

# Poliedricità della clausola d'eccezione

## Versatility of the exception clause

CRISTINA CAMPIGLIO

*Professore ordinario di Diritto internazionale  
Università degli studi di Pavia (Italia)*

Recibido: 18.05.2024 / Aceptado: 05.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8909

**Riassunto:** Lo studio è dedicato alla clausola d'eccezione, di cui i legislatori – nazionali o internazionali – si servono per introdurre flessibilità nel sistema di diritto internazionale privato, apprestando un correttivo della rigida localizzazione della fattispecie operata dalle norme di conflitto. Le origini della clausola d'eccezione si collocano in ambito contrattuale, al di fuori dello spazio giudiziario europeo (e più precisamente in Svizzera), dove fanno la loro prima apparizione nel 1980. La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali attinge dall'esperienza elvetica non solo il criterio della prestazione caratteristica ma anche, appunto, la clausola d'eccezione che consente di applicare una legge diversa da quella in principio applicabile quando dal complesso delle circostanze risulta che il contratto presenta un collegamento più stretto con un altro paese. La clausola figura oggi nei regolamenti sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali e contrattuali, alle successioni *mortis causa* e ai rapporti patrimoniali di coppia. Anche le Convenzioni dell'Aja sulla protezione dei minori (1996) e degli adulti (2005) prevedono una clausola d'eccezione, che si distingue da quella europea (che potremmo definire *proximity-focused*) per il fatto di essere dichiaratamente person-centered: la clausola, infatti, opera solo “nella misura in cui la protezione della persona o dei beni” del minore o dell'adulto lo richieda.

**Parole chiave** clausola d'eccezione, regolamenti europei, Convenzioni Aja protezione minori/adulti, collegamento più stretto, protezione del minore/adulto.

**Abstract:** The purpose of this study is to explore the exception clause, which national or international legislators use to introduce flexibility into the system of private international law, providing a corrective to the rigid localization of the case brought about by the conflict rules. The origins of the exception clause lie in the contractual field, outside the European judicial area (and precisely in Switzerland), where they made their first appearance in 1980. The Rome Convention on the law applicable to contractual obligations draws from the Swiss experience not only the connecting factor (the characteristic performance of the contract) but also precisely the exception clause which allows the application of a law different from that in principle applicable when it appears from the overall circumstances that the contract has a closer connection with another country. The clause now appears in the regulations on the law applicable to non-contractual and contractual obligations, successions *mortis causa* and marital property relationships. The Hague Conventions on the protection of minors (1996) and adults (2005) also provide for an exception clause, which differs from the European one (which we could define as *proximity-focused*) due to the fact that it is declaredly person-centered: the clause, in fact, operates only “to the extent that the protection of the person or property” of the minor or adult requires it.

**Keywords:** exception clause, European regulations, Hague Conventions for the protection of child/adult, closer connection, protection of minors/adults.

**Sumario:** I. Introduzione. II. Le origini della clausola d'eccezione. III. La clausola d'eccezione nei regolamenti europei... IV. ... e nelle Convenzioni dell'Aja sulla protezione dei minori e degli adulti. V. Osservazioni conclusive.

## I. Introduzione

1. Tra i tantissimi temi al cui studio - nella sua lunga carriera - il Prof. Alfonso-Luis Calvo Caravaca si è dedicato, figura anche la Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 in materia di competenza, legge applicabile, esecuzione e cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori.

In un contributo destinato a un volume collettaneo pubblicato nel 2012, il nostro Collega e amico analizza alcune questioni di metodo<sup>1</sup> segnalando, tra le altre, una delle disposizioni convenzionali sicuramente più interessanti. Affermato il ricorso alla *lex fori* da parte delle autorità nazionali competenti, al fine evidente di facilitare il compito del giudice nell'adottare un provvedimento destinato presumibilmente ad essere eseguito nel foro stesso (par. 1), l'art. 15 prevede che le autorità nazionali "nella misura in cui la protezione della persona o dei beni del minore lo richieda, ... possono eccezionalmente applicare o prendere in considerazione la legge di un altro Stato col quale la situazione presenti uno stretto legame" (par. 2).

L'art. 15 par. 2 contiene una clausola d'eccezione che, secondo il nostro Collega, opera ove concorrano un elemento materiale (l'interesse superiore del minore) e un elemento spaziale (lo stretto legame della situazione con un certo Stato). Essendo – appunto – d'eccezione, la clausola deve essere interpretata restrittivamente<sup>2</sup> e – come suggerisce anche il Rapporto Lagarde<sup>3</sup> – applicata nell'interesse superiore del minore.

2. Anche per ragioni affettive<sup>4</sup>, vorrei dedicare le mie riflessioni alle clausole d'eccezione per evidenziarne la versatilità, con particolare riguardo alle soluzioni accolte dalla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato.

## II. Le origini della clausola d'eccezione

3. Con le clausole d'eccezione, i legislatori – nazionali o internazionali – introducono flessibilità nel sistema, apprestando un correttivo della rigida localizzazione della fattispecie operata dalle norme di conflitto<sup>5</sup>, cercando di garantire nel contempo un certo grado di prevedibilità (essendo necessario uno stretto nesso tra l'oggetto del contendere e l'ordinamento richiamato). Stante la loro genericità, da un lato, e la già ricordanza esigenza di interpretazione restrittiva, dall'altro, è particolarmente importante definire contorni e portata di tali clausole, ripercorrendone brevemente la storia.

