

€ 22,00



L. MURA – Il diritto internazionale privato italiano nei rapporti con il diritto internazionale, europeo e straniero

LOREDANA MURA

Il diritto internazionale privato italiano
nei rapporti con il diritto internazionale,
europeo e straniero



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

Il diritto internazionale privato italiano
nei rapporti con il diritto internazionale,
europeo e straniero

LOREDANA MURA

Il diritto internazionale privato italiano
nei rapporti con il diritto internazionale,
europeo e straniero



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2012 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-348-3732-0

Composizione: La Fotocomposizione - Torino

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Indice

	<i>pag.</i>
<i>Premessa</i>	XI
<i>Piano di lavoro</i>	XV

PARTE GENERALE *I rapporti con il diritto internazionale, europeo e straniero*

<i>Introduzione</i>	3
---------------------	---

Capitolo I

Gli sviluppi del diritto internazionale privato e i nuovi problemi del suo inquadramento giuridico

1. Inquadramento giuridico del diritto internazionale privato: definizione e oggetto	7
2. I fattori condizionanti la determinazione della natura giuridica del diritto internazionale privato	9
3. Le nuove tendenze terminologiche per definire l'“estranità” che caratterizza le fattispecie di diritto internazionale	14
4. La teoria del <i>tertium genus</i> e la questione del collegamento delle fattispecie connotate da estraneità al diritto dell'Unione europea	16
5. La formazione di obblighi internazionali nel settore del diritto internazionale privato	19
6. L'adattamento al diritto internazionale pattizio: la procedura ordinaria	23
7. <i>Segue</i> : La procedura speciale	25
8. L'adattamento al diritto internazionale consuetudinario: la procedura speciale prevista dall'art. 10 Cost. it.	27
9. L'adattamento al diritto dell'Unione europea: le procedure di adattamento al diritto originario e al diritto derivato	28

	<i>pag.</i>
10. Rilievi critici alla teoria dominante sull'adattamento e i suoi riflessi sulla problematica del diritto internazionale privato	32
11. La questione dell'“efficacia” negli ordinamenti statali delle norme internazionali e comunitarie oggetto di adattamento	36
12. L'applicabilità del diritto internazionale privato all'attività dello Stato e degli altri enti pubblici con omologhi esteri	38

Capitolo II

Origine ed evoluzione del diritto internazionale privato

1. L'origine storica del diritto internazionale privato come “conflitto di leggi” ovvero conflitto fra ordinamenti sovrani	41
2. Il secolo XIX e la nascita della scienza del diritto internazionale privato	44
3. Le origini del diritto internazionale privato italiano: l'impronta manci-niana	45
4. La legge 31 maggio 1995, n. 218 di riforma del diritto internazionale privato italiano	48
5. Le diverse accezioni del concetto di “diritto internazionale privato” e la soluzione accolta dalla legge n. 218/1995	49
6. Eterogeneità dei sistemi statali di diritto internazionale privato e problematiche ad essa conseguenti	50
7. <i>Segue</i> : Esigenze di uniformità internazionale dei sistemi di d.i.pr. e di coerenza interna degli ordinamenti nazionali	52

Capitolo III

I criteri per la determinazione della legge applicabile: le norme di conflitto

1. La collocazione del tema della “legge applicabile” nello studio dei meccanismi e problematiche del diritto internazionale privato	55
2. I diversi metodi legislativi per la disciplina delle “situazioni connotate da estraneità”. Il metodo relativo alle “norme di conflitto”	56
3. La natura giuridica delle norme di conflitto e la loro applicazione d'ufficio	59
4. La legittimità costituzionale delle norme di conflitto	61
5. L'oggetto delle norme di conflitto	63
6. La funzione delle norme di conflitto	65
7. Le norme di conflitto come categoria di “norme strumentali”	67

	<i>pag.</i>
8. La struttura delle norme di conflitto	69
9. La qualificazione	73
10. <i>Segue</i> : Il <i>depeçage</i> o frazionamento	75

Capitolo IV

Il diritto applicabile: il trattamento giuridico e processuale delle norme straniere richiamate

1. Richiamo alle particolarità dell'istituto del "rinvio" nel funzionamento delle norme strumentali e di conflitto	77
2. <i>Segue</i> : Il c.d. problema del rinvio nella determinazione della legge applicabile: la disciplina dell'istituto <i>ex art.</i> 13 della legge n. 218/1995	80
3. Il problema della definizione della normativa straniera richiamata in termini di "legge" o di "diritto"	83
4. Il diritto straniero richiamato: valore giuridico e rango nell'ordinamento del foro	86
5. <i>Segue</i> : La questione del controllo di merito del diritto straniero richiamato: il significato degli artt. 14 e 15 della legge n. 218/1995	89
6. <i>Segue</i> : La questione del controllo di legittimità costituzionale delle norme del diritto straniero richiamato	91
7. Il rinvio agli ordinamenti plurilegislativi	93
8. Il rinvio al diritto internazionale e comunitario: gli artt. 42, 45, 57 e 59 della legge n. 218/1995	95
9. L'ordine pubblico	98
10. Le norme di applicazione necessaria	103

