

B^a 1690 a 8^o
n. 29

E. CATELLANI

IL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO
NEL CODICE CIVILE SVIZZERO

Estratto della RIVISTA DI DIRITTO INTERNAZIONALE
ANNO III. — Fascicolo I-III

ROMA

TIP. DELL'UNIONE COOPERATIVA EDITRICE

Via Federico Cesi, n. 45

1908

RM60268843

Dono
Dec. 21

21-11-1908

E. CATELLANI

IL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO
NEL CODICE CIVILE SVIZZERO

Estratto della RIVISTA DI DIRITTO INTERNAZIONALE
Anno III. — Fascicolo I-III



ROMA

TIP. DELL'UNIONE COOPERATIVA EDITRICE

Via Federico Cesi, n. 45

—
1908



IL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO NEL CODICE CIVILE SVIZZERO ⁽¹⁾

Lo studio comparativo delle singole codificazioni particolari del diritto internazionale privato presenta vari argomenti d'interesse per gli studiosi italiani.

Da un lato è interessante notare l'influenza sempre maggiore del buon esempio dato quasi mezzo secolo fa dal nostro legislatore. D'altronde, la necessità d'aver consenzienti le sovranità degli altri Stati, perchè molte delle norme particolari di diritto internazionale privato accolte in un paese non trovino altrove impedimento alla loro completa efficacia, fa sentire sempre più la propria influenza, rendendo sotto questo rispetto meno assolute della nostra talune delle codificazioni più recenti.

Frattanto le stipulazioni dell'Aja, mentre non accennano alla possibilità di sostituire del tutto, nè per copia di contenuto nè per universalità di applicazione, le codificazioni particolari, pure in parte si sostituiscono a queste, e modificano presso i singoli legislatori l'iniziativa di certe norme, la possibilità di conservare o conferire un carattere assoluto a certe altre. E finalmente, poichè le nostre disposizioni sulla interpretazione ed applicazione delle leggi in generale presentano pure varie lacune ed imperfezioni, come tutto il codice al quale appartengono, ed è naturale che debbano, insieme con questo, essere riprese in esame, importa tanto più conoscere ed estimare quanto hanno fatto in tale argomento i legislatori venuti dopo del nostro.

Sembra pertanto opera non del tutto vana l'intraprendere un esame obiettivo e modesto di queste varie legislazioni, cominciando dalla più recente di tutte, che è il codice civile svizzero del 20 dicembre 1907.

(1) Il presente articolo è la ristampa, con qualche modificazione ed aggiunta, di una memoria comunicata dall'autore il 14 giugno u. s. al « R. Istituto Veneto di scienze, lettere ed arti ».

Questo codice — che dal punto di vista della sua applicazione può considerarsi ancora come una legge futura, perchè non entrerà in vigore che il 1° gennaio 1912 — si distingue dagli altri, in quanto riguarda il diritto internazionale privato, anzitutto per ciò che si limita a confermare ed a completare con poche norme nuove una codificazione anteriore, ben distinta dal corpo delle leggi civili particolari e federali.

Il titolo finale del nuovo codice concerne infatti la entrata in vigore e l'applicazione della legislazione civile unificata, disponendo nel primo capitolo circa l'applicazione in ordine al tempo, e nel secondo formulando, fra le norme introduttive e transitorie, anche quelle relative all'applicazione del diritto svizzero e straniero. Queste ultime disposizioni, contenute nell'art. 61 del titolo finale, cominciano col dichiarare che " la legge federale del 25 giugno 1891, sui rapporti di diritto civile dei domiciliati e dei residenti, rimane in vigore con applicazione a quanto riguarda i rapporti giuridici degli svizzeri all'estero e degli stranieri in Svizzera, ed ai casi di conflitto fra leggi cantonali. „

La legge del 1891 è pertanto confermata e completata, diventando così la base dell'ordinamento svizzero del diritto internazionale privato. Nella sua origine quella legge era diretta precipuamente a regolare i rapporti civili intercantonali (Trt. I, art. 1-27), e più sommariamente disponeva (Trt. II e III, art. 28-35) anche dei rapporti di diritto civile degli svizzeri all'estero e degli stranieri in Svizzera, a questi applicando per analogia le norme codificate nei due primi titoli. La disposizione dell'art. 61 del nuovo codice inverte dunque l'importanza delle disposizioni della legge del 1891, che soltanto eccezionalmente — in quanto rapporti di diritto intercantonale sussistano sotto l'impero del nuovo codice — continuano ad applicarvisi, e di regola sono dichiarate invece applicabili ai veri e propri rapporti di diritto internazionale privato, ai quali originariamente il legislatore le aveva estese soltanto in via eccezionale e per analogia.

*
* *

Il criterio fondamentale che informa questa legge implica un concetto della codificazione nazionale del diritto internazionale privato un po' diverso da quello che ha ispirato il nostro legislatore. Secondo questo, il legislatore singolo deve,

in materia di diritto internazionale privato, adottare quelle norme che gli appariscano le ottime norme di una futura codificazione internazionale uniforme del diritto internazionale privato. Appunto perchè tali norme sembrano ottime ad un legislatore, questo deve adottarle senza riserva, e, senza riserva, farne altrettante assolute disposizioni di legge nel territorio dello Stato. Il giudice nazionale le dovrà pertanto applicare, ignorando quelle disposizioni contrarie del diritto internazionale privato vigente in altri paesi, che eventualmente impediscano l'efficacia di tali sue decisioni nel territorio di questi ultimi.

Tale è il valore che hanno in Italia le disposizioni degli articoli 6 ed 8 delle disposizioni preliminari del codice civile. Sicchè, salvo i limiti dell'ordine pubblico, in Italia si giudicherà della capacità di uno straniero ad agire e della successione di uno straniero, applicando le disposizioni specifiche del diritto nazionale di quello straniero, in materia di capacità e di successioni. E per converso, della capacità di un italiano nei riguardi degli atti giuridici da lui compiuti all'estero, e della successione di un italiano anche quanto ai beni mobili ed immobili da lui abbandonati all'estero, si giudicherà applicando le disposizioni speciali del diritto civile italiano in materia di capacità e di successioni, ignorando le eventuali norme contrarie di diritto internazionale privato vigenti nel paese dove quegli atti giuridici siano compiuti o dove quei beni siano abbandonati, e per effetto delle quali il giudice di quell'altro territorio sia obbligato a farvi prevalere l'applicazione del diritto territoriale.

Nel diritto svizzero prevalse un criterio meno assoluto della codificazione particolare del diritto internazionale privato. Questa contiene infatti le norme che sembrano ottime ad un particolare legislatore; ma finchè, in una serie di regole uniformi, tutti i legislatori non siansi messi d'accordo, ciascuno di loro non può prescindere dalla relatività pratica della formula da lui preferita, e dalla impossibilità di farne valere le conseguenze nei territori dove sia stata adottata dal legislatore una formula diversa, senza ricadere in quei conflitti appunto che la codificazione del diritto internazionale privato ha il fine supremo di evitare.

Tale criterio di relatività s'era affermato già nel codice civile elaborato da BLUNTSCHLI per il cantone di Zurigo fra

il 1853 e il 1855 e riveduto per opera dello SCHNEIDER nel 1887. Infatti l'art. 1 di questo codice ammette in genere l'applicazione del diritto straniero in territorio zurighese, e quella del diritto zurighese in territorio di altri Stati. Ma l'art. 3, nei riguardi degli stranieri nel cantone di Zurigo, dispone che " le relazioni di famiglia degli stranieri residenti nel cantone siano rette dalle leggi dello Stato al quale essi appartengono, *in quanto tale legge lo prescrive.* „ Parimente l'art. 4 (art. 3 della prima redazione) relativo alle successioni dispone che quelle " degli individui stranieri al cantone e in esso residenti siano regolate dalla loro legge nazionale, *nella misura nella quale lo prescrive lo Stato cui essi appartengono.* „

L'art. 28 della legge del 1891 procede ancora più innanzi in tale indirizzo di relatività, che conduce il legislatore a questa formula: — non applicare in territorio svizzero la legge estera, quando il legislatore straniero non lo richieda: non estendere oltre i confini l'applicazione della legge svizzera, se non nei limiti nei quali il legislatore straniero effettivamente lo consenta.

