

Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato

Protocollo del 23 novembre 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari

Testo adottato dalla ventunesima sessione

Relazione esplicativa

di Andrea Bonomi

A cura dell'Ufficio permanente della Conferenza
Churchillplein 6b, L'Aia, Paesi Bassi



Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato

Protocollo del 23 novembre 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari

Testo adottato dalla ventunesima sessione

Relazione esplicativa

di Andrea Bonomi

A cura dell'Ufficio permanente della Conferenza
Churchillplein 6b, L'Aia, Paesi Bassi



© Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato 2013

Tutti i diritti sono riservati. Nessun elemento della presente pubblicazione può essere riprodotto, archiviato in sistemi di trattamento dati, né trasmesso in qualsiasi modo e con qualsiasi mezzo, compreso mediante fotocopia o registrazione, senza il permesso scritto del titolare del diritto d'autore.

La traduzione del *Protocollo sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari* e la relazione esplicativa di Andrea Bonomi in tutte le lingue ufficiali dell'Unione europea (tranne l'inglese, il francese e il tedesco) sono state rese disponibili grazie alla generosità della Commissione europea/Direzione generale Giustizia. La versione in tedesco della presente pubblicazione è il risultato di un lavoro congiunto dei governi austriaco, tedesco e svizzero.

Le versioni ufficiali della presente pubblicazione sono disponibili sul sito web della Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato (<www.hcch.net>) in inglese e in francese. La traduzione della presente pubblicazione in lingue diverse dall'inglese e dal francese non è stata rivista dall'Ufficio permanente della Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato.

ISBN 978-92-79-39261-0

Stampato in Belgio

Prefazione

1 *La presente pubblicazione contiene i testi facenti fede, in francese e in inglese, del protocollo sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari e la relazione esplicativa di Andrea Bonomi.*

2 *Questi atti saranno pubblicati nel volume Actes et documents de la Vingt et unième session, insieme con i documenti preliminari, le relazioni e i verbali dei lavori della seconda commissione della ventunesima sessione. Il volume di prossima pubblicazione, sarà ordinabile presso l'Ufficio permanente della Conferenza (v. punto 5).*

3 *La relazione esplicativa di Andrea Bonomi commenta il protocollo adottato dalla ventunesima sessione figurante nell'atto finale del 23 novembre 2007. La sua traduzione in inglese è opera di Peter Wells.*

4 *Il protocollo è stato adottato dalla ventunesima sessione il 23 novembre 2007 e reca tale data. È stato approvato l'8 aprile 2010 dall'Unione europea e firmato dalla Serbia il 18 aprile 2012.*

5 *L'Ufficio permanente della Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato, 6 Scheveningseweg, 2517 KT L'Aia, Paesi Bassi, sarà lieto di dare a chi le richieda informazioni sui lavori della Conferenza.*

L'Aia, marzo 2013.

Protocollo

Estratto dall'atto finale
dalla ventunesima sessione
firmato il 23 novembre 2007*

PROTOCOLLO SULLA LEGGE APPLICABILE ALLE
OBBLIGAZIONI ALIMENTARI

Gli Stati firmatari del presente protocollo,

desiderosi di stabilire disposizioni comuni concernenti la legge applicabile alle obbligazioni alimentari,

nell'intento di modernizzare la *Convenzione dell'Aia del 24 ottobre 1956 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari nei riguardi dei figli* e la *Convenzione dell'Aia del 2 ottobre 1973 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari*,

desiderosi di elaborare norme generali sulla legge applicabile che possano integrare la *Convenzione dell'Aia del 23 novembre 2007 sull'esazione internazionale di prestazioni alimentari nei confronti di figli e altri membri della famiglia*,

hanno deciso di concludere a tale scopo un protocollo e hanno convenuto le seguenti disposizioni:

Articolo 1 Ambito di applicazione

1 Il presente protocollo determina la legge applicabile alle obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità, comprese le obbligazioni alimentari nei confronti dei figli a prescindere dallo stato civile dei genitori.

2 Le decisioni emesse in applicazione del presente protocollo non pregiudicano l'esistenza di uno dei rapporti di cui al paragrafo 1.

Articolo 2 Carattere universale

La legge designata dal presente protocollo si applica anche ove non sia quella di uno Stato contraente.

Articolo 3 Norma generale sulla legge applicabile

1 Salvo disposizioni contrarie del presente protocollo, disciplina le obbligazioni alimentari la legge dello Stato di residenza abituale del creditore.

* Per il testo integrale dell'atto finale si veda *Actes et documents de la Vingt et unième session (2007)*.

2 In caso di cambiamento della residenza abituale del creditore si applica la legge dello Stato della nuova residenza abituale, dal momento del cambiamento.

Articolo 4 Norme speciali a favore di taluni creditori

1 Le seguenti disposizioni si applicano per le obbligazioni alimentari:

- a) dei genitori nei confronti dei figli;
- b) delle persone diverse dai genitori nei confronti di persone di età inferiore a ventun anni, fatta eccezione per le obbligazioni derivanti dai rapporti di cui all'articolo 5, e
- c) dei figli nei confronti dei genitori.

2 Qualora, in forza della legge di cui all'articolo 3, il creditore non possa ottenere alimenti dal debitore, si applica la legge del foro.

3 Nonostante l'articolo 3, qualora il creditore abbia adito l'autorità competente dello Stato in cui il debitore ha la residenza abituale, si applica la legge del foro. Tuttavia, qualora in forza di tale legge il creditore non possa ottenere alimenti dal debitore, si applica la legge dello Stato di residenza abituale del creditore.

4 Qualora, in forza delle leggi di cui all'articolo 3 e ai paragrafi 2 e 3 del presente articolo, il creditore non possa ottenere alimenti dal debitore, si applica la legge dell'eventuale Stato di cittadinanza comune del creditore e del debitore.

Articolo 5 Norma speciale relativa ai coniugi e agli ex coniugi

Per le obbligazioni alimentari tra coniugi, ex coniugi o persone il cui matrimonio sia stato annullato, l'articolo 3 non si applica qualora una delle parti vi si opponga e la legge di un altro Stato, in particolare quello dell'ultima residenza abituale comune, presenti un collegamento più stretto con il matrimonio. In tal caso, si applica la legge dell'altro Stato.

Articolo 6 Norma speciale in materia di difesa

Per le obbligazioni alimentari diverse da quelle derivanti da un rapporto di filiazione nei confronti di un minore e da quelle di cui all'articolo 5, il debitore può opporre alla pretesa del creditore l'assenza di obbligazioni alimentari nei suoi confronti ai sensi della legge dello Stato di residenza abituale e della legge dell'eventuale Stato di cittadinanza comune delle parti.

Articolo 7 Designazione della legge applicabile ai fini di un procedimento specifico

1 Nonostante gli articoli da 3 a 6, il creditore e il debitore di alimenti possono, unicamente ai fini di un procedimento specifico in un dato Stato, designare espressamente quale legge applicabile a un'obbligazione alimentare la legge di detto Stato.

2 Una designazione anteriore all'avvio del procedimento in questione deve formare oggetto di un

accordo, firmato da entrambe le parti, redatto in forma scritta o registrato su un supporto il cui contenuto è accessibile per ulteriore consultazione.

Articolo 8 Designazione della legge applicabile

1 Nonostante gli articoli 3, 4, 5 e 6, il creditore e il debitore di alimenti possono, in qualsiasi momento, designare quale legge applicabile a un'obbligazione alimentare una delle seguenti leggi:

- a) la legge dello Stato di cui una delle parti ha la cittadinanza al momento della designazione;
- b) la legge dello Stato di residenza abituale di una delle parti al momento della designazione;
- c) la legge designata dalle parti come applicabile al loro regime patrimoniale o quella effettivamente applicata al medesimo;
- d) la legge designata dalle parti come applicabile al loro divorzio o separazione personale o quella effettivamente applicata ai medesimi.

2 L'accordo è redatto in forma scritta o registrato su un supporto il cui contenuto è accessibile per ulteriore consultazione, ed è firmato da entrambe le parti.

3 Il paragrafo 1 non si applica alle obbligazioni alimentari nei confronti di una persona di età inferiore a diciotto anni o di un adulto che, a causa di un'alterazione o di un'insufficienza delle facoltà personali, non è in grado di curare i suoi interessi.

4 Nonostante la legge designata dalle parti a norma del paragrafo 1, la legge dello Stato in cui il creditore risiede abitualmente al momento della designazione determina se il creditore possa rinunciare al proprio diritto agli alimenti.

5 A meno che, al momento della designazione, le parti fossero pienamente informate e consapevoli delle conseguenze della loro designazione, la legge designata dalle parti non si applica qualora la sua applicazione determini conseguenze manifestamente inique o irragionevoli per una delle parti.

Articolo 9 "Domicile" in luogo di "cittadinanza"

Lo Stato in cui il concetto di "domicile" costituisca un criterio di collegamento in materia familiare può informare l'Ufficio permanente della Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato che, ai fini delle cause proposte dinanzi alle autorità nazionali, il termine "cittadinanza" agli articoli 4 e 6 è sostituito con "domicile" quale definito in detto Stato.

Articolo 10 Enti pubblici

Il diritto di un ente pubblico di chiedere il rimborso della prestazione erogata al creditore in luogo degli alimenti è disciplinato dalla legge cui è soggetto tale ente.

Articolo 11 Ambito della legge applicabile

La legge applicabile a un'obbligazione alimentare stabilisce, tra l'altro:

- a) l'esistenza e la portata dei diritti del creditore, nonché i soggetti nei cui confronti può esercitarli;
- b) in qual misura il creditore può chiedere gli alimenti retroattivamente;
- c) la base di calcolo dell'importo degli alimenti e l'indicizzazione;
- d) il soggetto autorizzato a promuovere un'azione per ottenere gli alimenti, fatta eccezione per le questioni relative alla capacità processuale e alla rappresentanza nel procedimento;
- e) termini di prescrizione o decadenza;
- f) la portata dell'obbligazione del debitore di alimenti, qualora un ente pubblico chieda il rimborso delle prestazioni erogate al creditore in luogo degli alimenti.

Articolo 12 Esclusione del rinvio

Nel presente protocollo per "legge" s'intende il diritto vigente in uno Stato, ad esclusione delle norme di conflitto di leggi.

Articolo 13 Ordine pubblico

L'applicazione della legge stabilita a norma del presente protocollo può essere esclusa soltanto nella misura in cui produca effetti manifestamente contrari all'ordine pubblico del foro.

Articolo 14 Determinazione dell'importo della prestazione alimentare

Anche se la legge applicabile dispone diversamente, occorre tener conto delle esigenze del creditore e delle risorse del debitore, nonché di qualsiasi compensazione concessa al creditore in luogo di pagamenti periodici di crediti alimentari, nel determinare l'importo della prestazione alimentare.

Articolo 15 Non applicazione del protocollo ai conflitti interni

1 Uno Stato contraente in cui vigano sistemi giuridici o complessi di norme differenti in materia di obbligazioni alimentari non è tenuto ad applicare le norme del presente protocollo ai conflitti riguardanti unicamente tali sistemi giuridici o complessi di norme differenti.

2 Il presente articolo non si applica alle organizzazioni regionali di integrazione economica.

Articolo 16 Sistemi giuridici non unificati a carattere territoriale

1 Con riguardo ad uno Stato in cui vengano, in unità territoriali diverse, due o più sistemi giuridici o complessi di norme per questioni disciplinate dal presente protocollo:

a) i riferimenti alla legge di uno Stato si intendono fatti, se del caso, alla legge in vigore nell'unità territoriale considerata;

b) i riferimenti alle autorità competenti o agli enti pubblici dello Stato in questione si intendono fatti, se del caso, alle autorità competenti o agli enti pubblici abilitati ad agire nell'unità territoriale considerata;

c) i riferimenti alla residenza abituale nello Stato in questione si intendono fatti, se del caso, alla residenza abituale nell'unità territoriale considerata;

d) i riferimenti allo Stato di cittadinanza comune di due persone si intendono fatti all'unità territoriale designata dalla legge dello Stato in questione o, in mancanza di norme pertinenti, all'unità territoriale con la quale l'obbligazione alimentare presenti i collegamenti più stretti;

e) i riferimenti allo Stato di cittadinanza di una persona si intendono fatti all'unità territoriale designata dalla legge dello Stato in questione o, in mancanza di norme pertinenti, all'unità territoriale con la quale la persona presenti i collegamenti più stretti.

2 Per identificare la legge applicabile a norma del presente protocollo, ove uno Stato si componga di due o più unità territoriali ciascuna con un proprio sistema giuridico o complesso di norme per le materie disciplinate dal presente protocollo, si applicano le seguenti norme:

a) in presenza di norme vigenti in detto Stato che identifichino l'unità territoriale la cui legge è applicabile, la legge di tale unità;

b) in mancanza di tali norme, la legge dell'unità territoriale definita in conformità del paragrafo 1.

3 Il presente articolo non si applica alle organizzazioni regionali di integrazione economica.

Articolo 17 Sistemi giuridici non unificati a carattere personale

Per identificare la legge applicabile a norma del presente protocollo, ove in uno Stato vengano due o più sistemi giuridici o complessi di norme applicabili a diverse categorie di persone per le materie disciplinate dal presente protocollo, i riferimenti alla legge di tale Stato si intendono fatti al sistema giuridico determinato dalle norme in esso vigenti.

Articolo 18 Coordinamento con le precedenti convenzioni dell'Aia sulle obbligazioni alimentari

Il presente protocollo sostituisce, nei rapporti tra gli Stati contraenti, la *Convenzione dell'Aia del 2 ottobre 1973*

sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari e la *Convenzione dell'Aia del 24 ottobre 1956 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari nei confronti dei figli*.

Articolo 19 Coordinamento con altri strumenti

1 Il presente protocollo non pregiudica gli strumenti internazionali dei quali uno Stato contraente è oppure sarà parte e che contengono disposizioni sulle materie disciplinate dal presente protocollo, salvo dichiarazione contraria degli Stati vincolati da tali strumenti.

2 Il paragrafo precedente si applica anche alle leggi uniformi che poggiano sull'esistenza fra gli Stati interessati di vincoli speciali, in particolare di tipo regionale.

Articolo 20 Interpretazione uniforme

Nell'interpretare il presente protocollo si tiene conto del suo carattere internazionale e della necessità di promuoverne l'applicazione uniforme.

Articolo 21 Esame del funzionamento pratico del protocollo

1 Il segretario generale della Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato convoca, ove necessario, una commissione speciale per esaminare il funzionamento pratico del protocollo.

2 A tal fine, gli Stati contraenti collaborano con l'Ufficio permanente della Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato alla raccolta della giurisprudenza concernente l'applicazione del protocollo.

Articolo 22 Disposizioni transitorie

Il presente protocollo non si applica agli alimenti richiesti in uno Stato contraente per il periodo anteriore alla sua entrata in vigore in quello Stato.

Articolo 23 Firma, ratifica e adesione

1 Il presente protocollo è aperto alla firma di tutti gli Stati.

2 Il presente protocollo è soggetto alla ratifica, all'accettazione o approvazione degli Stati firmatari.

3 Al presente protocollo può aderire qualsiasi Stato.

4 Gli strumenti di ratifica, accettazione, approvazione o adesione saranno depositati presso il ministero degli Affari esteri del Regno dei Paesi Bassi, depositario del protocollo.

Articolo 24 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 dal presente protocollo può anch'essa firmare,

accettare e approvare il presente protocollo 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 dal presente protocollo.

2 Al momento della firma, accettazione, approvazione o adesione, l'organizzazione regionale di integrazione economica notifica per iscritto al depositario le materie disciplinate dal presente protocollo 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 Al momento della firma, accettazione, approvazione o adesione, un'organizzazione regionale di integrazione economica può dichiarare, ai sensi dell'articolo 28, di essere competente per tutte le materie disciplinate dal protocollo e che gli Stati membri che le hanno delegato la competenza per quelle materie saranno vincolati dal protocollo in forza della firma, accettazione, approvazione o adesione dell'organizzazione.

4 Ai fini dell'entrata in vigore del protocollo, gli strumenti depositati da un'organizzazione regionale di integrazione economica sono presi in considerazione solo se l'organizzazione interessata effettua una dichiarazione ai sensi del paragrafo 3.

5 Ogni riferimento nel protocollo a uno "Stato contraente" o "Stato" si applica anche, se del caso, a un'organizzazione regionale di integrazione economica che è parte del protocollo. Qualora un'organizzazione regionale di integrazione economica effettui una dichiarazione ai sensi del paragrafo 3, ogni riferimento nel protocollo a uno "Stato contraente" o "Stato" si applica altresì, se del caso, agli Stati membri dell'organizzazione.

Articolo 25 Entrata in vigore

1 Il presente protocollo entra in vigore il primo giorno del mese successivo al termine del periodo di tre mesi seguente il deposito del secondo strumento di ratifica, accettazione, approvazione o adesione di cui all'articolo 23.

2 Successivamente il protocollo entra in vigore:

a) per ciascuno Stato o organizzazione regionale di integrazione economica ai sensi dell'articolo 24 che lo ratifica, accetta, approva o vi aderisce più tardi, il primo giorno del mese successivo al termine del periodo di tre mesi seguente il deposito del suo strumento di ratifica, accettazione, approvazione o adesione;

b) per le unità territoriali alle quali il protocollo è stato esteso in conformità dell'articolo 26, il primo giorno del mese successivo al termine del periodo di tre mesi seguente la notifica della dichiarazione di cui al predetto articolo.

Articolo 26 Dichiarazione concernente i sistemi 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 del presente protocollo, vigono sistemi giuridici diversi possono dichiarare, ai sensi dell'articolo 28, che il protocollo 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 il protocollo.

3 In mancanza di dichiarazione a norma di questo articolo, il protocollo si applica all'intero territorio dello Stato.

4 Il presente articolo non si applica alle organizzazioni regionali di integrazione economica.

Articolo 27 Riserve

Non sono ammesse riserve al presente protocollo.

Articolo 28 Dichiarazioni

1 Le dichiarazioni di cui agli articoli 24, paragrafo 3, e 26, paragrafo 1, 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 revocche 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 del presente protocollo 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 mese successivo al termine del periodo di tre mesi seguente la data di ricevimento della notifica da parte del depositario.

Articolo 29 Denuncia

1 Qualsiasi Stato contraente può denunciare il presente protocollo mediante notifica scritta al depositario. La denuncia può limitarsi ad alcune unità territoriali di uno Stato avente un sistema giuridico non unificato cui si applica il protocollo.

2 La denuncia ha efficacia il primo giorno del mese successivo al termine del periodo di dodici mesi seguenti la 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 30 Notifica

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 23 e 24, le seguenti informazioni:

- a) le firme, ratifiche, accettazioni, approvazioni e adesioni di cui agli articoli 23 e 24;
- b) la data di entrata in vigore del presente protocollo in conformità dell'articolo 25;
- c) le dichiarazioni di cui all'articolo 24, paragrafo 3, e all'articolo 26, paragrafo 1;
- d) le denunce ai sensi dell'articolo 29.

In fede di che, i sottoscritti, debitamente autorizzati, hanno firmato il presente protocollo.

Fatto all'Aia, il 23 novembre 2007, in francese e in inglese, entrambi i testi facenti ugualmente fede, in un solo esemplare che sarà depositato negli archivi del governo del Regno dei Paesi Bassi e di cui copia autentica sarà trasmessa, per via diplomatica, a ciascuno Stato membro della Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato alla data della sua ventunesima sessione e a ciascuno Stato che ha partecipato a tale sessione.

Relazione

(traduzione)

Indice	pagina
PARTE I: CONTESTO	13
PARTE II: TITOLO, PREAMBOLO E STRUTTURA GENERALE DEL PROTOCOLLO	14
PARTE III: PRINCIPALI ASPETTI DEL REGIME PREVISTO DAL PROTOCOLLO	15
PARTE IV: COMMENTO ARTICOLO PER ARTICOLO	16
Articolo 1 Ambito di applicazione	16
a Legge applicabile alle obbligazioni alimentari	16
b Obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia	16
i Ambito di applicazione materiale più esteso rispetto a quello della convenzione	16
ii Obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia	17
c Portata delle decisioni emesse in applicazione del protocollo	18
Articolo 2 Carattere universale	18
Articolo 3 Norma generale sulla legge applicabile	18
a Motivo di questo collegamento	18
b Nozione di residenza abituale	19
c Cambiamento della residenza abituale	19
Articolo 4 Norme speciali a favore di taluni creditori	20
a Ambito di applicazione dell'articolo 4	20
b Collegamento sussidiario alla legge del foro	21
c Inversione dei criteri di collegamento quando il procedimento è avviato dal creditore nello Stato della residenza abituale del debitore	22
i Collegamento sussidiario alla legge del foro	22
ii Collegamento sussidiario alla legge della residenza abituale del creditore	23
d Collegamento sussidiario alla cittadinanza comune delle parti	23
Articolo 5 Norma speciale relativa ai coniugi e agli ex coniugi	24
a Motivazione della norma speciale	24
b Funzionamento della clausola di salvaguardia	25
i Richiesta di parte	25
ii Collegamento più stretto	26
c Ambito di applicazione dell'articolo 5	26

Articolo 6 Norma speciale in materia di difesa	27
a Ambito di applicazione dell'articolo 6	27
b Meccanismo previsto dall'articolo 6	28
Articoli 7 e 8 Scelta della legge applicabile	29
Articolo 7 Designazione della legge applicabile ai fini di un procedimento specifico	29
a Ambito di applicazione dell'articolo 7	29
b Scelta effettuata ai fini di un procedimento specifico	29
c Modalità della scelta	30
Articolo 8 Designazione della legge applicabile	30
a Ambito di applicazione dell'articolo 8	31
b Leggi ammissibili	31
c Opzioni supplementari di cui alle lettere c) e d)	31
i Legge designata per disciplinare il regime patrimoniale	32
ii Legge effettivamente applicata al regime patrimoniale	32
iii Legge designata per disciplinare la separazione personale o il divorzio	33
iv Legge effettivamente applicata alla separazione personale o al divorzio	33
d Modalità della scelta	33
e Limitazione degli effetti della scelta	33
i Applicazione della legge della residenza abituale del creditore al diritto di rinunciare agli alimenti	33
ii Potere moderatore del giudice	34
f Esistenza e validità dell'accordo tra le parti	34
Articolo 9 "Domicile" in luogo di "cittadinanza"	34
Articolo 10 Enti pubblici	35
Articolo 11 Ambito della legge applicabile	36
Articolo 12 Esclusione del rinvio	37
Articolo 13 Ordine pubblico	37
Articolo 14 Determinazione dell'importo della prestazione alimentare	37
Articoli da 15 a 17	
Sistemi giuridici non unificati	38
Articolo 15 Non applicazione del protocollo ai conflitti interni	38
Articolo 16 Sistemi giuridici non unificati a carattere territoriale	38
Articolo 17 Sistemi giuridici non unificati a carattere personale	39
Articolo 18 Coordinamento con le precedenti convenzioni dell'Aia sulle obbligazioni alimentari	40
Articolo 19 Coordinamento con altri strumenti	40
Articolo 20 Interpretazione uniforme	41
Articolo 21 Esame del funzionamento pratico del protocollo	41

<i>Articolo 22</i>	<i>Disposizioni transitorie</i>	41
<i>Articolo 23</i>	<i>Firma, ratifica e adesione</i>	41
<i>Articolo 24</i>	<i>Organizzazioni regionali di integrazione economica</i>	42
<i>Articolo 25</i>	<i>Entrata in vigore</i>	42
<i>Articolo 26</i>	<i>Dichiarazione concernente i sistemi giuridici non unificati</i>	43
<i>Articolo 27</i>	<i>Riserve</i>	43
<i>Articoli da 28 a 30</i>		
	<i>Dichiarazioni, denuncia, notifica</i>	43
<i>Articolo 28</i>	<i>Dichiarazioni</i>	43
<i>Articolo 29</i>	<i>Denuncia</i>	43
<i>Articolo 30</i>	<i>Notifica</i>	43

PARTE I: CONTESTO

1 Il 23 novembre 2007 la ventunesima sessione della Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato, riunitasi all'Aia, ha adottato due strumenti internazionali diretti a facilitare il recupero internazionale dei crediti alimentari: la *Convenzione sull'esazione internazionale di prestazioni alimentari nei confronti di figli e altri membri della famiglia* (di seguito, "convenzione") e il *Protocollo sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari* (di seguito, "protocollo"). La presente relazione esplicativa riguarda il protocollo, essendo la convenzione oggetto di un'altra relazione a cura di Alegría Borrás (Spagna) e Jennifer Degeling (Australia), con l'assistenza di William Duncan e Philippe Lortie dell'Ufficio permanente (di seguito, "relazione Borrás-Degeling").

2 La questione della legge applicabile alle obbligazioni alimentari rientrava sin dall'inizio nel mandato ufficiale della commissione speciale sull'esazione internazionale di prestazioni alimentari nei confronti di figli e altri membri della famiglia, che ha elaborato il progetto preliminare di convenzione e di protocollo. La commissione speciale dell'aprile 1999¹ aveva in effetti deciso che l'ordine del giorno dei futuri lavori della Conferenza avrebbe dato priorità all'istituzione di una nuova convenzione esaustiva in materia di obbligazioni alimentari che migliorasse le convenzioni dell'Aia vigenti nel settore e contenesse disposizioni sulla cooperazione giudiziaria e amministrativa². Tra le convenzioni dell'Aia vigenti in materia di obbligazioni alimentari, due riguardano la determinazione della legge applicabile: la *Convenzione dell'Aia del 24 ottobre 1956 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari nei confronti dei figli* (di seguito, "convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1956") e la *Convenzione dell'Aia del 2 ottobre 1973 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari* (di seguito, "convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1973 (legge applicabile)").

