuendo in tal modo la prevalenza alla legge nazionale di uno solo dei coniugi (nel caso specifico, a quella della moglie) ⁽¹³⁾.

Tale scelta, peraltro, non solo costringerebbe i coniugi ad assoggettarsi al re-

gime legale italiano - anche quando ci sia una discordanza con le loro rispettive leggi nazionali ⁽¹⁴⁾ - ma rappresenterebbe anche, *"la negazione pura e semplice del carattere internazionale della fattispecie"* ⁽¹⁵⁾.

Il ricorso al sistema del cumulo (art. 17 preleggi)

In seguito al vuoto normativo conseguente alle pronunce della Corte costituzionale sugli artt. 18 e 20 preleggi, la dottrina proponeva *"l'espansione della categoria dei rapporti di famiglia disciplinata dall'art. 17 disp. prel. cod. civ. anche per i fatti prima inquadrabili nelle disposizioni preliminari suddette (artt. 18, 19 e 20 preleggi). E ciò per la parte in cui, per l'appunto, contrastino con il principio d'eguaglianza."* ⁽¹⁶⁾.

Le Corti del merito ⁽¹⁷⁾ facevano sovente ricorso, nel caso di coniugi aventi diversa cittadinanza, alla disciplina prevista all'art. 17 preleggi che, come accennato, comportava il simultaneo richiamo delle rispettive leggi nazionali che dovevano applicarsi cumulativamente o disgiuntamente, senza poter attribuire un rilievo decisivo ad una sola di loro ⁽¹⁸⁾.

Taluno, peraltro, sosteneva che il sistema del cumulo, a causa *"dell'irriducibile differenza fra i diversi regimi patrimoniali della famiglia"*, non fosse applicabile ai rapporti patrimoniali fra i coniugi in diritto internazionale privato ⁽¹⁹⁾.

Altro Autore ipotizzava la possibilità di *"sostituire per via interpretativa il criterio della cittadinanza – ove sia difficile il cumulo – con dei criteri complementari o sussidiari di quello, ancorché non vengano espressi dall'art. 17 disp. prel. cod. civ.."* ⁽²⁰⁾.

L'applicabilità della legge del luogo di celebrazione del matrimonio

Un Autore, sulla base dell'analisi dei criteri di collegamento previsti nel vecchio sistema delle norme di conflitto, proponeva di applicare ai rapporti personali tra i coniugi la legge del luogo di celebrazione del matrimonio ⁽²¹⁾.

Altro Autore ⁽²²⁾, nel suo commento alla recente ordinanza della Cassazione sulla fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 19 primo comma, preleggi, ritiene che tale criterio di collegamento possa richiamare anche la legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra i coniugi, poiché:

- è un criterio stabile, basato su di un fattore di contatto unico, temporalmente delimitato e di natura territoriale;
- si adatta meglio di altri alla realtà, in special modo qualora richiami la legge dello Stato d'appartenenza di uno dei coniugi.

Nell'attesa del giudizio della Corte costituzionale e della conseguente decisione

del Giudice del rinvio, da cui si potranno trarre argomentazioni maggiormente sostenibili, il ricorso al criterio di collegamento "stabile" della legge del luogo di celebrazione del matrimonio sembrerebbe assai suggestivo.

L'applicabilità della legge del luogo della prevalente localizzazione della vita matrimoniale: problemi di diritto intertemporale

Come accennato, ai sensi dell'art. 72 l. 218/1995, le nuove norme di conflitto si applicano in tutti i giudizi iniziati dopo la data della loro entrata in vigore ⁽²³⁾, fatta salva l'applicabilità delle vecchie norme di diritto internazionale privato alle "situazioni che possano dirsi «esaurite»...(che) s'identificano o in quelle già definitivamente accertate in sede giurisdizionale o in quelle che comunque abbiano già compiutamente realizzato tutti i propri effetti" ⁽²⁴⁾.

Le situazioni giuridiche si possono definire "esaurite", quando siano iniziate e siano terminate sotto la vigenza delle abrogate norme di conflitto, anche al di fuori di un contenzioso ⁽²⁵⁾.

Alla luce di tali disposizioni normative è opinabile la tesi secondo la quale, per colmare la *lacuna legis* conseguente all'eventuale pronuncia della Corte Costituzionale sull'art. 19, primo comma, preleggi, l'interprete possa avvalersi anche dei nuovi criteri di collegamento offerti dalla legge di riforma del sistema di diritto internazionale privato italiano ⁽²⁶⁾.