Al diritto delle persone, a quello di famiglia ed a quello successorio degli svizzeri domiciliati all'estero, l'art. 28 dispone che siano applicate, in Svizzera, le leggi svizzere del cantone di origine, per opera della magistratura di questo cantone, soltanto se la legge dello Stato dove essi risiedono non li sottoponga alle proprie disposizioni, mentre per tutti quei rapporti lo stesso articolo ammette l'applicazione delle leggi straniere vigenti nel luogo di residenza, quando tali leggi lo esigano, colla sola riserva in favore delle leggi e della giurisdizione del cantone di origine per gli immobili situati in Svizzera.

Le stesse regole devono, secondo la legge del 1891, valere per analogia (art. 32) anche per gli stranieri domiciliati in Svizzera. L'art. 34 riserva le disposizioni speciali dei trattati e quelle dell'art. 10 (al. 2 e 3) della legge federale sulla capacità civile del 22 giugno 1881; ma queste ultime cesseranno d'aver forza di legge coll'entrata in vigore del nuovo codice, essendo abrogata quella legge dall'art. 62 del titolo finale del codice stesso.

Nei riguardi della capacità, la legge del 1891 è poi completata dalle seguenti disposizioni del titolo finale del nuovo codice, disposizioni indicatevi collo stesso numero degli arti-

coli della legge del 1891, cui le loro norme complementari si riferiscono. Le norme circa la capacità civile contenute nell'art. 7 della legge del 1891 nei riguardi cantonali non solo sono confermate nella loro applicazione analogica ai rapporti di diritto internazionale privato, ma sono completate come segue: — ART. 7-*a* " Le persone di cui non possono essere stabiliti l'attinenza e il domicilio sono soggette al diritto svizzero „ (1) — ART. 7-*b* " Lo straniero civilmente incapace, che ha conchiuso un negozio giuridico nella Svizzera, non può invocare la propria incapacità qualora risulti che, al momento della conclusione del negozio, era capace ai termini della legge svizzera. Questa disposizione non è applicabile ai negozi giuridici del diritto di famiglia o del diritto di successione o relativi ad atti di disposizione sopra immobili situati all'estero. „

In materia puramente personale, la territorialità della legge

(1) LEGGE del 1891, ART. 7: « La capacità civile delle donne maritate è retta, durante il matrimonio, dalla legge del domicilio. I diritti dei minori verso i detentori della patria potestà o della potestà tutelare sono determinati dalla legge regolatrice della patria potestà o della tutela.

L'emancipazione è sottoposta alla legge e alla giurisdizione alle quali la patria potestà o la tutela sono sottoposte.

La capacità di testare è retta dal diritto del luogo dove il testatore aveva il suo domicilio alla data della disposizione di ultima volontà ».

— ART. 8: « Lo stato civile di una persona, specialmente la sua filiazione, legittima o illegittima, il riconoscimento volontario o la aggiudicazione di figli naturali e l'adozione, è sottoposto alla legge e alla giurisdizione del luogo d'origine. In questi casi il cantone di origine è quello del marito, del padre o dell'adottante ».

Qui parrebbe fatta una distinzione fra *stato* soggetto alla legge nazionale e *capacità* soggetta a quella del domicilio, ma nella interpretazione bisogna tener conto di ciò, che gli articoli citati formano parte del titolo I della legge del 1891, relativo ai rapporti intercantionali svizzeri, mentre il titolo II, relativo agli svizzeri all'estero, e il titolo III, relativo agli stranieri in Svizzera — titoli che devono essere integrati *per analogia* con le disposizioni del titolo I — prendono per base, non più l'alternativa fra il diritto del domicilio e quello territoriale, ma quella fra il diritto territoriale e il diritto nazionale.

è fatta valere dunque come criterio sussidiario soltanto per coloro che non possano dimostrare una nazionalità o un domicilio diverso da quelli svizzeri. Quando la nazionalità straniera possa essere dimostrata, allora si distinguono i rapporti di famiglia o successori per i quali la legge personale resta prevalente, e le obbligazioni, rispetto alle quali la incapacità dello straniero, incapace secondo la propria legge, ma capace secondo la legge svizzera, non può essere fatta valere da lui rispetto ai negozi giuridici conclusi in Svizzera. Anche in tal caso però si fa eccezione in favore dell'impero assoluto della legge estera sulla capacità dello straniero, quando si tratti di immobili situati all'estero. È sempre in tali disposizioni prevalente la sollecitudine del legislatore, non solo di adottare le migliori norme del diritto internazionale privato, ma anche di contemperarle colle norme diverse eventualmente vigenti negli altri paesi, così da poter evitare i casi di conflitto insolubili nella pratica.

La prevalenza delle regole locali relative alla capacità, sulle regole diverse della legge estera, anche nei riguardi della capacità degli stranieri contraenti nel territorio, era stata già ammessa dal codice di Zurigo nella sua prima redazione, vigente fino al 1887.

Secondo l'art. 2 di quel codice però, lo straniero che nel territorio del cantone possedesse la capacità civile e non la possedesse secondo la sua legge nazionale, si obbligava validamente in quel territorio solo mediante le obbligazioni contrattevi con abitanti del paese.

L'articolo 10 della legge federale del 1881 intensificò tale prevalenza alternativa della legge territoriale relativa alla capacità dello straniero, disponendo (3° al.) che " uno straniero non capace secondo il diritto del suo paese, resta obbligato dai rapporti giuridici da lui creati *in Svizzera* in quanto la sua capacità sussista secondo il diritto svizzero „ (1).

(1) Cfr. Cod. civ. del Canton Ticino, del 1882, ART. 6: « Gli atti che si intraprendono da un ticinese all'estero, se hanno a produrre effetto nel cantone, devono regolarsi colle disposizioni della legge nazionale in ciò che concerne lo stato e la capacità delle persone. La capacità civile degli esteri è regolata dalla legge del paese cui appartengono. Se però un estero che, secondo la legge del suo paese, non ha la capacità civile, contrae impegni nella Svizzera, egli si ob-

Così si passava dal concetto della legge territoriale, prevalente, secondo il codice zurighese sulla capacità dello straniero, per i negozi da lui conchiusi con abitanti del paese, o secondo il Landrecht prussiano soltanto per i negozi relativi a cose situate nel territorio, al concetto della legge cambiaria germanica (art. 84), della prevalenza della territorialità rispetto ai negozi conchiusi *nel territorio*, anche fra stranieri.

Questo concetto più largo della territorialità della legge, fu affermato dall'articolo 34 della legge federale 25 giugno 1891, che, disponendo circa i rapporti di diritto civile degli stranieri in Svizzera, riservava espressamente le disposizioni dell'articolo 10 della legge federale 22 giugno 1881 sulla capacità civile. Quest'ultima legge è fra quelle espressamente abrogate dall'articolo 62 del titolo finale del codice civile svizzero; ma, quando questo entrerà in vigore, le disposizioni dell'articolo 10 (al. 2 e 3) della legge del 1881 relative a tale argomento sopravviveranno colla stessa larghezza di formula nell'articolo 61 (n. 7-b) del titolo finale del codice stesso.

La materia alla quale tale prevalenza di territorialità debba applicarsi, nel determinare la capacità dei contraenti, risulta, in Svizzera, dalle espressioni e dalle esclusioni di tale norma così chiaramente determinata, come è dall'art. 58 del codice di commercio italiano; ma il riferimento della norma alla pura determinazione della capacità è più chiara nel diritto svizzero che non sia nella nostra legge commerciale, nella quale si parla di forma e di *requisiti essenziali* delle obbligazioni commerciali, laddove può dubitarsi se la disposizione si riferisca anche alla determinazione della capacità (1). Prescindendo però da tale minore chiarezza, la disposizione dell'articolo 58 del nostro codice di commercio è preferibile, in

bliga validamente in quanto possieda questa capacità secondo la legge svizzera ».

Così la legge ticinese si uniformava alla legge federale del 22 giugno 1881 sulla capacità civile, che del resto in ogni modo avrebbe dovuto prevalere nel territorio del cantone sulle disposizioni diverse delle leggi cantonali.

