

S. 4 / Nr. 2 Familienrecht (i)

BGE 69 II 4

2. Sentenza 11 febbraio 1943 della II sezione civile nella causa Tozzi contro Tozzi.

Regeste:

Portata degli art. 7 h e 7 i della legge federale 25 giugno 1891 sui rapporti di diritto civile dei domiciliati e dei dimoranti (art. 61 del titolo finale del CC).

La norma, secondo cui il coniuge straniero domiciliato in Svizzera deve provare che la legge o la giurisprudenza della sua patria riconoscono la competenza del giudice svizzero, è applicabile non soltanto al divorzio propriamente detto, ma anche alla separazione personale.

Tragweite der Art. 7 h und 7 i NAG (Art. 61 ZGB'SchIT).

Der in der Schweiz wohnende Ausländer hat nicht nur, wenn er auf Scheidung, sondern ebenso, wenn er auf blosser Trennung der Ehe klagt, nachzuweisen, dass die Zuständigkeit des schweizerischen Richters durch Gesetz oder Gerichtsgebrauch seines Heimatstaates anerkannt wird.

Portée de l'art. 7, lettres h et i, LRDC (art. 61 CC tit. fin.).

La règle suivant laquelle l'époux étranger domicilié en Suisse doit prouver que la loi ou la jurisprudence de son pays d'origine reconnaît la compétence du juge suisse s'applique non seulement au divorce mais aussi à la séparation de corps.

Seite: 5

Ritenuto in fatto:

A. L'undici settembre 1926, Alfio Tozzi, di nazionalità italiana, ed Angelica Schira, di nazionalità svizzera, si univano in matrimonio a Locarno ed ivi prendevano domicilio, il marito esercitando il mestiere di scalpellino e la moglie lavorando in una fabbrica.

Dalla loro unione nasceva, il 26 febbraio 1931, una bambina di nome Liliana.

Rimasto disoccupato, il Tozzi partiva, nel settembre 1939, per l'Italia e si domiciliava nel comune di Lastra a Signa (Provincia di Firenze), ove aveva trovato lavoro in uno stabilimento industriale. Consenziente il marito, la moglie restava con la bambina a Locarno.

B. Con petizione 25 marzo 1941 Angelica Tozzi conveniva il marito davanti alla Pretura di Locarno, affinché fosse pronunciata la separazione personale.

Il convenuto contestava, in virtù degli art. 7 lett. h e 7 lett. i della legge federale 25 giugno 1891 sui rapporti di diritto civile dei domiciliati e dei dimoranti (LDD), la competenza del giudice adito e, subordinatamente, concludeva pel rigetto della petizione nel merito.

Con sentenza 28 maggio 1942 il Pretore di Locarno si dichiarava competente ed ammetteva le domande dell'attrice.

Il Tozzi si aggravava alla Camera civile del Tribunale di appello del Cantone Ticino, la quale, statuendo in data 16 ottobre 1942, dichiarava improponibile l'azione dell'attrice essenzialmente per le seguenti ragioni:

Secondo i combinati art. 7 lett. h e 7 lett. i della LDD, i tribunali svizzeri sono competenti per pronunciare la separazione personale di coniugi stranieri, purchè la parte attrice sia domiciliata in Svizzera e la legge o la giurisprudenza della sua patria riconoscano competente il giudice svizzero. Nel fattispecie la prima di queste condizioni è adempita, poichè l'attrice è autorizzata ad avere un domicilio separato da quello di suo marito che non è

Seite: 6

tenuta a seguire in Italia, dov'egli percepisce uno stipendio insufficiente al mantenimento della sua famiglia. La seconda condizione non è invece soddisfatta. A torto il Pretore di Locarno si è riferito alla giurisprudenza del Tribunale federale e della Camera civile del Tribunale di appello del Cantone Ticino: le sentenze da lui citate concernono casi che differiscono da quello concreto. L'attrice non ha fornito la prova che nel fattispecie il giudice svizzero è riconosciuto competente dalla legge o dalla giurisprudenza italiana. Dall'art. 2 della convenzione conclusa il 3 gennaio 1933 tra la Svizzera e l'Italia risulta invece che questo riconoscimento è limitato a due ipotesi che non si verificano in concreto: se la parte convenuta è domiciliata in Svizzera all'inizio della procedura (cifra 1) oppure se si è sottoposta alla competenza del giudice svizzero entrando senza riserve nel merito della lite (cifra 2).