L'attuale norma di conflitto sul regime patrimoniale dei coniugi

I rapporti personali tra i coniugi sono regolati dall'art. 29 l. 218/95 che così recita:

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

In assenza d'ogni riferimento normativo sulla delimitazione temporale si tiene conto della cittadinanza comune che coniugi possiedono al momento in cui si pone concretamente la questione da regolare. Saranno, pertanto, del tutto irrilevanti le cittadinanze comuni possedute antecedentemente dai coniugi e poi perdute.

Nel caso in cui i coniugi abbiano diverse cittadinanze o più cittadinanze comuni, si applica il criterio di collegamento sussidiario della prevalente localizzazione della vita matrimoniale.

Con questo criterio s'introducono due principi nuovi per il nostro sistema:

- la rilevanza della connessione più stretta tra il rapporto da regolare ed un dato ordinamento;
- la libertà d'apprezzamento dell'operatore giuridico nel rinvenire la suddetta connessione ⁽²⁷⁾.

L'operatore giuridico, al fine di individuare la legge del luogo ove sia prevalentemente localizzata la vita matrimoniale, può considerare, al momento in cui si pone la questione da regolare, il luogo di residenza o di domicilio comune dei coniugi, nonché tenere conto *"comparativamente, sia della natura sia della durata delle connessioni atte a determinare tale localizzazione"* (come suggerito dalla Relazione al disegno di legge).

Il criterio di collegamento della prevalente localizzazione della vita matrimoniale non figura tra quelli esclusi dal funzionamento del rinvio. Una volta individuata la legge competente in base ai criteri indicati, sarà, pertanto, necessario verificarne l'operatività.

I rapporti patrimoniali tra i coniugi sono regolati dall'art. 30 che, ai commi 1° e 2°, così recita:

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

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

La legge che disciplina il regime patrimoniale tra i coniugi si accerta al momento in cui si pone concretamente la questione da regolare e si applica retroattivamente a tutte le vicende patrimoniali successive alla celebrazione del matrimonio, conformemente alle regole stabilite dall'art. 72 l. 218/1995 ed alla tutela dei diritti acquisiti dai terzi in base al precedente regime.

I coniugi possono accordarsi sulla scelta della legge applicabile ai loro rapporti patrimoniali nel rispetto dei requisiti previsti dal primo comma dell'art 30 l. 218/1995.

La scelta può essere compiuta all'atto, in costanza o anche prima del matrimonio (in tal caso l'accordo sarà soggetto alla condizione sospensiva della celebrazione dello stesso).

La *professio iuris* è sicuramente consigliabile ai coniugi aventi diverse cittadinanze o più cittadinanze comuni poiché offre i seguenti vantaggi:

- rende certa ed agevole l'individuazione della legge applicabile;
- evita il ricorso ai criteri di collegamento previsti per l'individuazione dalla legge applicabile ai rapporti personali tra i coniugi;

- esclude l'operatività del meccanismo del rinvio;
- fissa la legge applicabile ai rapporti patrimoniali fin tanto che i coniugi non esprimano una diversa volontà.

Sui requisiti formali dell'accordo, si registrano in dottrina ⁽²⁸⁾ due orientamenti:

- la forma scritta è il requisito minimo. Si deve tenere conto d'eventuali prescrizioni formali più rigorose ove siano richieste dalla legge scelta e da quella del luogo in cui l'accordo è stato stipulato. La forma dell'accordo tra i coniugi stranieri che scelgano in Italia la legge italiana deve essere quella delle convenzioni matrimoniali (atto pubblico con i testimoni);
- la forma scritta è il requisito necessario e sufficiente. L'art. 30, 2° comma, l. 218/95 riguarda esclusivamente i requisiti sostanziali dell'accordo. In tal modo la forma dell'accordo tra coniugi stranieri che scelgano in Italia la legge italiana può essere quella della semplice scrittura privata.

In difetto di un'espressa pattuizione sulla scelta della legge applicabile, i rapporti patrimoniali tra coniugi saranno regolati dalla legge applicabile ai rapporti personali secondo le regole fissate dal citato art. 29 l. 218/1995.