Capitolo V

L'ambito della giurisdizione italiana

1. L'influenza del diritto internazionale e comunitario sul diritto internazionale processuale italiano	107
2. La questione dell'esistenza di una c.d. giurisdizione internazionale	109
3. <i>Segue</i> : La questione dell'esistenza di una c.d. giurisdizione comunitaria	112
4. La giurisdizione per le controversie connotate da estraneità alla luce dei rapporti del diritto internazionale privato con il diritto internazionale	114
5. <i>Segue</i> : La giurisdizione per le controversie connotate da estraneità alla luce dei rapporti del diritto internazionale privato con il diritto comunitario	116
6. I titoli di giurisdizione stabiliti dalla legge italiana: in particolare, l'art. 3 della legge n. 218/1995	119

	<i>pag.</i>
7. L'estensione e la deroga convenzionale della giurisdizione italiana	123
8. Il difetto della giurisdizione italiana nell'ipotesi regolata dall'art. 5 della legge n. 218/1995	124
9. Altre ipotesi di esclusione della giurisdizione italiana: l'immunità degli Stati stranieri	125
10. <i>Segue</i> : L'immunità dalla giurisdizione italiana degli agenti diplomatici, dei Capi di Stato e di altri organi statali	128
11. <i>Segue</i> : L'immunità dalla giurisdizione italiana delle organizzazioni internazionali e dei loro funzionari	129
12. Le questioni preliminari e la connessione nel diritto internazionale processuale civile	130
13. La litispendenza	131
14. La legge che regola la determinazione della giurisdizione italiana e lo svolgimento del processo: artt. 8 e 12	132
15. La rilevabilità del difetto di giurisdizione	133
16. I mezzi di risoluzione delle controversie connotate da estraneità "alternativi" alla giurisdizione statale: le c.d. ADR	134
17. La disciplina della "mediazione". Le iniziative delle organizzazioni internazionali di carattere mondiale	135
18. <i>Segue</i> : Le iniziative delle organizzazioni internazionali di carattere regionale, in particolare, dell'Unione europea	138

Capitolo VI

Il riconoscimento e l'efficacia delle sentenze e degli atti stranieri

1. Il modello introdotto dal diritto comunitario	143
2. Le nozioni di "sentenza" e di "atto" dell'autorità straniera ai sensi della legge n. 218/1995	145
3. I requisiti relativi al riconoscimento di sentenze straniere: l'art. 64 della legge n. 218/1995	146
4. Il riconoscimento di provvedimenti stranieri ai sensi degli artt. 65 e 66 della legge n. 218/1995	149
5. Efficacia delle sentenze e provvedimenti stranieri oggetto del riconoscimento e procedura di contestazione dello stesso	151
6. <i>Segue</i> : Trascrizione, iscrizione e annotazione in pubblici registri di sentenze straniere.	152

PARTE SPECIALE
Il cittadino e lo straniero

<i>Introduzione</i>	157
---------------------	-----

Capitolo I

Il cittadino italiano. La disciplina della cittadinanza italiana

1. I profili internazionalprivatistici dell'istituto della cittadinanza	159
2. La normativa italiana sulla cittadinanza: la legge 5 febbraio 1992, n. 91	160
3. <i>Segue</i> : Le modifiche introdotte alla legge n. 91/1992 dalle norme del c.d. "pacchetto sicurezza" del 2009	161
4. I destinatari della legge 5 febbraio 1992, n. 91	164
5. <i>Segue</i> : La procedura di acquisto della cittadinanza italiana	166
6. Il recepimento del "principio di uguaglianza fra i sessi" nella trasmissione della cittadinanza	167
7. Il riconoscimento della doppia cittadinanza	170

Capitolo II

Il cittadino comunitario. La disciplina della cittadinanza dell'Unione europea

1. Le origini della cittadinanza dell'Unione europea	173
2. L'istituzione della cittadinanza nel Trattato di Maastricht del 1992 e i suoi sviluppi nei Trattati successivi	176
3. Il trattamento giuridico garantito dall'istituto della cittadinanza dell'Unione europea: i beneficiari	178
4. I doveri del cittadino dell'Unione europea	179
5. Il catalogo di diritti riconosciuto ai cittadini dell'Unione europea	180
6. <i>Segue</i> : Il diritto di libera circolazione e di soggiorno nel territorio degli Stati membri	182
7. <i>Segue</i> : Il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni municipali e del Parlamento europeo (anche) nello Stato di residenza	183
8. <i>Segue</i> : Il diritto alla protezione diplomatica e consolare delle autorità di ogni altro Stato membro	185
9. <i>Segue</i> : Il diritto di petizione al Parlamento europeo e di ricorso al Mediatore europeo	186
10. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di cittadinanza	187