C. Contro questa sentenza Angelica Tozzi ha interposto ricorso al Tribunale federale ai sensi degli art. 56 e seg. OGF, riconfermandosi nelle sue conclusioni.

Considerando in diritto:

1. La sentenza querelata ha ammesso che la norma prevista dall'art. 7 lett. h della LDD, secondo cui

il coniuge straniero domiciliato in Svizzera deve provare che la legge o la giurisprudenza della sua patria riconoscono la competenza del giudice svizzero, è applicabile non soltanto al divorzio propriamente detto, ma anche alla separazione personale.

Nello stesso senso si sono pronunciate e la dottrina (BECK, Kommentar z. ZGB, vol. V, titolo finale, nota 43 ad art. 7 lett. h e note 12 e seg. ad art. 7 lett. i della LDD; REICHEL, Kommentar z. ZGB, titolo finale, pag. 164; EGGER, Kommentar z. ZGB, vol. II/1, nota 9 ad art. 144 CC; SCHNITZER, Handbuch des internationalen Privatrechts, pag. 183-184; BAER, nella Schw. Jur. Ztg., vol. 9, pag. 217 e seg.; SAUSER-HALL, ibidem, vol. 28, pag. 141;

Seite: 7

ALEXANDER, ibidem, vol. 38, pag. 241 e seg.; ALBISETTI, Die Ehescheidung, die Trennung und die Auflösung der Ehe der Italiener in der Schweiz, pag. 86 e seg.; VIDOR, Die Staatsangehörigkeit der Frau nach schw. Recht, pag. 65 e seg.) e la giurisprudenza del Tribunale federale (RU 50 II 311 -313; 57 II 241 -243 e 454-457; 58 II 190 -193) fino alla sentenza (non pubblicata) 10 ottobre 1941 su ricorso Maillard.

Nella causa Maillard si trattava della domanda di separazione personale presentata al Tribunale cantonale del Vallese da una moglie che, oriunda vallesana, era diventata francese per matrimonio e, dopo un suo -ritorno al paese di attinenza per motivi di salute, era stata abbandonata dal marito, il quale si era recato in America e da anni non le aveva più dato sue notizie. Su ricorso dell'attrice contro la sentenza con cui il giudice vallesano si era dichiarato incompetente, il Tribunale federale, modificando la sua costante giurisprudenza, dichiarava che la norma prevista dall'art. 7 lett. h LDD, secondo cui la parte attrice deve provare che la legge o la giurisprudenza della sua patria riconoscono competente il giudice svizzero, non è applicabile in materia di separazione personale per i seguenti motivi: «Si la règle énoncée à l'art. 7 h de la loi de 1891 se comprend en matière de divorce où elle vise à éviter que les époux soient regardés comme mariés à l'étranger, alors qu'ils auraient été divorcés en Suisse, elle ne se comprend plus, ou du moins ne s'impose pas avec la même nécessité lorsqu'il s'agit d'une simple séparation de corps qui laisse subsister les liens du mariage. Lors donc que l'art. 7 litt. i de la même loi prescrit que la loi qui régit le divorce s'applique également à la séparation de corps, comme à toute institution équivalente du droit étranger, on peut admettre que ce renvoi concerne seulement les règles de fond, mais non pas celles de compétence, cette compétence devant être régie par les dispositions du droit commun.»

2. Sottoposta ad un nuovo esame, l'argomentazione.

Seite: 8

su cui poggia la sentenza Maillard, non appare convincente.

Anzitutto è dubbio se esistano meno inconvenienti in materia di separazione personale che in materia di divorzio a pronunciare in Svizzera sentenze che non saranno riconosciute all'estero, poichè, per lo più, la separazione personale è un espediente per ottenere la reintegrazione nella cittadinanza svizzera (art. 10 della legge federale 25 giugno 1903 sull'acquisto della cittadinanza svizzera e sulla rinuncia alla stessa) e poi il divorzio (RU 40 I 426 -427).