Le origini della clausola d'eccezione si collocano in ambito contrattuale, al di fuori dello spazio giudiziario europeo. È infatti principalmente in Svizzera che, in assenza di disciplina normativa<sup>6</sup>, la giurisprudenza è arrivata a "costruire" la clausola. Per molto tempo il Tribunale federale svizzero ha applicato la legge dello Stato con cui il contratto presentava "la connessione spaziale più stretta", legge solitamente coincidente con quella del domicilio della parte tenuta alla prestazione caratteristica: prestazione successivamente tipizzata per le varie tipologie contrattuali (*Vertragstypenformel*) e fatta per lo più coincidere con la prestazione non pecuniaria. Una nota di flessibilità è stata successivamente introdotta nel sistema, in realtà già abbastanza elastico, in quelle situazioni in cui "i fatti del caso par-

---

<sup>1</sup> A. CALVO CARAVACA, "El Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 y la ley aplicable a la protección de los niños. Algunas cuestiones de método", in C. ESPLUGUES MOTA/G. PALAO MORENO (Eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea: Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 433-457.

<sup>2</sup> A. CALVO CARAVACA, *op. cit.*, pp. 444-445.

<sup>3</sup> Rapport explicatif de Paul Lagarde, La Haye, 1996, punto 89.

<sup>4</sup> Il mio primo scritto giovanile è infatti dedicato proprio a questo tema: C. CAMPIGLIO, "L'esperienza svizzera in tema di clausola d'eccezione: l'art. 14 del progetto di riforma del diritto internazionale privato", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1985, pp. 47-88.

<sup>5</sup> Così D. GONZÁLEZ CAMPOS, "Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours general", *Recueil des cours*, 2000, vol. 287, pp. 9-426, a p. 253 ss.

<sup>6</sup> L'allora vigente legge federale del 25 giugno 1891 sui rapporti di diritto civile dei domiciliati e dei dimoranti, infatti, non regolava i contratti.

ticolare (indicassero) la presenza tra il contratto ed un paese diverso di legami speciali, più stretti di quelli ordinari<sup>7</sup>. Ma è solo all'inizio degli anni Ottanta che si inizia a parlare espressamente di clausola d'eccezione (*Ausweichklausel*)<sup>8</sup>.

4. Non è quindi un caso se il primo legislatore nazionale a prevederla, generalizzandola, sia stato quello elvetico. La legge di diritto internazionale privato del 18 dicembre 1987, all'art. 15, sotto la rubrica "clausola d'eccezione", dispone infatti: "1. Il diritto richiamato dalla presente legge è, per eccezione, inapplicabile qualora dall'insieme delle circostanze risulti manifesto che la fattispecie gli è esigualmente connessa, ma più strettamente connessa con un altro. 2. La presente disposizione non si applica nel caso in cui il diritto applicabile sia stato scelto dalle parti".

I lavori del Consiglio federale svizzero che hanno portato alla legge del 1987 si sono svolti in parallelo a quelli avviati dalla Comunità europea per la codificazione delle norme di conflitto in materia contrattuale. Di qui la reciproca influenza, anche per quanto riguarda la clausola d'eccezione di cui troviamo traccia in due disposizioni (gli artt. 4 e 6) della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.

Stabilita, in assenza di scelta ad opera delle parti, l'applicazione della legge del paese col quale il contratto presenta il collegamento più stretto (par. 1), l'art. 4 della Convenzione fissa una serie di presunzioni a partire da quella incentrata sulla residenza abituale/amministrazione centrale della parte tenuta alla prestazione caratteristica (parr. 2-4), presunzioni che peraltro "vengono meno quando dal complesso delle circostanze risulta che il contratto presenta un collegamento più stretto con un altro paese (par. 5). Per quanto concerne specificamente i contratti di lavoro, l'art. 6 richiama - in mancanza di *optio legis* - la *lex loci laboris* o la legge del luogo in cui ha sede il datore di lavoro "a meno che non risulti dall'insieme delle circostanze che il contratto di lavoro presenta un collegamento più stretto con un altro paese (perché in tal caso) si applica la legge di quest'altro paese" (par. 2).

La Convenzione di Roma testimonia così — per riprendere le parole di Edoardo Vitta — la propria "origine composita" in quanto "(a)l criterio pan-europeo, se così può dirsi, della volontà delle parti, si affianca quello, d'origine svizzera (paese europeo, ma non comunitario) della prestazione caratteristica, nonché quello del collegamento più stretto, che si ricollega all'analogo criterio denominato negli Stati Uniti dei contatti più significativi (che, a sua volta, ha lontani precedenti europei)"<sup>9</sup>.