Capitolo III

**Il cittadino extracomunitario.
La disciplina italiana dello straniero immigrato**

1. Il trattamento giuridico degli stranieri nell'ambito degli ordinamenti interni degli Stati: norme di diritto pubblico e di diritto privato a favore degli stranieri	191
2. Esigenze di controllo del territorio statale e di conformità del diritto degli Stati agli obblighi internazionali vigenti in tema di trattamento dello straniero	192
3. L'immigrazione in Italia: caratteri generali e regime giuridico	194
4. <i>Segue</i> : Le leggi in materia di immigrazione in Italia nel periodo dagli anni '80 agli anni '90	195
5. <i>Segue</i> : La legislazione in vigore: la legge n. 189 del 2002	196
6. <i>Segue</i> : Le novità introdotte alla normativa vigente in materia di immigrazione dalla legge 15 luglio 2009, n. 94	200
7. <i>Segue</i> : Le misure di adeguamento dello Stato italiano alla cooperazione europea in materia di immigrazione clandestina	204
8. La politica comune di immigrazione dell'Unione europea	205
9. L'art. 16 delle disposizioni sulla legge in generale	207

Normativa

Legge 31 maggio 1995, n. 218. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato	209
--	-----

Premessa

Questo lavoro trae spunto dalle lezioni tenute al Corso di diritto internazionale privato tenuto da chi scrive fin dall'a.a. 2008-2009 nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Brescia. Esso condensa in un unico volume la parte generale e, pur se non tutta, la parte speciale di tali dispense, raccogliendo le sollecitazioni e le riflessioni che il diritto internazionale privato, in tale contesto, non ha mancato di suscitare sia come fenomeno della vita giuridica, sia come manifestazione della prassi quotidiana.

In effetti, l'intensificarsi del traffico internazionale con i suoi riflessi sul piano delle relazioni economiche, politiche, sociali ecc. (si pensi solo all'imponente ondata di flussi migratori verso l'Italia che non ha precedenti nella storia del nostro Paese) e il moltiplicarsi delle normative dirette alla sua regolamentazione (si pensi, al riguardo, alle ormai numerose convenzioni internazionali ma, soprattutto, alla normativa derivata dell'Unione europea) costituiscono fenomeni di estremo interesse e di grande attualità che non possono lasciare indifferente lo studioso del diritto e, in tal senso, non riecheggiano nelle aule universitarie. In particolare, il ruolo che lo studioso del diritto internazionale è chiamato a svolgere nella materia non può essere affatto messo in discussione: di fronte al crescente numero di atti di diritto internazionale per la regolamentazione dei più diversi settori del diritto internazionale privato è all'internazionalista che spetta il compito di distinguere i fenomeni internazionali da ogni altra manifestazione del diritto che tale non può essere considerata. Come, d'altro canto, fuori di discussione è il profilo altamente formativo del diritto internazionale privato e, quindi, il contributo che esso può fornire ad una formazione universitaria che sia in grado di rispondere alle aspettative di una realtà complessa e in continuo cambiamento.

Vero è che il diritto internazionale privato e le problematiche che ruotano intorno ad esso, rappresentano una realtà capace di attrarre svariati ambiti di interesse e che questa importanza, che essa ha dimostrato fin dalle sue origini, le ha consentito di conquistare un proprio spazio e una propria autonomia negli ordinamenti vigenti, incluso quello degli studi universitari. Non vi è dubbio, innanzitutto, che l'evoluzione che il diritto internazionale privato ha

attraversato e che lo hanno portato ad assumere un carattere sempre più organico e sistematico, le hanno conferito la dignità e il rango di specifica branca del diritto statale. Da un punto di vista accademico, inoltre, essa si è venuta sempre più emancipando da quella posizione di subalternità che in passato le derivava dall'essere un'appendice dell'insegnamento di diritto internazionale: oggi il diritto internazionale privato è, a tutti gli effetti, un insegnamento autonomo che trova riscontro in una pubblicistica *ad hoc* e in un'ampia varietà di filoni di ricerca.

Vero è, per contro, che se l'autonomia di cui gode attualmente questa materia nell'ambito delle discipline internazionalistiche può essere considerata un elemento di progresso e un suo pregio oggettivo, tuttavia, comporta qualche lieve scempenso. Rispetto al passato è venuto mancare un contesto generale di informazioni e di regole nel quale lo studio, teorico e pratico, della materia non solo potesse essere inquadrato ma, altresì, specificato. Un contesto, in altre parole, che, lungi dal privare tali materie della loro piena autonomia, avrebbe potuto rappresentarne una sorta di valore aggiunto e in cui la collocazione del diritto internazionale privato, nell'ambito delle discipline internazionalistiche, non solo risultasse immediatamente percepibile ma fosse, inoltre, occasione di spunto e di approfondimento per un'indagine scientifica più articolata e di più ampio respiro. D'altro canto, non bisogna dimenticare che è proprio lo studio delle relazioni del diritto internazionale privato col diritto internazionale che ha potuto mettere in evidenza la natura e le peculiarità di questa materia rispetto agli altri settori del diritto; e, per converso, è proprio lo studio delle particolari caratteristiche del diritto internazionale privato che ha consentito alla scienza internazionalistica di individuare i principi cardine del regime cui, più in generale, è sottoposto il rapporto fra diritto statale e diritto internazionale.