Il criterio di collegamento della prevalente localizzazione della vita matrimoniale: aspetti problematici

In via di principio, il criterio di collegamento della prevalente localizzazione della vita matrimoniale dovrebbe consentire un adattamento della legge applicabile ai mutamenti della situazione di fatto attraverso *"una sintesi di criteri, una sommatoria d'indizi che deve essere operata e valutata dal giudice per arrivare alla individuazione della legge competente"* ⁽²⁹⁾.

Gli elementi che devono essere presi in considerazione dall'operatore per giungere ad individuare la legge del luogo ove è prevalentemente localizzata la vita matrimoniale sono, purtroppo, numerosi e, per loro natura, non stabili.

Al fine di individuare il luogo in cui si svolge prevalentemente la vita matrimoniale, l'interprete dovrà considerare, oltre alla residenza comune dei coniugi ⁽³⁰⁾, ogni singola circostanza rilevante, in special modo ove i coniugi non abbiano né residenza né domicilio comune ⁽³¹⁾.

Autorevole dottrina sostiene ⁽³²⁾ che non sia corretto attribuire rilievo ad elementi di connessione attinenti esclusivamente agli effetti patrimoniali (ad esempio, il luogo ove si trovano i beni di proprietà dei coniugi), poiché il criterio di collegamento opera attraverso il riferimento ai rapporti personali.

Si potrebbe configurare, pertanto, un regime patrimoniale "mobile", nel senso

che gli effetti degli atti posti in essere nel corso della vita coniugale siano destinati a mutare nel tempo anche solo a causa del trasferimento della residenza da uno Stato all'altro ⁽³³⁾.

La situazione rischia di diventare paradossale nel caso in cui l'interprete non sia in grado di trovare il luogo dove si svolge prevalentemente la vita matrimoniale a causa di uno stile di vita scarsamente caratterizzato sotto il profilo della connessione più stretta ⁽³⁴⁾.

Individuata la legge applicabile alla fattispecie concreta mediante il criterio di collegamento in esame, si deve tener conto, come accennato, dell'operatività del meccanismo del rinvio ai sensi dell'art. 13 l. 218/1995.

Il risultato è che, con tutta probabilità, la legge applicabile al regime patrimoniale tra i coniugi non sarà quella del luogo ove si svolge prevalentemente la vita matrimoniale.

E' di palmare evidenza come il meccanismo del rinvio non solo vanifichi la ricerca del diritto straniero applicabile in base al complesso di circostanze che permettono di localizzare la vita matrimoniale, ma *"si (ponga) in contrasto con la volontà della stessa norma di conflitto, il cui fine è che venga applicata proprio la legge di quell'ordinamento e non quella di un altro, richiamata da una diversa norma"* ⁽³⁵⁾.

In definitiva il criterio in esame *"per la sua indeterminatezza e mobilità...difficilmente consentirà di recuperare una unitarietà della disciplina"* dei rapporti patrimoniali tra i coniugi ⁽³⁶⁾.

Paolo Longo

1) M. FINOCCHIARO, Preferenza alla legge dello Stato in cui si è celebrato il matrimonio, cit., p. 83. La disciplina sostanziale era imperniata sulla prevalenza della figura del marito o del padre e sull'immutabilità delle convenzioni matrimoniali (art. 162 c.c.). Le norme di conflitto prevedevano, altresì, la prevalenza della figura del marito e l'immutabilità della legge applicabile, anche in caso di mutamento di cittadinanza. Il sistema era teso ad impedire che la donna, parte debole, non subisse, rispettivamente, conseguenze dalla stipula di una nuova convenzione matrimoniale o dal mutamento di cittadinanza (e, pertanto, di legge applicabile) del marito (le argomentazioni svolte sono tratte da: E. CALO' La pianificazione delle vicende personali e patrimoniali, Milano, 2004, p. 123). Solo attraverso le pronunce d'illegittimità costituzionale degli artt. 18 e 20 preleggi nella parte in cui prevedevano l'applicabilità della legge nazionale del marito o, rispettivamente, del padre, la Corte Costituzionale ha "corretto" lo sbilanciamento venutosi a creare a seguito della riforma del diritto di famiglia.