3 Per decisione della diciannovesima sessione, il segretario generale ha convocato una commissione speciale che si è riunita all'Aia dal 5 al 16 maggio 2003, dal 7 al 18 giugno 2004, dal 4 al 15 aprile 2005, dal 19 al 28 giugno 2006 e dall'8 al 16 maggio 2007. Fausto Pocar (Italia) è stato eletto presidente della commissione speciale, Mária Kurucz (Ungheria), Mary Helen Carlson (Stati Uniti d'America) e Jin Sun (Cina) vicepresidenti e Alegría Borrás e Jennifer Degeling correlatrici. È stato istituito un comitato di redazione sotto la presidenza di Jan Doogue (Nuova Zelanda). I lavori della commissione speciale e del comitato di redazione hanno ampiamente

¹ Per il contesto e le decisioni di tale sessione si veda la relazione Borrás-Degeling (consultabile sul sito web della Conferenza dell'Aia all'indirizzo <www.hcch.net>), punti da 1 a 5.

² Cfr. atto finale della diciannovesima sessione, in Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato, *Actes et documents de la Dix-neuvième session (2001/2002)*, tomo I, *Matières diverses*, pagg. da 34 a 47, alla pag. 44.

beneficiario degli importanti documenti preliminari³ e delle osservazioni di William Duncan, vicesegretario generale e responsabile dei lavori scientifici del Segretariato, e di Philippe Lortie, primo segretario.

4 Conformemente al mandato conferitole, durante la prima riunione del maggio 2003 la commissione speciale ha discusso se il nuovo strumento dovesse contenere disposizioni sulla legge da applicarsi a cura delle autorità che emettono decisioni in materia di alimenti e, in caso affermativo, come dovessero essere le norme ricomprese in tali disposizioni. Dalla discussione sono emerse due posizioni opposte: la maggioranza dei delegati degli ordinamenti di *civil law* era favorevole all'inclusione di una certa forma di regime di legge applicabile, mentre le delegazioni dei sistemi di *common law* erano in generale contrarie⁴. Questa opposizione si spiega chiaramente se si considera che nella maggior parte dei paesi di *common law* le decisioni in materia di alimenti tradizionalmente sono prese in base alla legge del foro. La legge del foro è spesso applicata anche negli Stati che dispongono di sistemi amministrativi per il recupero degli alimenti, che non sono tutti paesi di *common law*.

5 La maggioranza delle delegazioni favorevoli all'inclusione di un regime generale di legge applicabile considerava quei negoziati un'occasione unica da non perdere per rivedere le convenzioni sulle obbligazioni alimentari del 1956 e del 1973. La convenzione del 1973 era nel complesso abbastanza soddisfacente e doveva servire da base per elaborare un nuovo testo, anche se alcune delle sue soluzioni dovevano essere riviste e modernizzate onde correggerne i difetti e favorire un numero maggiore di ratifiche⁵. Era quindi necessario che il processo di revisione coinvolgesse tutti gli Stati e non solo quelli che erano già parti della convenzione del 1956 o del 1973.

6 Seguendo la proposta del presidente, la commissione speciale ha deciso di istituire un gruppo di lavoro sulla legge applicabile (di seguito, "gruppo di lavoro") composto da esperti provenienti dagli Stati parti delle convenzioni sulle obbligazioni alimentari del 1956 e del 1973 e da altri Stati, e la cui presidenza è stata conferita al

³ Cfr. in particolare W. Duncan, "Vers un nouvel instrument mondial sur le recouvrement international des aliments envers les enfants et d'autres membres de la famille", "Document préliminaire No 3 d'avril 2003 à l'intention de la Commission spéciale de mai 2003 sur le recouvrement international des aliments envers les enfants et d'autres membres de la famille" (consultabile all'indirizzo <www.hcch.net>).

⁴ Il Canada, le cui province e territori applicano un approccio a cascata, seppur più limitato rispetto alla convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1973 (legge applicabile), era favorevole a includere nel futuro strumento una certa forma di regime di legge applicabile. Nelle sue province e territori di *common law* la legge applicabile è quella del luogo della residenza abituale del figlio; se il figlio non ha diritto agli alimenti ai sensi di tale legge, si applica la legge del foro (si veda, ad esempio, l'articolo 12(1) della "Loi sur l'établissement et l'exécution réciproque des ordonnances alimentaires - Manitoba). Nel Quebec, sistema di *civil law*, la legge applicabile è la legge del domicilio del creditore di alimenti e, in subordine, la legge del domicilio del debitore (articolo 3094 del codice civile).

⁵ Al momento della redazione, la convenzione del 1973 è in vigore in 14 Stati: Estonia, Francia, Germania, Giappone, Grecia, Italia, Lituania, Lussemburgo, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Spagna, Svizzera e Turchia. La convenzione del 1956 è in vigore in 12 Stati: Austria, Belgio, Francia, Germania, Giappone, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna, Svizzera e Turchia.

sottoscritto. In base al mandato ricevuto, che è stato rinnovato e precisato nelle riunioni della commissione speciale del 2004, 2005 e 2006, il gruppo di lavoro ha elaborato una bozza di testo sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari (di seguito, "bozza"). Una prima versione della bozza è stata allegata alla relazione del gruppo di lavoro del giugno 2006⁶ e discussa nella riunione della commissione speciale del luglio 2006. Tale commissione ha deciso di convocare una commissione speciale per maggio 2007 con l'incarico di discutere in via principale la questione della legge applicabile. La seconda versione della bozza⁷, commentata nella relazione del gruppo di lavoro dell'aprile 2007⁸, ha costituito la base dei lavori della commissione speciale del maggio 2007.

7 La questione della legge applicabile è stata al centro dei lavori della commissione speciale nella riunione del maggio 2007. La commissione ha concluso innanzitutto che la regolamentazione della legge applicabile deve formare oggetto di un protocollo formalmente separato dalla convenzione; ha poi prestato il suo accordo all'elaborazione di un progetto preliminare di protocollo⁹ che, accompagnato da una relazione esplicativa¹⁰, è servito da base per le discussioni della ventunesima sessione della Conferenza, svoltasi all'Aia dal 5 al 23 novembre 2007. In tale occasione, il sottoscritto è stato eletto relatore della relazione esplicativa del protocollo.

8 La seduta plenaria della ventunesima sessione della Conferenza dell'Aia era presieduta da Teun Struycken (Paesi Bassi). I vicepresidenti erano Hlengiwe B. Mkhize (ambasciatrice del Sud Africa), Gilberto Vergne Saboia (ambasciatore del Brasile), Xue Hanqin (ambasciatrice della Cina), Mary Helen Carlson (Stati Uniti d'America), Ioannis Voulgaris (Grecia), Jan Doogue (Nuova Zelanda), Dorothee van Iterson (Paesi Bassi) e Alexander Y. Bavykin (Federazione russia).

⁶ "Rapport du Groupe de travail sur la loi applicable", preparata dal presidente del gruppo di lavoro, Andrea Bonomi, "Document préliminaire No 22 de juin 2006 à l'intention de la Commission spéciale de juin 2006 sur le recouvrement international des aliments envers les enfants et d'autres membres de la famille" (consultabile all'indirizzo <www.hcch.net>).

⁷ "Esquisse relative à la loi applicable", documento preparato dal gruppo di lavoro sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari, "Document préliminaire No 24 de janvier 2007 à l'intention de la Commission spéciale de mai 2007 sur le recouvrement international des aliments envers les enfants et d'autres membres de la famille" (consultabile all'indirizzo <www.hcch.net>).

⁸ "Rapport du Groupe de travail sur la loi applicable", preparata dal presidente del gruppo di lavoro, Andrea Bonomi, "Document préliminaire No 22 de juin 2006 à l'intention de la Commission spéciale de juin 2006 sur le recouvrement international des aliments envers les enfants et d'autres membres de la famille" (consultabile all'indirizzo <www.hcch.net>).

⁹ "Avant-projet de Protocole sur la loi applicable aux obligations alimentaires", documento redatto sotto l'autorità della commissione speciale sull'esazione internazionale di prestazioni alimentari nei confronti di figli e altri membri della famiglia e approvato dal comitato di redazione, "Document préliminaire No 30 de juin 2007 à l'intention de la Vingt et unième session de novembre 2007" (consultabile all'indirizzo <www.hcch.net>).

¹⁰ "Avant-projet de Protocole sur la loi applicable aux obligations alimentaires – Rapport explicatif", redatto da Andrea Bonomi, "Document préliminaire No 33 d'août 2007 à l'intention de la Vingt et unième session de novembre 2007" (consultabile all'indirizzo <www.hcch.net>).

9 La sessione diplomatica della Conferenza ha incaricato della redazione della convenzione la commissione I, presieduta da Mária Kurucz (Ungheria), e della redazione del protocollo la commissione II, presieduta dal sottoscritto. I vicepresidenti della commissione I erano Lixiao Tian (Cina) e Mary Helen Carlson (Stati Uniti d'America); quelli della commissione II Nádía de Araújo (Brasile) e Shinichiro Hayakawa (Giappone). Oltre ai delegati dei 68 membri della Conferenza rappresentati alla ventunesima sessione, hanno partecipato anche osservatori di 14 Stati non membri e di nove organizzazioni intergovernative e non governative.

10 È stato istituito un comitato di redazione, presieduto da Jan Doogue (Nuova Zelanda), incaricato dei lavori delle commissioni I e II. Oltre alla presidente, il comitato di redazione era composto dai relatori delle due commissioni, membri ex officio, dai membri dell'Ufficio permanente e dai seguenti esperti: Denise Gervais (Canada), Katja Lenzing (Unione europea), Mary Helen Carlson (Stati Uniti d'America), María Elena Mansilla y Mejía (Messico), James Ding (Cina), Lixiao Tian (Cina), Miloš Hatapka (Unione europea), Robert Keith (Stati Uniti d'America), Edouard de Leiris (Francia) e Paul Beaumont (Regno Unito).

11 La terza lettura del progetto di protocollo si è conclusa durante la seduta plenaria del 22 novembre 2007. Il progetto di protocollo è stato formalmente adottato nella seduta di chiusura del 23 novembre 2007 con la firma dell'atto finale della ventunesima sessione.

PARTE II: TITOLO, PREAMBOLO E STRUTTURA GENERALE DEL PROTOCOLLO

12 Il titolo del protocollo – "Protocollo sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari" – sottolinea l'obiettivo primario dello strumento: introdurre norme uniformi per determinare la legge applicabile alle obbligazioni alimentari. Il titolo è mutuato dalla convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1973 (legge applicabile), avente lo stesso oggetto.

13 Il protocollo non contiene norme sui conflitti di giurisdizione (competenza delle autorità e riconoscimento ed esecuzione delle decisioni) né sulla cooperazione amministrativa tra Stati. Alcuni di questi aspetti (cooperazione amministrativa in vista e nel corso del recupero internazionale di crediti alimentari; riconoscimento ed esecuzione delle decisioni straniere) sono disciplinati dalla convenzione.

14 Contrariamente alla convenzione, il cui titolo fa espresso riferimento alle prestazioni alimentari nei confronti di figli e altri membri della famiglia, il titolo del protocollo non contiene alcun riferimento al riguardo, riflettendo con ciò l'ampio ambito di applicazione che gli conferisce il suo articolo 1. Il protocollo determina infatti la legge applicabile alle obbligazioni alimentari derivanti da qualsiasi rapporto di famiglia, senza limitazioni e senza possibilità di riserve (cfr. articolo 27). Gli alimenti destinati ai figli sono inclusi nell'ambito di applicazione,

come pure quelli spettanti, ai sensi della legge designata dal protocollo, agli adulti.

15 La denominazione "protocollo" è stata discussa in seno alla commissione II della sessione diplomatica fino alla sua ultima riunione del 22 novembre 2007, dedicata alla seconda lettura del progetto di protocollo. A seguito della decisione di rendere il protocollo formalmente indipendente dalla convenzione¹¹, alcune delegazioni avevano per l'appunto proposto di cambiare la denominazione da "protocollo" a "convenzione", non essendo abbastanza forte il legame di dipendenza tra tale testo e la convenzione¹². Dopo aver discusso i vantaggi e gli svantaggi delle due soluzioni si è infine raggiunto un accordo sul termine "protocollo".

16 Il termine "protocollo", benché insolito per uno strumento adottato nel quadro della Conferenza dell'Aia, ha il vantaggio di sottolineare i nessi genetici e funzionali tra il protocollo e la convenzione. A parte il contesto (cfr. *supra* punti 2 e segg.), va rilevato che il protocollo, analogamente alla convenzione, mira a facilitare il recupero internazionale di crediti alimentari: la determinazione della legge applicabile (e, se del caso, l'applicazione di una legge straniera) è infatti una delle difficoltà con cui può scontrarsi il creditore di alimenti che faccia valere la sua pretesa nei confronti di un debitore stabilito all'estero. Alcune soluzioni previste dal protocollo, in particolare il maggior ruolo riconosciuto alla legge del foro rispetto agli strumenti vigenti (cfr. articoli 4 e 7), sono dirette a facilitare l'emissione di una decisione sugli alimenti, s'informano quindi allo stesso intento della convenzione. Occorre infine osservare che, considerato il carattere universale del protocollo (cfr. articolo 2), la sua ratifica da parte di un grande numero di Stati può essere vantaggiosa per i creditori, compresi quelli domiciliati in Stati che non aderiscono al protocollo (e che non intendono diventarne parti). Anche questi ultimi infatti beneficerebbero, nel corso dei procedimenti avviati in Stati contraenti (ad esempio nello Stato del domicilio del debitore), dell'applicazione delle norme uniformi favorevoli al creditore previste dal protocollo.

17 Questo nesso funzionale è inoltre sottolineato nel preambolo, in cui si osserva che l'elaborazione di norme generali sulla legge applicabile può costituire un'utile integrazione della convenzione. Per il resto, il preambolo riassume le altre riflessioni che hanno portato alla stesura del protocollo, menzionando in particolare l'intento di garantire l'uniformità delle norme sui conflitti di legge e modernizzare le convenzioni sulle obbligazioni alimentari del 1956 e del 1973.

18 Il protocollo consta di 30 articoli. Pur non essendo suddiviso in capi, le sue disposizioni sono raggruppabili in tre blocchi: gli articoli 1 e 2 definiscono l'ambito di applicazione *ratione materiae* e *ratione loci*; gli articoli da 3 a 14 determinano la legge applicabile alle obbligazioni alimentari, precisandone l'ambito di applicazione; gli articoli da 15 a 30 sono disposizioni

generali e finali ormai consuete nella maggior parte dei testi elaborati dalla Conferenza dell'Aia.

PARTE III: PRINCIPALI ASPETTI DEL REGIME PREVISTO DAL PROTOCOLLO

19 Fedele all'obiettivo di rivedere le convenzioni anteriori sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari senza respingerne integralmente l'approccio, il protocollo segue in più punti le soluzioni consacrate da quelle, in particolare dalla convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1973 (legge applicabile), in ordine ad esempio all'ambito di applicazione, definito in modo molto ampio agli articoli 1 e 2, al trattamento dell'obbligazione alimentare come "categoria di collegamento" dotata di norme di conflitto proprie, indipendente dal rapporto di famiglia sottostante (articolo 1, paragrafo 2), alla norma generale basata sul collegamento dell'obbligazione alimentare alla legge dello Stato di residenza abituale del creditore (articolo 3), all'ammissione di determinati collegamenti sussidiari "a cascata" a favore del creditore di alimenti (articolo 4) e alla definizione molto ampia delle questioni disciplinate dalla legge designata come applicabile alle obbligazioni alimentari (articolo 11). Le soluzioni del protocollo possono, per molti aspetti, ravvicinarsi a quelle della *Convenzione interamericana di Montevideo del 15 luglio 1989 sulle obbligazioni alimentari* (di seguito, "convenzione di Montevideo del 1989")¹³.

20 Le principali innovazioni rispetto alla convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1973 (legge applicabile) sono tre: in primo luogo, il rafforzamento del ruolo della *lex fori*, promossa a rango di criterio principale per le pretese avanzate da determinate categorie "privilegiate" di creditori, con un ruolo secondario della legge della residenza abituale del creditore (articolo 4, paragrafo 3); in secondo luogo, l'introduzione per le obbligazioni alimentari tra coniugi ed ex coniugi di una clausola di salvaguardia basata sulla nozione di prossimità, in rottura con il collegamento costante alla legge del divorzio ai sensi dell'articolo 8 della convenzione del 1973; in terzo luogo, l'introduzione di un certo grado di autonomia delle parti, in due forme: un accordo processuale che permette alle parti, per qualunque obbligazione alimentare, di scegliere la legge del foro ai fini di un procedimento specifico (articolo 7), e la possibilità per gli adulti in grado di curare i loro interessi di scegliere, in qualsiasi momento, la legge applicabile, fatte salve alcune condizioni e limitazioni (articolo 8).

¹¹ Cfr. articolo 23, che consente la firma, la ratifica e l'adesione di tutti gli Stati, anche se non sono parti della convenzione.

¹² Cfr. verbale n. 6, punti 11 e segg., e punti 178 e segg.

¹³ Cfr. *infra*, punti 33, 36, 39, 57, 66, 67 e 166.

Articolo 1 Ambito di applicazione

21 L'articolo 1 definisce l'ambito di applicazione materiale del protocollo. Conformemente al primo paragrafo di tale articolo, il protocollo determina la legge applicabile alle obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità.

Paragrafo 1 – Il presente protocollo determina la legge applicabile alle obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità, comprese le obbligazioni alimentari nei confronti dei figli a prescindere dallo stato civile dei genitori.

a *Legge applicabile alle obbligazioni alimentari*

22 L'obiettivo del protocollo è determinare la legge applicabile alle obbligazioni alimentari. Esso pertanto non contiene norme sui conflitti di giurisdizione né sulla cooperazione amministrativa, questioni disciplinate, almeno in parte, dalla convenzione.

23 Peraltro è importante sottolineare che il protocollo disciplina unicamente la legge applicabile alle obbligazioni alimentari, concepite come categoria autonoma di collegamento. Esso pertanto non intende determinare la legge applicabile ai rapporti di famiglia da cui derivano le obbligazioni alimentari. Questo principio è importante ed è chiaramente espresso nella convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1973 (legge applicabile), il cui articolo 2, paragrafo 1, dispone che "[l]a convenzione disciplina soltanto i conflitti di legge in materia d'obbligazioni alimentari". Tale formulazione non è stata ripresa dal protocollo, probabilmente perché ritenuta superflua visto il titolo dello strumento ("Protocollo sulla legge applicabile alle *obbligazioni alimentari*", corsivo aggiunto) e il testo dell'articolo 1, paragrafo 1 ("Il presente protocollo determina la legge applicabile alle *obbligazioni alimentari* [...]"), corsivo aggiunto). Malgrado questo silenzio, l'approccio del protocollo al riguardo è lo stesso della convenzione del 1973, nel senso che la legge applicabile ai rapporti di famiglia di cui all'articolo 1, paragrafo 1 (ad esempio, rapporti di parentela o di matrimonio) non è disciplinata direttamente dal protocollo. Ciò è confermato dall'articolo 1, paragrafo 2, del protocollo, che riprende l'articolo 2, paragrafo 2, della convenzione del 1973, precisando che "[l]e decisioni emesse in applicazione del presente protocollo non pregiudicano l'esistenza di uno dei rapporti di cui al paragrafo 1". Questa norma infatti non è che un corollario del collegamento autonomo delle obbligazioni alimentari.

24 Dal collegamento autonomo delle obbligazioni alimentari consegue che la legge applicabile ai rapporti di famiglia di cui all'articolo 1, paragrafo 1, deve essere determinata, in ogni Stato contraente, in base alle norme di conflitto di leggi vigenti in tale Stato. Il problema non si pone quando l'esistenza o meno del rapporto di famiglia costituisce l'oggetto principale del procedimento in corso (ad esempio, quando la domanda concerne l'accertamento

della parentela, la validità del matrimonio, la separazione personale o il divorzio), e questo anche se nell'ambito dello stesso procedimento è fatta valere una pretesa alimentare in via accessoria. Il problema è più delicato quando la questione dell'esistenza del rapporto di famiglia è sollevata in via preliminare nell'ambito di un procedimento avente per oggetto principale il credito alimentare (ad esempio, se il presunto debitore contesta l'esistenza del vincolo di parentela o la validità del matrimonio). Dato il silenzio del protocollo, nulla osta a ricorrere all'interpretazione proposta per le convenzioni sulle obbligazioni alimentari del 1956 e del 1973, secondo cui la legge designata per disciplinare le obbligazioni alimentari può anche applicarsi alla questione preliminare dell'esistenza di un rapporto di famiglia ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1¹⁴. Questa soluzione però non è vincolante per gli Stati contraenti, che possono legittimamente scegliere un collegamento distinto e indipendente dalla questione preliminare; in tal caso, la questione preliminare sarà decisa in base alla legge designata dalle norme di conflitto del foro. In ogni caso, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, la decisione relativa alle obbligazioni alimentari emessa in applicazione della legge designata dal protocollo non pregiudica l'esistenza del rapporto di famiglia in questione.

b *Obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia*

25 Ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, il protocollo determina la legge applicabile alle obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità. La formulazione corrisponde a quella dell'articolo 1 della convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1973 (legge applicabile). Contrariamente a quest'ultima¹⁵, tuttavia, il protocollo non prevede riserve che permettano agli Stati contraenti di limitare l'ambito di applicazione a determinate obbligazioni alimentari o di escluderne altre¹⁶. L'ambito di applicazione del protocollo è pertanto molto ampio.

i *Ambito di applicazione materiale più esteso rispetto alla convenzione*

26 L'ambito di applicazione del protocollo è più ampio, in particolare, dell'ambito di applicazione obbligatorio della convenzione, essendo quest'ultimo limitato, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1:

"a) alle obbligazioni alimentari derivanti da un rapporto di filiazione nei confronti di una persona di età inferiore a 21 anni;

b) al riconoscimento e all'esecuzione ovvero all'esecuzione di una decisione in materia di obbligazioni alimentari tra coniugi ed ex coniugi nei casi in cui la domanda sia presentata congiuntamente a una richiesta di alimenti di cui alla lettera a);

¹⁴ "Rapport explicatif sur les Conventions Obligations alimentaires de 1973 (Exécution – Loi applicable)", redatta da Verwilghen (di seguito, "relazione Verwilghen"), *Actes et documents de la Douzième session (1972)*, tomo IV, *Obligations alimentaires*, pagg. 383-465, punti 125 e segg. (consultabile all'indirizzo <www.hcch.net>).

¹⁵ Cfr. in particolare articoli 13 e 14.

¹⁶ Cfr. articolo 27, secondo cui "[n]on sono ammesse riserve al presente protocollo".

c) ad eccezione dei capi II e III, alle obbligazioni alimentari tra coniugi ed ex coniugi."

Tale differenza si spiega, da un lato, con la volontà di far coincidere l'ambito di applicazione del protocollo con quello della convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1973 (legge applicabile), in modo che il primo possa sostituire (almeno tra gli Stati contraenti) la seconda (cfr. articolo 18) e, dall'altro, con l'intenzione di non restringere eccessivamente l'ambito di applicazione di un testo che, formando oggetto di un protocollo distinto dalla convenzione, è in ogni caso facoltativo per gli Stati che ratificheranno la convenzione e può, viceversa, essere ratificato da Stati che non sono parti della convenzione (cfr. articolo 23).

27 Del resto, i casi di applicazione dei due strumenti non potrebbero comunque coincidere, giacché le loro condizioni di applicazione *ratione loci* sono diverse. La convenzione è uno strumento *inter partes*, che si applica nelle relazioni tra Stati contraenti; ciò vale tanto per la cooperazione amministrativa¹⁷ quanto per il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni¹⁸. Il protocollo, invece, è applicabile *erga omnes*, anche se la legge che designa è quella di uno Stato *non contraente* (cfr. articolo 2).

28 Va inoltre rilevato che anche l'ambito di applicazione materiale della convenzione può essere esteso in via facoltativa (con una dichiarazione ai sensi dell'articolo 63) "alle obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità [...]" (articolo 2, paragrafo 3). Formulando una dichiarazione di questo tipo, ogni Stato contraente che lo desidera potrà quindi far coincidere il campo di applicazione *materiale* dei due strumenti. Tuttavia, anche in presenza di una tale dichiarazione, la coincidenza sarà soltanto parziale. La dichiarazione di cui all'articolo 2, paragrafo 3, della convenzione, infatti, crea obblighi tra due Stati contraenti solo sulla base della reciprocità, ossia "nella misura in cui le loro dichiarazioni riguardano le stesse obbligazioni alimentari e le stesse parti della convenzione"; al contrario, il protocollo, come si è appena ricordato, è applicabile *erga omnes*, indipendentemente dalla reciprocità (cfr. articolo 2). È quindi possibile che, anche in uno Stato parte dei due strumenti che abbia formulato una tale dichiarazione, la convenzione non sia applicabile in un caso concreto, contrariamente al protocollo.

ii *Obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia*

29 Il protocollo non definisce la nozione di rapporto di famiglia, ma si limita a fare degli esempi, che sono poi quelli figuranti nella convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1973 (legge applicabile). Sono quindi espressamente menzionati i rapporti di filiazione, di parentela, di matrimonio e di affinità. Da tale elenco si evince che la nozione di rapporto di famiglia adottata dal

¹⁷ Cfr. articolo 9 della convenzione, che fa riferimento alle domande presentate all'autorità centrale dello Stato richiedente tramite l'autorità centrale dello Stato *contraente* in cui risiede l'istante.

¹⁸ Cfr. articolo 20, paragrafo 1, della convenzione, che fissa le condizioni alle quali "[l]a decisione emessa in uno Stato *contraente* [...] è riconosciuta ed eseguita in un altro Stato *contraente*" (corsivo aggiunto).

protocollo è piuttosto ampia; sono infatti ricompresi i rapporti di affinità, anche se non tutti gli Stati li riconoscono.