Il ricorso alla clausola d'eccezione non può essere giustificato da ragioni di mera opportunità ma presuppone un bilanciamento di fattori di diversa natura: oltre al già ricordato fattore spaziale (il collegamento più stretto con un paese diverso da quello indicato dalla norma di conflitto), occorre insomma valutare anche la prevedibilità delle soluzioni (le aspettative delle parti), l'armonia interna e internazionale, l'economicità del processo. Si tratta di un processo di *counting and weighing contacts*, tipico della cultura giuridica anglosassone, da attuare con un approccio empirico, caso per caso: una comparazione di tutte le rilevanti circostanze che connettono situazioni e leggi, alla luce di tutte le circostanze del caso, ivi comprese eventuali altre situazioni giuridiche collegate al caso. Non esistono contatti *a priori* rilevanti né una loro gerarchia, fermo restando che il contatto casuale ha ovviamente un peso minore del contatto obiettivo.

### III. La clausola d'eccezione nei regolamenti europei ...

5. Nel diritto europeo la clausola compare nel 2007, in occasione dell'adozione del regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, sulla legge applicabile

<sup>7</sup> Sentenza 10 giugno 1952, in BGE 78 II, 190 ss., a 191

<sup>8</sup> Cfr. C.E. DUBLER, *Les clauses d'exception en droit international privé*, Georg & Cie, Genève, 1983, p. 56; F. KNOEPFLER, "Utilité et danger d'une clause d'exception en droit international privé", in *Hommage à Raymond Jeanprêtre*, Ides et Calendes, Neuchâtel, 1982, p. 113 ss., spec. p. 118 ss.

<sup>9</sup> E. VITTA, "Influenze americane nella Convenzione C.E.E. sulle obbligazioni contrattuali", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1983, pp. 261-278, a p. 275.

alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II)<sup>10</sup>. Dopo aver stabilito come regola generale – in materia di obbligazioni derivanti da illecito - l'applicazione della legge del *locus damni* o della residenza abituale comune delle parti (parr. 1 e 2), l'art 4 prevede che “(s)e dal complesso delle circostanze del caso risulta chiaramente che il fatto illecito presenta collegamenti manifestamente più stretti con un paese diverso”, come può essere il collegamento fondato “su una relazione preesistente tra le parti, quale un contratto”, si applica la legge di quest'altro paese (par. 3).

6. Quanto alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, nella proposta di regolamento presentata dalla Commissione del 2005<sup>11</sup> la clausola era stata espunta. Avendo, in nome della certezza del diritto, trasformato le presunzioni contenute nell'art. 4 parr. 2-4 della Convenzione di Roma in norme codificate, si è pensato infatti di sopprimere la clausola di eccezione (“poiché la chiave di volta dello strumento è la libertà di scelta, è opportuno che le norme applicabili in mancanza di scelta siano quanto più precise e prevedibili possibile, in modo che le parti siano in grado di decidere se esercitare o meno questa libertà”). Quello del collegamento più stretto è stato così relegato a criterio meramente residuale (art. 4 par. 4). L'espunzione della clausola è stata però oggetto di critiche in nome della flessibilità e della piena applicazione del principio del collegamento più stretto<sup>12</sup> e così oggi una “clausola di salvaguardia” (questa la denominata nel considerando 20) figura nell'art. 4 del regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I)<sup>13</sup>. Al par. 3 si prevede che, “(s)e dal complesso delle circostanze del caso risulta *chiaramente* che il contratto presenta collegamenti *manifestamente* più stretti con un paese diverso” da quello a cui in principio il regolamento rimanda in mancanza di *optio legis* “si applica la legge di tale diverso paese”. La formulazione della norma lascia intendere la sua cogenza, nel senso che l'interprete gode di discrezionalità soltanto nella verifica dell'esistenza di collegamenti manifestamente più stretti con altra legge<sup>14</sup>: una volta compiuta la verifica, deve applicare d'ufficio la clausola (le parti possono invocarla, certo, ma non grava su di loro alcun onere)<sup>15</sup>.

A quella dell'art. 4 par. 3 (richiamato dall'art. 6 par. 3 per talune ipotesi relative a contratti conclusi da consumatori) si affiancano poi clausole specificamente dedicate ai contratti di trasporto (art. 5 par. 3) e di assicurazione (art. 7 par. 2 ult. frase), come pure ai contratti individuali di lavoro (art. 8 par. 4)<sup>16</sup>.

<sup>10</sup> GUUE L 199 del 31 luglio 2007, p. 40.

<sup>11</sup> COM (2005) 650 def. *sub* Art. 4.

<sup>12</sup> Si veda il parere del Comitato europeo economico e sociale, in *Gazzetta Ufficiale Comunità Europea* n. C-318 del 23 dicembre 2006, p. 56 ss.; MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, “Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)”, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2007, pp. 225-344, a p. 257 ss.; P. MANKOWSKI, “Der Vorschlag für die Rom I-Verordnung”, *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2006, pp. 101-113, a p. 104 ss.

<sup>13</sup> GUUE L 177 del 4 luglio 2008, p. 6.

<sup>14</sup> Secondo U. MAGNUS (“Art. 4”, in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *Rome I Regulation*, Otto Schmidt, Köln, 2017, pp. 263-441, a p. 323) è preferibile riferirsi al momento di conclusione del contratto più che al momento in cui opera l'interprete.