- 2) In occasione delle pronunce d'incostituzionalità degli artt. 18 e 20 preleggi, nelle parti in cui, rispettivamente, facevano riferimento alla legge nazionale del marito e del padre, la Corte Costituzionale ha superato la teoria della neutralità delle norme di conflitto, sostenendo che anche tali norme, sebbene non regolino direttamente la fattispecie, devono essere conformi ai valori di fondo della Costituzione (Corte Cost. sent. 5 marzo 1987, n. 71, in Foro pad., 1987, 159, con nota di BALLARINO, Il marito perde anche la legge applicabile; in Giur. It., 1987, I, 1153, con nota di DE CUPIS, Eguaglianza coniugale e conflitto di leggi, in Foro it., 1987, I, 2316, con nota di POLETTI, Una svolta storica; Corte Cost. sent. 10 dicembre 1987, n. 477, in Foro it., 1988, II, 2830, con nota di PAGANO, La legge regolatrice dei rapporti personali tra coniugi e dei rapporti tra genitori e figli dopo la declaratoria di incostituzionalità degli art. 18 e 20 preleggi).
- 3) E. VITTA, Corso di diritto internazionale privato e processuale, Torino, 1983, p. 213; R. CLERICI, I rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato, in Norme civili e valutarie relative all'intervento in atto di non residenti, Venezia, 1983, p. 68.
- 4) Sulla stabilità della legge nazionale del marito al tempo della celebrazione del matrimonio: E. CALO', La pianificazione delle vicende personali e patrimoniali, cit., p. 122.
- 5) In una precedente occasione la Corte di Cassazione ha ritenuto la questione di costituzionalità dell'art. 19, primo comma, preleggi, manifestamente infondata (sent. 8 maggio 1981, n. 131, in Riv. Dir. Int. Priv. Proc., 1982, p. 348 ss.). L'eccezione d'incostituzionalità sollevata dal Giudice Conciliatore di Milano (ord. 24 maggio 1974, in Riv. dir. Int. Priv. Proc., 1974, p. 604 ss.) in ordine al criterio di collegamento della legge nazionale del marito al tempo del matrimonio, non è stata ritenuta rilevante dalla Corte Costituzionale perché non sufficientemente motivata (sent. 16 aprile 1975, n. 87, in Riv. dir. Int. Priv. Proc., 1975, p. 515 ss.).
E. CALO' (La legge applicabile al regime patrimoniale dei coniugi stranieri dopo la pronuncia di incostituzionalità dell'art. 18 preleggi, Consiglio Nazionale del Notariato, in Studi e materiali, III, 1992, p. 67; IDEM, La pianificazione delle vicende personali e patrimoniali, cit., p. 122 -123) sostiene che la ragione di ciò stia nel fatto che tale norma disciplinava un settore assai meno litigioso rispetto a quello dei rapporti personali tra i coniugi o a quello dei rapporti tra genitori e figli.
- 6) E. VITTA, F. MOSCONI, Corso di diritto internazionale privato e processuale, Torino, 1994, p. 214.
- 7) "Non è manifestamente infondata, in riferimento agli articoli 3, primo comma e 29, secondo comma della Costituzione la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 19 delle preleggi (abrogato a far data dal 31 dicembre 1996 ma applicabile, nella specie, *ratione temporis*) nella parte in cui prevede, con violazione del divieto di discriminazione tra i sessi e di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, che in caso di coniugi di diversa nazionalità e di mancanza di legge nazionale comune, i rapporti patrimoniali tra i coniugi stessi siano regolati dalla legge nazionale del marito al tempo della celebrazione del matrimonio": Cass. ord. 9 maggio – 16 luglio 2005, n. 15092 in Guida al diritto – Il sole 24 ore, Diritto Comunitario e Internazionale, n. 5/2005, p. 79 ss., nota di M. FINOCCHIARO, Preferenza alla legge dello Stato in cui si è celebrato il matrimonio.
- 8) Ancor prima delle pronunce della Corte Costituzionale, autorevole dottrina (GIARDINA, L'eguaglianza dei coniugi nel diritto internazionale privato, in Riv. Dir. Int. Priv. e proc., 1974, p. 5 ss.; ANDRINI, Convenzioni matrimoniali e pubblicità legale nel nuovo diritto di famiglia, in Riv. Not., 1975, p. 1100 ss.; PISILLO MAZZESCHI, L'uguaglianza tra i coniugi, in Studi senesi, 1981, p. 214 ss.) sosteneva l'illegittimità costituzionale delle norme di conflitto che prevedevano il criterio di collegamento della legge nazionale del marito.
- 9) M. FINOCCHIARO, Preferenza alla legge dello Stato in cui si è celebrato il matrimonio, cit., p. 84.
- 10) In occasione della pronuncia d'incostituzionalità dell'art. 18, un giudice a quo nella sua ordinanza poneva l'attenzione sulla necessità di colmare l'eventuale lacuna legis ricorrendo in "...mancanza di cittadinanza comune dei coniugi... ad un criterio di tipo domiciliare, come il loro domicilio o residenza comuni, che costituiscono collegamenti reali ed importanti, in quanto il domicilio coniugale e, in mancanza, la residenza comune dei coniugi hanno in vista quello che ben può essere definito