Questa carenza si è accentuata, rendendosi ancora più evidente e complessa, allorché dal nucleo originario del diritto internazionale è fuoriuscito anche il diritto (e con esso l'insegnamento e la ricerca) delle Comunità (prima) e dell'Unione europea (poi), che ha spinto l'elaborazione dottrinale della materia nella teorica particolare ed esclusiva dell'Unione europea, dichiaratamente staccata tanto da quella del diritto interno, quanto (e ancor più) da quella del diritto internazionale. Si è creata, in tal senso, una sorta di frammentazione nel diritto e nella scienza internazionale che si è manifestata, più che altro, nell'assenza di un substrato comune, con gli inevitabili condizionamenti che ciò ha prodotto, come si è accennato, con riguardo alla scelta tanto del metodo, quanto dei filoni di indagine.

Alla luce di questa riflessione, il lavoro di cui si tratta, nell'affrontare lo studio delle tematiche del diritto internazionale privato italiano, si propone di

recuperare quella dimensione internazionalistica che si andata un po' perdendo, a volte sacrificata di fronte agli incalzanti ritmi di crescita della componente materiale del diritto internazionale privato, specie ad opera dell'Unione europea.

Ciò non ha il mero scopo di ricondurre formalmente il diritto internazionale privato nell'ambito di trattazione delle discipline internazionalistiche ma, piuttosto, quello di rintracciare le origini storiche della materia e le sue potenzialità di sviluppo nella teoria e nella scienza internazionalistica.

In questo contesto, pur nella consapevolezza del complesso quadro delle fonti – internazionali, europee e statali (italiane e straniere) – che, attualmente, regolano la materia, il punto di partenza e di arrivo delle questioni che si dipaneranno nel corso dell'indagine sarà la nostra legislazione nazionale di diritto internazionale privato, a conferma e dimostrazione del ruolo, tutt'altro che marginale, che essa svolge in quest'ambito normativo.

Piano di lavoro

Come si evince dal titolo, la presente indagine si propone di esaminare la normativa di diritto internazionale privato vigente nell'ordinamento italiano nel quadro complessivo del diritto che regola la materia.

In tal senso essa si divide in due parti: una parte generale, volta ad esaminare il diritto internazionale privato italiano sotto il profilo delle norme, degli istituti e delle problematiche che lo caratterizzano dalle origini fino ai più recenti sviluppi che esso ha registrato ad opera del diritto internazionale, europeo e straniero. Una parte speciale volta, invece, ad esaminare il trattamento del cittadino e dello straniero così come esso è riconosciuto nel nostro ordinamento. In questo caso, si tratterà di esaminare la disciplina prevista in Italia ai fini dell'acquisto e della perdita della cittadinanza, nonché i rapporti che questa presenta con l'istituto della cittadinanza introdotto dal diritto dell'Unione europea; infine, si prenderà in esame lo statuto vigente in Italia per l'immigrato comunitario ed extracomunitario.

Va preliminarmente detto che l'indagine non si propone di esaminare la normativa vigente – ormai vastissima – in modo esaustivo e completo. Essa, piuttosto, opera una selezione di argomenti rispetto ai quali il tema dei rapporti del diritto internazionale privato con il diritto internazionale e il diritto comunitario occupa un posto centrale, sia per l'importanza che esso riveste ai fini di un corretto inquadramento dei caratteri e dei problemi del diritto internazionale privato adottato in questi due ambiti normativi ma, soprattutto, per i riflessi che un tale rapporto, e i principi che lo disciplinano, esercita su un altro ambito di rapporti, quello esistente fra il nostro diritto internazionale privato e il diritto straniero “richiamato”.

In quest'ottica, si procederà alla trattazione di aspetti significativi del diritto internazionale privato, come quello cruciale della determinazione della natura giuridica del diritto internazionale privato, che sarà riesaminato di fronte agli sviluppi normativi che esso ha ricevuto in virtù del diritto internazionale convenzionale e di quello derivato dall'istituzione dell'Unione europea.

Partendo dalle origini di questa problematica – corrispondenti alla nascita del diritto internazionale privato come disciplina e dogmatica dei “conflitti di

leggi” – e in vista di differenziarla da ogni altro ambito del diritto (in particolare, dal diritto internazionale) si cercherà di chiarire i principi che regolano il suo rapporto con il diritto internazionale e il diritto comunitario. Sotto questo aspetto, si prenderanno in considerazione sia le procedure di “formazione” degli obblighi internazionali e comunitari in materia di diritto internazionale privato che le procedure con le quali gli Stati provvedono all’“adattamento” dei propri ordinamenti ai detti obblighi. Attraverso un’analisi critica delle diverse tesi dottrinali esposte su tali argomenti, si metteranno in luce le conseguenze che le stesse sono suscettibili di esercitare sui metodi di funzionamento del diritto internazionale privato e, in particolare, sul meccanismo del “rinvio” attraverso il quale questo procede alla determinazione e applicazione della legge straniera nel nostro ordinamento.

Proprio per i risvolti, teorici e pratici, che questo argomento presenta rispetto alle molteplici problematiche del diritto internazionale privato, esso continuerà a rimanere sullo sfondo lungo tutta la trattazione degli ulteriori argomenti del lavoro.

Questi ultimi riguarderanno gli aspetti più istituzionali del diritto internazionale privato relativi, in primo luogo, ai metodi legislativi di disciplina del diritto internazionale privato, avendo particolare riguardo a quelli concernenti le norme di conflitto delle quali si metteranno in evidenza le caratteristiche di “norme strumentali”.