Del resto, non si tratta di sapere se la ratio legis sia identica per il divorzio e per la separazione personale, ma se effettivamente il legislatore abbia disciplinato i due casi.

a) A priori appare molto inverosimile che, mentre per il divorzio propriamente detto il legislatore ha istituito il foro dell'azione del coniuge svizzero domiciliato all'estero e ammesso il riconoscimento delle sentenze pronunciate all'estero (art. 7 lett. g LDD), come pure ha stabilito le condizioni cui è subordinata la competenza del giudice svizzero nei confronti degli stranieri in Svizzera (art. 7 lett. h), abbia invece lasciato insolte tali questioni per quanto concerne la separazione personale.

b) La genesi degli art. 7 lett. g-i LDD mostra che una siffatta lacuna non esiste.

La legge federale 24 dicembre 1874 su gli atti dello stato civile e il matrimonio non conteneva norme concernenti la competenza dei tribunali svizzeri in materia di separazione personale degli stranieri. Ciò si spiega per il fatto che questa legge ammetteva soltanto l'azione di divorzio propriamente detto, la separazione essendo una misura temporanea che il giudice poteva ordinare, ma le parti non avevano il diritto di chiedere in linea principale (art. 47; cfr. RU 3 376 e seg.). Sotto l'impero di quella legge, il Tribunale federale giudicò che, siccome le disposizioni sul divorzio sono di ordine pubblico, anche

Seite: 9

gli stranieri, il cui diritto nazionale ammette la separazione personale, non potevano farla pronunciare dai tribunali svizzeri (RU 4 669 e seg.).

La Convenzione dell'Aja conclusa il 12 giugno 1902, «che regola i conflitti di leggi e di giurisdizioni in materia di divorzio e di separazione personale» (alla quale la Svizzera aveva aderito nel 1905, ma che ha disdetta nel 1928), non modificò questo stato di cose, poichè, se disciplinava la competenza

in materia di divorzio e di separazione personale (art. 5), era tuttavia applicabile, in virtù dell'art. 1, soltanto nel caso in cui tanto la legge nazionale delle parti, quanto quella del luogo ove la domanda è avanzata ammettevano il divorzio o la separazione personale.

Il progetto di codice civile svizzero del 1900, come pure quello del 1905 fecero opera innovatrice, ammettendo, come emerge dagli articoli (specialmente dalle loro marginali) 165, 166 e 167 del primo e 1753, 1754 e 1755 del secondo, non soltanto l'azione di divorzio propriamente detto, ma anche l'azione di separazione personale e le norme di competenza internazionale sia per l'uno sia per l'altro di questi due istituti.

All'entrata in vigore del codice civile svizzero, gli art. 1753, 1754 e 1755 del progetto del 1905 sono diventati (eccezion fatta delle loro marginali) gli art. 7 g, h, i della LDD.

c) Il codice civile svizzero (art. 143 e 146 e le marginali A, B, C, D del titolo quarto) considera il divorzio propriamente detto e la separazione personale come due modalità d'un solo e medesimo istituto denominato «divorzio».

In questo senso largo dev'essere inteso il termine «divorzio» che ricorre nelle lettere g, h dell'art. 7 LDD: ciò risultava in modo evidente dalle marginali che accompagnavano gli art. 165-167 del progetto del 1900 e gli art. 1753-1755 del progetto del 1905 e non figurano più nel testo attuale, perchè la LDD non ha marginali.

Seite: 10

Dato quanto precede, la sentenza Maillard si basa a torto sul secondo capoverso dell'art. 7 lett. i per affermare che il legislatore ha dichiarato applicabile alla separazione personale soltanto il diritto materiale, escluse quindi le norme di competenza. La *sedes materiae* non si trova nel secondo, ma nel primo capoverso dell'art. 7 lett. i, a tenore del quale le azioni e le sentenze, di cui è cenno nelle lettere g, h dell'art. 7, concernono tanto il divorzio propriamente detto, quanto la separazione personale, cosicchè le norme di competenza si applicano necessariamente ai due istituti. Il secondo capoverso, di redazione poco felice, non afferma il contrario e mira semplicemente a precisare che quale «separazione personale» debbesi intendere non soltanto quella così chiamata secondo la legge estera, ma anche ogni «cessazione dell'unione coniugale» che abbia effetti equivalenti.

Del resto, anche le conseguenze pratiche della dottrina enunciata nella sentenza Maillard sono poco soddisfacenti.