- come il centro della vita familiare”: sent. Corte Cost. 5 marzo 1987, n. 71 in riferimento all’ordinanza del Tribunale di Torino, 11 gennaio 1985, n. 514 (G.U. n. 4/1986, 1° serie speciale).
- 11) In occasione della pronuncia sull’incostituzionalità dell’art. 18 preleggi (sent. 5 marzo 1987, n. 71, in Foro Pad., cit., 162), la Corte Costituzionale non ha emesso una sentenza di tipo additivo sulla base dei seguenti motivi: “...non può questa Corte (in quanto ciò importerebbe sostituirsi all’interprete o addirittura al legislatore nella scelta fra più soluzioni ipotizzabili) individuare o addirittura determinare la norma di collisione cui far riferimento, o la stessa norma applicabile, con il dichiarare mediante sentenza additiva, come propone, fra l’altro, il Tribunale di Torino, che la norma impugnata sarebbe illegittima in quanto non prevede un criterio fondato sul domicilio o sulla residenza comune dei coniugi...”.
 - 12) La sentenza d’incostituzionalità, creando una lacuna legis, avrebbe inevitabilmente privilegiato l’applicazione della legge italiana “...in contrasto con la tendenza a far sì che le norme italiane di conflitto continuino a richiamare, su basi di parità, per gli stessi tipi di casi, la lex fori ed il diritto straniero”::Sent. Corte Cost. 5 marzo 1987, n. 71 in riferimento all’ordinanza del Tribunale di Torino, 11 gennaio 1985, n. 514 (G.U. n. 4/1986, 1° serie speciale).
 - 13) La tesi è avanzata da M. FINOCCHIARO (Preferenza alla legge dello Stato in cui si è celebrato il matrimonio, cit., p. 86) che così precisa: “Se.. i cittadini sono «eguali davanti alla legge senza distinzione di sesso» e il matrimonio, è «ordinato sull’eguaglianza morale e giuridica dei coniugi» è evidente che è incostituzionale dare prevalenza alla legge di uno dei coniugi piuttosto che a quella dell’altro solo in funzione del suo «sesso»”.
 - 14) “i coniugi sarebbero costretti ad essere in comunione, stante il nostro regime legale, in totale discordanza con le loro rispettive leggi nazionali... Siccome lo statuto del matrimonio non può farsi dipendere da una scelta autoritaria di uno Stato straniero, ma deve adeguarsi alle caratteristiche, alla cultura ed alle scelte di vita dei coniugi, non sembra compatibile col nostro ordinamento la scelta della lex fori, che appare come una forzatura e un’imposizione”: E. CALO’, La legge applicabile al regime patrimoniale dei coniugi stranieri dopo la pronuncia di incostituzionalità dell’art. 18 preleggi, cit., p. 73. L’Autore soggiunge che tutti i sistemi di civil law simili al nostro sono orientati, qualora difetti una cittadinanza comune, verso la scelta del criterio del domicilio o della residenza dei coniugi.
 - 15) T. BALLARINO, Il marito perde anche la legge applicabile, in Foro pad., 1987, 167.
 - 16) C. FIORAVANTI, Rapporti di famiglia e ricerca di collegamenti «complementari» o «sussidiari» nel diritto internazionale privato italiano, in Riv. Dir. Int. Priv. e proc., 1988, p. 676.
 - 17) “il richiamo alle due leggi nazionali... ex art. 17 disp. prel. cod. civ. deve essere effettuato disgiuntamente, per cui ognuno dei coniugi può invocare lo scioglimento del vincolo per le cause ammesse dal proprio ordinamento, salvo il limite dell’ordine pubblico”: Tribunale di Roma, sent. 30 maggio 1987 (in A. DI BLASE, A. GIARDINA, Diritto internazionale privato e processuale – materiali didattici, Milano, 1994, pp. 97 – 99). Questa Corte, non solo scartava il ricorso al criterio del domicilio comune e della lex fori (non trovando alcun supporto normativo, si poteva discutere della loro applicabilità solo de iure condendo), ma eliminava anche l’applicabilità del sistema del cumulo dal momento che il richiamo contemporaneo di leggi diverse avrebbe potuto riproporre situazioni discriminatorie tra cittadini di diversa cittadinanza nel caso in cui gli ordinamenti, contemporaneamente richiamati, non prevedessero le medesime cause di scioglimento del matrimonio. “Nel nostro sistema di d.pr., tuttavia, l’art. 17, comma 1°, costituisce una sorta di norma base, stabilendo in via generale, per le questioni di diritto di famiglia, il ricorso alla legge nazionale: a questa soluzione potrebbero essere ricondotti – come suggerito dal Tribunale di Roma, 7 marzo 1989 – anche i rapporti personali tra coniugi di diversa cittadinanza, sebbene ciò comporti l’impiego del criticato sistema del cumulo... Maggiormente in linea con i principi informatori del nostro sistema che, in via generale, ove non possa funzionare il criterio della cittadinanza, ripiega su un criterio di tipo domiciliare..., appare la soluzione accolta dal Tribunale di Catania, 21 settembre 1988. Do-