30 L'ultima parte dell'articolo 1, paragrafo 1, precisa che, per le obbligazioni alimentari nei confronti dei figli, il protocollo si applica a prescindere dallo stato civile dei genitori. Tale precisazione, che figura anche nell'articolo 1 della convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1973 (legge applicabile) e nell'articolo 2, paragrafo 4, della convenzione, stabilisce che il protocollo si applica senza discriminazione tra figli legittimi e figli naturali.

31 Attualmente si pone il problema delle varie forme di matrimonio o unioni tra persone dello stesso sesso. Questi rapporti sono riconosciuti in un numero crescente di sistemi giuridici che spesso li assimilano a rapporti di famiglia che possono dare luogo a obbligazioni alimentari. Altri Stati invece rifiutano di riconoscerli, ritenendoli talvolta contrari all'ordine pubblico. Il protocollo non cambierà la situazione. Le norme di conflitto del protocollo, infatti, determinano soltanto la legge applicabile alle obbligazioni alimentari; non determinano la legge applicabile a ciò che configura rapporto di famiglia né a ciò che crea tali rapporti su cui si fondano le obbligazioni alimentari (cfr. *supra* punto 23). L'esistenza e la validità del matrimonio o dell'unione tra persone dello stesso sesso rimangono quindi soggette alla legge nazionale degli Stati contraenti, in particolare alle norme interne di diritto internazionale privato. Inoltre, il protocollo non specifica se le obbligazioni alimentari derivanti da tali tipi di rapporti rientrano nel suo ambito di applicazione. È un silenzio voluto, per evitare per l'appunto che il protocollo si scontri con le opposizioni fondamentali esistenti al riguardo tra gli Stati. La questione è stata comunque discussa in relazione a determinate norme di collegamento, segnatamente quella dell'articolo 5 sulle obbligazioni alimentari tra coniugi ed ex coniugi. Alcune delegazioni avevano proposto di precisare espressamente nel testo del protocollo che tale disposizione poteva applicarsi, a discrezione degli Stati, agli istituti simili al matrimonio. Sebbene tale proposta non abbia ottenuto il consenso necessario, la commissione II della sessione diplomatica ha ammesso che gli Stati che riconoscono tali istituti nei loro sistemi giuridici, o che sono pronti a riconoscerli, possono sottometterli alla norma di cui all'articolo 5 (cfr. *infra* punti 92 e segg.), il che equivale ad ammettere implicitamente che il protocollo può essere applicato a tali rapporti. Per contro, nulla è stato deciso per gli Stati contraenti che non sono disposti a trattare questo tipo di istituti alla stregua del matrimonio. Una soluzione possibile è che questi considerino tali rapporti non assimilabili al matrimonio (in questo caso la legge applicabile sarà determinata in base ad altre norme del protocollo, segnatamente gli articoli 3 e 6). Visto il silenzio del protocollo e dei lavori preparatori, va ammesso che la soluzione proposta è legittima, anche se ciò comporterà un'applicazione non uniforme del protocollo negli Stati contraenti. Questa mancanza di uniformità non è comunque troppo grave se si considera che, in ogni caso, il tribunale o l'autorità dello Stato interessato potrà, in una situazione del genere, rifiutare per motivi di ordine pubblico l'applicazione della

legge straniera che riconosce le obbligazioni alimentari derivanti da un siffatto rapporto controverso (cfr. articolo 13; *infra* punto 178).

32 Il protocollo non specifica se sia applicabile alle obbligazioni alimentari derivanti da un accordo relativo all'esistenza o alla portata di un'obbligazione alimentare. Spesso concludono questo tipo di accordi i coniugi al momento del matrimonio o in caso di divorzio o i partner non sposati. Ricordiamo che la questione era rimasta irrisolta all'epoca della redazione della convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1973 (legge applicabile), che lasciava quindi al giudice "campo libero", permettendogli di assoggettare tali obbligazioni alle disposizioni del trattato o alle norme di conflitto generalmente applicabili¹⁹. Sebbene taccia su questo punto, il protocollo contiene elementi che consentono di affermare che esso si applica anche agli accordi sugli alimenti nella misura in cui mirano a modificare o precisare un'obbligazione derivante da rapporti di famiglia. Infatti, contrariamente alla convenzione del 1973, il protocollo permette, a determinate condizioni, di scegliere la legge applicabile alle obbligazioni alimentari²⁰. Orbene, uno dei motivi – se non il motivo principale – per ammettere tale facoltà di scelta è proprio garantire una certa stabilità agli accordi sugli alimenti conclusi tra coniugi o altri adulti (cfr. *infra* punto 126). Se si ammette che la legge designata dalle parti in virtù del protocollo sia applicabile ai contratti relativi agli alimenti, la stessa conclusione deve valere anche per la legge designata dal protocollo attraverso un collegamento obiettivo.

c *Portata delle decisioni emesse in applicazione del protocollo*

Paragrafo 2 – Le decisioni emesse in applicazione del presente protocollo non pregiudicano l'esistenza di uno dei rapporti di cui al paragrafo 1.

33 Il secondo paragrafo dell'articolo 1 precisa che le decisioni emesse in applicazione del protocollo non pregiudicano l'esistenza di uno dei rapporti di cui al paragrafo 1. Questa disposizione riprende la formulazione dell'articolo 2, paragrafo 2, della convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1973 (legge applicabile), soluzione ripresa anche dall'articolo 5 della convenzione di Montevideo del 1989. La ratio è che nessuno può avvalersi di una decisione che condanna il debitore a pagare gli alimenti al creditore in base alla legge designata dal protocollo per affermare l'esistenza di un rapporto di famiglia di cui all'articolo 1, paragrafo 1. Questa norma è un corollario del collegamento autonomo dell'obbligazione alimentare (cfr. *supra* punto 23). È l'equivalente dell'articolo 19, paragrafo 2, della convenzione, secondo cui, se la decisione straniera non riguarda esclusivamente le obbligazioni alimentari, le norme della convenzione sul riconoscimento e sull'esecuzione hanno efficacia solo per la parte della decisione relativa alle obbligazioni alimentari²¹. Per un'analisi più approfondita di tale approccio, già noto alla

maggior parte degli Stati contraenti della convenzione del 1973, si rinvia alla relazione Verwilghen²².

Articolo 2 Carattere universale

La legge designata dal presente protocollo si applica anche ove non sia quella di uno Stato contraente.

34 Tale disposizione non fa che precisare il carattere universale del protocollo. Quest'ultimo sarà applicabile negli Stati contraenti anche se la legge designata dalle sue disposizioni è quella di uno Stato non contraente. È lo stesso approccio della convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1973 (legge applicabile) (articolo 2) e di molte altre convenzioni dell'Aia sulla legge applicabile.

35 In forza di tale norma, l'autorità di uno Stato contraente che sia stata adita con una domanda relativa a un'obbligazione alimentare rientrando nell'ambito di applicazione materiale del protocollo dovrà applicare il protocollo per determinare la legge applicabile nel merito, anche se la causa presenta collegamenti molto stretti (in ragione della residenza delle parti o per altri motivi) con uno o più Stati non contraenti. Lo stesso vale se la legge designata dal protocollo è quella di uno Stato non contraente (ad esempio, quando il debitore risiede in uno Stato contraente oppure se le parti hanno designato tale legge come applicabile alle obbligazioni alimentari; cfr. articoli 3 e 8).

Articolo 3 Norma generale sulla legge applicabile

36 Questa disposizione sancisce il principio del collegamento delle obbligazioni alimentari alla legge dello Stato di residenza abituale del creditore. Tale collegamento corrisponde a quello usato in via principale nella convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1973 (legge applicabile) e, per le obbligazioni alimentari nei confronti dei figli, nella convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1956. Lo prevede altresì la convenzione di Montevideo del 1989 (articolo 6, lettera a), sebbene in via alternativa alla residenza abituale del debitore). Tale soluzione è stata accettata all'unanimità durante i negoziati.

Paragrafo 1 – Salvo disposizioni contrarie del presente protocollo, disciplina le obbligazioni alimentari la legge dello Stato di residenza abituale del creditore.

a *Motivo di questo collegamento*

37 Questo collegamento offre numerosi vantaggi, primo fra tutti quello di permettere di determinare l'esistenza e l'importo della prestazione alimentare tenendo conto delle condizioni giuridiche e fattuali dell'ambiente sociale del paese in cui il creditore vive ed esercita la maggior parte delle sue attività. Come giustamente rilevato nella relazione Verwilghen, il creditore userà gli alimenti per vivere. È quindi sensato valutare il problema concreto in relazione a una società concreta: quella in cui vive e vivrà la persona che chiede gli alimenti²³.

38 Il collegamento alla legge della residenza abituale consente inoltre di garantire la parità di trattamento tra i creditori che vivono nello stesso paese,

¹⁹ Relazione Verwilghen (*op. cit.* nota 14), punto 120.

²⁰ Cfr. in particolare articolo 8, che consente alle parti di designare "in qualsiasi momento" la legge applicabile.

²¹ Cfr. relazione Borrás-Degeling Report, punto 438.

²² *Op. cit.* (nota 14), punti 122 e segg.

²³ *Op. cit.* (nota 14), punto 138.

indipendentemente dalla loro cittadinanza. Non si capisce infatti perché, a parità di condizioni, il creditore straniero debba essere trattato diversamente dal creditore che è cittadino dello Stato in cui risiede.

39 Va da ultimo osservato che il criterio della residenza abituale del creditore è largamente usato per determinare l'autorità giurisdizionale competente in materia di alimenti tanto in strumenti di diritto uniforme²⁴ quanto in varie leggi nazionali. L'uso di tale criterio per determinare la legge applicabile conduce spesso all'applicazione della legge dell'autorità adita, con evidenti vantaggi in termini di semplicità ed efficienza, particolarmente preziosi in materia di alimenti considerato che gli importi in gioco, e di conseguenza le risorse disponibili per la ricerca del diritto straniero, sono in generale molto modesti.

40 Come sottolineato all'articolo 3, paragrafo 1, il collegamento alla residenza abituale del creditore non vale nei casi in cui il protocollo dispone altrimenti. Questa precisazione è importante giacché tale criterio è soggetto, nel sistema del protocollo, a varie eccezioni, previste agli articoli da 4 a 8. Nel complesso, va rilevato che la portata di tale norma qui è più limitata rispetto alle convenzioni sulle obbligazioni alimentari del 1956 e del 1973.

b *Nozione di residenza abituale*

41 Il protocollo non definisce la nozione di residenza abituale. Non lo fanno neanche le svariate convenzioni dell'Aia che adottano questa nozione come criterio per determinare la legge applicabile o la competenza giurisdizionale, compresa la convenzione²⁵. Il compito di stabilire concretamente se il creditore risiede in uno Stato o in un altro spetta all'autorità adita; quest'ultima deve tuttavia ricercare una nozione uniforme, fondata sulla finalità del protocollo, piuttosto che applicare criteri di diritto interno²⁶.

42 È opportuno osservare che il criterio prescelto è quello della residenza *abituale*, il che implica una certa stabilità. La semplice residenza temporanea non basta per determinare la legge applicabile alle obbligazioni alimentari. Ad esempio, il fatto che il creditore di alimenti viva per qualche mese in un paese diverso da quello in cui è stabilito per partecipare a corsi o esercitare un'attività temporanea non dovrebbe, in linea di principio, modificare la sua residenza abituale né la legge applicabile alle obbligazioni alimentari ai sensi dell'articolo 3.

43 Il criterio della "residenza abituale" è usato anche nella convenzione, oltre a quello della "residenza". All'articolo 20, paragrafo 1, lettere *c*) e *d*), della convenzione, il criterio della "residenza abituale" è impiegato per determinare le basi del riconoscimento

²⁴ Ad esempio l'articolo 5, punto 2, del 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 ("Bruxelles I") e la disposizione "parallela" dell'articolo 5, punto 2, della *convenzione di Lugano del 16 settembre 1988 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale* (di seguito, "convenzione di Lugano del 1988"); oppure l'articolo 8, lettera a), della convenzione di Montevideo del 1989.

²⁵ Cfr. relazione Borrás-Degeling, punti 61 e 62.

²⁶ Articolo 20, cfr. punto 202.

delle decisioni straniere²⁷, mentre quello della "residenza" è adoperato all'articolo 9 della convenzione per determinare la competenza dell'autorità centrale dello Stato richiedente e rendere applicabili le disposizioni della convenzione relative alla cooperazione amministrativa. Ai sensi dell'articolo 9, infatti, "[l]e domande di cui al presente capo sono presentate all'autorità centrale dello Stato richiesto tramite l'autorità centrale dello Stato contraente in cui risiede l'istante". Nell'ambito di tale disposizione, è sufficiente la semplice residenza, anche se non ha carattere abituale; per contro, la semplice presenza occasionale non basta. Tale soluzione è stata scelta per facilitare il più possibile le domande di recupero internazionale di crediti alimentari²⁸.

c *Cambiamento della residenza abituale*

Paragrafo 2 – In caso di cambiamento della residenza abituale del creditore si applica la legge dello Stato della nuova residenza abituale, dal momento del cambiamento.

44 Qualora il creditore cambi la residenza abituale, la legge dello Stato della nuova residenza abituale diventa applicabile dal momento del cambiamento. Questa soluzione, che corrisponde a quella usata nelle convenzioni sulle obbligazioni alimentari del 1956 e del 1973 (articolo 1, paragrafo 2, e articolo 4, paragrafo 2, rispettivamente), si è imposta tenuto conto dei motivi su cui si fonda il collegamento alla residenza abituale. In caso di cambiamento della residenza abituale, è infatti logico che a determinare l'esistenza e l'importo del credito alimentare sia la legge del paese in cui vive il creditore. L'applicazione di tale legge si giustifica inoltre con considerazioni di parità di trattamento di tutti i creditori che risiedono nello stesso paese.

45 Occorre notare che la soluzione per il conflitto mobile non è necessariamente coerente con l'intento di garantire la coincidenza della competenza delle autorità con la legge applicabile: quando infatti la competenza dell'autorità dipende dalla residenza abituale del creditore, quest'ultima è generalmente valutata al momento della domanda, senza tenere conto dell'eventuale cambiamento successivo (principio della *perpetuatio fori*). Per contro, per quanto riguarda la legge applicabile, il fatto che il creditore abbia cambiato di residenza abituale dovrà pesare ai fini della decisione sugli alimenti anche se il cambiamento è avvenuto nel corso del procedimento. Nella misura in cui la decisione riconosce un credito alimentare per il futuro, sarebbe illogico non tenere conto di un cambiamento di circostanze così rilevante.

46 Ciononostante, il protocollo non fissa un termine ultimo per far valere il cambiamento che si verifichi nel corso del procedimento. Il termine dipenderà quindi dalle norme processuali di ogni Stato contraente.

47 Va rilevato che il cambiamento di residenza deve essere preso in considerazione solo se, e dal momento in cui, il creditore acquisisce una nuova residenza abituale, vale a dire quando la nuova residenza acquista il grado di

²⁷ Cfr. relazione Borrás-Degeling, punto 444.

²⁸ *Ibidem*, punto 228.

stabilità proprio dell'abitudine. Se il creditore si reca in un altro paese per soggiornarvi temporaneamente²⁹, in linea di principio la residenza abituale non cambia, a meno che a un certo momento la nuova residenza acquisti un carattere di stabilità (ad esempio, se il creditore che è all'estero per una formazione trova poi un lavoro che gli permette di risiedervi in modo stabile).

48 Il cambiamento della legge applicabile si verifica a partire dal momento del cambiamento della residenza abituale, ma vale solo per il futuro (*ex nunc*). Le obbligazioni alimentari relative al periodo che precede il cambiamento della residenza abituale rimangono quindi disciplinate dalla legge della vecchia residenza abituale. Tale soluzione si giustifica se si considera che il diritto di ottenere prestazioni per il periodo precedente è già acquisito e non dovrebbe quindi essere rimesso in discussione da un cambiamento successivo della legge applicabile.

Articolo 4 Norme speciali a favore di taluni creditori

49 Questa disposizione prevede importanti deroghe al principio generale del collegamento alla residenza abituale del creditore. Tali deroghe mirano a introdurre un regime più favorevole a determinate categorie di creditori di alimenti nei casi in cui l'applicazione della legge della loro residenza abituale si riveli contraria ai loro interessi.

a *Ambito di applicazione dell'articolo 4*

Paragrafo 1 – Le seguenti disposizioni si applicano per le obbligazioni alimentari:

50 Conformemente al suo obiettivo, la norma di cui all'articolo 4 giova solo a determinate categorie di creditori, definite al paragrafo 1. Onde evitare equivoci, va sottolineato che lo scopo di questo paragrafo non è stabilire le condizioni per l'ottenimento degli alimenti (questione disciplinata dalla legge nazionale designata), ma unicamente determinare le categorie di creditori che, al fine della determinazione della legge applicabile al loro credito, beneficeranno – in deroga all'articolo 3 – dei criteri di collegamento previsti dall'articolo 4. L'esistenza del diritto a un credito alimentare dipenderà dalla legge o dalle leggi designate da tale articolo. Per le categorie di creditori diverse da quelle specificate all'articolo 4 a determinare la legge applicabile agli alimenti saranno l'articolo 3 o altre disposizioni del protocollo.

51 Occorre inoltre osservare che l'articolo 4 non esclude, per alcune delle categorie di creditori ivi indicate, l'applicazione di altre disposizioni del protocollo: l'articolo 3 rimane applicabile fatte salve le deroghe di cui all'articolo 4; l'articolo 6 permette al debitore, in determinati casi, di opporsi alla pretesa del creditore, e gli articoli 7 e 8 disciplinano gli accordi sulla legge applicabile.

52 Contrariamente alla convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1973 (legge applicabile), in cui il sistema "a cascata" fondato su collegamenti sussidiari ha una portata generale (cfr. articoli 5 e 6), il protocollo prevede un sistema del genere solo per alcune delle categorie di creditori di cui all'articolo 4, paragrafo 1 (cfr. *infra*

punti 53 e segg.). Tale differenza potrebbe essere percepita, nei paesi contraenti della convenzione del 1973, come un passo indietro rispetto al livello attuale di protezione dei creditori di alimenti. Questa analisi non è però del tutto esatta. La convenzione del 1973 infatti già escludeva i criteri di collegamento a cascata per gli alimenti tra coniugi divorziati, lasciandone la disciplina alla legge applicata al divorzio (articolo 8 della convenzione del 1973). Lo stesso valeva per la separazione personale, la nullità e l'annullamento del matrimonio. Peraltro, se si confrontano i due testi, si nota che differiscono per quanto riguarda il trattamento dei coniugi ancora sposati³⁰ e di determinati creditori adulti i cui crediti alimentari non trovano un consenso unanime a livello di diritto comparato (ad esempio, i collaterali e gli affini) e per i quali il protocollo prevede l'introduzione di mezzi di difesa particolari a favore del debitore (cfr. *infra* articolo 6). Tenuto conto del fatto che tali categorie di creditori sono soggette a norme speciali meno favorevoli, è sembrato poco logico, se non addirittura contraddittorio, permettere loro di beneficiare dei criteri di collegamento a cascata dell'articolo 4.

53 Nella bozza del gruppo di lavoro del 2007³¹, le norme speciali di quello che è poi diventato l'articolo 4 erano previste solo a favore delle persone di età inferiore a ventun anni. Nella riunione della commissione speciale del maggio 2007, tale categoria è stata scissa in due categorie distinte. L'articolo 4 si applica quindi, da un lato, alle obbligazioni alimentari dei genitori nei confronti dei figli (articolo 4, paragrafo 1, lettera *a*)), e, dall'altro, alle obbligazioni alimentari delle persone diverse dai genitori nei confronti di persone di età inferiore a ventun anni (articolo 4, paragrafo 1, lettera *b*)). Nel primo caso, l'elemento determinante è il rapporto di filiazione; nel secondo, il trattamento favorevole dipende invece dall'età del creditore. Inoltre, sempre nella riunione della commissione speciale del maggio 2007, l'applicazione di tale articolo è stata estesa alle obbligazioni alimentari dei figli nei confronti dei genitori. Tali soluzioni si ritrovano nel testo finale del protocollo.

Lettera a) – dei genitori nei confronti dei figli;

54 Ai sensi del suo paragrafo 1, lettera *a*), l'articolo 4 è applicabile alle obbligazioni alimentari dei genitori nei confronti dei figli indipendentemente dall'età. L'esistenza di un rapporto di filiazione è stata ritenuta sufficiente per giustificare un trattamento di favore sul piano della determinazione della legge applicabile. Ciò non significa che il figlio avrà diritto di ottenere gli alimenti indipendentemente dalla sua età, in quanto tale questione dipende dalle norme sostanziali della legge o delle leggi designate, ma unicamente che potrà beneficiare dei collegamenti sussidiari a cascata e dell'inversione dei collegamenti previsti ai paragrafi da 2 a 4 dell'articolo 4.

²⁹ Cfr. esempi di cui al punto 42.

³⁰ Ricompresi nell'ambito di applicazione dell'articolo 5 del protocollo, ma esclusi dall'articolo 8 della convenzione del 1973.

³¹ Documento preliminare n. 24 del gennaio 2007 (*op. cit.* nota 7), articolo D.

Lettera b) – delle persone diverse dai genitori nei confronti di persone di età inferiore a ventun anni, fatta eccezione per le obbligazioni derivanti dai rapporti di cui all'articolo 5, e

55 Ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera b), il beneficio delle norme di cui all'articolo 4 è esteso alle persone di età inferiore a ventun anni. Si tratta in questi casi di obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia disciplinati dal protocollo (cfr. articolo 1, paragrafo 1), ad esclusione dei rapporti di filiazione (già previsti all'articolo 4, paragrafo 1, lettera a)) e del matrimonio. L'articolo 4, paragrafo 1, lettera b), infatti, precisa espressamente che non è applicabile alle obbligazioni alimentari derivanti dai rapporti di cui all'articolo 5, vale a dire alle obbligazioni alimentari tra coniugi, ex coniugi o persone il cui matrimonio sia stato annullato. In mancanza di scelta della legge applicabile, le obbligazioni tra coniugi ed ex coniugi sono disciplinate dalle norme degli articoli 3 e 5; il *favor creditoris*, a cui si ispira l'articolo 4, non è applicabile in tali casi.

56 Le ipotesi di cui alla lettera b) sono quindi essenzialmente quelle di crediti alimentari basati su un rapporto di parentela in linea retta o collaterale (ad esempio, un credito avanzato da un figlio del figlio, da un fratello o da un figlio del fratello) o su un rapporto di affinità (ad esempio, un credito avanzato da un figlio nei confronti del coniuge del genitore). Va osservato che tali crediti alimentari rientrano anche nell'ambito di applicazione dell'articolo 6 e che quindi il debitore potrà far valere, se del caso, il mezzo di difesa ivi previsto. La soluzione adottata dal protocollo in questo contesto non è molto coerente, in quanto gli stessi rapporti sono privilegiati all'articolo 4 e sfavoriti all'articolo 6 (cfr. *infra* punto 100). Si tratta indubbiamente di un compromesso.

57 Dopo lunghi tentennamenti tra un'età limite fissata ai diciotto o ai ventun anni, la sessione diplomatica alla fine ha optato per la seconda alternativa. L'argomentazione principale a favore della soluzione prescelta è la sua coerenza con la tendenza che si osserva in diritto comparato di favorire la concessione degli alimenti a giovani che frequentano corsi di studio superiori, segnatamente a livello universitario. Questa tendenza è stata presa in considerazione in alcuni testi di fonte internazionale; la convenzione di Montevideo del 1989, ad esempio, dispone che i benefici che essa prevede si applicano a favore delle persone che, dopo aver compiuto i diciotto anni di età, continuano a poter beneficiare degli alimenti ai sensi della legge applicabile. Va sottolineato che in ogni caso la possibilità di ottenere gli alimenti dipende dalla legge o dalle leggi designate; il protocollo si limita infatti a regolamentare i conflitti di legge e non obbliga in alcun modo gli Stati a modificare il loro diritto interno.

Lettera c) – dei figli nei confronti dei genitori.

58 Il paragrafo 1, lettera c), rende applicabile l'articolo 4 alle obbligazioni alimentari dei figli nei confronti dei genitori. A proporre di estendere l'ambito di applicazione di questa norma speciale è stata una maggioranza di delegazioni durante la riunione della commissione speciale del maggio 2007, in considerazione del fatto che

anche i genitori, analogamente ai figli, meritano un trattamento favorevole sul piano dei conflitti di legge. Questa soluzione è stata infine adottata nella sessione diplomatica. Come per la lettera b), anche i rapporti di cui alla lettera c) rientrano nell'ambito di applicazione della norma dell'articolo 6, il che permette al debitore di avvalersi del mezzo di difesa ivi previsto (*ibidem*).

b Collegamento sussidiario alla legge del foro

Paragrafo 2 – Qualora, in forza della legge di cui all'articolo 3, il creditore non possa ottenere alimenti dal debitore, si applica la legge del foro.

59 Il primo vantaggio accordato alle categorie di debitori di cui all'articolo 4, paragrafo 1, è la previsione di un collegamento sussidiario alla legge del foro nel caso in cui il creditore non possa ottenere alimenti in forza della legge dello Stato della sua residenza abituale. Questa soluzione si ispira al *favor creditoris* e mira a garantire al creditore la possibilità di ottenere gli alimenti se così prevede la legge dell'autorità adita.

60 Si tratta di una soluzione classica, attualmente prevista nelle convenzioni sulle obbligazioni alimentari del 1956 (articolo 3) e del 1973 (articolo 6). Quest'ultima tuttavia la contempla solo in ultima istanza, dopo l'applicazione - sempre in via sussidiaria - della legge nazionale comune delle parti (articolo 5). L'inversione, nel protocollo, di questi due criteri di collegamento sussidiari (la legge del foro prima della legge della cittadinanza comune - cfr. articolo 4, paragrafo 4) si giustifica per vari motivi. Da un lato, riduce l'importanza pratica del collegamento alla cittadinanza comune, la cui pertinenza in materia di alimenti è controversa (cfr. *infra* punto 74). Dall'altro, facilita il compito dell'autorità adita, che potrà applicare in via sussidiaria la propria legge nazionale senza dover accertare preliminarmente il contenuto della legge della cittadinanza comune delle parti. Questa soluzione comporta quindi vantaggi anche per il creditore, in quanto permette di giungere a una decisione più rapida e meno costosa.