<sup>15</sup> Cfr. P. RÉMY-CORLAY, “Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois”, *Revue critique de droit international privé*, 2003, pp. 37-76, a p. 45.

<sup>16</sup> Nella Convenzione di Roma, ove le parti non avessero scelto la legge applicabile, il collegamento più stretto con altro paese valeva – ai sensi dell'art. 4 par. 5 - ad escludere le presunzioni di cui ai parr. 2-4 dello stesso art. 4: dal momento però che l'art. 4 già richiamava la legge dello Stato con cui il contratto presentava il collegamento più stretto, non si trattava di una vera e propria eccezione. Comunque, vale la pena di ricordare che - come si legge in Corte di Giustizia (Grande Sezione), 6 ottobre 2009, *ICF*, C133/08, punti 53 ss. [ECLI:EU:C:2009:617] - dalla Relazione Giuliano e Lagarde risulta che l'art. 4, n. 5, della Convenzione lasciava al giudice “un certo margine di discrezionalità quanto alla presenza, nella fattispecie, dell'insieme delle circostanze che giustificano la non applicazione delle presunzioni di cui ai paragrafi 2, 3 e 4” e che una siffatta disposizione costituiva “[l]’inevitabile contropartita di una norma di conflitto a carattere generale, destinata a trovare applicazione per quasi tutte le categorie di contratti”. L'art. 4, n. 5, della Convenzione aveva lo scopo di controbilanciare il regime delle presunzioni risultante dallo stesso articolo, conciliando le esigenze di certezza del diritto, cui rispondevano i nn. 24, con la necessità di prevedere una certa flessibilità nella determinazione della legge che presentasse effettivamente il collegamento più stretto con il contratto in questione. Infatti, dato che lo scopo principale dell'art. 4 della Convenzione consisteva nel far applicare al contratto la legge del paese più strettamente collegato, il n. 5 doveva essere interpretato nel senso di consentire al giudice adito di applicare, in ciascuna fattispecie, il criterio che permettesse di determinare l'esistenza di tale collegamento più stretto, disapplicando le presunzioni ove esse non designassero il paese con il quale il contratto presentava concretamente il legame

7. Il 2021 segna l'approdo della clausola d'eccezione in una materia diversa da quella delle obbligazioni. La clausola compare infatti nel regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo<sup>17</sup>, che vi introduce però un elemento di novità. A differenza delle precedenti clausole, in cui decisivo era l'elemento *oggettivo* (il fatto illecito, il contratto), ai fini dell'art. 21 par. 2 del regolamento dirimente è l'elemento *soggettivo*: viene infatti dato rilievo allo Stato con cui il defunto (e non la successione) ha un collegamento manifestamente più stretto<sup>18</sup>.

8. Decisamente atipica è infine l'ultima nata nel mondo europeo delle clausole d'eccezione. Si tratta della clausola contenuta nei regolamenti (UE) 2016/1103 e 1104 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attuano la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e, rispettivamente, di effetti patrimoniali delle unioni registrate<sup>19</sup>. L'art. 26 par. 3 del regolamento n. 1103 (a cui, anche se con alcune differenze, corrisponde l'art. 26 par. 2 del regolamento n. 1104) così recita: "In via di eccezione e su richiesta di uno dei coniugi, l'autorità giurisdizionale competente a decidere su questioni inerenti al regime patrimoniale tra coniugi può decidere che la legge di uno Stato diverso da quello la cui legge è applicabile ai sensi del paragrafo 1, lettera a), disciplini il regime patrimoniale tra coniugi se l'istante dimostra che: a) i coniugi hanno avuto l'ultima residenza abituale comune in tale altro Stato per un periodo significativamente più lungo di quello di residenza abituale comune nello Stato designato al paragrafo 1, lettera a); b) entrambi i coniugi hanno fatto affidamento sulla legge di tale altro Stato nell'organizzazione o pianificazione dei loro rapporti patrimoniali. La legge di tale altro Stato si applica dalla conclusione del matrimonio, salvo disaccordo di uno dei coniugi. In quest'ultimo caso, la legge di tale altro Stato ha effetto a decorrere dallo stabilimento dell'ultima residenza abituale comune in tale altro Stato. L'applicazione della legge dell'altro Stato non pregiudica i diritti dei terzi derivanti dalla legge applicabile ai sensi del paragrafo 1, lettera a). Il presente paragrafo non si applica se i coniugi hanno concluso una convenzione matrimoniale prima della data di stabilimento dell'ultima residenza abituale comune in tale altro Stato".