In secondo luogo, si prenderanno in esame le questioni relative alla legge applicabile concentrando l’attenzione sul particolare rapporto esistente fra diritto italiano e diritto straniero richiamato alla luce del meccanismo del “rinvio”. A tal fine si cercherà di chiarire il ruolo di questo meccanismo nella determinazione della posizione della legge straniera nell’ordinamento italiano, al fine di comprendere a fondo gli effetti che essa produce sul rango e sul trattamento processuale ad essa riservato.

Si passerà, quindi, all’analisi di altri due settori classici del diritto internazionale privato, quello relativo alla determinazione della giurisdizione italiana e al riconoscimento ed esecuzione delle sentenze e degli atti stranieri. Al riguardo, si cercherà di distinguere il contributo – assai incisivo – fornito dal diritto dell’Unione Europea anche al fine di capire se le modifiche sostanziali che esso ha introdotto nella materia hanno spinto le loro conseguenze sul piano organizzativo e istituzionale del settore processuale portando, in definitiva, alla nascita di una giurisdizione e, quindi, di un processo e di una sentenza “comunitari”, in conformità ad una semantica che è entrata ormai nell’uso corrente.

Per quanto concerne poi, la parte speciale del lavoro, essa riguarderà altri due temi tradizionalmente associati allo studio del diritto internazionale priva-

to e, cioè, la disciplina della cittadinanza e il trattamento dello straniero. Al riguardo va detto che seppure la cittadinanza appaia nell'opinione di molti un istituto un po' in declino del diritto internazionale privato essa, per contro, ha guadagnato nuovo slancio e notorietà sia in seguito alla richiesta di naturalizzazione di cittadini stranieri che hanno fissato una stabile residenza nel nostro Paese, sia in seguito all'istituzione della cittadinanza europea che, pur essendo un istituto diverso da quello della cittadinanza nazionale, risulta a questa strettamente legato. Gli aspetti da ultimo indicati troveranno un ulteriore elemento di confronto nello studio del trattamento dello straniero in Italia: in questo senso, si distinguerà il trattamento che riceve lo straniero extracomunitario rispetto a quello riconosciuto allo straniero-cittadino comunitario.

In appendice, infine, figura riprodotta la normativa contenuta nella legge italiana n. 218/1995. Ciò non tanto per il suo valore, sul piano simbolico e didattico, nella materia; quanto, invece, per il suo importante valore giuridico dovuto al ruolo fondamentale e insostituibile che essa (e la legge italiana in generale) ancora oggi svolge nel quadro, sempre più affollato, delle fonti chiamate a regolare la materia.

PARTE GENERALE

***I rapporti con il diritto
internazionale, europeo e straniero***

Introduzione

Uno fra i primi problemi che ci si trova a dover affrontare quando ci si avvicina allo studio del diritto internazionale privato (d'ora in avanti d.i.pr.) è, sicuramente, quello relativo all'inquadramento della materia, avuto riguardo alla natura giuridica sia della sua disciplina che delle fattispecie che essa ha ad oggetto. Anche a distanza di molti anni dall'affermarsi di questa disciplina come ramo specifico dell'ordinamento statale, una tale questione, infatti, non ha cessato di porsi mostrando di sopravvivere sullo sfondo del dibattito dottrinale. In Italia, ad esempio, come in altri Paesi europei, una tale questione suscita tuttora molte perplessità in considerazione del significativo incremento normativo che tale materia ha subito soprattutto ad opera dei processi di produzione normativa esterni all'ordinamento statale.

È opinione comune, al riguardo, che il diritto internazionale – e, soprattutto, alcune delle espressioni più mature della sua produzione giuridica che trovano spazio nell'ambito delle organizzazioni internazionali – abbia contribuito al suo intenso e articolato sviluppo che ha finito per ricomprendere settori fino a qualche tempo fa del tutto esorbitanti dalla materia. In questo senso si è assistito ad una crescita significativa della normativa di d.i.pr. che ha fatto da riscontro al suo allargamento, prima al diritto processuale, e poi ad altri settori quali quello penale, commerciale, tributario ecc., peraltro, non senza problemi, come quello di assestamento terminologico della materia che si è manifestato nella difficoltà di trovare una definizione adeguata ad una realtà normativa, in apparenza, così frammentata. Tuttavia, proprio questo ripetuto intervento del diritto internazionale e poi del diritto comunitario, nella regolamentazione della materia, secondo una parte della dottrina, avrebbe dato origine ad un'evoluzione del regime dei rapporti che intercorrono fra i diversi ordinamenti giuridici cui tali normative fanno capo: l'uso dei termini di “internazionalizzazione”, “europeizzazione” o “comunitarizzazione”¹ ha inteso, in tal senso, rimarcare proprio questa situazione sottolineando che le modifiche introdotte al d.i.pr.

¹ V. *infra* Cap. I, e Cap. V, parr. 2-5.

non si fossero limitate ai suoi profili materiali, ma avessero altresì coinvolto i suoi aspetti fondamentali, riverberandosi, quindi, sulla sua natura giuridica.