(1) V. DIENA, *Trattato di diritto commerciale internazionale*, vol. I., pag. 117-119 e 137-146, dove è giustamente illustrato il valore della disposizione dell'art. 58 del cod. di comm. italiano.

quanto riserva l'eccezione stabilita dall'articolo 9 delle disposizioni preliminari del codice civile per coloro che sono soggetti ad una stessa legge nazionale, e così concorda piuttosto col criterio del vecchio codice civile di Zurigo, che non con quello della legge federale svizzera del 1881, passato nel nuovo codice civile federale.

*
* *

Fatta eccezione dalle modificazioni espressamente enunciate dal codice civile, le disposizioni della legge federale del 1891 restano in vigore, tanto per ciò che riguarda i rapporti civili degli svizzeri all'estero, quanto per quelli degli stranieri in Svizzera (Titolo finale, art. 61). Tali regole della legge del 1891 sono quelle degli articoli 28-34 circa gli svizzeri all'estero e gli stranieri in Svizzera, completate per analogia da quelle degli articoli 1-27 relativi ai rapporti intercantionali svizzeri. Queste ultime disposizioni naturalmente, per il diverso valore dell'origine e del domicilio nei rapporti internazionali ed in quelli intercantionali, non possono essere applicate che per analogia, come lo dimostrano anche le disposizioni aggiuntive del titolo finale del codice civile, in materia di diritto internazionale privato. Così la disposizione dell'articolo 1 della legge del 1891, che applica di regola a tutti gli svizzeri stabiliti e dimoranti in un cantone, anche se originari di altro cantone, le disposizioni locali circa il diritto delle persone, il diritto di famiglia, e il diritto successorio, cede, nei rapporti internazionali, alla regola dell'applicazione del diritto nazionale, coi complementi e i limiti degli articoli aggiuntivi 7-*a* e 7-*b* riferiti nell'articolo 61 del titolo finale del codice civile. Lo stesso si deve dire dell'articolo 2 della legge del 1891, circa la giurisdizione del luogo di domicilio, e circa l'obbligo del giudice di applicare la legge di un altro cantone, equivalente, nei rapporti internazionali, all'obbligo del giudice nazionale di applicare il diritto straniero.

Anche nei rapporti internazionali, e particolarmente nei riguardi della giurisdizione, dei provvedimenti temporanei di tutela, e dell'applicazione del diritto territoriale, in quanto sussistano leggi particolari cantonali o locali, conservano importanza gli articoli 3 e 4 relativi alla definizione ed alla unità del domicilio. D'interesse puramente interno è invece l'articolo 5, circa il concorso di più diritti cantonali.

Ai rapporti internazionali si devono applicare senz'altro gli articoli 29, 30 e 33 della legge del 1891. Nei riguardi degli svizzeri all'estero, l'articolo 29 dispone che quando uno svizzero sottoposto a tutela abbandona la Svizzera, l'autorità tutelare che fino a quel momento aveva esercitato la tutela continui ad esercitarla, finchè sussistono i motivi della sua istituzione, salvo sempre l'esercizio della facoltà di sorveglianza e di protezione spettante all'autorità del luogo d'origine, secondo l'articolo 15 della legge stessa (1). Per le tutele che debbano istituirsi nei riguardi d'una persona che emigri o sia assente dal paese, spetta provvedere (art. 30) al cantone di origine. L'articolo 32, che garantisce implicitamente l'applicazione delle stesse norme alla tutela degli stranieri in Svizzera, è completato dall'articolo 33 che dispone: "La tutela costituita in Svizzera per uno straniero dev'essere rimessa all'autorità competente del luogo d'origine, dietro domanda di quest'ultima, a condizione che lo Stato straniero accordi la reciprocità."

Riconosciuto così l'impero della legge e della giurisdizione nazionale, sia pure sotto la condizione della reciprocità, ne risultano illustrate tutte le altre disposizioni della legge del 1891 relative alla patria potestà ed alla tutela. Quantunque nei rapporti intercantionali l'articolo 9 di quella legge disponga che "la patria potestà sia retta dalla legge del domicilio e che l'obbligazione alimentare fondata sulla parentela sia retta dalla legge del luogo di origine della persona che deve gli alimenti," dalla combinazione di quest'articolo cogli articoli 28 e 32 della stessa legge risulta che alla patria potestà debba applicarsi di regola, tanto nei riguardi degli stranieri in Svizzera, quanto in quelli degli svizzeri all'estero, non già la legge del domicilio, bensì quella nazionale.

Cogli stessi criteri devono applicarsi ai rapporti internazionali le disposizioni del primo titolo della legge del 1891,

(1) LEGGE del 1891. ART. 15: « Quando l'autorità del luogo del domicilio compromette o non riesce a salvaguardare abbastanza gli interessi personali o pecuniari della persona posta sotto tutela, o gli interessi del suo comune di origine, o quando l'autorità del domicilio non si conforma, in quanto concerne l'istruzione religiosa del minore, alle istruzioni date dall'autorità del luogo di origine, questa può esigere che la tutela le sia ceduta ».

relative alla tutela. L'articolo 11 stabilisce che la "tutela, agli effetti della legge svizzera, comprenda tanto le cure da assumersi per le persone poste sotto tutela, quanto l'amministrazione dei loro beni"; sicchè ad ogni forma di misura protettiva ammessa da leggi straniere — tutela, curatela, consiglio giudiziario, ecc., potranno applicarsi in Svizzera, nei rapporti internazionali, le regole adottate circa il regime interterritoriale della tutela. Nei rapporti fra i vari cantoni svizzeri, gli articoli 10 e 17 sottoponevano la tutela alla legge del domicilio del tutelando; gli articoli 12 a 15 riservavano i diritti dell'autorità del luogo di origine, per iniziare e sorvegliare una tutela; e le contestazioni relative erano sottoposte in ultima istanza al tribunale federale, che deve far prevalere una delle due competenze in applicazione dell'articolo 18, secondo il quale "la tutela non può essere esercitata simultaneamente nel cantone di origine e in quello del domicilio."

Dalle disposizioni degli articoli 29, 30, 32 e 33 (1) paragonate con quelle dell'articolo 17 (2) risulta che, nei rapporti internazionali, alla prevalenza del diritto del domicilio dev'essere sostituita, anche in questo argomento, quella del diritto nazionale, sempre con le limitazioni e condizioni sancite dagli ar-

(1) LEGGE del 1891, ART. 29: « Quando uno svizzero, posto sotto tutela, abbandoni la Svizzera, l'autorità tutelare che fino a quel momento aveva esercitato la tutela continua ad esercitarla, finchè sussista il motivo della istituzione della tutela. I diritti attribuiti dall'articolo 15 all'autorità tutelare del luogo d'origine, sono egualmente mantenuti ».

— ART. 30: « Quando sia il caso di istituire una tutela per una persona che emigra o che sia assente dal paese, compete provvedervi all'autorità del cantone d'origine ».

— ART. 32: « Le disposizioni della presente legge sono applicabili, per analogia, agli stranieri domiciliati in Svizzera ».

— ART. 33: « La tutela costituita in Svizzera per uno straniero deve essere rimessa all'autorità competente del luogo d'origine, su domanda di quest'ultima, a condizione che lo Stato straniero accordi la reciprocità ».

(2) ART. 17: « Quanto l'autorità tutelare autorizza il mutamento di domicilio della persona posta sotto tutela, il diritto e l'obbligazione di esercitare la tutela passano all'autorità del nuovo domicilio, alla quale devono essere affidati anche i beni del tutelato ».

articoli 28 (1) e 33. Nulla vieta poi, che anche nei rapporti internazionali si ricorra, per reclamare contro la non applicazione di tali norme da parte delle autorità svizzere, al tribunale federale, che l'articolo 16 investe, in tale argomento, di competenza a giudicare " in ultima istanza, come corte di diritto pubblico. " Del resto la prevalenza della legge nazionale in materia di tutela era stata ammessa esplicitamente nel protocollo finale della seconda Conferenza dell'Aja (1894) in quelli della terza (1900) e della quarta (1904) e nelle convenzioni relative (2), tutte ispirate al criterio di attribuire alla territorialità soltanto l'efficacia indispensabile per evitare conflitti nei rapporti con paesi che conservano in parte la prevalenza assoluta della legge territoriale.

*
* *

In materia di matrimonio, il regolamento nazionale della capacità è accolto pienamente dall'ultimo titolo del codice civile.

La validità di un matrimonio (art. 61, art. 7-c e 7-d) è giudicata, per ciascuno dei coniugi, secondo il rispettivo diritto personale, se uno di essi od entrambi sono stranieri.