Si tratta evidentemente di una clausola d'eccezione *sui generis*. Introdotta solo in un secondo tempo (non figurava infatti nella proposta della Commissione)<sup>20</sup>, è caratterizzata da una formulazione decisamente più articolata di quella tradizionale. Limitandoci all'essenziale<sup>21</sup>, una prima peculiarità consiste nel fatto che la clausola è applicabile esclusivamente "su richiesta di uno dei coniugi/partner": dal canto suo il giudice (che non può applicarla d'ufficio) gode di discrezionalità, nel senso che non è obbligato a discostarsi dalla legge in principio applicabile ("l'autorità giudiziaria competente a decidere ... può decidere che la legge di uno Stato diverso..."). La seconda peculiarità riguarda l'ambito di applicazione della clausola, che è limitato all'ipotesi di coniugi che, dopo la celebrazione delle nozze, abbiano avuto una residenza abituale comune (ipotesi contemplata dal par. 1 lett. a). La clausola mette

---

più stretto. Una clausola d'eccezione compariva invece nella Convenzione di Roma del 1980 in relazione al contratto di lavoro (art. 6, par. 2, ultima frase, su cui v. Corte di Giustizia, 12 settembre 2013, *Schlecker*, C64/12, [ECLI:EU:C:2013:551]): per una recente applicazione da parte della Cassazione francese v. P. CORLAY, "Le contrôle de l'application de la clause d'exception par la Cour de cassation", *Revue critique de droit international privé*, 2020, pp. 159-164.

<sup>17</sup> GUUE L 201 del 27 luglio 2012, p. 107.

<sup>18</sup> "Se, in via eccezionale, dal complesso delle circostanze del caso concreto risulta chiaramente che, al momento della morte, il defunto aveva collegamenti manifestamente più stretti con uno Stato diverso da quello la cui legge sarebbe applicabile ai sensi del paragrafo 1, la legge applicabile alla successione è la legge di tale altro Stato".

<sup>19</sup> GUUE L 183 del 8 luglio 2016, p. 1 e rispettivamente p. 30.

<sup>20</sup> COM (2011) 126 final.

<sup>21</sup> Per un'analisi più accurata e ulteriori riferimenti bibliografici v. S. MARINO, "I rapporti patrimoniali della famiglia nella cooperazione giudiziaria civile dell'Unione europea", Milano, 2019, pp. 186-193; D. MARTINY, "Art. 26. Applicable law in the absence of choice by the parties", in I. VIARENGO, P. FRANZINA (Eds), *The EU Regulations on the property regimes of international couples. A Commentary*, Elgar, Cheltenham/Northampton, 2020, pp. 241-259, a p. 256 ss.; e A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales y Reglamento 2016/1103 de 24 junio 2016. Estudio técnico y valorativo de los puntos de conexión", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2023, vol. 15, n. 2, pp. 10-109, a p. 105 ss.

insomma fuori gioco solo la legge dello Stato di prima residenza abituale comune dei coniugi, e non quella dello Stato di cittadinanza comune (par. 1 lett. b) né quella dello Stato “con cui i coniugi presentano assieme il collegamento più stretto al momento della conclusione del matrimonio, tenuto conto di tutte le circostanze” (par. 1 lett. c)<sup>22</sup>. È infine richiesta la sussistenza di due requisiti sostanziali. Il primo, di natura temporale, è rappresentato dall'ultima residenza abituale comune dei coniugi nell'*altro* Stato “per un periodo significativamente più lungo di quello di residenza abituale comune nello Stato” la cui legge sarebbe altrimenti applicabile (Stato di prima residenza abituale comune dei coniugi dopo la conclusione del matrimonio: par. 1 lett. a). Il secondo requisito è l'aspettativa delle parti di veder applicata la legge dell'*altro* Stato (sulla quale “hanno fatto affidamento”): di qui la inapplicabilità della clausola ai rapporti patrimoniali convenzionalmente regolati dai coniugi prima di trasferirsi nello Stato di ultima residenza abituale.

#### IV. ... e nelle Convenzioni dell'Aja sulla protezione dei minori e degli adulti

9. Già prima di approdare a Bruxelles, la clausola d'eccezione era però arrivata all'Aja. Risale infatti al 1994 l'avvio dei lavori di revisione della Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori. Riguardo alla legge applicabile, viene prospettato l'inserimento di una clausola d'eccezione “based not on the principle of proximity (the closest connection), but on the best interests of the child”<sup>23</sup>. Questa clausola figura nel già ricordato (*supra* par. 1) art. 15 par. 2 che consente alle autorità nazionali “nella misura in cui la protezione della persona o dei beni del minore lo richieda ... (di) eccezionalmente applicare o prendere in considerazione la legge di un altro Stato col quale la situazione presenti uno stretto legame”. Prevedendo che le autorità adite “*possono* eccezionalmente” applicare una legge diversa da quella altrimenti applicabile, la Convenzione configura quella d'eccezione come clausola facoltativa (a differenza, ad esempio, dal regolamento Roma I, art. 4 par. 3).

10. Già da una prima lettura, due elementi balzano all'occhio.

Il primo è senz'altro la ponderazione di interessi materiali più che internazionalprivatistici: decisivo, infatti, non è tanto la prossimità con un ordinamento diverso da quello in principio competente (la nozione di collegamento più stretto, del resto, è stata da taluni criticata per la sua vaghezza<sup>24</sup>), quanto piuttosto l'esigenza di proteggere il minore, nella sua persona o nei suoi beni<sup>25</sup>. Il Rapporto Lagarde riporta l'esempio della richiesta di autorizzazione alle autorità dello Stato di residenza abituale del minore per la vendita di un bene ubicato in altro Stato: ancorché la *lex fori* consentisse la vendita senza necessità di autorizzazione, questa dovrebbe essere concessa - nell'interesse del minore - ove la *lex rei sitae*, al contrario, la richiedesse.