Ciò, di tutta evidenza, ha fatto riaffiorare problematiche di antica e lontana memoria che erano state del tutto archiviate, superate come sembravano dai risultati del dibattito dottrinale e dai dati della prassi.

In sostanza, le novità che risultano connotare oggi la realtà giuridica internazionale e comunitaria sembrano aprire altrettanti fronti di ricerca sulla natura giuridica delle relazioni che tali realtà imbastiscono con il d.i.pr.: solo per limitarci alle novità più eclatanti attinenti al diritto comunitario, basti pensare a tutte le ramificazioni in cui oggi risulta differenziarsi il diritto dell'Unione sul modello del diritto statale, che hanno ormai portato alla emanazione di quello che, ormai, viene comunemente definito (solo volendosi limitare al suo filone principale) come il "diritto internazionale privato comunitario", in quanto diverso dal "diritto internazionale privato" degli Stati membri. Si pensi, inoltre, al rango prevalente che a questa branca del diritto dell'Unione viene attribuito nel sistema delle fonti del diritto italiano, anche alla luce del più generale regime giuridico cui appaiono oggi ispirati i rapporti fra diritto comunitario (ovvero dell'Unione europea) e diritto interno, dominato dalla logica del c.d. "effetto diretto" e del c.d. "primato comunitario". Si pensi, infine, allo stesso concetto di "transfrontalierità" che nel sostituire non solo quello – in esatto ma, comunque, di uso corrente – di "internazionalità", bensì anche quello proprio di estraneità, pare connotare ormai irreversibilmente anche le fattispecie oggetto del c.d. "diritto internazionale privato comunitario", lasciando intendere che la loro estraneità all'ordinamento degli Stati membri appare, per converso, ricollegabile a quella realtà "interna" che si identifica con l'Unione europea.

Sulla base di queste considerazioni, sarà opportuno procedere ad un esame della legislazione italiana vigente in materia di d.i.pr. nel quadro complessivo delle fonti che attualmente regolano la materia e, quindi, alla luce dei rapporti che essa intreccia con ciascuna delle normative che da esse emanano. In tal senso l'indagine seguirà due traiettorie fondamentali: la prima sarà volta a chiarire il regime del rapporto esistente fra il d.i.pr. italiano e il diritto internazionale c.d. "pubblico" e il diritto "comunitario". L'esame contestuale di questi due ultimi ordini normativi risponde ad un'esigenza precisa posto, che come si vedrà nel corso dell'indagine, la distinzione fra il diritto internazionale e il diritto comunitario nella materia apparirà più sfumata di quella che generalmente appare. La seconda traiettoria, sarà volta a verificare il regime del rapporto intercorrente fra il d.i.pr. italiano e il diritto straniero applicabile.

In prima battuta, si rivelerà opportuno riprendere il filo del discorso relativo alle questioni della natura giuridica del diritto internazionale privato, così

come essa si è posta nella teoria del diritto, al fine di verificare se i principi originariamente individuati per determinare tale aspetto possono ancora oggi essere validamente utilizzati per verificare se il diritto che si rende applicabile oggi in Italia in seguito alla conclusione di un trattato o all'adozione di un atto da parte di organismi internazionali sia suscettibile di incidere sulla natura dello stesso.

In questo contesto, si avrà altresì modo di verificare che la definizione dei rapporti fra d.i.pr. e diritto internazionale specialmente europeo, ad un'analisi attenta, non costituisce una questione meramente formale, dato che esso investe, in maniera forse anche più incisiva, il problema del contenuto e dei limiti applicativi del d.i.pr. di fonte italiana in relazione al d.i.pr. di fonte internazionale e comunitaria: in sostanza, vi è da chiedersi se di fronte a una sempre più crescente produzione normativa di fonte "comunitaria" – che, nelle opinioni della dottrina, esercita pesanti «interferenze»² sul nostro diritto statale tali da conferire ad esso un ruolo «puramente residuale»³ – in che misura e fino a quando si potrà parlare di un "diritto internazionale privato *italiano*".

Lo studio dei rapporti fra il d.i.pr. e il diritto internazionale e comunitario non sarà fine a se stesso, bensì potrà essere proficuamente utilizzato per la definizione del rapporto che intercorre fra il nostro d.i.pr. e il diritto straniero da esso richiamato ai fini della determinazione della legge applicabile.

È noto, infatti, al riguardo che soprattutto in Italia l'ampio dibattito che su questi temi ha per lungo tempo interessato la dottrina e la giurisprudenza – seppur assestatosi su soluzioni non del tutto soddisfacenti – pare essersi completamente assopito.

In questo contesto saranno suscettibili di venire in considerazione alcuni temi fondamentali del d.i.pr. sui quali, del resto, la dottrina e la giurisprudenza sono apparse assai spesso divise e dai quali, purtroppo, esse sembrano ormai avere preso le distanze: si intende qui, innanzitutto, fare riferimento al meccanismo del *rinvio* in quanto elemento strutturale delle norme di conflitto che ne caratterizza il funzionamento in relazione alla determinazione del diritto applicabile alle situazioni connotate da "estraneità" (straniero, italiano, internazionale).