Quanto alla forma (art. 7-e e 7-f) si riconosce la preva-

(1) ART. 28: « Le regole seguenti sono applicabili agli svizzeri domiciliati all'estero per tutto quanto concerne il diritto delle persone, il diritto di famiglia e il diritto successorio, salvo però le clausole speciali dei trattati internazionali:

a) se, secondo la legislazione straniera, quegli svizzeri sono retti dal diritto straniero, non è questo tuttavia, bensì quello del cantone d'origine, che è applicato ai loro immobili situati in Svizzera; ed è pure il cantone d'origine che esercita giurisdizione in tale materia;

b) se, secondo la legislazione straniera, questi svizzeri non sono retti dal diritto straniero, il diritto del cantone d'origine deve essere loro applicato, ed egualmente questo cantone esercita la giurisdizione ».

(2) Vedansi, in specie, la convenzione sulla tutela dei minori del 12 giugno 1902, articoli 1, 5 e 8, in questa *Rivista*, vol. I, pag. 120, e quella sulla interdizione e altri provvedimenti analoghi di tutela del 17 luglio 1905, art. 1, 2, 4, 7 e 8 (*ib.*, pag. 263). Quest'ultima non è stata peraltro ancora sottoscritta dalla Svizzera, nè ratificata da alcuna delle Potenze contraenti.

lenza della *lex loci actus*, tanto nel caso dei matrimoni celebrati in Svizzera, quanto in quello dei matrimoni celebrati da svizzeri all'estero. Nei riguardi degli stranieri che vogliono sposarsi in Svizzera, la disposizione dell'art. 7 pare attenui notevolmente, ma non attenua in realtà, il riconoscimento dell'impero della legge nazionale. Dispone infatti quell'articolo: "Lo straniero domiciliato in Svizzera (1), che voglia celebrarvi il suo matrimonio, deve presentare la domanda di pubblicazione all'ufficiale dello stato civile del suo domicilio, dopo aver ottenuto l'autorizzazione dal governo del suo cantone di domicilio. Questa autorizzazione non può essere rifiutata, se le autorità del paese d'origine dichiarano che esse riconosceranno il matrimonio con tutte le sue conseguenze, *ma può essere data anche senza questa dichiarazione*. Il matrimonio di uno straniero non domiciliato nella Svizzera può avvenire col consenso del governo del cantone dove dev'essere celebrato, quando sia dimostrato con dichiarazione dell'autorità del paese d'origine od in altro modo, che il matrimonio con tutte le sue conseguenze sarà riconosciuto nella di lui patria." Parrebbe che per il non domiciliato in Svizzera che voglia contrarvi matrimonio, si debba esigere in modo assoluto la dimostrazione della sua capacità secondo la legge nazionale, e che da questa dimostrazione si possa prescindere se lo straniero è domiciliato in Svizzera. Ma ciò non può ammettersi, non facendo l'art. 7 distinzione fra le varie categorie di stranieri, quanto all'impero della legge nazionale in tale argomento. Piuttosto la riserva del secondo alinea dell'articolo 7-e, come la disposizione alternativa, *o in altro modo*, del terzo alinea dipendono da considerazioni normali nel diritto

(1) È notevole che il testo tedesco dice: *der in der Schweiz wohnt*; quello francese: *qui habite la Suisse*, e quello italiano: *domiciliato nella Svizzera*. — Sono frequenti gli esempi di non rispondenza fra le tre redazioni d'una identica disposizione in questo codice. Così nell'art. 7 del titolo preliminare, che estende le disposizioni generali del diritto delle obbligazioni circa la conclusione, gli effetti e l'estinzione dei contratti, anche alle altre materie di diritto civile, si trovano nel testo tedesco le parole: *Anwendung auf andere civilrechtliche Verhältnisse*, e nel testo italiano: *applicabili anche ad altri rapporti di diritto civile*, mentre nel testo francese è detto: *aux autres matières du droit civil*.

internazionale privato e indipendenti da qualsiasi attenuazione dell'impero della legge nazionale.

E' naturale infatti che le incapacità speciali derivanti dalla razza, o dalla fede, o dal particolare diritto civile di talune categorie sociali, debbano cedere, in paesi di diritto diverso, dinanzi alla inibizione dell'ordine pubblico territoriale.

In caso di matrimonio fra stranieri, rispettivamente cristiani e non cristiani, l'autorità del paese d'origine potrà dunque negare la dichiarazione e quella del cantone di domicilio trovarsi ciononostante nella necessità di concedere l'autorizzazione. Indipendentemente da queste ragioni può darsi, e si è ripetutamente verificato nei rapporti fra la Svizzera ed altri paesi, che la dichiarazione della autorità del paese d'origine dello straniero che voglia sposarsi in Svizzera manchi, non già perchè in quel paese la persona in questione sia incapace, sotto il peso di un divieto particolare, ma perchè quell'autorità, secondo il suo diritto territoriale, non sia autorizzata a rilasciare una simile dichiarazione. In tal caso era opportuno che la nuova legislazione provvedesse ad eliminare per sempre in via preventiva quelle difficoltà nelle quali le autorità svizzere si erano trovate a più riprese in passato, ed ammettesse che la validità del futuro matrimonio, da celebrarsi in Svizzera, nel paese d'origine degli sposi, potesse essere dimostrata anche in altro modo.

Devesi pertanto tener presente, insieme con queste regole relative alla capacità, anche la sollecitudine, preponderante nel diritto svizzero, di evitare i conflitti, per apprezzare al suo giusto valore la disposizione dell'art. 7-/, a termini del quale " il matrimonio celebrato all'estero secondo la legge del paese è considerato valido nella Svizzera, quando non risulti che sia stato celebrato all'estero nella manifesta intenzione di eludere le cause di nullità previste dal diritto svizzero; e un matrimonio celebrato all'estero che sarebbe nullo secondo la legge del luogo di celebrazione, può essere annullato nella Svizzera solo se è annulabile anche secondo la legge svizzera. " Tutte queste disposizioni poi sono state ispirate dalla necessità di coordinare la legislazione federale colle regole sancite dalla convenzione dell'Aja del 12 giugno 1902 circa i conflitti di leggi in materia di matrimonio, ratificata dalla maggioranza delle Potenze contraenti il 1° giugno 1904, dall'Italia e dalla Svizzera il 17 luglio 1905 e dal Portogallo il

2 marzo 1907, mancando ancora le sole ratifiche dell'Austria-Ungheria e della Spagna (1).

Al regime matrimoniale degli svizzeri all'estero e degli stranieri in Svizzera resta applicabile (cod. civ., titolo finale, art. 61) l'art. 31 della legge federale del 1891 che dispone:

“ I rapporti pecuniari fra coniugi svizzeri, il cui primo domicilio coniugale sia all'estero, sono soggetti al cantone d'origine, *in quanto il diritto straniero non sia loro applicabile* „ (2).

“ Il regime matrimoniale stabilito in Svizzera fra coniugi svizzeri, non è modificato dal trasporto del domicilio coniugale all'estero, *purchè il diritto straniero non si opponga alla sua conservazione*. „

“ I coniugi svizzeri che trasportano il loro domicilio dall'estero in Svizzera continuano ad essere sottomessi, in quanto concerne i loro rapporti reciproci, al regime che era loro applicabile all'estero. „

“ Possono però far uso della facoltà accordata dall'articolo 20; la loro situazione verso i terzi è regolata dall'articolo 19, alinea 2 „ (3).

Le stesse regole devono applicarsi per analogia (art. 32) al regime matrimoniale dei coniugi stranieri in Svizzera (4). In entrambi i casi (art. 21) è provveduto perchè “ i diritti

(1) Vedasi in questa *Rivista*, vol. I, pag. 106.

(2) Vedasi, per altre disposizioni analoghe, l'art. 28.

(3) LEGGE del 1891, ART. 20: « Quando i coniugi mutano domicilio, possono col consenso dell'autorità competente del nuovo domicilio, adottare egualmente per i loro rapporti reciproci la legislazione del nuovo domicilio, mediante una dichiarazione comune fatta all'ufficio cantonale competente ».

— ART. 19, al. 2°: « Nei loro rapporti coi terzi, i coniugi sono soggetti alla legislazione del luogo del loro domicilio; questa sola legislazione farà regola, in particolare, quanto ai diritti della moglie verso i creditori del marito in caso di fallimento o di sequestro praticato contro di lui ».