Potremmo dire di essere in presenza di una clausola d'eccezione “funzionale”, *child-centered*. Non va dimenticato, d'altronde, che pochi anni prima il *best interest of the child* era assunto a principio informatore di tutte le decisioni riguardanti i minori (il riferimento è naturalmente all'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989)<sup>26</sup>. Ma, vale la pena di sottolinearlo, la Conven-

<sup>22</sup> Per una critica, soprattutto in merito all'esclusione dell'ipotesi di cui al par. 1 (b), v. F. VISMARA, “Legge applicabile in mancanza di scelta e clausola d'eccezione nel regolamento (UE) n. 2016/1103 in materia di regimi patrimoniali tra i coniugi”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2017, pp. 356-371, a p. 370 s.

<sup>23</sup> Art. 11 par. 2: v. SPECIAL COMMISSION, “Report”, in *Hague Conference on private international law, Proceedings of the Eighteenth Session, 30 September to 19 October 1996*, Tome II, Protection of Children, 1998, p. 171

<sup>24</sup> F.-K. JUENGER, “Parteiautonomie und objective Anknüpfung in EG-Übereinkommen zum Internationalen Vertragsrecht. Eine Kritik aus amerikanischer Sicht”, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1982, pp. 57-83, p. 72 (“non rule”).

<sup>25</sup> Si veda *supra* nota 3.

<sup>26</sup> “1. In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente”.

zione dell'Aja non sovrastima l'eventuale stretto legame del *minore* con uno Stato diverso da quello del foro<sup>27</sup>, valorizzando piuttosto lo stretto legame della *situazione* con altro Stato: dirimente dunque è, come da tradizione, l'elemento *oggettivo*. La valutazione al riguardo va ragionevolmente riferita al momento in cui opera l'interprete e non già al momento in cui la situazione è sorta<sup>28</sup>.

**11.** Il secondo dato distintivo è la previsione, oltre che del ricorso a una legge diversa da quella in principio applicabile, della sua mera "presa in considerazione". L'espressione ("prendere in considerazione") è stata probabilmente ripresa dalla legge svizzera sopra richiamata, dove è utilizzata a proposito delle norme di applicazione necessaria di uno Stato terzo (diverso cioè sia da quello del foro che da quello la cui legge è chiamata a disciplinare la questione)<sup>29</sup>. Certo, la vaghezza dell'espressione non incentiva l'utilizzo di questa opzione, che tra l'altro si presta ad arbitrarie operazioni interpretative e manipolative.

Al di là del dato testuale, l'originalità della soluzione sta – a mio avviso – innanzi tutto nel contesto in cui è inserita: molto prima del legislatore europeo (2012), infatti, la Conferenza dell'Aja impiega la clausola d'eccezione nel delicato ambito del diritto delle persone e della famiglia. È questa una scelta che sarebbe stata confermata pochi anni dopo in materia di protezione internazionale degli adulti. L'art. 13 par. 2 della Convenzione del 13 gennaio 2000 (incorporata nella recente proposta di regolamento UE sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di protezione degli adulti) prevede infatti che "qualora la protezione della persona o dei beni dell'adulto lo richieda" le autorità nazionali "possono eccezionalmente applicare o prendere in considerazione la legge di un altro Stato con il quale la situazione presenti uno stretto legame."

**12.** L'art. 15, par. 2 della Convenzione del 1996 (al pari dell'art. 13 par. 2 della Convenzione del 2000) si configura in definitiva come una clausola d'eccezione "aperta"<sup>30</sup>, "porosa"<sup>31</sup>, che introduce flessibilità attraverso l'applicazione/presa in considerazione in particolare della legge nazionale del soggetto che si vuole tutelare<sup>32</sup>. La *ratio* è introdurre un correttivo compensativo all'appiattimento sulla *lex fori* in situazioni connesse ad altri ordinamenti. Ricordando che, stante la sua eccezionalità, la dis-

<sup>27</sup> Come si legge nel Manuale pratico relativo al funzionamento della Convenzione dell'Aja (punto 13.94) "lo Stato contraente che esercita la competenza può eccezionalmente applicare o prendere in considerazione la legge di un altro Stato con il quale *la situazione* presenti uno stretto legame": la situazione, appunto, e non il minore.

<sup>28</sup> V., d'altra parte, *supra* nota 14.