61 Come nelle convenzioni sulle obbligazioni alimentari del 1956 e del 1973, il collegamento sussidiario è previsto solo se il creditore "non possa ottenere alimenti" in forza della legge della residenza abituale, applicabile in via principale. Nella riunione della commissione speciale del maggio 2007 non si è giunti a chiarire il significato esatto di questa frase. È indubbio che il creditore potrà beneficiare dell'applicazione sussidiaria della legge del foro non solo se la legge della residenza abituale non prevede obbligazioni alimentari derivanti dal rapporto di famiglia in questione (ad esempio, non prevede obbligazioni dei figli nei confronti dei genitori), ma anche se, pur riconoscendo in linea di principio tali obbligazioni, le fa dipendere da una condizione che manca nel caso di specie (ad esempio, prevede che le obbligazioni dei genitori nei confronti dei figli vengano meno quando questi ultimi compiono diciotto anni, e nella fattispecie il creditore ha già raggiunto tale età)³². Non è chiaro tuttavia se l'applicazione sussidiaria della legge del foro valga anche

³²Cfr. relazione Verwilghen (*op. cit.* nota 14), punto 145.

quando gli alimenti non sono dovuti secondo la legge della residenza abituale per motivi economici, ossia in base a criteri previsti da tale legge per determinare le esigenze del creditore o le risorse del debitore (vale a dire, se secondo la legge della residenza abituale il creditore non necessita di alimenti o il debitore non ha i mezzi per fornirli). Dal punto di vista puramente teorico, è difficile distinguere questa situazione dalle precedenti, in quanto si tratta sempre di un'ipotesi in cui la concessione degli alimenti è negata perché manca una condizione fissata dalla legge applicabile in via principale. Secondo una maggioranza di delegazioni, tuttavia, il *favor creditoris* (e il collegamento sussidiario che ne costituisce l'espressione normativa) non dovrebbe applicarsi nell'ultimo caso.

62 Il ricorso al collegamento sussidiario è comunque escluso quando la legge della residenza abituale del creditore prevede un'obbligazione alimentare di importo inferiore rispetto a quello previsto dalla legge del foro. In questo caso si applicherà la legge designata dall'articolo 3, anche se nel concreto è meno favorevole al creditore rispetto alla legge dell'autorità adita.

63 Qualora sia applicabile, il collegamento sussidiario alla legge del foro è ovviamente utile solo se la pretesa alimentare è fatta valere in uno Stato diverso da quello della residenza abituale del creditore, altrimenti la legge della residenza abituale e la legge del foro coincidono. Peraltro, la portata dell'articolo 4, paragrafo 2, è ulteriormente ridotta dalla disposizione dell'articolo 4, paragrafo 3, del protocollo. In base a quest'ultima, infatti, la legge del foro è comunque applicabile in via principale se il creditore chiede gli alimenti nello Stato della residenza abituale del debitore (cfr. *infra* punti 64 e segg.). Ne consegue che potrà essere contemplata l'applicazione sussidiaria della legge del foro in base all'articolo 4, paragrafo 2, soltanto se ad avviare il procedimento è il debitore (ad esempio, nell'ipotesi in cui questi avvii un procedimento dinanzi all'autorità competente dello Stato della propria residenza abituale a condizione che il tribunale adito sia competente a conoscere della causa³³; il creditore potrà allora difendersi invocando la legge del foro) o se l'autorità adita è quella di uno Stato in cui non risiede nessuna delle parti (ad esempio, se la domanda di alimenti è proposta in via accessoria dinanzi al tribunale competente per l'accertamento della filiazione o lo scioglimento del matrimonio).

³³ Di norma questa ipotesi non si verificherà negli Stati parti della convenzione quando il debitore avvia un procedimento per essere liberato da un'obbligazione alimentare dopo una decisione anteriore emessa nello Stato contraente in cui il creditore risiede abitualmente. Ai sensi dell'articolo 18, paragrafo 1, della convenzione, "[q]ualora sia emessa una decisione in uno Stato contraente in cui il creditore risiede abitualmente, il debitore non può promuovere un'azione per modificare la decisione o ottenere una decisione nuova in un altro Stato contraente, fintantoché il creditore continui a risiedere abitualmente nello Stato in cui è stata emessa la decisione."

c *Inversione dei criteri di collegamento quando il creditore avvia il procedimento nello Stato della residenza abituale del debitore*

Paragrafo 3 – Nonostante l'articolo 3, qualora il creditore abbia adito l'autorità competente dello Stato in cui il debitore ha la residenza abituale, si applica la legge del foro. Tuttavia, qualora in forza di tale legge il creditore non possa ottenere alimenti dal debitore, si applica la legge dello Stato di residenza abituale del creditore.

64 L'articolo 4, paragrafo 3, dispone che la legge del foro si applica in via principale se il creditore ha adito l'autorità competente dello Stato in cui il debitore ha la residenza abituale. In tale caso, tuttavia, se il creditore non può ottenere alimenti secondo la legge del foro, la legge dello Stato di residenza abituale del creditore ridiventa applicabile in via sussidiaria. Si tratta di un'importante inversione dei criteri di collegamento previsti all'articolo 3 e all'articolo 4, paragrafo 2 (legge del foro prima della legge della residenza abituale del creditore). Tale disposizione è frutto di un compromesso tra i fautori di un'applicazione indifferenziata della legge della residenza abituale del creditore e i sostenitori della legge del foro.

i *Collegamento principale alla legge del foro*

65 L'applicazione della legge del foro è subordinata a due condizioni: in primo luogo, l'autorità adita deve essere quella della residenza abituale del debitore; in secondo luogo, ad avviare il procedimento deve essere il creditore.

66 La prima condizione giustifica l'applicazione della legge del foro anziché la legge della residenza abituale del creditore. Va osservato, infatti, che quando la pretesa alimentare è fatta valere nello Stato della residenza abituale del debitore, il criterio di collegamento della residenza abituale del creditore perde una parte dei suoi meriti. In tale caso, questo criterio non comporta l'applicazione della *lex fori* e quindi l'autorità adita si troverà a dover determinare il tenore della legge straniera, operazione che può rivelarsi lunga e costosa. Inoltre, dovrà applicarsi la legge straniera anche se, nella fattispecie, è *meno favorevole* al creditore della legge del foro (la sola eccezione prevista all'articolo 4, paragrafo 2, è la situazione in cui il creditore *non possa ottenere alimenti* in forza della legge della sua residenza abituale - cfr. *supra* punto 62). In una situazione del genere, l'applicazione della legge della residenza abituale del creditore porta a un risultato contrario al suo intento di base, ossia proteggere il creditore. È quindi sembrato opportuno sostituire tale collegamento con l'applicazione della legge del foro, che in questo caso è anche la legge della residenza abituale del debitore (si osservi che altri strumenti internazionali rendono applicabile, a determinate condizioni, la legge della residenza abituale del debitore; è il caso, in particolare, della convenzione di Montevideo del 1989, il cui articolo 6 prevede l'applicazione di tale legge in alternativa alla legge della residenza abituale del creditore, se più favorevole al creditore).

67 La seconda condizione per l'applicazione della legge del foro è che il procedimento sia avviato dal creditore; questa condizione mira a limitare, nell'interesse del creditore, le deroghe al principio del collegamento alla legge della sua residenza abituale. È sembrato che tale deroga possa giustificarsi se lo stesso creditore decide di avviare il procedimento nello Stato della residenza del debitore, mentre sarebbe eccessiva se il procedimento venisse promosso in quello stesso paese dal debitore (ad esempio, in occasione di una domanda di modifica della decisione sugli alimenti). Il creditore spesso può scegliere se agire nel paese in cui risiede o in quello della residenza abituale del debitore (è il caso, ad esempio, dello spazio giudiziario europeo, in virtù dell'articolo 2 e dell'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 44/2001 del 22 dicembre 2000 e della convenzione di Lugano del 1988; l'articolo 8 della convenzione di Montevideo del 1989 prevede un'opzione simile, cfr. *supra*, punto 39). Se opta per la seconda soluzione, il creditore non potrà lamentarsi dell'applicazione della legge nazionale del paese del debitore. Pertanto, la soluzione prescelta costituisce una sorta di compromesso tra i fautori di un'applicazione d'ufficio della legge del foro e coloro che avrebbero preferito subordinarla a una richiesta (opzione) del creditore³⁴. Peraltro, è opportuno notare che se il procedimento è avviato dal creditore, la competenza delle autorità dello Stato della residenza abituale del debitore avrà un fondamento molto solido (si baserà infatti sul principio *actor sequitur forum rei*), il che può giustificare meglio l'applicazione della legge del foro. Al contrario, se il procedimento è avviato dal debitore nel suo Stato di residenza, la competenza delle autorità di tale Stato (se sussiste secondo la legge del foro) potrà basarsi su un criterio di competenza molto meno significativo (ad esempio, la cittadinanza di una delle parti) o addirittura esorbitante (*forum actoris*). Motivo in più per escludere l'applicazione della legge del foro in una fattispecie del genere.

68 L'applicazione in via principale della legge del foro è prevista solo per le categorie di creditori specificate all'articolo 4, paragrafo 1 (figli, persone di età inferiore a ventun anni e genitori). Tale soluzione restrittiva, che devia dalla soluzione proposta dal gruppo di lavoro nella bozza del 2006³⁵, si spiega principalmente con il seguente motivo: è sembrato che l'applicazione della legge del foro alle condizioni previste dalla disposizione in questione costituisca un vantaggio importante per il creditore. Infatti, adendo le autorità dello Stato della sua residenza o quelle dello Stato della residenza del debitore, il creditore si vede accordare il diritto di scegliere indirettamente la legge applicabile al suo credito alimentare (*forum shopping*). Secondo la sessione diplomatica, un tale privilegio può giustificarsi solo per le categorie che beneficiano dell'articolo 4.

69 Per quanto concerne le obbligazioni alimentari nei confronti dei figli, l'applicazione della legge del foro si basa anche su un'altra considerazione. In un numero crescente di paesi, il compito di decidere sulle

obbligazioni alimentari spetta ad autorità amministrative. Tali autorità possono non avere le competenze né i mezzi necessari per determinare e applicare la legge straniera. Di conseguenza, l'applicazione della legge del foro può essere più appropriata per certi sistemi di recupero degli alimenti di tipo amministrativo. Queste considerazioni hanno naturalmente meno valore quando sono in gioco pretese alimentari di persone adulte, che di solito sono decise da autorità giudiziarie (almeno quando non sono legate agli alimenti dei figli).

ii *Collegamento sussidiario alla legge della residenza abituale del creditore*

70 Poiché l'applicazione in via principale della legge del foro si basa sul *favor creditoris*, non può essere mantenuta quando porta a privare il creditore di qualunque credito alimentare. Per questo motivo l'articolo 4, paragrafo 3, *in fine* prevede, in modo simile all'articolo 4, paragrafo 2, ma in senso inverso, un collegamento sussidiario alla legge della residenza abituale del creditore qualora questi non possa ottenere alimenti in base alla legge dell'autorità adita. L'articolo 4, paragrafo 3, si limita quindi a invertire i collegamenti previsti dalle norme generali. Il significato dell'espressione "non possa ottenere alimenti" è ovviamente lo stesso che all'articolo 4, paragrafo 2 (cfr. *supra* punti 61 e 62).

d *Collegamento sussidiario alla cittadinanza comune delle parti*

Paragrafo 4 – Qualora, in forza delle leggi di cui all'articolo 3 e ai paragrafi 2 e 3 del presente articolo, il creditore non possa ottenere alimenti dal debitore, si applica la legge dell'eventuale Stato di cittadinanza comune del creditore e del debitore.

71 Se il creditore non può ottenere alimenti in base alla legge dello Stato della sua residenza abituale o della legge del foro (applicabili in questo ordine o, nel caso dell'articolo 4, paragrafo 3, in ordine inverso), si applica in ultima istanza la legge della cittadinanza comune delle parti. Questo secondo collegamento sussidiario completa la protezione del creditore di alimenti nel caso in cui le leggi designate dai primi due criteri non prevedano alcuna obbligazione alimentare. Il significato dell'espressione "non possa ottenere alimenti" è ovviamente lo stesso che all'articolo 4, paragrafo 2 (*ibidem*).

72 Il collegamento alla legge della cittadinanza comune è previsto anche dalla convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1973 (legge applicabile) (articolo 5) ma in quel testo prevale sulla legge del foro. I motivi che hanno portato a invertire i due criteri sono già stati esposti (cfr. *supra* punto 60).

73 Contrariamente alla convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1973 (legge applicabile), il collegamento sussidiario alla cittadinanza delle parti (come del resto quello alla legge del foro) è previsto solo per le categorie di creditori di cui all'articolo 4, paragrafo 1. I motivi di tale limitazione dell'ambito di applicazione dei collegamenti a cascata sono già stati indicati (cfr. *supra* punto 52).

74 Il ricorso al collegamento della cittadinanza comune in materia di alimenti ha suscitato molte critiche. La

³⁴ Cfr. relazione del gruppo di lavoro sulla legge applicabile, documento preliminare n. 22 del giugno 2006 (*op. cit.* nota 6), punti 24 e 25.

³⁵ *Ibidem*, punti 20 e segg.

principale è che si tratta di un criterio discriminatorio, in quanto ne beneficiano solo i creditori che hanno una cittadinanza comune con il debitore³⁶. Un'altra critica riguarda il carattere equivoco del collegamento in questione quando la cittadinanza comune è quella di uno Stato plurilegislativo³⁷. Nonostante ciò, varie delegazioni si sono battute per mantenere questo collegamento sussidiario nel protocollo, il che ha permesso di raggiungere un accordo comune in tal senso. Va rilevato che la sua limitazione alle sole categorie di creditori di cui all'articolo 4, paragrafo 1 (mentre nella convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1973 (legge applicabile) ha una portata generale) e il suo "declassamento" a rango di *secondo* collegamento sussidiario (mentre nella convenzione del 1973 è il *primo* collegamento sussidiario, dopo la residenza abituale e prima della *lex fori*) ne ridurranno largamente tanto le conseguenze pratiche quanto gli inconvenienti.

75 Nel caso di figli minorenni in particolare, il ricorso a questo terzo criterio di collegamento dovrebbe essere relativamente raro, dato che la maggior parte delle leggi nazionali riconosce loro il diritto agli alimenti. Per contro, la cittadinanza comune può avere un ruolo più rilevante negli altri casi di cui all'articolo 4, paragrafo 1, segnatamente le obbligazioni alimentari dei figli maggiorenni nei confronti dei genitori, delle persone di età inferiore a ventun anni nei confronti di altri familiari e dei genitori nei confronti dei figli.

76 Il protocollo non contempla il caso delle cittadinanze plurime. Il creditore o il debitore, o entrambi, potrebbero avere due o più cittadinanze. I metodi generalmente utilizzati dal diritto internazionale privato degli Stati per risolvere questi casi non si prestano all'uso nel quadro del protocollo. Infatti, la priorità accordata da certi Stati alla cittadinanza dello Stato del foro porta a risultati poco uniformi. Quanto alla determinazione della cittadinanza più stretta o più effettiva, sussiste un ampio margine di incertezza e anche in questo caso i risultati possono essere divergenti tra gli Stati contraenti. Il *favor creditoris*, cui si ispira l'articolo 4, paragrafo 4, dovrebbe piuttosto condurre all'applicazione della legge della cittadinanza comune in tutti i casi in cui c'è una cittadinanza comune, anche se questa non è, per l'una o per l'altra parte, la più stretta o la più effettiva. Le stesse considerazioni dovrebbero valere quando le parti hanno più cittadinanze in comune, con la conseguenza che la pretesa del creditore potrà essere ammessa sulla base dell'una o dell'altra legge nazionale comune.

³⁶ In questo senso già la relazione Verwilghen (*op. cit.* nota 14), punto 144.

³⁷ La soluzione adottata dal protocollo in questo caso è il ricorso alla nozione di collegamento più stretto, cfr. articolo 16, paragrafo 1, lettere d) ed e); *infra* punto 193.

Articolo 5 Norma speciale relativa ai coniugi e agli ex coniugi

Per le obbligazioni alimentari tra coniugi, ex coniugi o persone il cui matrimonio sia stato annullato, l'articolo 3 non si applica qualora una delle parti vi si opponga e la legge di un altro Stato, in particolare quello dell'ultima residenza abituale comune, presenti un collegamento più stretto con il matrimonio. In tal caso, si applica la legge dell'altro Stato.

77 Questo articolo contiene una norma speciale per il collegamento delle obbligazioni alimentari tra coniugi ed ex coniugi. Per tali obbligazioni, il collegamento in via principale alla residenza abituale del creditore deve cedere il posto, su richiesta di una parte, all'applicazione della legge di un altro Stato, in particolare lo Stato dell'ultima residenza abituale comune dei coniugi, a condizione che questa legge presenti un collegamento più stretto con il matrimonio.

a Motivazione della norma speciale

78 La previsione di una norma speciale per questa categoria di obbligazioni alimentari si basa sulla constatazione che l'applicazione della legge della residenza abituale del creditore non è sempre appropriata per le obbligazioni tra coniugi ed ex coniugi. Occorre considerare che in alcuni sistemi nazionali gli alimenti ai coniugi sono concessi con molta moderazione e in casi eccezionali (in Europa, questo approccio restrittivo caratterizza soprattutto il diritto dei paesi scandinavi). In questo contesto, un'applicazione indistinta delle norme ispirate al *favor creditoris* è percepita in alcuni Stati come eccessiva. In particolare, la possibilità per uno dei coniugi di influire sull'esistenza e sul contenuto dell'obbligazione alimentare con un cambiamento unilaterale della residenza abituale può portare a un risultato poco equo e contrario alle aspettative legittime del debitore. Si prenda, ad esempio, il caso di una coppia composta da due cittadini dello Stato A, la cui legge non prevede in linea di principio gli alimenti dopo il divorzio. Dopo aver vissuto tutta la vita coniugale nello Stato A, i coniugi divorziano e uno dei due si trasferisce nello Stato B, la cui legge è più generosa verso gli ex coniugi, e chiede quindi gli alimenti sulla base della legge della nuova residenza abituale. Secondo la norma del collegamento generale di cui all'articolo 3, la pretesa dovrebbe essere accolta. In circostanze del genere, tuttavia, l'applicazione della legge dello Stato B, Stato in cui i coniugi non hanno mai vissuto durante il matrimonio, sembra poco equa verso l'altro coniuge e contraria alle aspettative legittime che i coniugi hanno potuto maturare durante il matrimonio.

79 I punti deboli del collegamento alla residenza abituale del creditore nel caso delle obbligazioni alimentari tra ex coniugi erano già stati fatti rimarcare nel corso dell'elaborazione della convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1973 (legge applicabile). Quest'ultima contempla una norma speciale per cui le obbligazioni alimentari tra coniugi divorziati sono rette dalla legge applicata al divorzio (articolo 8). Lo stesso vale, *mutatis mutandis*, per i casi di separazione personale e di nullità o annullamento del matrimonio (articolo 8, paragrafo 2). Questa soluzione si applica non solo quando

la decisione in ordine alla pretesa alimentare è presa nell'ambito del procedimento di divorzio (o al momento del divorzio), ma anche nei procedimenti avviati successivamente per rivedere o integrare la decisione sul divorzio. Il motivo di questa *perpetuatio juris* è l'esigenza di garantire la continuità, evitando che il cambiamento di residenza del coniuge creditore determini una modifica della legge applicabile.

80 Questa soluzione presenta tuttavia molti inconvenienti, che le hanno valso aspre critiche dagli Stati contraenti della convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1973 (legge applicabile). In effetti da un lato, non essendo state armonizzate a livello internazionale le norme di conflitto in materia di divorzio, l'articolo 8 non ha prodotto di fatto nessun effetto uniformatore della legge applicabile alle obbligazioni alimentari. Tale legge continua infatti a dipendere dal diritto internazionale privato dello Stato del tribunale adito con la domanda di divorzio, e tale soluzione inevitabilmente favorisce il *forum shopping*. Dall'altro, la scelta di un criterio di collegamento invariabile nel tempo rischia di condurre, quando le obbligazioni alimentari tra coniugi devono essere disciplinate dopo il divorzio, all'applicazione di una legge che ha perso ogni pertinenza con la situazione degli ex coniugi e dei loro rispettivi interessi e il giudice non potrà tener conto della legge della residenza attuale del creditore o del debitore. Vi è poi la possibilità che il provvedimento di divorzio non contenga nessuna disposizione sugli alimenti; in questo caso l'interesse alla continuità su cui si fonda l'articolo 8 è meno pertinente. Ciò vale soprattutto quando i coniugi hanno divorziato in un paese che non prevede gli alimenti per gli ex coniugi. In questo caso, l'applicazione della legge del divorzio comporta il diniego di qualunque credito alimentare, il che non sembra giustificato nelle situazioni in cui questa legge non presenta collegamenti particolarmente stretti con la fattispecie. Infine, dall'applicazione della legge del divorzio possono sorgere difficoltà pratiche per il fatto che può risultare difficile individuare nel provvedimento di divorzio la legge in forza della quale è stato pronunciato il divorzio. Tutte queste considerazioni valgono anche, *mutatis mutandis*, per i casi di separazione personale e di nullità o annullamento del matrimonio.

81 Nella ricerca di un equilibrio tra l'intento di proteggere il creditore e quello di applicare la legge di uno Stato con cui il matrimonio presenta collegamenti significativi, la commissione speciale si era orientata in un primo tempo verso l'uso del collegamento all'ultima residenza abituale comune dei coniugi o ex coniugi. In certe circostanze questo criterio rappresenta indubbiamente un collegamento più significativo rispetto alla residenza abituale del solo creditore e gode quindi di maggiore legittimità³⁸. Tuttavia non è sempre così. Se l'ultima residenza abituale comune si trova nello Stato A, dove i coniugi si erano stabiliti dopo aver vissuto per vari anni nello Stato B, e il creditore torna in quest'ultimo Stato dopo la separazione personale, il collegamento allo Stato della residenza abituale del creditore (che in questo caso è anche lo Stato della precedente residenza abituale comune) corrisponde meglio alle aspettative delle parti. In

³⁸ Cfr. situazione prevista *supra* punto 78.

altre circostanze può risultare ancora più significativo un altro collegamento, ad esempio la precedente residenza abituale comune o la cittadinanza comune delle parti.

82 Considerate le particolarità di ogni fattispecie e la difficoltà di stabilire una norma di collegamento rigida di portata generale, la sessione diplomatica ha optato per una soluzione flessibile. Il collegamento alla residenza abituale del creditore previsto all'articolo 3 resta in linea di principio applicabile alle obbligazioni alimentari tra coniugi ed ex coniugi. Può però essere abbandonato, su richiesta di parte, se il matrimonio presenta un collegamento più stretto con un altro Stato, segnatamente quello dell'ultima residenza abituale comune. Questa soluzione era stata proposta dalla delegazione della Comunità europea³⁹.

b *Funzionamento della clausola di salvaguardia*

i *Richiesta di parte*

83 La nuova norma si presenta sotto forma di clausola di salvaguardia basata sulla nozione di prossimità (collegamento più stretto), la cui applicazione è tuttavia subordinata alla richiesta di una delle parti. Si tratta di una soluzione originale, che non corrisponde alla struttura delle clausole di salvaguardia "classiche" figuranti nei testi di diritto internazionale privato a livello nazionale⁴⁰ e ai livelli internazionale o regionale⁴¹, comprese alcune convenzioni dell'Aia⁴². Tali disposizioni permettono al giudice di allontanarsi dai collegamenti rigidi quando lo esige un motivo di prossimità, ma in genere non sono subordinate alla richiesta di parte. Il vantaggio della soluzione contemplata dal protocollo è che riduce l'incertezza propria delle clausole di salvaguardia, limitando la ricerca del collegamento più stretto alle sole ipotesi in cui una parte ne faccia richiesta. Va osservato che in caso di richiesta in tal senso, il compito dell'autorità sarà generalmente agevolato dagli elementi che il richiedente fornirà all'autorità stessa.

84 Il protocollo non indica il momento in cui la richiesta deve essere presentata, ma dalle discussioni si evince che deve essere presentata nel quadro di un procedimento specifico, compreso un metodo alternativo di risoluzione delle controversie quale la mediazione⁴³. Il termine per la presentazione della richiesta dipenderà dalle norme processuali applicabili in ogni Stato contraente. La Svizzera aveva avanzato una proposta per stabilire una norma uniforme al riguardo⁴⁴ ma non ha ottenuto il consenso necessario⁴⁵. Per evitare che la richiesta sia presentata, soprattutto dal debitore, a fini dilatori, è

³⁹ Documento di lavoro n. 4.

⁴⁰ Cfr. articolo 15 della legge federale svizzera del 18 dicembre 1987 in materia di diritto internazionale privato.

⁴¹ Cfr. articolo 4, paragrafo 5, della *Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali* e articolo 4, paragrafo 3, del regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I).

⁴² Cfr. articolo 15, paragrafo 2, della *Convenzione dell'Aia, del 19 ottobre 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*.

⁴³ Verbale n. 1, punti da 25 a 29, verbale n. 3, punto 21.

⁴⁴ Documento di lavoro n. 9.