vendo pronunciare la separazione tra una cittadina italiana ed il marito californiano... il Tribunale ha indicato come applicabili la legge del domicilio o, in mancanza, della residenza abituale comune.”: E. VITTA, F. MOSCONI, Corso di diritto internazionale privato e processuale, cit., p. 214.

- 18)** “Ora, pur comprendendo le ragioni di tale avversione (al sistema del cumulo), ritengo tuttavia che, se e fin dove possibile, si debba procedere all’applicazione cumulativa delle diverse leggi perché si assicura così, nella maniera più compiuta, quell’uniformità di regolamento cui tende il sistema di d.i.p.”: C. FIORAVANTI, Rapporti di famiglia e ricerca di collegamenti «complementari» o «sussidiari» nel diritto internazionale privato italiano, cit., p. 678 (nota n. 8).
- 19)** “...i regimi di comunione e di separazione non sono uguali in quanto è difficile rinvenire un regime legale di assoluta comunione o di assoluta separazione... per questa ragione fondamentale, dell’irriducibile differenza fra i diversi regimi patrimoniali della famiglia, il criterio del cumulo non è applicabile ai rapporti patrimoniali fra i coniugi in diritto internazionale privato”: E. CALO’, La legge applicabile al regime patrimoniale dei coniugi stranieri dopo la pronuncia di incostituzionalità dell’art. 18 preleggi, cit., p. 72.
- 20)** C. FIORAVANTI, Rapporti di famiglia e ricerca di collegamenti «complementari» o «sussidiari» nel diritto internazionale privato italiano, cit., p. 678.
- 21)** Il “criterio si arricchisce...del raffronto con l’art. 25 prel. (legge regolatrice delle obbligazioni), che fa capo, anch’esso, alla legge del luogo in cui «il contratto è stato concluso», nel caso che faccia difetto la legge nazionale comune.”: E. CALO’, La legge applicabile al regime patrimoniale dei coniugi stranieri dopo la pronuncia di incostituzionalità dell’art. 18 preleggi, cit., p. 73. Questi soggiunge che il criterio della legge del luogo di celebrazione del matrimonio non esporrebbe i coniugi al rischio di “continui mutamenti della legge loro applicabile”.
- 22)** “Preferibile, pertanto, appare localizzare la legge «applicabile»...alla legge vigente nello Stato nel quale il matrimonio è celebrato, specie ove questo coincida con lo Stato di appartenenza di uno dei coniugi... E’ evidente, pertanto, che sin dal momento del contratto matrimonio i coniugi, di diversa cittadinanza, non possono non conoscere quale sia la legge applicabile ai loro rapporti patrimoniali (al fine di accertare quale sia il regime concreto vigente, e sapere, per l’effetto, se l’acquisto che vanno ponendo in essere sia, o meno, personale) e questa, deve essere ancorata a criteri “certi” sin da quel momento”: M. FINOCCHIARO, Preferenza alla legge dello Stato in cui si è celebrato il matrimonio, cit., p. 86.
- 23)** “il giudizio di primo grado è stato proposto anteriormente all’entrata in vigore di tale legge”: Cass. Civ., Ord. 9 maggio – 16 luglio 2005, n. 15092, in Guida al diritto – Il sole 24 ore, Diritto Comunitario e Internazionale, n. 5/2005, p. 79 ss.; “... condizione richiesta perché il regime dalla medesima previsto si applichi a controversie relative a rapporti giuridici sorti prima della sua entrata in vigore è che l’azione giudiziaria...sia proposta dopo tale data (1° settembre 1995 – come previsto dall’art. 74 l. 218/95)” Cass. Civ., S.U., 30 dicembre 1998, n. 12907, in Riv. Dir. Int. Priv. e proc., 1999, I, 1012 ss.; vedi anche: Cass. Civ., sez. Lavoro, 17 novembre 2003, n. 17388, in Riv. Dir. Int. Priv. e proc., 2004, II, 1042 ss..
- In dottrina: “una disciplina unitaria dell’efficacia nel tempo...secondo cui (la legge di riforma) si applica in tutti i processi iniziati dopo la sua entrata in vigore” : A. GIARDINA, Disposizioni transitorie (commento all’ art. 72 l. 218/95), in Commentario del nuovo diritto internazionale privato, a cura di POCAR, TREVES, CARBONE, GIARDINA, LUZZATTO, MOSCONI, CLERICI, Padova, 1996, p. 361; “la scelta dell’epoca dell’introduzione della nuova legge, si presenta adeguata rispetto all’esigenza di tutelare, da un lato, la certezza del diritto e di salvaguardare, dall’altro, l’affidamento riposto dai privati nella situazione normativa esistente al momento della domanda giudiziale”: G. GIACALONE, Il nuovo sistema italiano di diritto internazionale privato, Disposizioni transitorie e finali (artt. 72-74), in Corriere giuridico, II, 1995, p. 1266.
- 24)** Cass. Civ., sez. I, 12 novembre 1999, n. 12538, in Foro it., 2000, I, 111 ss., con nota di C.M. BARONE; “Ai sensi dell’art. 72 l. 31 maggio 1995, n. 218 per «situazioni esaurite» s’intende le situa-