<sup>29</sup> Si tratta dell'art. 19 della legge 18 dicembre 1987 che nella versione francese così recita: "1. Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent, une disposition impérative d'un droit autre que celui désigné par la présente loi peut être prise en considération, si la situation visée présente un lien étroit avec ce droit. 2. Pour juger si une telle disposition doit être prise en considération, on tiendra compte du but qu'elle vise et des conséquences qu'aurait son application pour arriver à une décision adéquate au regard de la conception suisse du droit". Utilizza invece, sempre a proposito delle norme imperative di uno Stato terzo, l'espressione "dare efficacia" (*donner effet*) l'art. 7, par. 1 Conv. Roma. La medesima espressione compare nell'art. 9 par. 3 Roma I con riferimento alle "norme di applicazione necessaria del paese in cui gli obblighi derivanti dal contratto devono essere o sono stati eseguiti, nella misura in cui tali norme di applicazione necessaria rendono illecito l'adempimento del contratto". Tale disposizione, secondo la Corte di Giustizia (grande sezione), 18 ottobre 2016, *Nikiforidis*, C135/15 [ECLI:EU:C:2016:774], deve essere interpretata nel senso che "essa esclude che norme di applicazione necessaria diverse da quelle dello Stato del foro, o dello Stato nel quale gli obblighi derivanti dal contratto devono essere o sono stati eseguiti, possano essere applicate, in quanto norme giuridiche, dal giudice del foro, ma non osta a che quest'ultimo prenda in considerazione siffatte altre norme di applicazione necessaria in quanto elementi di fatto nei limiti in cui ciò è previsto dal diritto nazionale applicabile al contratto in forza delle disposizioni di tale regolamento". In materia di legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali, l'art. 17 Roma II allude invece all'obbligo di tenere conto (*tenir compte*) delle norme di sicurezza e di condotta del *locus delicti*, ma solo "quale dato di fatto e ove opportuno".

<sup>30</sup> R. HAUSMANN, *Internationales und Europäisches Familienrecht*, 2 ed., C.H. Beck, München, 2018, punto 629, parla di "offen formulierte Ausweichklausel".

<sup>31</sup> "schwammige Ausweichklausel": così KEGEL, SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, 9 ed., C.H. Beck, München, 2004, § 20 XI. 5. b), p. 940.

<sup>32</sup> Vale la pena ricordare che, in base alla vecchia Convenzione dell'Aja del 1961, la legge nazionale del minore era chiamata a regolare il riconoscimento dei rapporti di pieno diritto, tra genitori e figli. Così, tra altri, K. SIEHR, *Internationales Privatrecht*, C.F. Müller, Heidelberg, 2001, par. 44, I.4.

posizione in esame va evidentemente applicata dopo attenta valutazione caso per caso circa l'esistenza dello stretto legame con uno Stato<sup>33</sup>.

Nonostante sia in vigore da oltre vent'anni (e precisamente dal 1° gennaio 2002) questa clausola è stata assai poco sfruttata.

Tra i pochi noti, si segnalano due casi tedeschi<sup>34</sup> in cui il giudice si è cimentato in un'operazione di "presa in considerazione" della legge polacca allo scopo di "adattarvi" la *lex fori*, attraverso un'operazione di coordinamento delle due discipline. Risultato di questo adattamento è, con tutta evidenza, una disciplina artefatta (frutto della manipolazione della legge locale) e discriminatoria rispetto alle situazioni interne allo Stato del foro. In entrambi i casi, si trattava di controversie di natura patrimoniale in ambito successorio, dove d'altronde lo stesso legislatore UE ha espressamente previsto una forma di adattamento (art. 31 reg. CE n. 650/2012)<sup>35</sup>.

Certamente più difficile è procedere all'adattamento ove si tratti di questioni squisitamente familiari come il diritto di visita. Così, in una decisione recente riguardante il diritto di visita di una cittadina italiana in relazione alla figlia della ex compagna tedesca (nata in Germania nell'ambito di un progetto genitoriale da quest'ultima condiviso con la ex moglie tedesca, madre adottiva)<sup>36</sup>, il Tribunale di Milano ha utilizzato l'art. 15 par. 2 della Convenzione per richiamare la legge tedesca (anziché adattarvi la *lex fori* italiana) ritenendo "opportuno applicare alla protezione di minori stranieri la loro legge nazionale se risulta che tali minori faranno a breve rientro nel loro paese d'origine", soprattutto per evitare l'adozione di una misura di protezione che non potrà ottenere esecuzione in quel paese. Decisivo risulta essere stato "il del tutto provvisorio radicamento della bambina in Italia ... coincidente con la cessazione del rapporto sentimentale tra la madre biologica e la partner/asserita madre sociale"<sup>37</sup>. Ma, al di là dei possibili inconvenienti derivanti dall'impiego della legge italiana, sono stati valutati "gli effetti maggiormente positivi per la tutela della persona del minore che discendono dalla applicazione della legge dell'altro Stato" (Germania), che consente di concedere giudizialmente a persona strettamente legata al minore (*enge Bezugsperson des Kindes*) un diritto di visita (*Umgang*) in presenza di comprovato rapporto socio-familiare ed effettiva responsabilità (art. 1685, par. 2 BGB). Nell'ordinamento italiano, al contrario, in caso di dissidi familiari, il figlio ha diritto di "mantenere un rapporto equilibrato e continuativo" solo "con ciascuno dei genitori" (art. 337-ter cod.civ.): né – sottolinea il Tribunale – è possibile fornire di detta disposizione un'interpretazione costituzionalmente orientata, tale da includere nell'area di protezione la relazione tra minore e genitore sociale<sup>38</sup>.