⁴⁵ Verbale n. 4, punti 74 e segg.

auspicabile che non possa più essere proposta quando il procedimento si trova in una fase troppo avanzata. Pertanto, sarebbe opportuno escludere che possa essere presentata per la prima volta al momento delle ultime conclusioni sul merito o in appello. Un approccio possibile potrebbe essere di esigere che sia presentata al più tardi al momento delle prime difese sul merito, ma sono ipotizzabili anche altre soluzioni.

ii *Collegamento più stretto*

85 La richiesta di una delle parti non ha l'effetto automatico di disattendere la legge della residenza abituale del creditore designata all'articolo 3. Occorre anche che, secondo la valutazione dell'autorità adita, la legge di cui è chiesta l'applicazione presenti un collegamento più stretto con il matrimonio. Il principio di prossimità costituisce quindi l'effettivo fondamento della norma. Ne discende che il giudice, a seguito di una richiesta in tal senso, verifica se il matrimonio presenta un collegamento più stretto con una legge diversa da quella della residenza abituale del creditore. A tal fine dovrà tener conto di tutti i collegamenti che il matrimonio presenta con i vari paesi interessati, quali quelli della residenza abituale o del "domicile" dei coniugi durante il matrimonio, della cittadinanza comune dei coniugi, del luogo di celebrazione del matrimonio e della separazione personale o del divorzio. Dovrà inoltre soppesarli per stabilire se sono più o meno significativi dell'attuale residenza abituale del creditore.

86 Tra questi criteri, l'articolo 5 attribuisce un ruolo di rilievo all'ultima residenza abituale comune dei coniugi. Non si tratta di una vera e propria presunzione, come invece in altri strumenti⁴⁶, bensì di una semplice indicazione⁴⁷ che riflette l'opinione della sessione diplomatica secondo cui, in molti casi, la legge dell'ultima residenza abituale comune presenta collegamenti molto significativi con il matrimonio. Si osservi che l'espressione "residenza abituale comune" non implica che i coniugi abbiano coabitato, ma che abbiano risieduto contemporaneamente in uno stesso e unico Stato durante il matrimonio. In compenso, una residenza abituale comune anteriore al matrimonio non rientra nell'ipotesi prevista all'articolo 5, anche se nulla impedisce che sia presa in considerazione come qualsiasi altro collegamento per determinare l'esistenza di un collegamento più stretto.

87 L'attuale residenza abituale comune dei coniugi non è menzionata all'articolo 5 per il semplice motivo che coincide con la residenza abituale del creditore e non può quindi portare a una deroga al collegamento dell'articolo 3. Ciò non significa che l'attuale residenza abituale dei coniugi nello stesso Stato non abbia rilevanza ai fini dell'applicazione dell'articolo 5. Anzi, il fatto che i coniugi risiedano nello stesso Stato al momento della richiesta renderà più difficile (sebbene teoricamente possibile) disattendere l'articolo 3 a motivo di un collegamento più stretto con il matrimonio presentato dalla legge di un altro Stato (ad esempio, la legge dello Stato della precedente residenza abituale comune).

88 Benché il criterio dell'ultima residenza abituale comune sia destinato a svolgere un ruolo di rilievo nell'ambito dell'articolo 5, anche altri criteri possono essere significativi per l'applicazione di detto articolo. È il caso, ad esempio, della precedente residenza abituale comune dei coniugi, la quale in determinate circostanze può presentare un collegamento molto stretto. Se i coniugi hanno vissuto per molti anni nello Stato A e poi risieduto per un brevissimo periodo nello Stato B prima che il creditore si trasferisse nello Stato C, non sussiste un collegamento stretto con lo Stato B dell'ultima residenza abituale comune dei coniugi, ma tale collegamento stretto esiste con lo Stato A della precedente residenza abituale comune.

89 Teoricamente potrebbero essere presi in considerazione anche altri criteri, quali la cittadinanza comune dei coniugi o il luogo di celebrazione del matrimonio, ma la loro importanza sembra secondaria. Tali criteri possono sicuramente servire per attribuire maggior peso alla residenza abituale (attuale o precedente) dei coniugi (quest'ultima avrà più peso, ad esempio, se coincide con la cittadinanza comune). Presi da soli, saranno significativi solo in casi eccezionali (ad esempio, quando i coniugi non hanno mai risieduto nello stesso Stato o si sono trasferiti molto spesso durante il matrimonio).

c *Ambito di applicazione dell'articolo 5*

90 Va osservato che l'ambito di applicazione dell'articolo 5 è ampio, rientrandovi tanto i coniugi quanto gli ex coniugi. Contrariamente all'articolo 8 della convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1973 (legge applicabile), questa disposizione del protocollo è intesa ad applicarsi non solo alle obbligazioni tra coniugi divorziati, separati o il cui matrimonio è stato annullato o dichiarato nullo, ma anche alle obbligazioni tra coniugi durante il matrimonio. La commissione speciale ha ritenuto infatti che fosse preferibile avere un'unica norma di collegamento per le obbligazioni in corso di matrimonio e per quelle successive al divorzio (o separazione personale), onde evitare che la legge applicabile cambi in seguito al divorzio (o *a fortiori* in seguito alla separazione personale). Del resto, tale scelta si giustifica nella misura in cui il criterio di collegamento prescelto in via indicativa in questa disposizione, quello dell'ultima residenza abituale comune, è ancora più rilevante per le obbligazioni tra coniugi durante il matrimonio.

91 Analogamente all'articolo 8 della convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1973 (legge applicabile), la norma speciale dell'articolo 5 si applica anche alle persone il cui matrimonio è stato annullato. Si tratta dei casi di matrimonio putativo per i quali la legge talvolta riconosce alcuni crediti alimentari a favore di uno dei coniugi. Sebbene l'articolo 5 - contrariamente all'articolo 8 della convenzione del 1973 - non menzioni il matrimonio dichiarato nullo, questo silenzio non è voluto e si dovrebbe quindi far rientrare questa situazione nell'ambito di applicazione di tale disposizione.

⁴⁶ Cfr. articolo 4, paragrafo 2, della convenzione di Roma del 19 giugno 1980.

⁴⁷ Cfr. documento di lavoro n. 2.

92 Malgrado le proposte di alcune delegazioni⁴⁸, l'articolo 5 non menziona gli istituti simili al matrimonio, quali determinate forme di unioni registrate che, per quanto riguarda gli alimenti, hanno effetti comparabili al matrimonio. Nonostante questo silenzio, la sessione diplomatica ha ammesso che gli Stati che riconoscono siffatti istituti nel loro sistema giuridico, o che intendono riconoscerli, possono assoggettarli alla norma dell'articolo 5⁴⁹. Questa soluzione consentirà alle autorità di tali Stati di evitare di trattare in modo diverso istituti che, nel diritto nazionale, equivalgono al matrimonio. Ciò vale, a maggior ragione, per i matrimoni tra persone dello stesso sesso, riconosciuti in alcuni Stati.

93 Si tratta di una soluzione facoltativa, non vincolante cioè per gli Stati che non riconoscono questi tipi di rapporti. Le soluzioni possibili per questi Stati sono già state indicate (cfr. *supra* punto 31). È opportuno ricordare anche che, se la legge designata dal protocollo prevede obbligazioni alimentari a favore di un partner registrato o di un coniuge dello stesso sesso, il tribunale o l'autorità di uno Stato che non riconosce alcun effetto a un rapporto del genere (compreso in materia di alimenti) potrà rifiutare l'applicazione della legge straniera nella misura in cui i suoi effetti sarebbero manifestamente contrari all'ordine pubblico (cfr. articolo 13).

94 Occorre da ultimo sottolineare che le obbligazioni alimentari derivanti dai rapporti di cui all'articolo 5 sono espressamente escluse dall'ambito di applicazione dell'articolo 4 (cfr. paragrafo 1, lettera *b*). Ne consegue che le obbligazioni tra coniugi ed ex coniugi non beneficiano dei collegamenti a cascata né dell'inversione dei criteri di collegamento derivanti dalla richiamata disposizione. In mancanza di scelta della legge applicabile (cfr. articoli 7 e 8), sono rette dalla legge dello Stato della residenza abituale del creditore in virtù dell'articolo 3 oppure dalla legge designata dall'articolo 5. La legge del foro e quella della cittadinanza comune possono essere prese in considerazione in questi casi solo se presentano un collegamento più stretto con il matrimonio ai sensi dell'articolo 5.

Articolo 6 Norma speciale in materia di difesa

Per le obbligazioni alimentari diverse da quelle derivanti da un rapporto di filiazione nei confronti di un minore e da quelle di cui all'articolo 5, il debitore può opporre alla pretesa del creditore l'assenza di obbligazioni alimentari nei suoi confronti ai sensi della legge dello Stato di residenza abituale e della legge dell'eventuale Stato di cittadinanza comune delle parti.

95 Per le obbligazioni alimentari diverse da quelle derivanti da un rapporto di filiazione nei confronti di un minore e da quelle tra coniugi ed ex coniugi (articolo 5), l'articolo 6 prevede che il debitore possa opporsi alla pretesa del creditore a motivo dell'assenza di obbligazioni nei suoi confronti ai sensi della legge del suo Stato di residenza abituale e della legge dell'eventuale Stato di cittadinanza comune delle parti.

⁴⁸ Cfr. documenti di lavoro n. 8 e 15; verbale n. 5, punti 84 e segg.; verbale n. 6, punti 56 e segg.

⁴⁹ Verbale n. 6, punti 59 e segg.

96 Questa norma di difesa si ispira alla soluzione prevista all'articolo 7 della convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1973 (legge applicabile), secondo cui, tra collaterali o affini, il debitore può opporre alla pretesa alimentare del creditore l'assenza d'obbligazione nei suoi riguardi secondo la legge della cittadinanza comune del debitore e del creditore o, in mancanza di cittadinanza comune, secondo la legge interna della sua residenza abituale.

a Ambito di applicazione dell'articolo 6

97 Contrariamente all'articolo 7 della convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1973 (legge applicabile), la norma del protocollo non si applica solo alle relazioni tra collaterali o affini, ma a tutte le obbligazioni alimentari diverse da quelle derivanti da un rapporto di filiazione nei confronti di un minore e da quelle tra coniugi ed ex coniugi.

98 Questa estensione è stata decisa per più motivi. Occorre innanzitutto rilevare che a livello internazionale non è stata generalmente riconosciuta l'opportunità di accordare gli alimenti in base ai rapporti di famiglia interessati dalla norma in questione. Di qui l'intento di certi Stati di poterne limitare l'impatto. Nell'ambito della convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1973 (legge applicabile), tale auspicio era stato preso in considerazione prevedendo varie riserve che permettono di limitare il campo di applicazione materiale della convenzione (cfr. articoli 13 e 14). Per evitare la possibilità che venissero formulate riserve nell'ambito del protocollo (cfr. articolo 27), è stato ritenuto preferibile tener conto in una fase anteriore della reticenza di alcuni Stati riguardo alle obbligazioni alimentari derivanti dai richiamati rapporti di famiglia, e sono quindi state introdotte norme di collegamento più restrittive per tali ipotesi.

99 In alcuni casi l'articolo 6 può essere invocato per rifiutare un'obbligazione alimentare derivante dalla legge designata dall'articolo 3 (legge della residenza abituale del creditore). Si tratta dei casi di obbligazioni alimentari nei confronti di un adulto derivanti da:

- un rapporto di parentela in linea retta diverso dal rapporto di filiazione (ad esempio, l'obbligazione del nipote nei confronti del nonno o viceversa);
- un rapporto collaterale (ad esempio, l'obbligazione nei confronti di un fratello);
- un rapporto di affinità (ad esempio, l'obbligazione nei confronti del figlio del coniuge).

In tali casi la legge applicabile alle obbligazioni alimentari è quella della residenza abituale comune del creditore in forza dell'articolo 3. Se tale legge prevede un'obbligazione alimentare, il debitore potrà invocare il mezzo di difesa dell'articolo 6.

100 In altri casi il mezzo di difesa dell'articolo 6 potrà essere invocato nei confronti di un'obbligazione alimentare derivante da una delle leggi designate all'articolo 3 o all'articolo 4. Si tratta dei casi di obbligazioni alimentari:

- dei figli nei confronti dei genitori;
- delle persone diverse dai genitori e dal coniuge nei confronti di persone di età inferiore a ventun anni (ad esempio, l'obbligazione di un parente o di un affine).

In questi due casi, le norme speciali degli articoli 4 e 6 saranno quindi applicabili in via concorrente, con la conseguenza che un'obbligazione alimentare dovuta secondo una delle leggi designate dai collegamenti a cascata dell'articolo 4 potrà essere rifiutata se non esiste secondo le leggi di cui all'articolo 6. Questa applicazione concorrente del sistema a cascata e della norma di difesa non solo è molto complicata, ma anche poco soddisfacente dal punto di vista puramente logico: sembra infatti poco coerente che si voglia nel contempo favorire il creditore con collegamenti sussidiari e proteggere il debitore con collegamenti cumulativi. È evidente che si tratta di una soluzione di compromesso. Va comunque sottolineato che questo sistema non è del tutto nuovo, poiché corrisponde a quello attualmente applicabile nell'ambito della convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1973 (legge applicabile), sebbene soltanto per i collaterali e gli affini⁵⁰.

101 La norma di difesa di cui all'articolo 6 non può essere invocata per opporsi a un'obbligazione alimentare tra coniugi o ex coniugi, essendo questo caso espressamente escluso dal testo della disposizione stessa. Pur non essendo unanimemente riconosciute in diritto comparato, le obbligazioni alimentari derivanti dal matrimonio sono comunque molto più accettate di quelle derivanti dagli altri rapporti di famiglia cui fa riferimento l'articolo 6. La soluzione dell'articolo 5, che è già meno favorevole per il creditore di quella degli articoli 3 e 4, non deve essere ulteriormente inasprita dall'ammissione di una norma di difesa.

102 Le obbligazioni alimentari derivanti da un rapporto di famiglia simile al matrimonio, come certe forme di unione, occupano una posizione particolare. Negli Stati che riconoscono nel loro sistema giuridico istituti di questo tipo, o che sono comunque disposti a riconoscerli, detti rapporti potranno essere assimilati al matrimonio, con la conseguenza che le obbligazioni alimentari che ne discenderanno saranno rette dall'articolo 5 ed esuleranno quindi dall'articolo 6. Diverso sarà negli Stati che rifiutano tale assimilazione; qui il debitore potrà rifiutare tali obbligazioni invocando la norma di difesa dell'articolo 6. Sebbene non sia esplicitamente indicata nel testo del protocollo, questa soluzione "a geometria variabile" è stata ammessa nella sessione diplomatica (cfr. *supra* punti 92 e segg.).

b *Meccanismo previsto dall'articolo 6*

103 L'articolo 6 non contiene una norma di collegamento, bensì una semplice norma di difesa invocabile per contestare i crediti alimentari previsti dalla legge applicabile designata dall'articolo 3 o dall'articolo 4.

104 Il meccanismo previsto dall'articolo 6 è quindi il seguente: in primo luogo l'autorità dovrà determinare la legge applicabile alle obbligazioni alimentari in base

all'articolo 3 o all'articolo 4; se la legge della residenza abituale del creditore o la legge del foro designata da uno di detti articoli prevede obbligazioni alimentari, il debitore potrà opporre alla pretesa del creditore l'assenza di obbligazioni alimentari nei suoi confronti ai sensi della legge della sua residenza abituale; se le parti non hanno una cittadinanza in comune tale opposizione basterà per respingere la pretesa alimentare; ad esempio, se il nipote del debitore, residente nello Stato A e cittadino del medesimo Stato, avanza, in base alla legge di tale Stato, una pretesa alimentare nei confronti dello zio, residente nello Stato B e cittadino dello Stato C, lo zio potrà contestare il credito alimentare a motivo dell'assenza di obbligazioni alimentari tra collaterali nello Stato B; la cittadinanza delle parti non ha quindi alcun rilievo in questo caso.

105 Al contrario, se le parti hanno una cittadinanza comune, la norma di difesa potrà essere invocata utilmente solo se l'obbligazione alimentare in questione non è prevista né dalla legge della residenza abituale del debitore né dalla legge della cittadinanza comune. In quest'ultimo caso, per essere efficace, la norma di difesa dovrà fondarsi cumulativamente sulle due leggi. Riprendendo lo stesso esempio, se il nipote del debitore avesse anche lui la cittadinanza dello Stato C, lo zio potrebbe opporsi alla pretesa alimentare solo se l'obbligazione prevista dalla legge dello Stato A fosse sconosciuta tanto alla legge dello Stato B quanto a quella dello Stato C. Il fatto di tener conto della legge della cittadinanza comune è giustificato dalla considerazione che, se le parti hanno una cittadinanza comune e la legge della cittadinanza comune prevede l'obbligazione in questione, sarebbe iniquo permettere al debitore di opporvisi per il solo motivo che l'obbligazione è sconosciuta nello Stato della sua residenza abituale. Questa soluzione permette, in particolare, di evitare eventuali abusi. Si prenda l'esempio di un padre che chiede gli alimenti al figlio in base alla legge della propria residenza abituale, che è anche la legge della cittadinanza comune; sembra iniquo che il debitore possa sottrarsi all'obbligazione trasferendo la sua residenza abituale in uno Stato la cui legge non conosce tale obbligazione.

106 L'articolo 6 (come del resto l'articolo 4, paragrafo 4) non precisa se, e a quali condizioni, debba prendersi in considerazione la cittadinanza comune qualora una delle parti abbia anche un'altra cittadinanza. In questo caso, l'esigenza di dare un'interpretazione uniforme del protocollo induce a respingere l'approccio basato sul primato della cittadinanza dello Stato del foro, che è quello seguito dal diritto interno di molti Stati. Inoltre, la ricerca della cittadinanza più stretta o più effettiva, altra soluzione molto diffusa in diritto comparato, non è sempre facile da attuare e anch'essa può portare a interpretazioni poco uniformi del protocollo. Per questi motivi, come suggerito per l'articolo 4, paragrafo 4 (cfr. *supra* punto 76), sembra preferibile tener conto in ogni caso della cittadinanza comune, anche se per una delle parti non è la più effettiva. Questa soluzione è più favorevole al creditore, in quanto rende più difficile il ricorso alla norma di difesa dell'articolo 6. Si tratta quindi di una soluzione conforme allo spirito generale del

⁵⁰ Relazione Verwilghen (*op. cit.* nota 14), punto 149.

protocollo (*favor creditoris*) e alla natura di norma eccezionale dell'articolo 6.

107 L'articolo 6 non precisa nemmeno la soluzione da seguire qualora le parti abbiano più cittadinanze comuni. Considerate le argomentazioni teleologiche e sistematiche appena esposte, la soluzione più appropriata è tener conto di tutte le leggi nazionali comuni, ammettendo la norma di difesa del debitore solo se l'obbligazione alimentare non è prevista da nessuna di esse (*ibidem*).

108 Va notato che la norma di difesa è ammissibile solo in caso di "assenza" dell'obbligazione alimentare in questione ai sensi della legge di cui all'articolo 6. Il significato del termine "assenza" è lo stesso dell'espressione "il creditore non possa ottenere alimenti" di cui all'articolo 4, paragrafi da 2 a 4 (cfr. *supra* punti 61 e 62); occorre quindi che non sia prevista nessuna obbligazione o che non ricorrano le relative condizioni di legge. In compenso, il fatto che la legge della residenza abituale del debitore e, se del caso, la legge della cittadinanza comune prevedano un'obbligazione di importo inferiore a quello della legge applicabile non basterà per opporsi alla pretesa alimentare né per chiedere una riduzione degli alimenti dovuti al creditore.

Articoli 7 e 8 Scelta della legge applicabile

109 Le disposizioni degli articoli 7 e 8 permettono alle parti, a condizioni e con effetti diversi, di scegliere la legge applicabile a un'obbligazione alimentare. L'ammissione dell'autonomia delle parti è una delle principali novità introdotte dal protocollo rispetto alle convenzioni sulle obbligazioni alimentari del 1956 e del 1973. Questa soluzione corrisponde a una marcata tendenza a livello internazionale a riconoscere la libertà di scelta della legge applicabile, anche in settori da cui era tradizionalmente esclusa.

110 Se l'ammissione dell'autonomia delle parti in materia di obbligazioni alimentari è una novità per la maggior parte degli Stati per quanto riguarda i conflitti di legge, non può dirsi lo stesso per quanto riguarda i conflitti di giurisdizione: la possibilità di concludere accordi sulla competenza giurisdizionale è infatti già ammessa da molti strumenti internazionali. È il caso, in particolare, dello spazio giudiziario europeo, in virtù dell'articolo 23 del regolamento (CE) n. 44/2001 del 22 dicembre 2000 e dell'articolo 17 della convenzione di Lugano del 1988. La convenzione ammette anche la legittimità dell'estensione della giurisdizione, disponendo che gli Stati sono tenuti a riconoscere ed eseguire una decisione emessa in uno Stato contraente nel foro designato dalle parti, fatta eccezione per le obbligazioni alimentari nei confronti dei figli⁵¹. In questo contesto, l'ammissione della scelta della legge applicabile ristabilisce una certa coerenza tra le soluzioni accolte in materia di conflitti di legge e di giurisdizione.

111 La scelta della legge è soggetta a limitazioni che proteggono le parti (soprattutto il creditore di alimenti) da eventuali abusi. Il rischio di abusi è maggiore quando la scelta è precedente al contenzioso. Per questo motivo il sistema del protocollo prevede due forme di autonomia

⁵¹ Cfr. articolo 20, paragrafo 1, lettera e), della convenzione; relazione Borrás-Degeling, punto 455.

delle parti, ciascuna in una disposizione distinta: l'articolo 7 disciplina la scelta della legge applicabile ai fini di un procedimento specifico, mentre l'articolo 8 consente - in modo più limitato - una scelta in qualsiasi momento.

Articolo 7 Designazione della legge applicabile ai fini di un procedimento specifico

112 Questa disposizione consente alle parti di designare espressamente la legge del foro quale legge applicabile a un'obbligazione alimentare ai fini di un procedimento specifico. Si tratta di un accordo processuale sulla legge applicabile, avente ad oggetto la legge nazionale dell'autorità adita ed effetti limitati a un procedimento specifico.

Paragrafo 1 – Nonostante gli articoli da 3 a 6, il creditore e il debitore di alimenti possono, unicamente ai fini di un procedimento specifico in un dato Stato, designare espressamente quale legge applicabile a un'obbligazione alimentare la legge di detto Stato.

a Ambito di applicazione dell'articolo 7

113 La scelta della legge applicabile ai sensi di questa disposizione dovrebbe svolgere un ruolo importante soprattutto nei rapporti tra persone adulte. In particolare, in caso di separazione personale o divorzio i coniugi potranno assoggettare le obbligazioni alimentari alla legge nazionale dell'autorità adita, il che sicuramente agevolerà il procedimento.

114 Tuttavia, la facoltà di scelta è ammessa anche per le obbligazioni alimentari nei confronti dei figli. È sembrato infatti che i possibili rischi connessi all'introduzione dell'autonomia delle parti siano largamente compensati dai vantaggi in termini di semplicità derivanti dall'applicazione della legge del foro. Considerata la norma speciale di cui all'articolo 4, paragrafo 3, secondo cui le obbligazioni alimentari dei genitori nei confronti dei figli e quelle delle persone diverse dai genitori nei confronti di persone di età inferiore a ventun anni sono in ogni caso disciplinate dalla legge del foro qualora il creditore abbia adito l'autorità competente dello Stato in cui il debitore ha la residenza abituale, le conseguenze della scelta della legge applicabile sulle obbligazioni alimentari nei confronti dei figli sono destinate a restare piuttosto limitate. L'articolo 7 potrà comunque essere utile quando il debitore adisce l'autorità del suo Stato di residenza abituale o di uno Stato diverso da quello della residenza abituale del creditore, a condizione che l'autorità adita sia competente a conoscere del caso⁵².

b Scelta effettuata ai fini di un procedimento specifico

115 È opportuno sottolineare che la scelta ai sensi dell'articolo 7 è effettuata ai fini di un procedimento specifico; ciò presuppone che il creditore o il debitore di alimenti abbia già fatto valere, o stia per far valere, una pretesa alimentare dinanzi a un'autorità specifica. Al momento della scelta, le parti possono informarsi (o talvolta saranno informate dall'autorità adita) dell'esistenza e della natura delle obbligazioni alimentari previste dalla legge del foro. Il rischio di abusi è quindi limitato.

⁵² Cfr. *supra* nota 33.

116 La scelta delle parti ai sensi dell'articolo 7 produce effetti solo per il procedimento specifico ai fini del quale è stata effettuata. In compenso, se successivamente è proposta una nuova domanda o una domanda di modifica dinanzi alla stessa autorità o dinanzi all'autorità di un altro Stato, la scelta effettuata precedentemente non produrrà più effetti e la legge applicabile dovrà essere determinata in base ai collegamenti obiettivi. Tale limitazione degli effetti della legge è giustificata dal fatto che la legge scelta è quella del foro.

117 Occorre comunque notare che, nel caso di obbligazioni alimentari nei confronti di una persona di età superiore a diciotto anni, il creditore e il debitore possono anche scegliere la legge applicabile ai sensi dell'articolo 8. Tale scelta è più ampia rispetto a quella prevista all'articolo 7. In primo luogo, non è limitata alla legge del foro ma può valere tra una serie di leggi indicate nel primo paragrafo del medesimo articolo (*infra* punto 129). In secondo luogo, la scelta ai sensi dell'articolo 8 non è effettuata ai fini di un procedimento specifico; i suoi effetti non sono quindi limitati a un procedimento che il creditore ha già avviato o sta per avviare, ma valgono anche per il futuro, fino a che la scelta non venga revocata o modificata dalle parti (cfr. *infra* punto 124). La scelta può intervenire, come precisa l'articolo 8, "in qualsiasi momento". Se la legge applicabile è scelta da persone adulte nel corso di un procedimento, o poco prima del suo avvio, occorre stabilire se la scelta ricada nell'ambito di applicazione dell'articolo 7 o dell'articolo 8. La questione non è anodina, in quanto gli effetti della scelta saranno diversi a seconda della disposizione applicabile. La risposta è facile se la legge scelta non è quella del foro: in questo caso l'ammissibilità e gli effetti della scelta possono essere determinati solo dall'articolo 8. Sorgono invece dubbi qualora la legge scelta sia quella dell'autorità adita. Se la legge del foro non corrisponde a una di quelle indicate all'articolo 8, paragrafo 1 (legge della cittadinanza di una delle parti, legge della residenza abituale di una delle parti, ecc.; cfr. *infra* punto 129), la scelta sarà necessariamente disciplinata dall'articolo 7 e avrà quindi effetti limitati al procedimento specifico. Infatti se si applicasse l'articolo 8 la scelta sarebbe nulla. Se, viceversa, la legge del foro corrisponde a una delle leggi indicate all'articolo 8, paragrafo 1 - come succede nella maggior parte dei casi - la risposta dipenderà dall'interpretazione della volontà delle parti.