Secondo la sentenza Maillard, alla separazione personale non sarebbero applicabili le norme di competenza poste dagli art. 7 lett. g e 7 lett. h, ma quelle del diritto comune. Quale diritto comune non dovrebbe intendere il codice civile svizzero che non ha portata internazionale, ma la LDD nelle sue disposizioni generali. Ne segue che gli svizzeri domiciliati all'estero potrebbero adire il giudice svizzero con una domanda di separazione personale soltanto se il diritto internazionale privato del loro domicilio rimandasse al diritto del luogo d'origine (art. 28, cifra 2, della LDD): la loro situazione sarebbe adunque meno favorevole di quella prevista dall'art. 7 lett. g. Quanto agli stranieri domiciliati in Svizzera, essi sarebbero soggetti alla giurisdizione del luogo di domicilio, conformemente ai combinati art. 2 e 32 della LDD: quale «domicilio» debbesi però intendere quello della parte convenuta (cfr. BECK, Kommentar z. ZGB, vol. V, titolo finale, pag. 95, nota 126 in fine). Ne segue che se, come nel fattispecie, la moglie sola è domiciliata in Svizzera, essa

Seite: 11

non potrebbe mai adire il giudice svizzero e si troverebbe quindi in una situazione molto più sfavorevole di quella prevista dall'art. 7 lett. h LDD.

3. I principi posti dalla sentenza Maillard non reggono e debbono quindi essere abbandonati.

Si può tuttavia chiedersi se si debba semplicemente far ritorno alla giurisprudenza anteriore alla sentenza Maillard, oppure introdurre, come propone STAUFFER (Schw. Jur. Ztg. vol. 25 pag. 289 e seg.) un temperamento alla norma, secondo cui anche per la separazione personale è necessaria la prova che la legge o la giurisprudenza estera riconoscono come competente il giudice svizzero.

Questo temperamento dovrebbe concernere la moglie straniera, che prima del suo matrimonio era attinente svizzera ed è certa di essere reintegrata nella nazionalità svizzera dopo la pronuncia della sua separazione personale: si dovrebbero facilitare questa reintegrazione ed il susseguente divorzio permettendole di chiedere la separazione personale in Svizzera anche se lo Stato estero non riconosce la competenza del giudice svizzero.

Se a favore di questo temperamento si possono invocare vari argomenti, esso è tuttavia in urto col fatto che il diritto privato svizzero non distingue tra gli stranieri a seconda che abbiano o non abbiano posseduto precedentemente al matrimonio la cittadinanza svizzera. In questa mancata distinzione non si può ravvisare una lacuna della legge che il giudice deve colmare in virtù dell'art. 1 CC: ammettere ivi una lacuna equivarrebbe a dichiarare incompleto un regolamento uniforme che non prevede l'eccezione ritenuta desiderabile. Ne segue che soltanto il legislatore potrebbe introdurre il suddetto temperamento.

Ad ogni modo, nel fattispecie la ricorrente non fruirebbe del temperamento proposto da Stauffer in quanto che non ha ottenuto, anzi non ha neppure chiesto di essere reintegrata condizionalmente nella cittadinanza svizzera.

4. Ammesso adunque che la norma prevista

Seite: 12

dall'art. 7 lett. h della LDD, secondo cui l'attore deve provare che la legge o la giurisprudenza della sua patria riconoscono come competente il giudice svizzero, vale non soltanto in materia di divorzio, ma anche di separazione personale, il ricorso interposto da Angelica Tozzi contro la sentenza 16 ottobre 1942 della Camera civile del Tribunale di appello del Cantone Ticino non può essere accolto. Infatti, a buon diritto la seconda giurisdizione cantonale ha ritenuto che l'attrice non ha fornito la prova che l'Italia riconoscerebbe nel fattispecie la competenza del giudice svizzero. Manifestamente a torto la Tozzi sostiene nel suo ricorso al Tribunale federale che un tale riconoscimento risulta dalla cifra 5 dell'art. 2 della Convenzione italo-svizzera 3 gennaio 1933: questa cifra concerne il caso inverso di quello concreto, ossia il caso di sentenze pronunciate dai tribunali nazionali delle parti in questioni di stato, di capacità civile o di diritto di famiglia.

Il Tribunale federale pronuncia:

Il ricorso è respinto e la querelata sentenza 16 ottobre 1942 della Camera civile del Tribunale di appello del Cantone Ticino è confermata