(4) Vedasi l'articolo citato e ART. 19, al. 1: « Sotto riserva di quanto è disposto all'art. 20, i rapporti pecuniari dei coniugi fra loro sono sottomessi, per tutta la durata del matrimonio, alla legislazione del luogo del primo domicilio coniugale, anche quando i coniugi avessero trasferito poi il domicilio nel cantone d'origine. — Nel dubbio si considera come primo domicilio coniugale quello del marito al momento della celebrazione del matrimonio ».

acquisiti dai terzi ad un domicilio conjugale con particolari atti giuridici, non siano punto modificati, da un mutamento di domicilio dei conjugati. „ Il domicilio, nella sua originaria costituzione e nelle sue modificazioni ulteriori, è conservato nella sua unità dalle disposizioni della stessa legge (art. 3, al. 4; art. 4 e art. 7, al. 1) secondo le quali “nessuno può avere simultaneamente due o più domicili; il domicilio della donna maritata è al domicilio del marito e la capacità civile delle donne maritate è retta, durante il matrimonio, dalla legge del domicilio. „

*
* *

Le disposizioni relative al divorzio furono accolte nel titolo finale del codice civile, dopochè la Svizzera aveva già partecipato alla convenzione dell'Aja del 12 giugno 1902 per regolare i conflitti in materia di separazione e di divorzio. Questa convenzione esige, perchè si possa formare una domanda di divorzio, la sua ammissione generica e specifica secondo la legge nazionale dei coniugi e secondo la legge del luogo dove è proposta la domanda, salvo il caso di una più larga autorità concessa alla legge nazionale dalla legge del luogo dove la domanda è proposta, riconoscendo così la giurisdizione competente secondo la legge nazionale dei coniugi, come quella competente secondo la legge del loro domicilio, ed assicurando in tal caso dovunque il riconoscimento del divorzio e della separazione pronunciati da un tribunale competente.

In armonia con tali stipulazioni (1) il nuovo codice dispone che “il conjugato svizzero abitante all'estero possa intentare un'azione per divorzio davanti al giudice del suo luogo d'origine. „ In questo caso (2) “le regole della legge svizzera sono esclusivamente applicabili. „ L'art. 7-g al. 3, ammette che “quando il divorzio di conjugati svizzeri abitanti all'estero è stato pronunciato dal giudice competente a termini della legge del domicilio, questo divorzio debba essere riconosciuto

(1) ART. 5 n. 1 della convenzione dell'Aja (in questa *Rivista*, vol. I, pag. 115) e ART. 61 e 7-g, titolo finale del codice civile svizzero.

(2) ART. 1 della convenzione dell'Aja e ART. 7-g², titolo finale, cod. civ. svizzero.

in Svizzera, sebbene non risponda alle esigenze della legislazione federale, (1).

Tale disposizione non corrisponde alle condizioni degli articoli 1, 2 e 3 della convenzione dell'Aja, secondo i quali, per poter accogliere una domanda di divorzio, si esige che coincidano nella sua generica ammissione e nella specificazione delle sue cause, la legge nazionale delle parti e quella del luogo dove la domanda è proposta; ma rientra nel campo della competenza legislativa assoluta del legislatore svizzero. Questa trascenderebbe infatti dai limiti del suo campo d'impero, se, per coniugi stranieri domiciliati in Svizzera, ammettesse la dichiarazione del divorzio da parte delle autorità svizzere secondo le norme permissive della legge territoriale, e in onta ai divieti della legge straniera, che è la legge nazionale delle parti. Ma nel caso dianzi ricordato si tratta di ammettere, per i divorzi fra svizzeri pronunciati all'estero, un impero della legge del domicilio più esteso di quello normalmente consentito dalla convenzione dell'Aja; e in tal caso il legislatore nazionale, derogando, nell'esercizio della sovranità propria ed a proprio carico, dai limiti della convenzione, a favore della legge e della giurisdizione del domicilio, modifica le conseguenze dei detti accordi, evitando, al tempo stesso i conflitti che dalla loro imperfetta applicazione potrebbero derivare. Ciò è così evidente, che mentre l'art. 3 della convenzione dell'Aja ha disposto: "nonostante le disposizioni degli articoli 1 e 2 la legge nazionale sarà osservata se la legge del luogo dove è presentata la domanda lo prescriva o lo permetta," una disposizione analoga non fu ritenuta necessaria in favore dell'applicazione della legge del domicilio, quando la legge nazionale lo prescriva o lo permetta, cadendo ciò nella competenza normale del legislatore nazionale, nel legiferare in materia di statuto personale e di rapporti di famiglia. Ed è ciò appunto che il legislatore svizzero ha fatto coll'ultima disposizione dell'articolo aggiuntivo 7-g annesso all'art. 61 del titolo finale del codice civile.

(1) Nel testo francese: *même s'il ne répond pas aux exigences, de la législation fédérale*; nel testo tedesco: *wenn die Scheidung nach schweizerischen Recht nicht begründet gewesen wäre*; nel testo italiano: *sebbene non sia fondato secondo la legge nazionale*.

Era forse preferibile la traduzione letterale dal testo francese.

*
* *

A tutte le condizioni imposte dalla convenzione dell'Aja doveva il legislatore svizzero uniformarsi, nei riguardi delle domande di divorzio presentate in Svizzera da coniugi stranieri. Dopo quella convenzione infatti il divorzio ha cessato di poter essere considerato, fra le Potenze firmatarie o aderenti alla convenzione stessa, un rapporto esclusivamente soggetto alla legge territoriale, e regolato, affermativamente e negativamente, da questa, ignorando le leggi contrarie degli altri paesi, e non curando i conflitti che fra queste e la legge territoriale possono sorgere, per effetto della loro divergenza nei casi concreti. Fra gli Stati contraenti, ciascuno può, come ha fatto il legislatore svizzero nell'articolo citato (7-g, al. 3), derogare, nei riguardi dei propri sudditi, all'impero della legge nazionale in favore di quello della legge del domicilio o della residenza; ma nessuno può unilateralmente diminuire, nei riguardi dei sudditi di un altro Stato che vogliano chiedere il divorzio nel suo territorio, l'impero della loro legge nazionale nelle proporzioni a questa garantite dagli articoli 1, 2 e 4 della convenzione dell'Aja. Pertanto il codice civile (titolo finale, art. 7-h) dispone che " il conjuge straniero domiciliato in Svizzera possa proporre un'azione di divorzio davanti al giudice del suo domicilio quando provi che secondo la legge o la giurisprudenza della sua patria è ammessa la causa di divorzio di cui si tratta ed è riconosciuta la competenza del giudice svizzero; la causa di divorzio verificatasi quando i coniugi si trovavano sotto l'impero di un altro diritto può essere presa in considerazione solo quando risulti che era ammessa anche secondo la legge anteriore. "

Tutto quanto è disposto circa il diritto internazionale del divorzio, vale poi egualmente per quello della separazione, secondo l'art. 7-i, al. 2, che dispone: " la separazione, o qualunque cessazione dell'unione coniugale, corrispondente alla separazione secondo la legge estera, è soggetta alle norme di diritto sul divorzio. "

Così, nei riguardi degli stranieri in Svizzera, è salvaguardato completamente l'impero, che si potrebbe dire pregiudiziale, della legge nazionale, resistente, con intento di salvaguardia della buona fede, anche ai casi di mutamento di cittadinanza. Era poi naturale che, in armonia coi principii vigenti in ma-

teria di competenza e colle disposizioni dell'art. 5 della convenzione dell'Aja, si stabilisse che (art. 7-*h*, al. 3) "verificandosi queste condizioni, il divorzio dei coniugi stranieri abbia luogo, sotto ogni altro riguardo, secondo la legge svizzera; " e che (art. 7-*i*) "le azioni e le sentenze concernenti gli stranieri in Svizzera e gli svizzeri all'estero, possano, secondo che la legge applicabile lo permette, avere per oggetto il divorzio o la separazione, " anche se questa non fosse stata l'oggetto immediato e diretto della procedura. Infatti anche in questo coordinamento di una codificazione particolare con una codificazione generale del diritto internazionale privato, il progresso non sarebbe stato uniforme, se alla massima garanzia riservata alla nazionalità della legge non avesse fatto contrasto la riduzione al minimo della nazionalità della giurisdizione.