zioni svoltesi sotto il regime delle abrogate norme di conflitto, le quali hanno determinato il formarsi e il consolidarsi delle legittime aspettative delle parti e quindi non solo quelle definitivamente accertate in sede giurisdizionale, ma anche quelle che comunque abbiano già compiutamente realizzato i propri effetti.”: Trib. Genova, 20 novembre 2000, in Riv. Dir. Int. Priv. e proc., 2001, p. 698 ss.. “Con l’espressione «situazioni esaurite» debbono...intendersi quelle situazioni che hanno definitivamente esplicato i loro effetti alla stregua della legge, italiana o straniera, dichiarata competente dalle abrogate norme di conflitto. In sostanza, la norma intertemporale tende alla protezione delle situazioni definitivamente regolate e, quindi, delle legittime e non controverse aspettative delle parti rispetto a situazioni che si sono effettivamente create ed hanno realmente esplicato compiutamente i loro effetti a termini della precedente disciplina di conflitto”: A. GIARDINA, Disposizioni transitorie (commento all’ art. 72 l. 218/95), cit., p. 363.

- 25)** In tal senso: G. GIACALONE (Il nuovo sistema italiano di diritto internazionale privato, cit., p. 1269) che, inoltre, soggiunge che “il legislatore della riforma abbia inteso riferirsi alla nozione allargata di rapporto esaurito, così da comprendervi non solo quelli esauriti dopo l’esperimento di un contenzioso, ma anche quelli sorti e fisiologicamente espletatisi interamente sotto il vigore delle norme anteriori”.

GIARDINA (Disposizioni transitorie, cit., p. 363), propende per tale soluzione in assenza di indicazioni da parte del legislatore sulle “situazioni esaurite”. L’Autore cita anche la soluzione adottata nell’ordinamento elvetico (art. 196 della legge del 1987) che prevede che: 1) gli atti o dei fatti giuridici che sono sorti ed hanno spiegato i loro effetti prima della data di entrata in vigore della legge siano sottoposti alle vecchie norme di conflitto; 2) gli atti e i fatti giuridici che sono sorti prima dell’entrata in vigore della presente legge, ma che continuano a spiegare i loro effetti siano sottoposti a quest’ultima legge; 3) la legge spiegherà i suoi effetti su tutti i fatti e gli atti giuridici sorti successivamente alla data della sua entrata in vigore.