<sup>33</sup> Così il "Manuale pratico" della Convenzione (punto 13.95): "Il fatto che un minore, o una situazione, presenti uno "stretto legame" con uno Stato deve essere valutato caso per caso. Esempi di Stati con i quali il minore può presentare uno "stretto legame" sono: lo Stato di precedente residenza abituale del minore, lo Stato nel quale vivono i familiari del minore che sono disposti a farsene carico, in caso di separazione dei genitori lo Stato nel quale vive il genitore al quale sono conferiti i diritti di visita/contatto, o lo Stato nel quale vivono altri parenti del minore che quest'ultimo visita regolarmente".

<sup>34</sup> OLG Koblenz, 19 marzo 2018, in *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2019, pp. 539-540; OLG Hamm, 4 maggio 2020, in *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2022, pp. 642-643, con commento di C. BENICKE, N. SUCHOCKI, *Die Genehmigung bder Erbausschlagung durch deutsche Gerichte bei polnischen Erbfällen*, pp. 603-611 (il caso riguardava la restituzione di un'eredità in Polonia da parte di un minore residente in Germania).

<sup>35</sup> "Se una persona invoca un diritto reale che le spetta secondo la legge applicabile alla successione e la legge dello Stato membro in cui il diritto è invocato non conosce il diritto reale in questione, tale diritto è adattato, se necessario e nella misura del possibile, al diritto reale equivalente più vicino previsto dalla legge di tale Stato, tenendo conto degli obiettivi e degli interessi perseguiti dal diritto reale in questione nonché dei suoi effetti."

<sup>36</sup> Trib. Milano, 6 luglio 2023, decr., con commento di C. CAMPIGLIO, "Il riconoscimento del diritto di visita della terza madre di minore straniera: applicazione di una clausola "d'eccezione" per un caso eccezionale", in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2023, pp. 1319-1333.

<sup>37</sup> Non può pertanto essere accolta la contestazione della madre biologica che produce due pareri *pro veritate*, secondo cui la clausola d'eccezione convenzionale opera non tanto in presenza di legami più intensi del caso con una legge diversa dalla *lex fori* quanto in presenza di un legame tra il caso e il paese in cui la misura richiesta al giudice è destinata a trovare attuazione. La legge tedesca, in altre parole, andrebbe applicata solo dopo aver accertato che l'applicazione della *lex fori* produrrebbe inconvenienti evitabili ove si applicasse una legge diversa (quella tedesca, nel caso di specie).

<sup>38</sup> Quest'ultimo potrebbe solo sollecitare un ricorso del Pubblico Ministero nei confronti del genitore biologico per comportamento pregiudizievole al figlio ex art. 333 cod. civ., con possibile intervento dei servizi sociali: risultato "nocivo" per il minore e di difficile attuazione in Germania.

## V. Osservazioni conclusive

13. Sorta nell'ambito delle obbligazioni, la clausola d'eccezione ha progressivamente trovato spazio a livello internazionale anche in materia di diritto delle persone, della famiglia e delle successioni. Ma mentre la Comunità/Unione europea ha continuato a vedervi uno strumento di localizzazione spaziale per così dire *proximity-focused*, la Conferenza dell'Aja ha caricato la clausola di una valenza materiale, a tutela della parte debole del rapporto da regolare. Questo approccio, che possiamo definire *person-centered*, trova d'altronde giustificazione in ragione della materia trattata (la protezione, appunto, dei minori o degli adulti vulnerabili).

In ogni caso, la clausola d'eccezione implica l'esercizio di un'ampia discrezionalità da parte dell'interprete, ponendo di conseguenza a rischio prevedibilità delle soluzioni e certezza del diritto<sup>39</sup>. Sono richiesti sensibilità ed equilibrio, nell'esercizio di un'attività creativa volta a contemperare giustizia internazionalprivatistica (ricerca dell'ordinamento astrattamente più adatto a disciplinare la fattispecie) e giustizia materiale (ricerca della soluzione concretamente migliore).

Anche alla luce di questi sviluppi, possiamo dire che non è un caso se la clausola d'eccezione è nata in Svizzera, dove il codice civile (art. 1, par. 2) consente al giudice di decidere "secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore".

---

<sup>39</sup> Di ciò il legislatore belga ha voluto dare conto, nel codice di diritto internazionale privato del 2004, di cui si riporta l'art. 19: "§ 1er. Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable lorsqu'il apparaît manifestement qu'en raison de l'ensemble des circonstances, la situation n'a qu'un lien très faible avec l'Etat dont le droit est désigné, alors qu'elle présente des liens très étroits avec un autre Etat. Dans ce cas, il est fait application du droit de cet autre Etat. Lors de l'application de l'alinéa 1er, il est tenu compte notamment : - du besoin de prévisibilité du droit applicable, et - de la circonstance que la relation en cause a été établie régulièrement selon les règles de droit international privé des Etats avec lesquels cette relation présentait des liens au moment de son établissement. § 2. Le § 1er n'est pas applicable en cas de choix du droit applicable par les parties conformément aux dispositions de la présente loi, ou lorsque la désignation du droit applicable repose sur le contenu de celui-ci". Da segnalare è la mancata previsione di una clausola d'eccezione del progetto di codice di diritto internazionale privato francese pubblicato nel 2022.