*
* *

In materia successoria la prevalenza delle disposizioni della legge nazionale, non al di là però delle proporzioni volute da questa medesima legge, era stata sancita dall'art. 4 del codice civile di Zurigo, (art. 3 del codice anteriore al 1887) disponendo: "in materia di successione si applica la legge dal luogo d'origine del defunto; la successione degli individui stranieri al cantone, ma in quello dimoranti, è retta dalla loro legge nazionale nella misura nella quale ciò sia prescritto dal diritto dello Stato al quale essi appartengono. " Dunque, diritto del luogo d'origine applicato in modo assoluto per la successione degli svizzeri di cantone diverso, e diritto nazionale, nelle proporzioni volute dalla legge dello Stato d'origine, applicato per la successione degli stranieri propriamente detti. Tale sistema era già sancito nei rapporti intercantionali dal concordato del 1822 e cominciò ad essere applicato nei rapporti internazionali dalla convenzione franco-svizzera del 15 giugno 1869 (1).

(1) Convenzione del 15 giugno 1869 circa la competenza giudiziaria e la esecuzione reciproca delle sentenze in materia civile:

ART. 5: "Toute action relative à la liquidation et au partage d'une succession testamentaire, ou *ab intestato* et aux comptes à faire entre les héritiers ou légataires, sera portée devant le tribunal de

In armonia con questi antecedenti, colle disposizioni aggiuntive del codice civile in materia di statuto personale, di capacità, di matrimonio e di divorzio, e particolarmente colle disposizioni dei titoli II e III della legge del 1891, devono interpretarsi quelle disposizioni del titolo primo della stessa legge (art. 22-27) che, a termini dell'articolo 61 del titolo finale del codice civile e dell'articolo 32 della legge del 1891, devono continuare ad applicarsi in materia successoria dai giudici svizzeri nei rapporti di diritto internazionale privato. Siffatte disposizioni, come tutte quelle del titolo I della legge del 1891, si riferiscono ai rapporti di diritto civile degli svizzeri stabiliti od abitanti transitoriamente in Svizzera; esse riguardano pertanto in modo esclusivo il diritto intercantonale, e insieme con questo devono cessare di esistere colla unificazione del diritto civile svizzero. Mentre cessano di aver applicazione, salvo casi eccezionali che il codice prevede, nei rapporti intercantionali per i quali erano state emanate, l'articolo 61 del titolo finale del nuovo codice dispone però che esse " rimangano in vigore per ciò che riguarda i rapporti giuridici degli svizzeri all'estero e degli stranieri in Svizzera. „ Ma a tali rapporti le dette norme non possono essere applicate se non per analogia, una conseguenza della quale deve essere quella d'attribuire, anche nei rapporti internazionali relativi al diritto successorio, alla legge nazionale un valore equipollente a quello che il titolo primo della legge del 1891 attribuisce al diritto del domicilio nei rapporti intercantionali

L'ouverture de la succession, c'est à dire, s'il s'agit d'un français mort en Suisse, devant le tribunal de son dernier domicile en France, et s'il s'agit d'un suisse décédé en France, devant le tribunal de son lieu d'origine en Suisse. Toutefois on devra, pour le partage, la licitation ou la vente des immeubles, se conformer aux lois du pays de leur situation. Si, dans les partages de succession auxquels les étrangers sont appelés concurremment avec des nationaux, la législation de l'un des deux pays accorde à ses nationaux des droits et avantages particuliers sur les biens situés dans ce pays, les ressortissants de l'autre pays pourront, dans les cas analogues, revendiquer de même les droits et avantages accordés par la législation de l'Etat auquel ils appartiennent. Il est, du reste, bien entendu que les jugements rendus en matière de succession par les tribunaux respectifs et n'intéressant que les nationaux, seront exécutoires dans l'autre, quelles que soient les lois qui y sont en vigueur ».

della stessa natura. Ciò risponderebbe del resto, nel tempo stesso che agli antecedenti già ricordati, anche alle più recenti tendenze manifestate dalle nuove convenzioni generali di diritto internazionale privato dell'Aja, una delle quali sottopone, come è noto, le successioni legittime e testamentarie alla legge nazionale del defunto, colla stessa larghezza di formula adottata dall'articolo 8 delle disposizioni preliminari del nostro codice civile (1).

L'articolo 23 della legge del 1891, secondo il quale " la successione si apre in ogni caso, e per la totalità dei beni che la compongono, all'ultimo domicilio del defunto „ anche " quando questi abbia sottomesso la propria successione alla legislazione del suo cantone d'origine, „ deve pertanto intendersi alla lettera in favore del domicilio, perchè è una disposizione relativa alla competenza delle autorità e non alla scelta della legge applicabile. Ma quando si passa a quest'ultima indagine, quando cioè la legge federale del 1891 dispone (articolo 22) che " la successione sia sottoposta alla legge dell'ultimo domicilio del defunto, ma si possa nonpertanto, mediante una disposizione di ultima volontà o un patto successorio, sottomettere la successione alla legislazione del cantone di origine, „ essa contiene una disposizione di diritto intercantonale. L'articolo 61 del titolo finale del codice civile, mantenendo in vigore quella disposizione per i rapporti internazionali, non poteva intenderne l'applicazione a questi ultimi se non in quella maniera di analogia nella quale già ne disciplinava l'applicazione l'articolo 32 della stessa legge. Da tale analogia deriva appunto la equipollenza del domicilio nei rapporti fra le varie regioni legislativamente autonome d'uno stesso Stato, e della cittadinanza nei rapporti fra più Stati del tutto distinti ed indipendenti, e fra i loro diritti rispettivi. Così deve interpretarsi l'articolo 22 della legge del 1891 che

(1) Vedasi in questa *Rivista*, vol. I, pag. 259. È tuttavia da avvertire che la convenzione, come le altre della stessa data (17 luglio 1905), non è stata ancora sottoscritta dalla Svizzera; i suoi rappresentanti alla Conferenza dell'Aja tentarono invano di farvi accogliere alcune clausole in favore della legge del domicilio, a cui sarebbe ispirata, secondo le loro dichiarazioni, la legislazione federale in questa materia, anche nei rapporti internazionali. Vedansi gli *Atti* della terza Conferenza (1900) pag. 107 e segg., e quelli della quarta (1904) pag. 123.

sottomette la successione alla legge dell'ultimo domicilio del defunto, in quanto deve conservare applicazione in Svizzera nei rapporti internazionali. Lo stesso si deve dire dell'articolo 26 della stessa legge, secondo il quale i diritti successori derivanti dal predecesso di uno dei coniugi, che sono in correlazione col diritto di famiglia, sono retti dalla legge applicabile alla successione (art. 22), nè sono modificati dal fatto che il coniuge sopravvivente muti domicilio. Nè diversamente può interpretarsi l'articolo 27, secondo il quale nelle donazioni fra vivi o in causa di morte la riserva è regolata secondo la legge che governa la successione del donatore.

L'articolo 25 della stessa legge dispone che " i patti successorii sono nella sostanza soggetti al diritto del primo domicilio coniugale se stipulati fra fidanzati; e in ogni altro caso dal diritto dal luogo dove il defunto era domiciliato al momento della stipulazione del patto; salvo il rispetto delle disposizioni relative alla riserva contenute nella legge che governa la successione. „ Anche in tal caso alla legge del domicilio deve intendersi sostituita la legge nazionale, colle naturali limitazioni di ordine pubblico.

Invece l'articolo 24 relativo alle forme, per la latitudine delle sue espressioni, può essere applicato in modo più corrispondente alla sua formula relativa ai rapporti intercantionali, anche ai rapporti internazionali. L'articolo infatti stabilisce che " le disposizioni di ultima volontà, i patti successorii e le donazioni per causa di morte, sono validi quanto alla forma, se questa corrisponde al diritto del luogo dove l'atto è stato compiuto, o a quello del cantone del domicilio al momento dell'atto, o a quello dell'ultimo domicilio, o a quello del cantone d'origine del defunto. „ Vi è sancita, cioè, l'alternativa comunemente ammessa fra la forma corrispondente alla legge locale dell'atto e quella corrispondente alla legge personale dell'unico disponente, o delle parti concorrenti in un solo atto giuridico.