- 26)** “E’ facile profezia prevedere che si opererà – come già prevede il combinato disposto degli articoli 29 e 30 della legge n. 218 del 1995 – nel senso che i rapporti patrimoniali tra i coniugi siano regolati – in assenza di una legge nazionale comune al momento del sorgere del vincolo – per la «legge dello Stato nel quale la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata»: M. FINOCCHIARO, Preferenza alla legge dello Stato in cui si è celebrato il matrimonio, cit., p. 86
- 27)** G. CONETTI, S. TONOLO, F. VISMARA, Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano, Torino, 2001, p. 130 ss..
- 28)** Si riporta, con modifiche, quanto contenuto nel lavoro di F. SALERNO CARDILLO, La forma dell’accordo di scelta della legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi, Studio approvato dalla CAEI il 10.09.2005.
- 29)** F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, Diritto internazionale privato e processuale, Parte generale e contratti, cit., p. 134 dove si precisa che il giudice, nella complessa operazione di rilevazione e valutazione degli elementi di fatto che individuano il criterio di collegamento, pur fruendo di un certo grado di discrezionalità, si deve porre l’obiettivo di identificare in quale comunità (politico-) sociale la vita familiare è maggiormente integrata.
- 30)** La residenza comune costituisce un indizio e non una presunzione della prevalente vita matrimoniale, per cui “Occorre infatti verificare la durata di tale residenza in relazione a diverse, precedenti localizzazioni nonché il carattere effettivo (ovvero, non solo anagrafico) della residenza medesima”: R. CLERICI, Rapporti personali tra coniugi (commento all’art. 29 l. 218/95), in Commentario del nuovo diritto internazionale privato, cit., p. 154.
- 31)** Non si può non tener conto del fatto che il legislatore, avendo “... tralasciato di individuare un canone oggettivo nella scelta dell’ordinamento di riferimento rinviando alla «prevalente localizzazione della vita matrimoniale», (non è stato in grado di eliminare radicalmente il rischio di) non univocità nell’individuazione della norma in particolare applicabile alla fattispecie”: G. TRAPANI, Il regolamento per la revisione e la semplificazione dell’ordinamento dello stato civile. Considerazioni

generali e riflessi sull'attività notarile, Studi e materiali - CNN, Milano, 2, 2003 p. 355.

- 32)** I. VIARENGO, Problemi di individuazione della legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi e ruolo della volontà delle parti, cit., p. 1137; in senso contrario F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, Diritto internazionale privato e processuale, Parte generale e contratti, cit., p. 135 dove si afferma che "si debba considerare anche la localizzazione dei beni di proprietà dai coniugi quando, come può accadere in sede di separazione e divorzio, siano in giuoco in particolare i profili patrimoniali."
- 33)** M. FINOCCHIARO, Preferenza alla legge dello Stato in cui si è celebrato il matrimonio, cit., p. 86 non ritiene che l'utilizzazione del criterio di collegamento della prevalente localizzazione della vita matrimoniale sia una soluzione ottimale dal momento che non "è consentito ritenere che gli effetti degli atti posti in essere dai coniugi siano soggetti a mutare nel tempo, a seconda che i coniugi stessi, trasferiscano in uno Stato o nell'altro la propria residenza, o acquistino... la cittadinanza di uno Stato piuttosto di un altro...". In effetti si deve rilevare che possono presentarsi notevoli problemi nel caso si debba accertare il momento preciso in cui al mutamento della localizzazione prevalente della vita matrimoniale ha fatto seguito il cambiamento della legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra i coniugi.
- 34)** C. FIORAVANTI, Rapporti di famiglia e ricerca di collegamenti «complementari» o «sussidiari» nel diritto internazionale privato italiano, in Riv. Dir. Int. Priv. e proc., 1988, p. 686 ss..
- 35)** I. VIARENGO, Problemi di individuazione della legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi e ruolo della volontà delle parti, in Riv. Not., II, 2000, p. 1141; in tema, L. S. ROSSI, La disciplina internazionalprivatistica dei rapporti fra coniugi: i paradossi del criterio della «localizzazione prevalente», Famiglia, 2002, p. 177, afferma che "L'accertamento della localizzazione prevalente viene ulteriormente complicato, in maniera addirittura paradossale, dall'art. 13 della legge di riforma, che ammette, senza escludere la materia dei rapporti fra coniugi, il rinvio oltre o il rinvio indietro."
- 36)** L. S. ROSSI, La disciplina internazionalprivatistica dei rapporti fra coniugi: i paradossi del criterio della «localizzazione prevalente», cit., p. 177.

(Riproduzione riservata)