118 Il problema di coordinare gli articoli 7 e 8 non si pone quando l'obbligazione alimentare riguarda una persona di età inferiore a diciotto anni o di un adulto che, a causa di un'alterazione o di un'insufficienza delle facoltà personali, non è in grado di curare i suoi interessi, giacché in questi casi la scelta dell'articolo 8 è esclusa (articolo 8, paragrafo 3). Le parti possono quindi scegliere soltanto la legge del foro ai fini di un procedimento specifico, alle condizioni e con gli effetti previsti dall'articolo 7.

c Modalità della scelta

Paragrafo 2 – Una designazione anteriore all'avvio del procedimento in questione deve formare oggetto di un accordo, firmato da entrambe le parti, redatto in forma scritta o registrato su un supporto il cui contenuto è accessibile per ulteriore consultazione.

119 Poiché la scelta della legge applicabile ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, può avvenire anche prima dell'avvio del procedimento, l'articolo 7, paragrafo 2, fornisce alcune precisazioni riguardo alla forma, disponendo che, in questo caso, la designazione della legge applicabile deve formare oggetto di un accordo redatto in forma scritta o registrato su un supporto il cui contenuto sia accessibile per ulteriore consultazione. È apparso essenziale, da un lato, che l'esistenza dell'accordo possa essere provata facilmente, onde evitare qualunque contestazione, e, dall'altro, che sia richiamata l'attenzione delle parti sulle importanti conseguenze che la scelta della legge applicabile può avere quanto all'esistenza e alla portata dell'obbligazione alimentare. Nello spirito dei delegati della sessione diplomatica questa disposizione contempla solo prescrizioni minime di forma dell'accordo; gli Stati possono fissare altre prescrizioni, ad esempio per garantire che il consenso delle parti sia libero e sufficientemente informato (ad esempio, consulenza giuridica obbligatoria prima della firma dell'accordo).

120 Va infine osservato che, se è effettuata prima dell'avvio del procedimento, la scelta di cui all'articolo 7 sarà valida solo nella misura in cui le parti abbiano precisato la legge che intendono designare, o quanto meno l'autorità dinanzi alla quale il procedimento dovrà essere avviato. Se, successivamente, non è avviato nessun procedimento dinanzi all'autorità dello Stato di cui è stata scelta la legge, la scelta resterà priva di effetti (a meno che rispetti le prescrizioni di cui all'articolo 8). Per contro, non sarà sufficiente che le parti designino genericamente "la legge del foro" in quanto, finché non è stata adita l'autorità, il "foro" non è determinato. Una scelta "alla cieca" di questo tipo non garantisce che le parti siano state informate e siano consapevoli dell'oggetto della loro scelta.

121 Dopo una serie di discussioni, si è infine deciso di non fissare un termine tra il momento della scelta e quello dell'avvio del procedimento. Infatti se gli alimenti sono chiesti nello Stato di cui è stata scelta la legge, è ragionevole che la scelta possa produrre i suoi effetti anche se è trascorso un periodo relativamente lungo tra i due momenti. Se invece non è avviato nessun procedimento in tale Stato, la scelta, come indicato, non produce comunque alcun effetto.

122 Il protocollo non contiene nessuna norma sulle modalità e sul momento della scelta effettuata nel corso del procedimento. Questi aspetti sono disciplinati dalla legge dell'autorità adita.

Articolo 8 Designazione della legge applicabile

Paragrafo 1 – Nonostante gli articoli 3, 4, 5 e 6, il creditore e il debitore di alimenti possono, in qualsiasi momento, designare quale legge applicabile a un'obbligazione alimentare una delle seguenti leggi:

123 Questa disposizione consente alle parti di scegliere la legge applicabile in qualsiasi momento, anche prima che sorga una controversia.

124 Contrariamente alla scelta della legge del foro prevista all'articolo 7, la scelta della legge applicabile ai sensi dell'articolo 8 non è effettuata "ai fini di un

procedimento specifico"; i suoi effetti non sono quindi limitati a un procedimento che il creditore di alimenti ha già avviato o sta per avviare. La legge scelta dalle parti è infatti destinata a disciplinare le obbligazioni alimentari tra le parti a partire dal momento della scelta fino al momento in cui le parti decidono, se del caso, di revocarla o modificarla.

125 Il principale vantaggio della scelta della legge applicabile ai sensi dell'articolo 8 è che garantisce una certa stabilità e prevedibilità. Infatti, se le parti hanno effettuato tale scelta, la legge designata resta applicabile nonostante gli eventuali cambiamenti della situazione personale delle parti e indipendentemente dall'autorità adita in caso di controversia. In particolare, il cambiamento della residenza abituale del creditore non comporta modifiche della legge applicabile (cfr. *infra* punto 133), contrariamente a quanto succede ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, in caso di mancanza di scelta.

a *Ambito di applicazione dell'articolo 8*

126 La scelta della legge applicabile è particolarmente utile nei rapporti tra i coniugi che concludono, prima o durante il matrimonio, un accordo sulle obbligazioni alimentari durante il matrimonio o dopo il divorzio. Grazie alla scelta, la legge applicabile all'obbligazione alimentare è determinata in anticipo, il che evita che la validità dell'accordo possa essere messa in discussione successivamente, in caso di cambiamento della residenza abituale dei coniugi o del coniuge creditore. Del resto, anche in mancanza di accordo sulle obbligazioni alimentari, la scelta della legge può evitare le modifiche della legge applicabile derivanti da un conflitto mobile.

127 Una volta ammessa la scelta della legge applicabile da parte dei coniugi, è sembrato utile estendere tale scelta a tutti gli adulti, ad esclusione delle persone che, a causa di un'alterazione o di un'insufficienza delle facoltà personali, non sono in grado di curare i propri interessi. Sebbene tali adulti "vulnerabili" siano generalmente protetti tramite meccanismi istituiti nei vari sistemi giuridici nazionali (sotto forma, ad esempio, di nomina di un tutore o curatore), la sessione diplomatica ha infine escluso la scelta della legge applicabile per le obbligazioni alimentari nei loro confronti onde evitare qualunque rischio di abuso (articolo 8, paragrafo 3). La definizione di adulti vulnerabili cui si riferisce tale disposizione è quella della *convenzione dell'Aia del 13 gennaio 2000 sulla protezione internazionale degli adulti* (cfr. articolo 1, paragrafo 1).

128 La scelta della legge applicabile è stata esclusa anche per le obbligazioni alimentari nei confronti dei minori, poiché i potenziali rischi di tale scelta sembrano superiori ai possibili benefici. Va ricordato che di norma il minore è rappresentato da uno dei genitori, i quali sono inoltre tenuti a provvedere alle sue esigenze; la sessione diplomatica ha quindi concluso che l'ammissione della scelta della legge applicabile comporta, in questo caso, un rischio troppo elevato di conflitto di interessi. Dopo qualche esitazione quanto alla fissazione dell'età a partire dalla quale la scelta debba essere ammessa (diciotto o ventun anni), si è infine optato i diciotto anni, in

considerazione del fatto che nella maggior parte dei paesi tale età coincide con la maggiore età legale.

b *Leggi ammissibili*

129 Nell'intento di proteggere il creditore di alimenti, l'articolo 8 assoggetta la facoltà delle parti di scegliere la legge applicabile a una serie di condizioni e limitazioni. La prima limitazione riguarda l'oggetto della scelta e mira a restringere la serie di opzioni disponibili alle parti.

Lettera a) - la legge dello Stato di cui una delle parti ha la cittadinanza al momento della designazione;

130 La prima opzione a disposizione delle parti è la scelta della legge dello Stato di cui una di esse ha la cittadinanza al momento della designazione. Questa opzione è stata ammessa senza particolari discussioni e non richiede lunghe spiegazioni. Va rilevato che, contrariamente al criterio di collegamento sussidiario alla cittadinanza comune di cui all'articolo 4, paragrafo 4, qui basta che la designazione riguardi la legge dello Stato di cui una soltanto delle parti (creditore o debitore) ha la cittadinanza.

131 In caso di più cittadinanze, nel silenzio del protocollo occorre ammettere che la scelta può ricadere indifferentemente sull'una o l'altra legge di cui una delle parti abbia la cittadinanza; la determinazione della cittadinanza più stretta o più effettiva rischierebbe infatti di creare incertezze quanto alla validità della scelta, indebolendo l'autonomia delle parti.

Lettera b) - la legge dello Stato di residenza abituale di una delle parti al momento della designazione;

132 La seconda opzione riguarda la legge dello Stato di residenza abituale di una delle parti al momento della designazione. Questa opzione non è mai stata contestata durante i lavori preparatori del protocollo. La nozione di residenza abituale non richiede particolari chiarimenti; corrisponde a quella di cui all'articolo 3 (cfr. *supra* punti 41 e segg.).

133 Per quanto concerne la cittadinanza, analogamente alla residenza abituale, il momento determinante è quello della designazione. Questa soluzione corrisponde all'obiettivo principale della scelta della legge applicabile, ossia garantire la stabilità, indipendentemente dagli eventuali cambiamenti avvenuti dopo la designazione. Nonostante il silenzio del protocollo su questo punto, occorre ritenere che il cambiamento di cittadinanza o di residenza abituale della parte interessata dopo la scelta non incida sulla validità della scelta stessa. Viceversa, ci si può chiedere se la scelta della legge di uno Stato di cui nessuna delle parti ha la cittadinanza né la residenza al momento della scelta possa essere successivamente convalidata dall'acquisizione posteriore della relativa cittadinanza o residenza abituale. Il riferimento esplicito al momento della designazione figurante nelle lettere a) e b) dell'articolo 8, paragrafo 1, sembra escluderlo.

c *Opzioni supplementari di cui alle lettere c) e d)*

134 La terza e la quarta opzione (articolo 8, paragrafo 1, lettere c) e d)) riguardano la legge *designata* per disciplinare rispettivamente il regime patrimoniale dei coniugi e la separazione personale o il divorzio, e la legge

effettivamente applicata ai medesimi. È pertanto evidente che queste possibilità sono disponibili ai coniugi e agli ex coniugi.

135 L'opportunità di ammettere queste opzioni supplementari è stata oggetto di lunghe discussioni. Contro la loro ammissione è stato osservato che creano un sistema molto complicato che non è di fatto necessario, viste le ampie possibilità di scelta riconosciute già dalle lettere *a)* e *b)*. Inoltre, le opzioni supplementari previste dalle lettere *c)* e *d)* dipendono dalle norme di conflitto nazionali in materia di regimi patrimoniali, divorzio e separazione personale, e creano quindi un'uniformità che è solo di facciata. Peraltro, nei casi in cui le parti abbiano assoggettato l'obbligazione alimentare alla legge *designata* come applicabile al loro regime patrimoniale, alla separazione personale o al divorzio, la validità della scelta per quanto concerne gli alimenti dipende dalla validità della scelta della legge per quanto concerne il regime patrimoniale, la separazione personale o il divorzio. Poiché il protocollo non disciplina la scelta della legge applicabile al regime patrimoniale tra coniugi e alla separazione personale o al divorzio, questa dipende interamente dal diritto internazionale privato del foro. Se quest'ultimo non la ammette, la sua invalidità comporterà l'invalidità della scelta della legge applicabile all'obbligazione alimentare. Il rischio è particolarmente elevato in materia di divorzio, giacché l'autonomia delle parti in questo settore è riconosciuta solo da pochi Stati. Di conseguenza, la scelta effettuata validamente secondo il diritto internazionale privato di uno Stato contraente rischia di essere considerata nulla dalle autorità di un altro Stato contraente che applica le proprie norme di conflitto nazionali.

136 Malgrado questi inconvenienti, la sessione diplomatica ha deciso di ammettere le opzioni di cui alle lettere *c)* e *d)*, in quanto permettono ai coniugi di fare in modo che si applichi un'unica legge alle varie questioni da dirimere in caso di rottura della coppia (divorzio e separazione personale, scioglimento del regime patrimoniale e obbligazioni alimentari). Questa coincidenza è particolarmente importante in considerazione dei collegamenti tra questi aspetti in vari sistemi giuridici nazionali. Pertanto, la determinazione delle conseguenze patrimoniali è talvolta considerata una condizione per l'ottenimento del divorzio (è il caso, in particolare, delle procedure basate sul consenso reciproco dei coniugi). Inoltre, in certi diritti (soprattutto in vari sistemi di *common law*) la distinzione tra scioglimento del regime patrimoniale e obbligazioni alimentari non è netta, o è addirittura inesistente, e la regolamentazione di qualunque effetto patrimoniale del divorzio spetta al giudice.

137 Va osservato che l'articolo 8 non permette ai coniugi di scegliere la legge *applicabile* al regime patrimoniale o al divorzio. Poiché tale aspetto è retto dalle norme nazionali di diritto internazionale privato degli Stati contraenti (comprese quelle la cui fonte è internazionale o regionale), e che le soluzioni previste possono essere molto diverse, la determinazione della legge applicabile al regime patrimoniale o al divorzio può variare a seconda delle norme in vigore nello Stato dell'autorità adita. Di

conseguenza, la designazione di tale legge per disciplinare l'obbligazione alimentare sarebbe effettuata alla cieca, situazione che non è stata ritenuta auspicabile.

Lettera c) - la legge designata dalle parti come applicabile al loro regime patrimoniale o quella effettivamente applicata al medesimo;

i *Legge designata per disciplinare il regime patrimoniale*

138 Ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 1, lettera c), i coniugi hanno in primo luogo il diritto di scegliere la legge *designata* come applicabile al loro regime patrimoniale. In tale caso, la legge designata per disciplinare il regime patrimoniale sarà applicabile anche alle obbligazioni alimentari; l'ovvio vantaggio è di assoggettare tali aspetti a una regolamentazione coerente.

139 La scelta della legge applicabile al regime patrimoniale non è regolamentata dal protocollo ma dal diritto internazionale privato degli Stati contraenti (compresi eventuali strumenti di origine internazionale o regionale). Questa scelta è largamente ammessa in diritto comparato; è prevista, in particolare, dalla *convenzione dell'Aia del 14 marzo 1978 sulla legge applicabile ai regimi patrimoniali tra coniugi*. Spesso ai coniugi è riconosciuto il diritto di scegliere la legge della cittadinanza o della residenza abituale di uno di essi⁵³; in tale caso, questa opzione non aggiunge niente a quelle di cui alle lettere *a)* e *b)*. Può tuttavia succedere che per il regime patrimoniale i coniugi godano di certe opzioni supplementari, non previste dal protocollo, come, ad esempio, la legge del domicilio (che non coincide necessariamente con la residenza abituale) o la legge del luogo di ubicazione di determinati beni, segnatamente gli immobili⁵⁴. In tali casi, anche le obbligazioni alimentari potranno essere assoggettate a tali leggi.

140 Se la scelta delle parti non corrisponde alle norme di conflitto in vigore nello Stato del foro (perché la scelta non è ammessa o le condizioni previste non sono state rispettate, o ancora perché la legge scelta è in altro modo in conflitto con tali norme), la scelta sarà considerata nulla e priva di effetti. Da questa invalidità consegue l'invalidità della designazione della legge applicabile all'obbligazione alimentare, che è collegata alla prima ai sensi del protocollo.

ii *Legge effettivamente applicata al regime patrimoniale*

141 La lettera *c)* consente ai coniugi di assoggettare le obbligazioni alimentari alla legge che è stata effettivamente *applicata* al regime patrimoniale. L'ipotesi considerata è quella in cui la legge applicabile al regime patrimoniale sia già stata determinata dall'autorità adita (segnatamente in caso di separazione personale o divorzio). Con la loro scelta, i coniugi possono assoggettare le obbligazioni alimentari a quella stessa legge. Ciò consente di ampliare la scelta delle parti, ma soprattutto di applicare un'unica legge a tutte le questioni patrimoniali. Va rilevato che, se la legge applicabile al

⁵³ Cfr. articoli 3 e 6 della convenzione del 1978.

⁵⁴ Cfr. articoli 3, paragrafo 4, e 6, paragrafo 4, della convenzione del 1978.

regime patrimoniale è la legge del foro, la scelta di tale legge per le obbligazioni alimentari non è la scelta di cui all'articolo 7: non si tratta infatti di una scelta effettuata ai fini di un procedimento specifico, ma di una scelta che continuerà a produrre i suoi effetti in futuro, compreso in caso di nuove domande (in particolare di modifica) proposte dal creditore o dal debitore. Inoltre, la scelta prevista all'articolo 8, paragrafo 1, lettera c), non deve necessariamente essere effettuata nel corso di un procedimento, ma può avere luogo dopo che è stata emessa una decisione che definisce il regime patrimoniale tra coniugi.

Lettera c) – la legge designata dalle parti come applicabile al loro divorzio o separazione personale o quella effettivamente applicata ai medesimi.

iii *Legge designata per disciplinare la separazione personale o il divorzio*

142 Ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 1, lettera d), i coniugi possono assoggettare le obbligazioni alimentari alla legge che hanno *designato* per disciplinare la separazione personale o il divorzio. Le considerazioni fatte a proposito della scelta della legge designata per il regime patrimoniale valgono, *mutatis mutandis*, anche in questo caso. Occorre tuttavia sottolineare che la designazione della legge applicabile al divorzio o alla separazione personale non è frequente in diritto internazionale privato comparato. Di conseguenza, il rischio che essa sia considerata nulla nello Stato del foro, compreso per quanto riguarda le obbligazioni alimentari, è elevato. I coniugi farebbero quindi meglio ad essere prudenti. Tuttavia, in alcuni Stati europei si è assistito a un'evoluzione a seguito dell'adozione del regolamento "Roma III"^{*}.

iv *Legge effettivamente applicata alla separazione personale o al divorzio*

143 La lettera d) consente ai coniugi di assoggettare le obbligazioni alimentari alla legge che è stata effettivamente *applicata* alla separazione personale o al divorzio. La situazione considerata è quella in cui la legge applicabile sia già stata determinata dall'autorità adita; con la loro scelta, i coniugi possono assoggettare le obbligazioni alimentari a quella stessa legge. Ciò consente di ampliare la scelta delle parti, ma soprattutto di applicare alle obbligazioni alimentari la stessa legge applicata alla separazione personale o al divorzio. Le precedenti considerazioni sulla differenza tra tale scelta e quella di cui all'articolo 7 (cfr. *supra* punto 141) valgono anche in questo caso.

d *Modalità della scelta*

Paragrafo 2 – L'accordo è redatto in forma scritta o registrato su un supporto il cui contenuto è accessibile per ulteriore consultazione, ed è firmato da entrambe le parti.

* Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. Questa nota è stata aggiunta dal relatore in seguito alla redazione definitiva della relazione.

144 Dal punto di vista formale, la scelta della legge applicabile deve essere effettuata per iscritto ed essere firmata dalle parti. Senza menzionare i vantaggi sul piano probatorio, l'esigenza della forma scritta serve a richiamare l'attenzione del creditore sull'importanza della scelta e a proteggerlo dalle conseguenze di una scelta avventata.

145 La forma scritta può essere sostituita da un supporto il cui contenuto è accessibile per ulteriore consultazione. Tale precisazione mira a permettere l'uso delle tecnologie dell'informazione. Ciò tuttavia non esclude l'esigenza di un documento firmato; un documento elettronico sarà quindi sufficiente solo se è accompagnato da una firma elettronica.

Paragrafo 3 – Il paragrafo 1 non si applica alle obbligazioni alimentari nei confronti di una persona di età inferiore a diciotto anni o di un adulto che, a causa di un'alterazione o di un'insufficienza delle facoltà personali, non è in grado di curare i suoi interessi.

146 Questo paragrafo non richiede osservazioni particolari.

e *Limitazione degli effetti della scelta*

147 Sono state introdotte importanti limitazioni degli effetti della scelta della legge applicabile (articolo 8, paragrafi 4 e 5). Poiché la scelta di una legge restrittiva in materia di alimenti può privare il creditore del diritto agli alimenti o limitarlo notevolmente, è sembrato indispensabile circoscriverne gli effetti.

i *Applicazione della legge della residenza abituale del creditore al diritto di rinunciare agli alimenti*

Paragrafo 4 – Nonostante la legge designata dalle parti a norma del paragrafo 1, la legge dello Stato in cui il creditore risiede abitualmente al momento della designazione determina se il creditore possa rinunciare al proprio diritto agli alimenti.

148 L'articolo 8, paragrafo 4, dispone che, nonostante la legge designata dalle parti, la legge dello Stato in cui il creditore risiede abitualmente al momento della designazione determina se il creditore possa rinunciare al proprio diritto agli alimenti. Questa norma è stata introdotta nel protocollo durante la sessione diplomatica, su proposta della Comunità europea⁵⁵. Essa comporta una limitazione dell'ambito di applicazione della legge designata dalle parti; a prescindere dal contenuto di tale legge, la possibilità di rinunciare al diritto agli alimenti e le condizioni di rinuncia rimangono soggette alla legge della residenza abituale del creditore. La disposizione mira chiaramente a evitare che, scegliendo una legge particolarmente liberale e poco protettrice, il creditore possa essere condotto a rinunciare a un credito alimentare cui avrebbe diritto secondo la legge applicabile in mancanza di scelta.

149 Secondo la proposta originaria di tale disposizione, l'attribuzione al creditore di un importo forfettario destinato a coprire le esigenze future non costituisce rinuncia al diritto agli alimenti ai sensi di questo articolo.

⁵⁵ Documento di lavoro n. 5.

In questo caso, pertanto, la legge della residenza abituale del creditore non entra in gioco.

150 Stando al suo tenore letterale, la disposizione sembra destinata ad applicarsi nei casi in cui il creditore abbia rinunciato ai suoi diritti e la rinuncia sia accompagnata dalla scelta di una legge che la permette. Tuttavia, la ragion d'essere della disposizione suggerisce di applicarla anche qualora la scelta di una determinata legge, che non prevede nessuna obbligazione alimentare a favore del creditore, comporti di per sé una rinuncia.

ii *Potere moderatore del giudice*

Paragrafo 5 – A meno che, al momento della designazione, le parti fossero pienamente informate e consapevoli delle conseguenze della loro designazione, la legge designata dalle parti non si applica qualora la sua applicazione determini conseguenze manifestamente inique o irragionevoli per una delle parti.

151 Gli effetti della scelta della legge applicabile sono inoltre limitati dalla previsione di un potere moderatore dell'autorità adita con la domanda. Se tale autorità constata che l'applicazione della legge scelta dalle parti comporta, nel caso di specie, conseguenze manifestamente inique o irragionevoli, la legge scelta potrà essere disattesa a vantaggio di quella designata dai criteri di collegamento obiettivi di cui agli articoli da 3 a 5. Tale clausola di salvaguardia si fonda su considerazioni di giustizia sostanziale e corrisponde al potere accordato al giudice da molti diritti nazionali di modificare, o addirittura disattendere, gli accordi sugli alimenti conclusi dalle parti che comportino risultati iniqui o irragionevoli. Tuttavia, le delegazioni temevano che un potere illimitato del giudice di disattendere la legge scelta compromettesse completamente la possibilità per le parti di concludere accordi di scelta della legge in virtù dell'articolo 8. È stato pertanto concordato di limitare il potere moderatore del giudice, disponendo che il paragrafo 5 non si applica se le parti erano pienamente informate e consapevoli delle conseguenze della loro designazione. Tale frase mira a permettere alle parti di ridurre il rischio che il loro accordo sia disatteso, consentendo loro di ricorrere, prima di concludere l'accordo, a una consulenza legale sulle sue conseguenze. La condizione che le parti siano "pienamente informate e consapevoli" significa che le parti non solo devono avere ottenuto le informazioni pertinenti ma devono anche essere state in grado di comprenderle; la frase non è ridondante giacché una persona può essere pienamente informata senza essere consapevole delle conseguenze della sua scelta.

f *Esistenza e validità dell'accordo tra le parti*

152 A parte determinate limitazioni all'ammissibilità della scelta della legge applicabile e alcune indicazioni sul momento e sulla forma della scelta, il protocollo non dice nulla su altre questioni relative all'esistenza e alla validità dell'accordo di scelta della legge applicabile (ad esempio, non specifica le conseguenze di un eventuale vizio del consenso). Questi aspetti dovranno essere decisi in base alla legge applicabile all'accordo di designazione concluso dalle parti, ma tale legge non è espressamente

determinata dal protocollo. La soluzione preferibile per colmare questa lacuna è considerare che sia la legge designata dalle parti a disciplinare tali questioni. Questo approccio, che assoggetta la validità dell'*optio legis* alla legge che si applicherebbe se l'accordo tra le parti fosse valido, è infatti largamente diffuso negli strumenti internazionali che riconoscono l'autonomia delle parti, segnatamente per quanto concerne l'esistenza e la validità del consenso⁵⁶. Il suo principale vantaggio è che garantisce che tali questioni siano decise in modo uniforme nei vari Stati contraenti del protocollo.

Articolo 9 "Domicile" in luogo di "cittadinanza"

Lo Stato in cui il concetto di "domicile" costituisca un criterio di collegamento in materia familiare può informare l'Ufficio permanente della Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato che, ai fini delle cause proposte dinanzi alle autorità nazionali, il termine "cittadinanza" agli articoli 4 e 6 è sostituito con "domicile" quale definito in detto Stato.

153 Questa disposizione prevede che lo Stato in cui il concetto di "domicile" costituisca un criterio di collegamento in materia familiare può informare l'Ufficio permanente della Conferenza dell'Aia che, ai fini delle cause proposte dinanzi alle autorità nazionali, il termine "cittadinanza" agli articoli 4 e 6 è sostituito con "domicile" quale definito in detto Stato.