In merito a questo istituto giuridico, occorre constatare che l'indagine scientifica sembra quanto mai risentire della logica chiusa e autoreferenziale del d.i.pr. laddove, invece, esso potrebbe trarre grande vantaggio dal confronto interdisciplinare venendo esso a rappresentare una tecnica di produzione

² F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, Utet, p. 6.

³ *Ibidem.*

normativa suscettibile di caratterizzare tutti i rami del diritto. In particolare, si è proceduto all'esame del rapporto che, in virtù dei meccanismi di funzionamento del d.i.pr., si realizza fra le norme di conflitto italiane e il diritto straniero, trascurando del tutto quello che, anche ai sensi della legge italiana n. 218/1995, è suscettibile di instaurarsi fra le nostre norme di conflitto e il diritto internazionale e lo stesso diritto italiano eventualmente richiamato. Anche con riguardo a questo argomento si cercherà, pertanto, di riaprire i termini del discorso, verificando se l'assetto cui la dottrina tradizionale ha ricondotto il rapporto fra diritto internazionale privato e diritto straniero appaiano a tutt'oggi attuali e adeguati, specie in relazione ai più recenti progressi che, proprio con riguardo alla natura, ai caratteri e al funzionamento delle *norme strumentali* in generale, la scienza giuridica ha conseguito in altri campi del diritto e che possono essere trasposti e adattati alla tecnica del diritto internazionale privato e, in particolare, delle norme di conflitto.

In tal senso, sarà opportuno verificare se il *rinvio* che, nell'ambito dei meccanismi di funzionamento del d.i.pr., la legge n. 218/1995 consente di fare alle diverse normative giuridiche – quali quella internazionale, quella comunitaria o anche quella italiana – presenti o meno analogie con il *rinvio* che la medesima legge consente di fare al diritto straniero. Si porrà in tal caso, non solo il problema di stabilire il valore e il rango che il diritto straniero assume per effetto della tecnica del rinvio nel nostro ordinamento, ma altresì quello di verificare se una tale questione presenti risvolti pratici e di rilievo sotto il profilo della natura giuridica riconosciuta al diritto straniero richiamato e, quindi, del trattamento processuale cui esso è soggetto nel nostro ordinamento.

Capitolo I

Gli sviluppi del diritto internazionale privato e i nuovi problemi del suo inquadramento giuridico

SOMMARIO: 1. Inquadramento giuridico del diritto internazionale privato: definizione e oggetto. – 2. I fattori condizionanti la determinazione della natura giuridica del diritto internazionale privato. – 3. Le nuove tendenze terminologiche per definire l’“estranità” che caratterizza le fattispecie di diritto internazionale. – 4. La teoria del *tertium genus* e la questione del collegamento delle fattispecie connotate da estraneità al diritto dell’Unione europea. – 5. La formazione di obblighi internazionali nel settore del diritto internazionale privato. – 6. L’adattamento al diritto internazionale pattizio: la procedura ordinaria. – 7. *Segue*: La procedura speciale. – 8. L’adattamento al diritto internazionale consuetudinario: la procedura speciale prevista dall’art. 10 Cost. it. – 9. L’adattamento al diritto dell’Unione europea: le procedure di adattamento al diritto originario e al diritto derivato. – 10. Rilievi critici alla teoria dominante sull’adattamento e i suoi riflessi sulla problematica del diritto internazionale privato. – 11. La questione dell’“efficacia” negli ordinamenti statali delle norme internazionali e comunitarie oggetto di adattamento. – 12. L’applicabilità del diritto internazionale privato all’attività dello Stato e degli altri enti pubblici con omologhi esteri.

1. Inquadramento giuridico del diritto internazionale privato: definizione e oggetto

È noto che la locuzione *diritto internazionale privato* – che si è decisamente imposta su quella originaria, e in un certo senso più appropriata, di *diritto privato internazionale*¹ – fu coniata negli Stati Uniti d’America nel XIX secolo e soltanto successivamente essa è giunta in Europa dove è entrata nell’uso corrente. Essa mirava a definire, in maniera improvvisata e poco circostanziata, una materia nuova, sicuramente rispondente alle esigenze dell’epoca ma dai

¹ R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli, 1969, p. 23) attribuisce tale definizione al giurista nordamericano Joseph Story, giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti nonché professore di diritto, riferendo che questi avesse impiegato la siffatta espressione nell’ambito della sua opera intitolata *Commentaries on the Conflict of Laws*, Boston, 1834, § 9.

contorni ancora incerti. Questa locuzione, pur dettata da ragioni pratiche e di urgenza ora ricordate, resta tuttora quella più in uso per definire la materia oggetto del presente studio.

Nel suo significato attuale la nozione di *diritto internazionale privato*² indica quel complesso di norme dell'ordinamento statale che disciplina i *rapporti fra privati* (persone fisiche e persone giuridiche) che non appaiono totalmente interni a tale ordinamento, ma sono tali da presentare *punti di contatto* o di *connessione* o di *collegamento* (es. cittadinanza, luogo di svolgimento del rapporto, luogo in cui si trovano i beni, ecc.) con altri ordinamenti giuridici statali, dando luogo ad un "conflitto" con riguardo alla legge o diritto che a tali rapporti è concretamente applicabile. Da qui peraltro, l'uso di definire il *diritto internazionale privato* come normativa sui "conflitti di leggi" o "scelta di legge applicabile" (o *choice of law* per il diritto inglese). La parte più rilevante e cospicua delle norme che formano il d.i.pr. si distingue dal resto della produzione normativa statale per la particolare tecnica con la quale essa risulta formulata che non prevede la disciplina del caso concreto, ma si limita ad introdurre un meccanismo per la determinazione di quale, fra le "leggi" potenzialmente interessate, sia in concreto applicabile³.