Questa maniera di interpretare le disposizioni della legge del 1891, nella loro applicazione ai rapporti internazionali voluta dal nuovo codice civile, è suffragata dalla soluzione conforme già preferita per quarant'anni dalla Svizzera, nei suoi accordi internazionali relativi alla stessa materia. La convenzione franco-svizzera del 15 giugno 1869 circa la competenza giudiziaria e l'esecuzione delle sentenze prescrive (art. 5) che ogni azione relativa a controversie ereditarie " sarà por-

tata davanti al tribunale dell'apertura della successione: cioè, se si tratta di un francese morto in Svizzera, davanti al tribunale del suo ultimo domicilio in Francia, e se si tratta di uno svizzero morto in Francia, davanti al tribunale del suo luogo d'origine in Svizzera „(1); e l'articolo 11 soggiunge che il “ tribunale francese o svizzero davanti al quale sia portata una domanda che, secondo gli articoli precedenti, non sia di sua competenza, debba d'ufficio, anche in assenza del convenuto, rinviare le parti davanti ai giudici competenti a conoscerne. ” — Così nei rapporti coll'Italia, l'articolo 17 della convenzione di stabilimento e consolare dispone che “ le contestazioni fra eredi di un defunto italiano relative alla successione di lui, saranno portate davanti al giudice dell'ultimo domicilio che quell'italiano aveva in Italia; e la reciprocità sarà ammessa per le contestazioni che potessero elevarsi fra gli eredi di uno svizzero morto in Italia. ” È chiaro che in tal caso, nella indicazione della giurisdizione nazionale del defunto era implicita quella dell'applicazione della sua legge nazionale. Ma essendo sorto dubbio su questo punto in Svizzera, la questione fu portata nel 1888 davanti al Consiglio federale colla esplicita domanda: “ quali leggi siano applicabili alla divisione dell'eredità di uno svizzero morto in Italia: se quelle del domicilio italiano o quelle del luogo d'origine svizzero. ” Il Consiglio federale rispose che il dubbio è risolto dall'articolo 17 della convenzione italo-svizzera e dall'articolo 4 del relativo protocollo, nel senso che sia applicabile il diritto dello Stato cui il defunto apparteneva.

*
* *

In materia di obbligazioni, salvo l'applicazione più generale e più intensa del principio accolto nell'articolo 58 del nostro codice di commercio, le norme del diritto svizzero corrispondono a quelle dell'articolo 9 delle disposizioni preliminari del nostro codice civile.

In quanto alla capacità, disponeva la legge federale del 22 giugno 1881. Sebbene questa sia stata abrogata dall'articolo 62 del titolo finale del codice civile, la regola e l'eccezione sancite dal suo articolo 10 rivivono nell'articolo 822 del codice federale delle obbligazioni, nella legge federale del 25 giugno 1891, che l'articolo 61 dello stesso titolo del codice

(1) Vedi a pag. 48-49, in nota, il testo dell'intero articolo.

mantiene in vigore nei rapporti internazionali, e negli articoli 7-a e 7-b che lo stesso codice aggiunge all'articolo 7 della legge del 1891. La sostanza e gli effetti delle obbligazioni, come nel nostro diritto, così anche in quello svizzero si reputano regolati dalla legge del luogo dove gli atti furono posti in essere, e se i contraenti stranieri appartengono ad una stessa nazione, dalla loro legge nazionale.

Il codice federale delle obbligazioni, dopo avere all'articolo 822 formulata la regola suddetta circa la capacità, dispone all'articolo successivo, circa i requisiti essenziali di una cambiale e di qualsiasi altra dichiarazione cambiaria, che, quando siano emesse all'estero, sono soggette alle leggi del luogo di emissione, aggiungendo che " le dichiarazioni cambiarie colle quali all'estero uno svizzero si obbliga verso un altro svizzero hanno forza cambiaria anche quando siano conformi soltanto alle prescrizioni della legge svizzera. „ Ma per effetto dell'art. 32 della legge federale del 1891, gli stranieri possono invocare, in quanto agiscono in Svizzera, l'applicazione delle norme sancite per gli svizzeri che agiscono all'estero. L'art. 7 del titolo preliminare del codice civile stabilisce poi che le disposizioni generali del codice federale delle obbligazioni relative alla conclusione, all'adempimento ed alla risoluzione dei contratti, sono applicabili anche agli altri rapporti di diritto civile. Ora è vero bensì che il capo 14° (articoli 822-824) del titolo XXIX del codice delle obbligazioni è in questo codice topograficamente lontano dai titoli I, II e III (articoli 1-161) che riguardano la conclusione, gli effetti e la estinzione dei contratti, ma è altrettanto vero che il detto capitolo, trattando " della legislazione estera „ contiene, in rapporto con questa, talune di quelle disposizioni di carattere generale alle quali, come a quelle dei primi tre titoli, deve riferirsi la disposizione estensiva dell'art. 7 titolo preliminare del nuovo codice civile.

Quanto alla forma, le disposizioni degli articoli 9-15, 823 e 824 (1) combinano con quelle dell'art. 9 delle nostre disposizioni preliminari, secondo il quale: " le forme estrinseche

(1) CODICE DELLE OBBLIGAZIONI, ART. 824: « Per ciò che concerne la forma degli atti necessari all'esercizio o alla conservazione del diritto cambiario derivante da una cambiale sopra una piazza estera, si applica la legge ivi in vigore ».

degli atti tra vivi e di ultima volontà sono determinate dalle leggi del luogo in cui sono fatti; è però in facoltà dei disponenti di seguire le forme della loro legge nazionale, purchè questa sia comune a tutte le parti. » La interpretazione in questo senso delle citate disposizioni del diritto svizzero è tanto più certa, in quanto tale regola è ammessa esplicitamente per le disposizioni di ultima volontà e per i patti successori dagli articoli 24 e 25 della legge federale del 1891.

Del pari certo è che per il modo dell'esecuzione valgono le regole in vigore nel territorio dove essa ha o deve aver luogo. Ciò risulta dagli art. 97-100 del codice delle obbligazioni, ai quali in modo anche più certo dev'essere applicata la disposizione estensiva dell'art. 7, titolo preliminare del codice civile.

*
* *

Ma poichè tra i fini della codificazione del diritto internazionale privato devono essere la sufficienza e la chiarezza delle disposizioni, tanto più necessarie, in quanto queste devono corrispondere allo scopo di supplire alla instabilità della giurisprudenza, può deplorarsi che il legislatore svizzero non abbia, seguendo gli esempi di quello italiano, di quello tedesco e di quello giapponese, preferito di sostituire alle varie disposizioni sparse in leggi diverse una nuova codificazione unica del diritto internazionale privato, unita come titolo preliminare secondo l'esempio italiano o come titolo finale secondo l'esempio germanico, allo stesso codice civile.

Invece si hanno in Svizzera, in materia di diritto internazionale privato: talune disposizioni nuove del codice civile relative alla capacità, al matrimonio ed al divorzio; altre disposizioni del codice delle obbligazioni del 1881, cui l'art. 7 del titolo preliminare del codice civile attribuisce un'estensione di applicabilità della quale non è facile determinare con esattezza la portata; ed una legge federale del 1891 che si riferiva colle sue disposizioni più numerose e più specifiche al diritto intercantonale, e che il legislatore del 1907 estende ai rapporti di diritto internazionale privato, con non poche incertezze circa l'equipollenza delle norme e dei termini tecnici nell'un campo e nell'altro, e con una deplorabile insufficienza nella materia delle obbligazioni. Infatti per queste si rimanda al codice particolare del 1881, come se avesse già comple-

tamente disposto, mentre aveva disposto, in rapporto col suo specifico obbietto legislativo, in modo del tutto incompleto.

La combinazione di tante norme disgregate e lontane nell'ordine del tempo, non può dare risultati del tutto immuni da incertezza, per giungere ai quali è anche necessario tener conto delle convenzioni stipulate dalla Svizzera, delle sue anteriori codificazioni particolari, e della giurisprudenza dei suoi supremi magistrati.

Così la giurisprudenza, che avrebbe potuto iniziare un'opera esclusivamente interpretativa, rispetto ad una codificazione federale, completa e sistematica del diritto internazionale privato, resterà, particolarmente in materia di obbligazioni, instabile elemento genetico d'una codificazione frammentaria ed incompleta. È quindi tanto più a sperare che provveda a completarla in parte, in questa materia, la prossima redazione riveduta del codice federale delle obbligazioni.