154 Questa disposizione è stata introdotta nel protocollo durante la sessione diplomatica, su proposta della Comunità europea⁵⁷. Lo scopo è facilitare l'applicazione del protocollo negli Stati (in particolare di *common law*) che non sono abituati a usare la cittadinanza come criterio di collegamento in diritto internazionale privato. Questi Stati sono quindi autorizzati a sostituire il criterio della cittadinanza di cui agli articoli 4 e 6 con quello del "domicile" quale definito nei loro sistemi giuridici. Disposizioni analoghe figurano in alcuni strumenti di diritto comunitario a favore del Regno Unito e dell'Irlanda⁵⁸.

155 Sebbene la definizione dell'insieme di Stati che possono beneficiare di tale norma speciale non sia molto precisa, è chiaro che ai sistemi di *common law* che usano il "domicile" come criterio di collegamento in materia familiare è permesso ricorrere all'articolo 9. La formulazione dell'articolo 9, facendo riferimento allo "Stato in cui il concetto di "domicile" costituisca un criterio di collegamento in materia familiare", non limita

⁵⁶ Cfr. articolo 10 della *convenzione dell'Aia del 14 marzo 1978 sulla legge applicabile ai regimi patrimoniali tra coniugi*; articolo 10, paragrafo 1, della *Convenzione dell'Aia del 22 dicembre 1986 sulla legge applicabile ai contratti di vendita internazionale di merci*; articolo 5, paragrafo 2, della *Convenzione dell'Aia del 1° agosto 1989 sulla legge applicabile alle successioni a causa di morte*; articolo 3, paragrafo 4, e articolo 8, paragrafo 1, della *convenzione di Roma del 19 giugno 1980*; articolo 3, paragrafo 5, e articolo 10, paragrafo 1, del regolamento Roma I (regolamento (CE) n. 593/2008 del 17 giugno 2008).

⁵⁷ Cfr. documenti di lavoro n. 2, 6 e 11.

⁵⁸ Cfr. articolo 3, paragrafo 2, e articolo 3, paragrafo 6, lettera b), 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 ("regolamento Bruxelles II bis").

espressamente l'applicazione di detto articolo ai soli Stati di *common law*. Esistono infatti vari sistemi di *civil law* che usano il "domicile" come criterio di collegamento in materia familiare⁵⁹. Secondo la lettera dell'articolo 9, sembrerebbe che anche questi Stati possano esercitare la facoltà accordata dalla disposizione in questione. Detta lettura non è tuttavia conforme allo spirito della proposta della Comunità europea, il cui scopo dichiarato era facilitare il compito degli Stati che non sono abituati a usare la cittadinanza come criterio di collegamento nei loro sistemi interni di diritto internazionale privato⁶⁰. Sembra quindi che se uno Stato conosce la nozione di cittadinanza e ne fa generalmente uso in materia di conflitto di leggi, anche in via sussidiaria, non potrà beneficiare della norma speciale di cui all'articolo 9.

156 Nello Stato che eserciti la facoltà prevista all'articolo 9, il criterio del "domicile" dovrà essere usato "quale definito in detto Stato". È quindi fatto rinvio al diritto interno dello Stato interessato e alla sua nozione di "domicile". Questo approccio ovviamente non favorisce un'applicazione uniforme del protocollo, ma il suo impatto non va sovrastimato, in quanto rimane circoscritto alle disposizioni dell'articolo 4, paragrafo 4, e dell'articolo 6 del protocollo. È inoltre opportuno osservare che il rinvio alla nozione interna di "domicile" è presente anche in altri strumenti di diritto internazionale privato uniforme, senza che la loro applicazione ne sia particolarmente pregiudicata⁶¹.

157 La sostituzione della nozione di cittadinanza con quella di "domicile" ai sensi dell'articolo 9 è ammessa solo per l'applicazione degli articoli 4 e 6 del protocollo, ossia le due disposizioni che usano il criterio della cittadinanza comune delle parti. Nel caso dell'articolo 4, paragrafo 4, questa sostituzione comporterà che, negli Stati contraenti del protocollo che avranno esercitato tale facoltà, il creditore che non può ottenere alimenti né secondo la legge della sua residenza abituale né secondo quella del foro (in questo ordine o nell'ordine inverso, cfr. articolo 4, paragrafo 3) potrà comunque fondare la sua pretesa sulla legge dello Stato in cui le due parti hanno il "domicile". Nel caso dell'articolo 6, la sostituzione implica che, negli Stati in questione, il debitore di alimenti potrà opporsi alla pretesa del creditore se l'obbligazione non esiste né secondo la legge della sua residenza abituale né secondo quella dello Stato in cui le due parti hanno il "domicile".

158 In entrambi i casi considerati all'articolo 9, la sostituzione della cittadinanza con il "domicile" produrrà effetti solo per lo Stato contraente che si sarà avvalso della facoltà prevista in tale disposizione. Ciò significa che gli altri Stati non saranno tenuti ad applicare il criterio del "domicile" e, anzi, dovranno continuare ad applicare quello della cittadinanza. L'articolo 9 infatti non è subordinato alla condizione della reciprocità. Ne

⁵⁹ Ad esempio, la Svizzera, in cui il domicilio è definito come il luogo in cui la persona fisica "dimora con l'intenzione di stabilirvisi durevolmente", cfr. articolo 20, paragrafo 1, lettera a), della legge federale del 18 dicembre 1987 sul diritto internazionale privato.

⁶⁰ Cfr. verbale n. 5, punto 31.

⁶¹ Cfr. articolo 52 della *Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale* e della convenzione di Lugano del 1988.

conseguenze che gli altri Stati non hanno l'obbligo di applicare la nozione di "domicile" quale definita nello Stato in questione; detto articolo non complica quindi il compito delle loro autorità.

159 La sostituzione prevista all'articolo 9 non avrà invece alcuna conseguenza sull'articolo 8, sebbene anche quest'ultimo ricorra al criterio della cittadinanza al paragrafo 1, lettera a) (scelta ad opera delle parti della legge dello Stato di cui una di esse ha la cittadinanza). Ciò si spiega con l'intento di evitare che la designazione della legge della cittadinanza di una delle parti, effettuata conformemente all'articolo 8, possa risultare nulla in un altro Stato contraente che si sia avvalso della facoltà di cui all'articolo 9 in ragione del fatto che nessuna delle parti aveva il "domicile" nello Stato di cui è stata scelta la legge, o che, al contrario, la designazione della legge del "domicile" possa essere considerata nulla in uno Stato contraente che resta fedele al criterio della cittadinanza.

160 Va ricordato che la sostituzione del criterio della cittadinanza con quello del "domicile" è soggetta, ai sensi dell'articolo 9, all'obbligo di informarne l'Ufficio permanente, che ne darà comunicazione agli altri Stati contraenti.

Articolo 10 Enti pubblici

Il diritto di un ente pubblico di chiedere il rimborso della prestazione erogata al creditore in luogo degli alimenti è disciplinato dalla legge cui è soggetto tale ente.

161 Questa disposizione prevede che il diritto di un ente pubblico di chiedere il rimborso della prestazione erogata al creditore in luogo degli alimenti è disciplinato dalla legge cui è soggetto tale ente.

162 Salvo qualche lieve modifica redazionale, questa norma non è nuova, poiché figura già all'articolo 9 della convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1973 (legge applicabile). Nella versione francese, l'espressione "*institution publique*" della convenzione è stata sostituita con "*organisme public*" per uniformare il testo del protocollo a quello della convenzione⁶².

163 È una norma molto diffusa a livello internazionale, come conferma il fatto che una disposizione dello stesso tenore è stata introdotta anche nel testo della convenzione (suo articolo 36, paragrafo 2). Tale norma sarà quindi applicabile in tutti gli Stati parti della convenzione, anche se non sono parti del protocollo (indipendentemente quindi dalla legge che applicano alle obbligazioni alimentari).

164 Occorre rilevare che il collegamento alla legge dell'ente pubblico vale solo per il diritto dell'ente di *chiedere* il rimborso (in base a una surroga o una cessione legale), mentre l'esistenza e la portata dell'obbligazione alimentare sono disciplinati dalla legge applicabile a tale obbligazione (cfr. articolo 11, lettera f)). L'espressione "diritto [...] di ottenere il rimborso" di cui alla convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1973 (legge applicabile) è stata sostituita con "diritto [...] di chiedere il rimborso" proprio per chiarire il rapporto tra queste due

⁶² Cfr. articolo 36 di quest'ultima.

disposizioni. Infatti l'ottenimento del rimborso non dipende dalla legge dell'ente pubblico, bensì dalla legge applicabile all'obbligazione alimentare. In alcuni casi le due leggi coincidono. Ciò succede, in generale, quando l'obbligazione alimentare è disciplinata dalla legge dello Stato della residenza abituale del creditore (articolo 3), poiché l'ente pubblico che eroga prestazioni al creditore di norma opera nello Stato di residenza di quest'ultimo, conformemente alla legge locale. Una dissociazione delle due leggi può verificarsi più facilmente quando l'obbligazione alimentare è soggetta a una legge diversa da quella dello Stato della residenza abituale del creditore in virtù dell'articolo 4, 5, 7 o 8.

165 È chiaro inoltre che la norma vale solo per il rimborso delle prestazioni erogate in luogo degli alimenti, e non per prestazioni di altra natura, ad esempio sussidi pubblici, che il debitore non è obbligato a rimborsare.

Articolo 11 Ambito della legge applicabile

La legge applicabile a un'obbligazione alimentare stabilisce, tra l'altro:

166 Questa disposizione precisa le questioni regolate dalla legge applicabile alle obbligazioni alimentari designata all'articolo 3, 4, 5, 7 o 8 del protocollo. L'ambito della legge applicabile è definito in modo piuttosto ampio, conformemente all'approccio proprio della convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1973 (legge applicabile)⁶³ e di altri strumenti internazionali.⁶⁴

167 Va osservato che l'elenco di cui all'articolo 11, come si evince dalla locuzione "tra l'altro", non intende essere esaustivo, e che anche altre questioni possono rientrare nell'ambito di applicazione della stessa legge.

Lettera a) – l'esistenza e la portata dei diritti del creditore, nonché i soggetti nei cui confronti può esercitarli;

168 La legge applicabile all'obbligazione alimentare disciplina, innanzitutto, l'esistenza dell'obbligazione alimentare e la determinazione del debitore. Determina, tra l'altro, il diritto di una persona a un credito alimentare, tenuto conto del rapporto di famiglia che la lega al debitore e della sua età.

Lettera b) – in qual misura il creditore può chiedere gli alimenti retroattivamente;

169 La stessa legge determina inoltre la portata del diritto. Il protocollo resta fedele all'approccio delle convenzioni sulle obbligazioni alimentari del 1956 e del 1973, disponendo che un'unica legge determina se, e in quale misura, il creditore può chiedere gli alimenti. La separazione tra esistenza e portata del diritto prevista da alcuni sistemi giuridici (segnatamente alcune province del Canada) non è stata ripresa.

Lettera c) – la base di calcolo dell'importo degli alimenti e l'indicizzazione;

170 La portata del diritto comprende non solo la base di calcolo del beneficio, ma anche la misura in cui il

creditore può chiedere gli alimenti retroattivamente (cfr. articolo 11, lettera b)). I vari sistemi giuridici limitano generalmente tale possibilità agli importi dovuti negli anni immediatamente precedenti la domanda del creditore.

171 La legge applicabile all'obbligazione alimentare disciplina anche l'indicizzazione dell'importo dovuto a titolo di alimenti. La questione è stata discussa durante la commissione speciale, giacché anche altre soluzioni sono teoricamente ipotizzabili (ad esempio, l'applicazione sistematica della legge della residenza abituale del creditore o della legge del foro). La commissione speciale alla fine ha concluso che tale questione fosse legata a quella della determinazione della portata del diritto agli alimenti e dovesse quindi essere disciplinata dalla legge applicabile a quest'ultima.

Lettera d) – il soggetto autorizzato a promuovere un'azione per ottenere gli alimenti, fatta eccezione per le questioni relative alla capacità processuale e alla rappresentanza nel procedimento;

172 La legge applicabile all'obbligazione alimentare determina anche la persona autorizzata ad avviare un procedimento per ottenere gli alimenti. Questa soluzione corrisponde a quella prevista dalla convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1973 (legge applicabile) (articolo 10, paragrafo 2). La legittimazione ad agire di norma spetta al creditore di alimenti ma, se quest'ultimo è un minore, talvolta può avviare il procedimento uno dei genitori o un ente pubblico. Questa questione è distinta da quella della rappresentanza degli incapaci, che esula dall'ambito di applicazione del protocollo. Analogamente, non va confusa con quella della capacità processuale e della rappresentanza nel procedimento, che sono rette dalla legge del foro.

Lettera e) – termini di prescrizione o decadenza;

173 Il termine di prescrizione dell'azione per ottenere gli alimenti e gli altri termini per il suo avvio (ad esempio, i termini perentori) sono retti dalla legge applicabile alle obbligazioni alimentari. Analogamente alla convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1973 (legge applicabile), il protocollo attribuisce quindi a tali questioni una valenza sostanziale e non processuale. Diverso è invece il caso del termine per l'esecuzione degli arretrati in base a una decisione straniera. Questo aspetto non è disciplinato dal protocollo, bensì dall'articolo 32, paragrafo 5, della convenzione, secondo cui "[i]l termine di prescrizione per l'esecuzione degli arretrati è determinato a norma della legislazione dello Stato d'origine o a norma della legislazione dello Stato richiesto, se quest'ultima prevede un termine di prescrizione più lungo".

Lettera f) – la portata dell'obbligazione del debitore di alimenti, qualora un ente pubblico chieda il rimborso delle prestazioni erogate al creditore in luogo degli alimenti.

174 In caso di procedimento avviato da un ente pubblico per il rimborso delle prestazioni erogate, la legge applicabile all'obbligazione alimentare disciplina l'esistenza e la portata (e, di conseguenza, i limiti) dell'obbligazione, mentre il diritto di chiedere il rimborso

⁶³ Cfr. articolo 10 della convenzione.

⁶⁴ Cfr. articolo 7 della convenzione di Montevideo del 1989.

dipende dalla legge dell'ente interessato (articolo 9). Tale norma, che corrisponde a quella dell'articolo 10, paragrafo 3, della convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1973 (legge applicabile), è perfettamente logica; in effetti, se la legge applicabile all'obbligazione alimentare non prevede crediti, l'ente pubblico non può chiedere il rimborso delle prestazioni erogate al creditore.

Articolo 12 Esclusione del rinvio

Nel presente protocollo per "legge" s'intende il diritto vigente in uno Stato, ad esclusione delle norme di conflitto di leggi.

175 Questa disposizione specifica che le norme di conflitto del protocollo designano la legge interna dello Stato interessato, ad esclusione delle norme di conflitto di leggi. È quindi escluso il rinvio, anche ove la legge designata sia quella di uno Stato non contraente. Questa soluzione è conforme a quella prevista dalla convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1973 (legge applicabile) e da molti altri strumenti elaborati dalla Conferenza dell'Aia⁶⁵. Non richiede osservazioni particolari.

Articolo 13 Ordine pubblico

L'applicazione della legge stabilita a norma del presente protocollo può essere esclusa soltanto nella misura in cui produca effetti manifestamente contrari all'ordine pubblico del foro.

176 Questo articolo si limita a prevedere la possibilità di disattendere la legge applicabile qualora produca effetti manifestamente contrari all'ordine pubblico del foro. Il tenore della disposizione corrisponde a quello della convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1973 (legge applicabile) (articolo 11, paragrafo 1) e di molti strumenti di diritto internazionale privato uniforme.

177 L'applicazione dell'eccezione dell'ordine pubblico deve essere molto restrittiva. L'articolo 13 esige infatti che gli effetti della legge straniera siano *manifestamente* contrari all'ordine pubblico del foro, ossia siano in evidente contraddizione con un principio fondamentale dello Stato del foro.

178 L'eccezione dell'ordine pubblico è talvolta invocata quando la pretesa alimentare si basa, secondo la *lex causae* straniera, su un rapporto di famiglia che non è riconosciuto nello Stato del foro, dove è percepito come scioccante. Al riguardo, occorre tuttavia sottolineare che la valutazione dell'ordine pubblico deve essere effettuata *in concreto*, in relazione agli effetti dell'applicazione della legge straniera designata dal protocollo. Questa considerazione risulta particolarmente importante in materia di alimenti, giacché in questo settore l'effetto dell'applicazione della legge straniera si produce in ogni caso sul piano patrimoniale⁶⁶. Per poter invocare l'ordine pubblico non basterà quindi che il rapporto di famiglia da cui deriva la pretesa alimentare si scontri in quanto tale

con l'ordine pubblico dello Stato del foro, ma occorre che il fatto di obbligare una persona a pagare gli alimenti a un'altra in base a un rapporto del genere sia percepito di per sé come scioccante. Questa distinzione non è anodina. È ben noto infatti che in vari Stati la giurisprudenza è pronta a riconoscere alcuni effetti specifici (di natura patrimoniale o personale) derivanti da un rapporto di famiglia, sebbene quest'ultimo sia di per sé contrario all'ordine pubblico del foro. L'esempio più eclatante è quello del riconoscimento in certi Stati europei (Francia e Germania) di alcuni effetti della poligamia; sebbene tale istituto in quanto tale non possa essere riconosciuto in detti Stati, poiché è contrario a determinati diritti fondamentali della legge del foro, l'esistenza di un'obbligazione alimentare del marito a favore delle mogli non è percepita come scioccante. Conclusioni analoghe potrebbero valere, *mutatis mutandis*, per altri istituti controversi, come il matrimonio o l'unione tra persone dello stesso sesso.

179 Contrariamente ad altri testi nazionali o internazionali, il protocollo non contempla eccezioni per le *lois de police* (o norme di applicazione immediata) del foro, ossia le norme imperative che, a motivo della loro importanza fondamentale per lo Stato del foro, sono applicabili a prescindere dalla legge designata dalle norme di conflitto. Sarebbe quindi che le autorità adite siano in ogni caso tenute a determinare il contenuto della legge designata dal protocollo, che potrà essere disattesa solo se i suoi effetti sono nel caso di specie incompatibili con i principi di ordine pubblico della legge del foro.

Articolo 14 Determinazione dell'importo della prestazione alimentare

Anche se la legge applicabile dispone diversamente, occorre tener conto delle esigenze del creditore e delle risorse del debitore, nonché di qualsiasi compensazione concessa al creditore in luogo di pagamenti periodici di crediti alimentari, nel determinare l'importo della prestazione alimentare.

180 L'articolo 14 prevede che, anche se la legge applicabile dispone diversamente, nel determinare l'importo della prestazione alimentare occorre tener conto delle esigenze del creditore e delle risorse del debitore, nonché di qualsiasi compensazione concessa al creditore in luogo di pagamenti periodici di crediti alimentari. Si tratta di una norma sostanziale che si impone come tale agli Stati contraenti, indipendentemente da ciò che dispone la legge applicabile alle obbligazioni alimentari.

181 Il testo di tale disposizione corrisponde ampiamente all'articolo 11, paragrafo 2, della convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1973 (legge applicabile), ma presenta due importanti novità.

182 La prima differenza risulta dal fatto che l'articolo 14 forma oggetto di una disposizione indipendente e distinta da quella relativa all'ordine pubblico, contrariamente all'articolo 11, paragrafo 2, della convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1973 (legge applicabile). Dopo lunghe discussioni nel quadro del gruppo di lavoro e della commissione speciale, nel corso della sessione diplomatica è stata adottata questa soluzione, che ha

⁶⁵ Cfr. articolo 10 della *Convenzione dell'Aia del 5 luglio 2006 sulla legge applicabile ad alcuni diritti su strumenti finanziari detenuti presso un intermediario*; articolo 19 della *Convenzione dell'Aia del 13 gennaio 2000 sulla protezione internazionale degli adulti*.

⁶⁶ Cfr. anche articolo 1, paragrafo 2, del protocollo, secondo cui le decisioni emesse in applicazione del protocollo non pregiudicano l'esistenza di un rapporto di famiglia.

un'importante conseguenza: la norma sostanziale in questione non costituisce soltanto una limitazione all'applicazione di una legge straniera, ma deve essere applicata dalle autorità di uno Stato contraente anche se la legge designata dal protocollo è, nel caso concreto, la legge del foro.

183 È opportuno notare che il fatto che si tenga conto delle esigenze del creditore e delle risorse del debitore non significa necessariamente che sia conferito un potere di valutazione all'autorità nel singolo caso concreto; ciò può in effetti risultare indirettamente dalle modalità di calcolo degli alimenti previste dalla legge applicabile, la quale, ad esempio, può fissare gli alimenti spettanti al creditore mediante tabelle sufficientemente elastiche per tenere conto delle esigenze e delle risorse delle parti. Questa precisazione è importante per i sistemi amministrativi, che di norma si basano sulle esigenze del creditore e sulle risorse del debitore, pur utilizzando tali elementi in modo più astratto rispetto ai sistemi giudiziari.

184 La seconda differenza rispetto all'articolo 11, paragrafo 2, della convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1973 (legge applicabile) riguarda il riferimento dell'articolo 14 a "qualsiasi compensazione concessa al creditore in luogo di pagamenti periodici di crediti alimentari". Anche questa novità è stata introdotta durante la sessione diplomatica su proposta della delegazione della Comunità europea⁶⁷. Concerne, in particolare, il caso in cui al momento del divorzio un coniuge abbia ottenuto il pagamento di un importo forfettario o l'attribuzione di una parte dei beni (mobili o immobili) appartenenti all'altro coniuge (come avviene, ad esempio, in alcuni sistemi di *common law*) a liquidazione di tutte le sue pretese, comprese quelle alimentari. Questa soluzione è usata in molti sistemi nazionali per favorire una regolamentazione definitiva di tutte le rispettive pretese dei coniugi al momento del divorzio, mettendo così fine con una rottura netta ai loro rapporti, quantomeno patrimoniali (principio del "*clean break*"). In questi casi occorre evitare che successivamente un coniuge possa avanzare, sulla base di una legge che non conosce tale meccanismo di compensazione, pretese alimentari incompatibili con la precedente regolamentazione. Se, infatti, la legge designata dal protocollo si basa sulle esigenze attuali del creditore senza tener conto della compensazione già ricevuta, il risultato può rivelarsi iniquo. Pertanto, la norma sostanziale di cui all'articolo 14 può essere usata, se del caso, per correggere le conseguenze della legge applicabile alle obbligazioni alimentari.

Articoli da 15 a 17 Sistemi giuridici non unificati

185 Questi articoli contengono disposizioni sull'applicazione del protocollo negli Stati aventi sistemi giuridici non unificati. Si tratta di disposizioni tradizionali delle convenzioni dell'Aia, la cui formulazione deve essere adattata all'oggetto di ogni convenzione. Nel caso del protocollo, i progetti degli articoli sono stati elaborati dall'Ufficio permanente⁶⁸. Questi articoli sono stati

adottati con poche modifiche dalla sessione diplomatica. L'articolo 15 stabilisce che il protocollo non si applica ai conflitti puramente interni di uno Stato contraente, mentre gli articoli 16 e 17 riguardano l'applicazione del protocollo ai sistemi giuridici non unificati a carattere territoriale o personale.

Articolo 15 Non applicazione del protocollo ai conflitti interni

Paragrafo 1 – Uno Stato contraente in cui vengano sistemi giuridici o complessi di norme differenti in materia di obbligazioni alimentari non è tenuto ad applicare le norme del presente protocollo ai conflitti riguardanti unicamente tali sistemi giuridici o complessi di norme differenti.

186 Questo articolo precisa che uno Stato in cui vengano due o più sistemi giuridici o complessi di norme in materia di obbligazioni alimentari non è tenuto ad applicare le norme del protocollo ai conflitti puramente interni che possono conseguire da tale situazione. Il protocollo mira infatti a regolamentare i conflitti di legge a livello internazionale e non intende applicarsi nelle situazioni puramente nazionali. Ciò vale tanto per i conflitti interpersonali (ossia quando l'applicazione dei differenti sistemi interni si fonda su un criterio personale, come la religione delle persone interessate) quanto per i conflitti interterritoriali (ossia quando i sistemi giuridici o complessi di norme differenti si applicano a unità territoriali diverse).

187 Se lo desidera, lo Stato in questione può, su base strettamente volontaria e unilaterale, decidere di applicare il protocollo ai conflitti interni. Questa soluzione, senz'altro praticabile per i conflitti interterritoriali, sembra tuttavia inadatta ai conflitti interpersonali.

Paragrafo 2 – Il presente articolo non si applica alle organizzazioni regionali di integrazione economica.

188 Ai sensi del paragrafo 2, l'articolo 15 non si applica alle organizzazioni regionali di integrazione economica. Gli Stati che compongono una tale organizzazione sono infatti Stati indipendenti e quindi non possono essere assimilati alle unità territoriali di uno Stato plurilegislativo.

Articolo 16 Sistemi giuridici non unificati a carattere territoriale

Paragrafo 1 – Con riguardo ad uno Stato in cui vengano, in unità territoriali diverse, due o più sistemi giuridici o complessi di norme per questioni disciplinate dal presente protocollo:

Lettera a) – i riferimenti alla legge di uno Stato si intendono fatti, se del caso, alla legge in vigore nell'unità territoriale considerata;

Lettera b) – i riferimenti alle autorità competenti o agli enti pubblici dello Stato in questione si intendono fatti, se del caso, alle autorità competenti o agli enti pubblici abilitati ad agire nell'unità territoriale considerata;

⁶⁷ Cfr. documento di lavoro n. 2, verbale n. 1, punti 64 e segg. e verbale n. 2, punti 1 e segg.

⁶⁸ Documento di lavoro n. 12.

Lettera c) – i riferimenti alla residenza abituale nello Stato in questione si intendono fatti, se del caso, alla residenza abituale nell'unità territoriale considerata;

Lettera d) – i riferimenti allo Stato di cittadinanza comune di due persone si intendono fatti all'unità territoriale designata dalla legge dello Stato in questione o, in mancanza di norme pertinenti, all'unità territoriale con la quale l'obbligazione alimentare presenti i collegamenti più stretti;

Lettera e) – i riferimenti allo Stato di cittadinanza di una persona si intendono fatti all'unità territoriale designata dalla legge dello Stato in questione o, in mancanza di norme pertinenti, all'unità territoriale con la quale la persona presenti i collegamenti più stretti.

189 Questo articolo indica come procedere quando, in una situazione internazionale, la legge designata dal protocollo è quella di un sistema non unificato in cui vigano, in unità territoriali diverse, due o più sistemi giuridici o complessi di norme in materia di obbligazioni alimentari. Occorre notare che questo problema non riguarda soltanto gli Stati plurilegislativi, ma può concernere tutti gli Stati contraenti del protocollo quando quest'ultimo designa come applicabile la legge di uno Stato plurilegislativo. Se, ad esempio, il protocollo designa la legge dello Stato A perché il creditore ha la residenza abituale in tale Stato e quest'ultimo è un sistema non unificato, l'autorità adita nello Stato B (parte del protocollo) dovrà risolvere il problema di quali norme siano applicabili tra quelle delle varie unità territoriali dello Stato A.

Paragrafo 2 – Per identificare la legge applicabile a norma del presente protocollo, ove uno Stato si componga di due o più unità territoriali ciascuna con un proprio sistema giuridico o complesso di norme per le materie disciplinate dal presente protocollo, si applicano le seguenti norme:

Lettera a) – in presenza di norme vigenti in detto Stato che identifichino l'unità territoriale la cui legge è applicabile, la legge di tale unità;

Lettera b) – in mancanza di tali norme, la legge dell'unità territoriale definita in conformità del paragrafo 1.

190 L'articolo 16, paragrafo 2, precisa che in questi casi per individuare la legge applicabile secondo il protocollo occorre innanzitutto basarsi sulle norme vigenti nello Stato in questione che identifichino l'unità territoriale la cui legge è applicabile (articolo 16, paragrafo 2, lettera a)). Nel nostro esempio, l'autorità dello Stato B dovrà quindi basarsi in primo luogo sulle norme applicabili nello Stato A per disciplinare i conflitti interterritoriali; ne può risultare, ad esempio, l'applicazione della legge di un'unità territoriale diversa da quella della residenza abituale del creditore (ad esempio, la legge della residenza abituale del debitore, se lo Stato A usa tale criterio).

191 È solo in mancanza di tali norme interne, e quindi in via meramente sussidiaria, che la legge applicabile sarà individuata secondo le norme del protocollo (articolo 16,

paragrafo 2, lettera b)). A tal fine, l'articolo 16, paragrafo 1, precisa come devono essere interpretate le nozioni utilizzate dal protocollo; questa disposizione si applica solo se si applica il paragrafo 2, lettera b). L'idea generale alla base di tale disposizione è localizzare gli elementi di collegamento spaziali previsti dal protocollo nell'unità territoriale in cui effettivamente si trovano.

192 Pertanto, i riferimenti alla legge di uno Stato si intendono fatti, se del caso, alla legge in vigore nell'unità territoriale considerata (articolo 16, paragrafo 1, lettera a)); ad esempio, per "legge del foro" si dovrà intendere la legge in vigore nell'unità territoriale in cui si trova l'autorità adita). Analogamente, i riferimenti alle autorità competenti o agli enti pubblici dello Stato in questione si intendono fatti, se del caso, alle autorità competenti o agli enti pubblici abilitati ad agire nell'unità territoriale considerata (ad esempio, il diritto di un ente pubblico di chiedere il rimborso della prestazione erogata al creditore ai sensi dell'articolo 10 sarà disciplinato dalla legge in vigore nell'unità territoriale in cui l'ente pubblico è abilitato ad agire). Nello stesso senso, i riferimenti alla residenza abituale nello Stato in questione si intendono fatti, se del caso, alla residenza abituale nell'unità territoriale considerata (di conseguenza, la legge applicabile ai sensi dell'articolo 3 sarà quella in vigore nell'unità territoriale in cui il creditore ha la sua residenza abituale).

193 Alcune disposizioni del protocollo ricorrono alla nozione di cittadinanza (articolo 4, paragrafo 4, articolo 6 e articolo 8, paragrafo 1, lettera a)); tale nozione è poco adatta a risolvere i conflitti interni, per il semplice motivo che generalmente le unità territoriali di uno Stato plurilegislativo non conferiscono una cittadinanza diversa da quella dello Stato in questione. In tali casi, le lettere d) ed e) dell'articolo 16, paragrafo 1, prevedono quindi che in mancanza di norme pertinenti dello Stato in questione, la legge applicabile è quella dell'unità territoriale con la quale la persona presenti i collegamenti più stretti. Questa soluzione non è certo facile da applicare nella pratica, ma permetterà di risolvere il problema.

Paragrafo 3 – Il presente articolo non si applica alle organizzazioni regionali di integrazione economica.

194 Ai sensi del paragrafo 3, l'articolo 16 non si applica alle organizzazioni regionali di integrazione economica. Gli Stati che compongono una tale organizzazione sono infatti Stati indipendenti e quindi non possono essere assimilati alle unità territoriali di uno Stato plurilegislativo.

Articolo 17 Sistemi giuridici non unificati a carattere personale

Per identificare la legge applicabile a norma del presente protocollo, ove in uno Stato vigano due o più sistemi giuridici o complessi di norme applicabili a diverse categorie di persone per le materie disciplinate dal presente protocollo, i riferimenti alla legge di tale Stato si intendono fatti al sistema giuridico determinato dalle norme in esso vigenti.

195 Questo articolo riguarda il caso in cui la legge designata dal protocollo sia quella di uno Stato in cui

vigano sistemi giuridici o complessi di norme differenti applicabili a diverse categorie di persone (in base, ad esempio, alla loro religione). In situazioni del genere, l'unico criterio usato è il rinvio alle norme di conflitto interne dello Stato interessato. Questa soluzione rispecchia quella adottata in tutte le convenzioni dell'Aia che hanno affrontato il problema. Essa risulta necessaria poiché le norme del protocollo, basandosi generalmente su un criterio territoriale, sono inadatte a risolvere i conflitti interpersonali. Contrariamente ad altre convenzioni, il protocollo non prevede un criterio sussidiario applicabile qualora non esistano norme interne nello Stato in questione. Nel corso della sessione diplomatica è stato suggerito che gli Stati composti da più sistemi giuridici non unificati a carattere personale nel settore delle obbligazioni alimentari e privi di norme di conflitto interne al riguardo adottino tali norme prima di diventare parti contraenti del protocollo.

Articolo 18 Coordinamento con le precedenti convenzioni dell'Aia sulle obbligazioni alimentari

Il presente protocollo sostituisce, nei rapporti tra gli Stati contraenti, la Convenzione dell'Aia del 2 ottobre 1973 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari e la Convenzione dell'Aia del 24 ottobre 1956 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari nei confronti dei figli.

196 Questo articolo precisa che il protocollo è destinato a sostituire, nei rapporti tra gli Stati contraenti, le convenzioni sulle obbligazioni alimentari del 1956 e del 1973. Tale norma ricalca, *mutatis mutandis*, quella dell'articolo 18 della convenzione del 1973.

197 La sostituzione avviene solo nei rapporti tra gli Stati contraenti, il che significa che le precedenti convenzioni rimangono applicabili, anche in uno Stato che è diventato parte del protocollo, nei rapporti con gli Stati che sono parti delle convenzioni e che non hanno aderito al protocollo.

198 La convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1956 è applicabile solo quando porta all'applicazione della legge di uno Stato contraente. Non rivendica effetti *erga omnes*⁶⁹. L'articolo 18 prevede inoltre che "nei rapporti tra gli Stati contraenti" il protocollo sostituisce la convenzione del 1956 senza necessità che questa venga denunciata. Questa disposizione fa quindi chiaramente prevalere l'applicazione del protocollo su quella della precedente convenzione, almeno tra gli Stati parti di entrambi gli strumenti. Va detto che dal tenore dell'articolo 18 si potrebbe concludere che esso autorizza uno Stato parte dei due strumenti a derogare all'applicazione del protocollo nei rapporti con uno Stato che è parte della convenzione del 1956 ma non del protocollo. Tale situazione sarebbe comunque non solo eccezionale ma anche, soprattutto, difficile da risolvere mancando un criterio preciso per determinare quando il problema riguardi i rapporti con un siffatto Stato. Vista l'ambiguità, ci si potrebbe ispirare all'obiettivo

dell'articolo 18 per favorire l'applicazione del protocollo anche in questa ipotesi.

199 Il coordinamento con la convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1973 (legge applicabile) è più delicato in quanto quest'ultima, alla stregua del protocollo, rivendica un'applicazione universale⁷⁰. L'effetto dell'articolo 18 è, come nel caso della convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1956, che almeno "nei rapporti tra gli Stati contraenti" il protocollo prevale senza che sia necessario denunciare la convenzione del 1973. Si potrebbe inoltre concludere che tale disposizione autorizza uno Stato parte del protocollo e della convenzione del 1973 a derogare all'applicazione del protocollo nei rapporti con uno Stato che è parte della convenzione del 1973 ma non del protocollo. Non si risolverebbe comunque il problema del conflitto di strumenti nel caso in cui i due strumenti, in una situazione concreta, portino a una soluzione diversa, mancando un criterio per determinare quando il problema riguardi i "rapporti tra gli Stati contraenti". Casi del genere rischiano di essere più frequenti di quelli considerati al punto precedente, giacché i due strumenti hanno carattere universale. Alla luce di questa difficoltà è tanto più opportuno ispirarsi all'obiettivo dell'articolo 18 per favorire l'applicazione del protocollo - sistema più moderno e destinato a sostituire le norme della convenzione del 1973 - rispetto a quest'ultima; conclusione che trova conferma anche nell'articolo 19 della convenzione del 1973, secondo cui "[l]a Convenzione non deroga agli strumenti internazionali di cui uno Stato contraente è o sarà partecipe e contenenti disposizioni sulle materie disciplinate nella presente Convenzione".

Articolo 19 Coordinamento con altri strumenti

Paragrafo 1 – Il presente protocollo non pregiudica gli strumenti internazionali dei quali uno Stato contraente è oppure sarà parte e che contengono disposizioni sulle materie disciplinate dal presente protocollo, salvo dichiarazione contraria degli Stati vincolati da tali strumenti.

200 Il coordinamento con altre convenzioni è più semplice. Infatti, conformemente all'articolo 19, il protocollo non pregiudica gli strumenti internazionali dei quali uno Stato contraente è oppure sarà parte e che contengono disposizioni sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari. Il protocollo prevarrà su tali strumenti anteriori o posteriori solo in caso di dichiarazione contraria degli Stati vincolati da tali strumenti.

Paragrafo 2 – Il paragrafo precedente si applica anche alle leggi uniformi che poggiano sull'esistenza fra gli Stati interessati di vincoli speciali, in particolare di tipo regionale.

201 Occorre sottolineare che secondo l'articolo 19, paragrafo 2, questa soluzione si applica anche ai rapporti tra il protocollo e le leggi uniformi che poggiano sull'esistenza fra gli Stati interessati di vincoli speciali, in particolare di tipo regionale. Ne consegue, ad esempio,

⁶⁹ Cfr. articolo 6 della convenzione.

⁷⁰ Cfr. articolo 3 della convenzione del 1973 e articolo 2 del protocollo.

che il protocollo cederebbe il passo, se del caso, a un futuro strumento regionale che disciplina la stessa materia.

Articolo 20 Interpretazione uniforme

Nell'interpretare il presente protocollo si tiene conto del suo carattere internazionale e della necessità di promuoverne l'applicazione uniforme.

202 In base a questa disposizione, ormai tradizionale nei testi di diritto uniforme, gli Stati parti del protocollo si impegnano, nell'interpretare il protocollo, a tener conto del suo carattere internazionale e della necessità di promuoverne l'applicazione uniforme. Ciò implica, tra l'altro, l'obbligo delle autorità degli Stati contraenti di tenere conto, per quanto possibile, delle decisioni emesse in applicazione del protocollo negli altri Stati contraenti. Ovviamente tali decisioni hanno solo valore persuasivo, in quanto non sono vincolanti per le autorità degli altri Stati.

Articolo 21 Esame del funzionamento pratico del protocollo

Paragrafo 1 – Il segretario generale della Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato convoca, ove necessario, una commissione speciale per esaminare il funzionamento pratico del protocollo.

203 Al fine di garantire il monitoraggio, l'articolo 21 prevede che il segretario generale possa convocare, ove necessario, una commissione speciale per esaminare il funzionamento pratico del protocollo.

Paragrafo 2 – A tal fine, gli Stati contraenti collaborano con l'Ufficio permanente della Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato alla raccolta della giurisprudenza concernente l'applicazione del protocollo.

204 Allo stesso fine, e per facilitare l'accesso delle autorità degli Stati contraenti alle decisioni emesse in applicazione del protocollo negli altri Stati, gli Stati contraenti si impegnano a collaborare con l'Ufficio permanente alla raccolta della giurisprudenza concernente l'applicazione del protocollo.

Articolo 22 Disposizioni transitorie

Il presente protocollo non si applica agli alimenti richiesti in uno Stato contraente per il periodo anteriore alla sua entrata in vigore in quello Stato.

205 Ai sensi di questo articolo, il protocollo non si applica agli alimenti richiesti in uno Stato contraente per il periodo anteriore alla sua entrata in vigore. Lo scopo di tale disposizione è evitare che le nuove norme abbiano ripercussioni sui diritti e sugli obblighi delle parti preesistenti alla loro entrata in vigore. La soluzione corrisponde a quella dell'articolo 12 della convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1973 (legge applicabile)⁷¹.

206 Contrariamente alla convenzione (cfr. articolo 56, paragrafo 1), il protocollo quindi non si applicherà a tutti i procedimenti avviati dopo la sua entrata in vigore;

viceversa, la sua applicazione non è esclusa se il procedimento è stato avviato prima di tale data. Anzi, in entrambi i casi si dovrà stabilire *per quale periodo* sono chiesti gli alimenti. Se sono chiesti per un periodo anteriore all'entrata in vigore del nuovo strumento (ad esempio, se il creditore chiede il pagamento di arretrati), il protocollo non si applicherà, anche se la domanda è stata proposta dopo la sua entrata in vigore. Per tale periodo l'obbligazione alimentare rimane disciplinata dalle norme di diritto internazionale privato (nazionali o convenzionali) applicabili nello Stato del foro prima dell'entrata in vigore del protocollo. Al contrario, l'autorità che deve pronunciarsi dopo l'entrata in vigore del protocollo su crediti alimentari per il futuro dovrà applicare il protocollo, anche se la domanda è stata proposta prima della sua entrata in vigore.

Articolo 23 Firma, ratifica e adesione

Paragrafo 1 – Il presente protocollo è aperto alla firma di tutti gli Stati.

Paragrafo 2 – Il presente protocollo è soggetto alla ratifica, all'accettazione o approvazione degli Stati firmatari.

Paragrafo 3 – Al presente protocollo può aderire qualsiasi Stato.

Paragrafo 4 – Gli strumenti di ratifica, accettazione, approvazione o adesione saranno depositati presso il ministero degli Affari esteri del Regno dei Paesi Bassi, depositario del protocollo.

207 Questa disposizione corrisponde a quella figurante nella maggior parte delle convenzioni dell'Aia. Le norme previste per la firma, ratifica e adesione sono conformi alle soluzioni tradizionali e non richiedono osservazioni particolari⁷².

208 Nel quadro di uno strumento denominato protocollo, questa disposizione ha tuttavia un significato particolare, giacché stabilisce il principio dell'autonomia dello strumento rispetto alla convenzione con cui è stato elaborato. Come rilevato in precedenza, qualunque Stato può firmare, ratificare o aderire al protocollo, anche se non ha firmato, ratificato o aderito alla convenzione. Dopo qualche esitazione, la sessione diplomatica ha adottato questa soluzione senza che ciò giustificasse, secondo i delegati, un cambiamento di denominazione da protocollo a convenzione (cfr. *supra* punti 15 e segg.).

⁷¹ Relazione Verwilghen (*op. cit.* nota 14), punti 182 e segg.

⁷² Cfr. articolo 58 della convenzione e punti da 689 a 694 della relazione Borrás-Degeling.

Articolo 24 Organizzazioni regionali di integrazione economica

Paragrafo 1 – Un'organizzazione regionale di integrazione economica costituita esclusivamente da Stati sovrani e avente competenza per alcune o tutte le materie disciplinate dal presente protocollo può anch'essa firmare, accettare e approvare il presente protocollo 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 dal presente protocollo.

Paragrafo 2 – Al momento della firma, accettazione, approvazione o adesione, l'organizzazione regionale di integrazione economica notifica per iscritto al depositario le materie disciplinate dal presente protocollo 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.

Paragrafo 3 – Al momento della firma, accettazione, approvazione o adesione, un'organizzazione regionale di integrazione economica può dichiarare, ai sensi dell'articolo 28, di essere competente per tutte le materie disciplinate dal protocollo e che gli Stati membri che le hanno delegato la competenza per quelle materie saranno vincolati dal protocollo in forza della firma, accettazione, approvazione o adesione dell'organizzazione.

Paragrafo 4 – Ai fini dell'entrata in vigore del protocollo, gli strumenti depositati da un'organizzazione regionale di integrazione economica sono presi in considerazione solo se l'organizzazione interessata effettua una dichiarazione ai sensi del paragrafo 3.

Paragrafo 5 – Ogni riferimento nel protocollo a uno "Stato contraente" o "Stato" si applica anche, se del caso, a un'organizzazione regionale di integrazione economica che è parte del protocollo. Qualora un'organizzazione regionale di integrazione economica effettui una dichiarazione ai sensi del paragrafo 3, ogni riferimento nel protocollo a uno "Stato contraente" o "Stato" si applica altresì, se del caso, agli Stati membri dell'organizzazione.

209 Analogamente alla convenzione (cfr. articolo 59), il protocollo contiene una disposizione che fissa le condizioni alle quali un'organizzazione regionale di integrazione economica può diventare parte del protocollo. Si tratta di una disposizione finale di origine recente, figurante solo negli ultimi testi adottati nel quadro della Conferenza dell'Aia⁷³. Va ricordato che anche lo statuto della Conferenza dell'Aia è stato modificato nel 2007 per permettere alle organizzazioni

regionali di integrazione economica di diventare membri della Conferenza⁷⁴. Un'evoluzione parallela si è verificata in seno all'Unione europea a seguito del trattato di Amsterdam, in virtù della quale la Comunità europea ha acquisito competenze interne ed esterne in materia di diritto internazionale privato. La Comunità europea è diventata membro della Conferenza il 3 aprile 2007. Beninteso, l'articolo 24 ha una formulazione generica e può applicarsi, se del caso, ad altre organizzazioni regionali di integrazione economica che abbiano competenze nella materia disciplinata dal protocollo.

210 Le disposizioni di questo articolo corrispondono esattamente a quelle dell'articolo 59 della convenzione. Per osservazioni al riguardo si rinvia ai punti da 695 a 700 della relazione Borrás-Degeling.

Articolo 25 Entrata in vigore

Paragrafo 1 – Il presente protocollo entra in vigore il primo giorno del mese successivo al termine del periodo di tre mesi seguente il deposito del secondo strumento di ratifica, accettazione, approvazione o adesione di cui all'articolo 23.

211 Per l'entrata in vigore del protocollo, l'articolo 25, paragrafo 1, esige il deposito di due strumenti di ratifica, accettazione, approvazione o adesione. Questa soluzione, che corrisponde a quella della convenzione (cfr. articolo 60) e di altri strumenti recentemente adottati dalla Conferenza dell'Aia⁷⁵, è particolarmente favorevole all'entrata in vigore del testo. Si giustifica con la considerazione che nulla osta all'applicazione del protocollo solo tra due Stati, se questi lo vogliono. Va ricordato che, indipendentemente dal numero di Stati che ne sono parti, il protocollo è applicabile *erga omnes* (cfr. articolo 2).

Paragrafo 2 – Successivamente il protocollo entra in vigore:

Lettera a) – per ciascuno Stato o organizzazione regionale di integrazione economica ai sensi dell'articolo 24 che lo ratifica, accetta, approva o vi aderisce più tardi, il primo giorno del mese successivo al termine del periodo di tre mesi seguente il deposito del suo strumento di ratifica, accettazione, approvazione o adesione;

Lettera b) – per le unità territoriali alle quali il protocollo è stato esteso in conformità dell'articolo 26, il primo giorno del mese successivo al termine del periodo di tre mesi seguente la notifica della dichiarazione di cui al predetto articolo.

212 Anche le altre norme dell'articolo 25 sono conformi a quelle dell'articolo 60 della convenzione e di altri strumenti adottati dalla Conferenza dell'Aia.

⁷³ In particolare, articolo 29 della *Convenzione dell'Aia del 30 giugno 2005 sugli accordi di scelta del foro*; articolo 18 della *Convenzione dell'Aia del 5 luglio 2006 sulla legge applicabile ad alcuni diritti su strumenti finanziari detenuti presso un intermediario*.

⁷⁴ Cfr. articolo 3 dello statuto.

⁷⁵ Cfr. articolo 31 della *Convenzione dell'Aia del 30 giugno 2005 sugli accordi di scelta del foro* e articolo 19 della *Convenzione dell'Aia del 5 luglio 2006 sulla legge applicabile ad alcuni diritti su strumenti finanziari detenuti presso un intermediario*.

Articolo 26 Dichiarazione concernente i sistemi giuridici non unificati

Paragrafo 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 del presente protocollo, vigono sistemi giuridici diversi possono dichiarare, ai sensi dell'articolo 28, che il protocollo 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.

Paragrafo 2 – La dichiarazione è notificata al depositario e indica espressamente le unità territoriali alle quali si applica il protocollo.

Paragrafo 3 – In mancanza di dichiarazione a norma di questo articolo, il protocollo si applica all'intero territorio dello Stato.

Paragrafo 4 – Il presente articolo non si applica alle organizzazioni regionali di integrazione economica.

213 Conformemente all'approccio tradizionale, l'articolo 26, paragrafo 1, permette a uno Stato costituito da due o più unità territoriali, nelle quali per le materie oggetto del protocollo vigono sistemi giuridici diversi, di dichiarare che questo strumento si estende a tutte le sue unità territoriali o soltanto ad una o a più di esse. In mancanza di dichiarazione, il protocollo si applica all'intero territorio dello Stato (articolo 26, paragrafo 3).

Articolo 27 Riserve

Non sono ammesse riserve al presente protocollo.

214 Questo articolo è molto importante poiché stabilisce il principio che non sono ammesse riserve al protocollo. Come indicato in precedenza (cfr. *supra* punto 25), questa soluzione è assai diversa da quella della convenzione sulle obbligazioni alimentari del 1973 (legge applicabile), che consente agli Stati di limitare l'applicazione della convenzione a determinate obbligazioni alimentari (quelle tra coniugi ed ex coniugi o quelle nei confronti di persone di età inferiore a ventun anni e non coniugate, cfr. articolo 13) o di escluderne l'applicazione a determinate obbligazioni alimentari (quelle tra collaterali, quelle tra affini o, in determinati casi, quelle tra coniugi divorziati o separati o il cui matrimonio è stato dichiarato nullo o annullato, cfr. articolo 14). Inoltre, l'articolo 15 di tale convenzione ammette riserve a favore dell'applicazione della legge del foro qualora il creditore e il debitore abbiano la cittadinanza di quello Stato e il debitore vi risieda abitualmente. Vari Stati contraenti hanno formulato riserve. Grazie all'articolo 27, l'ambito di applicazione del protocollo non può essere limitato né sono ammesse deroghe alle sue soluzioni in materia di legge applicabile.

Articoli da 28 a 30 Dichiarazioni, denuncia, notifica

Articolo 28 Dichiarazioni

Paragrafo 1 – Le dichiarazioni di cui agli articoli 24, paragrafo 3, e 26, paragrafo 1, 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.

Paragrafo 2 – Le dichiarazioni, modifiche e revoche devono essere notificate al depositario.

Paragrafo 3 – Le dichiarazioni fatte al momento della firma, ratifica, accettazione, approvazione o adesione divengono efficaci al momento dell'entrata in vigore del presente protocollo nei confronti dello Stato in questione.

Paragrafo 4 – Le dichiarazioni formulate in un momento successivo e ogni modifica o revoca di una dichiarazione hanno efficacia il primo giorno del mese successivo al termine del periodo di tre mesi seguente la data di ricevimento della notifica da parte del depositario.

Articolo 29 Denuncia

Paragrafo 1 – Qualsiasi Stato contraente può denunciare il presente protocollo mediante notifica scritta al depositario. La denuncia può limitarsi ad alcune unità territoriali di uno Stato avente un sistema giuridico non unificato cui si applica il protocollo.

Paragrafo 2 – La denuncia ha efficacia il primo giorno del mese successivo al termine del periodo di dodici mesi seguenti la 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 30 Notifica

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 23 e 24, le seguenti informazioni:

Lettera a) – le firme, ratifiche, accettazioni, approvazioni e adesioni di cui agli articoli 23 e 24;

Lettera b) – la data di entrata in vigore del presente protocollo in conformità dell'articolo 25;

Lettera c) – le dichiarazioni di cui all'articolo 24, paragrafo 3, e all'articolo 26, paragrafo 1;

Lettera d) – le denunce ai sensi dell'articolo 29.

215 Questi articoli riprendono soluzioni tradizionali e non richiedono osservazioni particolari.

Losanna, 26 agosto 2009

Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato

Ufficio permanente

Churchillplein 6b

2517 JW L'Aia

Paesi Bassi

Telefono: +31 70 363 3303

Fax: +31 70 360 4867

E-mail: secretariat@hcch.net

Sito Internet: www.hcch.net

DS-02-14-736-IT-N



ISBN 978-92-79-39261-0



doi : 10.2838/22531