*
* *

Del resto a colmare in tutto queste lacune non mancherebbe il tempo, fino al 1° gennaio 1912, data stabilita per l'entrata in vigore del nuovo codice. I primi articoli del suo titolo finale hanno provveduto intanto a codificare le norme di diritto transitorio, talune delle quali trovano piena e necessaria applicazione anche in materia di diritto internazionale privato. Così l'art. 2, secondo il quale " le disposizioni di questo codice fondate sull'ordine pubblico e sui buoni costumi, sono applicabili in tutti i casi dal momento della sua entrata in vigore, salvo le eccezioni previste dalla legge; „ e in parte anche l'art. 3, secondo il quale " i rapporti giuridici, il cui oggetto è regolato dalla legge indipendentemente dalla volontà delle parti, sono sottoposti alla nuova legge dal momento della sua entrata in vigore, anche se compiuti anteriormente „ (1).

(1) È questo un altro esempio di improprietà di linguaggio e di imperfetta corrispondenza fra i varii testi; infatti, mentre il testo italiano parla di *rapporti giuridici compiuti anteriormente alla entrata in vigore della legge*, il testo tedesco parla di *Rechtsverhältnisse che vor diesem Zeitpunkt begründet worden sind*, e il testo francese di *cas soumis à la loi nouvelle, même s'ils remontent à une époque antérieure*.

In quanto poi la legislazione presenti incertezze o lacune, il legislatore stesso provvede conferendo al magistrato la missione di ripararvi con una autorità più indipendente di quella che in generale al magistrato non si attribuisca. Infatti l'art. 1 del codice dispone che " la legge si applica a tutte le questioni giuridiche alle quali può riferirsi la lettera o il senso di una sua disposizione; „ che " nei casi non previsti dalla legge, il giudice decide secondo la consuetudine e, in difetto di questa, *secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore*; „ e che " egli si attiene alla dottrina ed alla giurisprudenza più autorevoli. „ Ora è vero che al giudice è fatto obbligo di decidere secondo la consuetudine, nel silenzio della legge, ma quando anche la consuetudine faccia difetto o non sia sufficientemente stabilita, o si tratti di materia rispetto alla quale, in tanta varietà finora sussistente di leggi civili, una consuetudine generale svizzera non abbia potuto formarsi, esso riacquista nel decidere tutta l'autorità e la indipendenza del legislatore. Nè questa è diminuita dall'affermazione " ch'egli si attiene alla dottrina ed alla giurisprudenza più autorevoli „, perchè l'una e l'altra sono autorevoli nella misura nella quale il magistrato è disposto a riconoscerle tali.

Con tale disposizione ha trionfato una tendenza della scienza giuridica tedesca che, portata da taluno alle più esagerate conseguenze, vorrebbe dare al giudice non solo il potere di completare, ma anche quello di correggere l'opera del legislatore (1).

Tale tendenza ripugna assai più allo spirito dei giuristi, laddove è più antica l'abitudine della codificazione. Perciò in Svizzera meno se ne trovano le tracce nel diritto particolare dei cantoni francesi e più in quello dei cantoni tedeschi; e i giuristi appartenenti a questi ultimi dovettero vincere la resistenza di quelli appartenenti ai cantoni francesi, per farne sentire l'influenza anche nel codice federale delle obbligazioni. Nei codici dei cantoni germanici già esistevano infatti disposizioni colle quali il legislatore dava al giudice facoltà di dipar-

(1) V. per il concetto informatore e per i limiti di tale tendenza: H. U. KANTOROWICZ, *La lotta per la scienza del diritto* (Traduzione del giudice R. MAJETTI. Palermo-Sandron, 1908) specialmente a pag. 136-150.

tirsi dalle regole codificate secondo il suo prudente arbitrio (*nach seinem freien Ermessen*).

Il legislatore elvetico non ha pertanto innovato, ma ha continuato in un sistema già prevalente nella Svizzera tedesca, formulando la norma contenuta nel secondo alinea dell'art. 1 del codice civile.

Così il magistrato ha certo una latitudine di decisione molto maggiore di quella lasciata al giudice italiano dall'articolo 3 delle disposizioni preliminari del codice civile, secondo il quale " qualora una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge, si avrà riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe, e, ove il caso rimanga tuttavia dubbio, si deciderà secondo i principii generali del diritto „.

Tale è presso a poco anche la disposizione corrispondente del codice austriaco (§ 7), la quale lega ancora più il magistrato, disponendo che in tali casi egli debba decidere " secondo i principii del diritto naturale, avuto riguardo alle circostanze raccolte con diligenza e maturamente ponderate. „ La stessa facoltà è implicita nella ingiunzione fatta dall'articolo 4 del codice civile francese, disponendo che " il giudice che si rifiuti di giudicare, sotto pretesto di silenzio, di oscurità o di insufficienza dalla legge, possa essere imputato di diniego di giustizia. „ Tale disposizione è stata poi copiata, nella legge del 7 ottobre 1891, dal Giappone (" Legge per l'applicazione delle leggi „ articolo 17) vietando " ai giudici di rifiutarsi a decidere sotto pretesto di oscurità, insufficienza, o deficienza delle leggi „ ed ammettendo pertanto nel giudice l'obbligo e la facoltà, non solo di interpretarne le clausole, ma anche di colmarne le lacune.

Del resto, la libertà concessa al giudice dall'articolo 1 del codice svizzero a un lato non manca di freni nella legge stessa; dall'altro, anche dove manchino quei freni, non è tale da nuocere all'amministrazione della giustizia ed al sano sviluppo del diritto. I freni derivano dagli articoli 2 e 4 dello stesso codice. Il primo dichiara che " ognuno è tenuto ad agire secondo la buona fede, così nell'esercizio dei propri diritti, come nell'adempimento dei propri obblighi „ e che " il manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge. „ Il secondo dispone che " il giudice è tenuto a decidere secondo il diritto e l'equità, quando la legge si rimette al suo prudente

criterio o fa dipendere la decisione dall'apprezzamento delle circostanze o da motivi gravi. „ Il giudice può dunque fare atto di legislatore soltanto in quei rapporti che il legislatore gli ha abbandonati, e nell'esercizio di tale funzione gli articoli 1 (3 al.) 2 e 4, gli impongono l'indirizzo che deve seguire.

Nel supplire, seguendo tale indirizzo, alle lacune dell'opera del legislatore, il giudice svizzero sarà, secondo i termini della legge che quella facoltà gli consente, molto più libero che non sia, in casi analoghi, il giudice italiano. Ma nella pratica della giurisprudenza, questa più larga libertà di iniziativa non condurrà a diversi risultati da quelli cui possono arrivare in casi analoghi il giudice italiano ed austriaco; bensì potrà giungervi per una via più diretta, evitando i serpeggianti sentieri della retorica e del sofisma.

Nel caso delle formule più antiche e più usate, il giudice fa pur sovente, nel silenzio della legge, opera di legislatore, ma così egli fa dopo essersi affaticato, secondo ciò che in materia di diritto internazionale voleva il WÄCHTER, a dimostrare di non far altro che svelare ed applicare la implicita e riposta volontà del legislatore.

Nel caso della formula svizzera il giudice farà la stessa cosa, ma con più franca chiarezza ed indipendenza di argomentazioni, non dissimulerà di scegliere liberamente anche la norma che il legislatore ha ommesso di prescrivergli.

Da un lato si ha una soluzione del giudice, presentata, sovente a torto, come implicitamente voluta dal legislatore. Dall'altro si ha una soluzione, formalmente e sostanzialmente legislativa, adottata dal giudice per delegazione del legislatore. Così d'altronde non avremo, come vorrebbero gli esagerati fautori della elaborazione del diritto affidata al magistrato, quella contraddizione sempre possibile del diritto scritto, che, trasformata in regola legale per opera del giudice, farebbe vacillare nella incertezza ogni rapporto giuridico e sommergere nella anarchia ogni ordine di vita sociale. Ma l'opera legislativa complementare del magistrato, voluta o permessa dalla stessa legge, potrà contribuire un nuovo e fruttuoso elemento di progresso allo sviluppo del diritto positivo.

E. CATELLANI.