Da quanto qui detto, sembra potersi concludere che oggetto del d.i.pr. sono, dunque, i rapporti privati che presentano *elementi di estraneità* rispetto all'ordinamento statale. Va tuttavia anticipato in questa sede che, sebbene sia nel campo dei rapporti oggetto del diritto privato che sia stata avvertita per prima l'esigenza di dare vita ad una normativa diretta a regolare le situazioni non completamente interne, attualmente le norme che si riconducono alla nozione di d.i.pr. investono un'ampia gamma di settori del diritto statale: sicché,

² Sull'evoluzione del concetto di diritto internazionale privato v. T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1999, p. 11 ss.

³ F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale, Parte generale e obbligazioni*, Torino, 2010, pp. 2-3 distinguono, al riguardo, tre diverse accezioni di d.i.pr.: la prima detta "in senso lato" che prende a riferimento l'«insieme delle norme che ciascuno Stato si dà per disciplinare situazioni e rapporti (ossia fatti della vita reale) che coinvolgono privati (persone fisiche ed enti collettivi) e che, in ogni settore del proprio ordinamento, non sono totalmente interni all'ordinamento medesimo» (corsivo nostro); la seconda detta "in senso intermedio" che prende a riferimento, invece, solo le norme di diritto processuale civile e di diritto internazionale privato; la terza, infine, detta "in senso stretto" che esclude anche i profili processuali e prende a riferimento, unicamente, le «relazioni interindividuali [...] del diritto privato»: è in questo settore, infatti, che il problema della disciplina di situazioni non totalmente interne è stato avvertito per primo e rispetto al quale sono state affinate «tecniche particolari e differenziate rispetto a quella ordinaria della produzione di norme che direttamente forniscono la disciplina concreta o materiale della fattispecie».

attualmente le norme di d.i.pr. hanno ad oggetto, oltre che i più tradizionali rapporti di diritto privato, anche quelli di diritto processuale, di diritto penale, di diritto amministrativo, di diritto tributario ecc. In prospettiva, esse possono riguardare anche ulteriori categorie di fattispecie, suscettibili di appartenere a qualsiasi altro settore dell'ordinamento statale⁴. Come vedremo meglio in seguito⁵, le norme di conflitto sono suscettibili di riguardare anche aspetti regolati dal diritto pubblico, con la conseguenza che esse possano perfino rinviare al diritto pubblico straniero la disciplina della fattispecie concreta.

2. I fattori condizionanti la determinazione della natura giuridica del diritto internazionale privato

La nozione di d.i.pr., riferita in tutta la sua complessità al paragrafo precedente al fine di illustrare il significato e l'oggetto della materia in esame, rende necessaria qualche riflessione supplementare soprattutto in relazione ai caratteri delle norme, di varia fonte giuridica, che ad essa vengono ricondotte. Tali riflessioni riguarderanno, in particolare, gli aspetti fondamentali della materia, quali la natura e il valore giuridico della stessa.

Al riguardo, partendo dal dato terminologico che appare caratterizzare la nozione di d.i.pr., occorre osservare che il termine "internazionale" col quale suole qualificarsi questo specifico settore del diritto pare evocare una certa familiarità e, quindi, una contiguità giuridica dello stesso con il *diritto internazionale* che, per contrapposizione, viene definito "pubblico"⁶. Verrebbe così a configurarsi uno stretto rapporto fra queste due discipline, talché esse rappresenterebbero due branche (e, quindi, due fonti di produzione) di uno stesso ordinamento giuridico, quello internazionale appunto. Si tratta, a ben guardare, di un'ipotesi molto suggestiva ma del tutto priva di fondamento sul piano giuridico, posto che sia assodato, oggi più che mai, che il d.i.pr. sia una nor-

⁴ Con riguardo ai problemi di definizione terminologica che questa espansione del d.i.pr. comporta v. *infra*, nel testo, Cap. II, par. 5.

⁵ *Infra*, Cap. II, par. 1 ss.

⁶ In tal senso, R. PIÉDELIÉVRE, *Précis de droit international public ou de droit des gens*, I, Paris, 1894, p. 17 commentato criticamente da QUADRI, *Lezioni cit.*, p. 79. Precisano, al riguardo, MOSCONI, CAMPIGLIO (*op. cit.*, p. 2) che «effettivamente nella tradizione accademica italiana due distinte discipline sono state a lungo e tuttora sono spesso associate in un solo insegnamento sotto l'etichetta «Diritto internazionale» [...]: ed è proprio per distinguere tali discipline che si parla di *diritto internazionale pubblico* e di *diritto internazionale privato*».

mativa di carattere interno e che essa non costituisca una derivazione del diritto internazionale. La detta ipotesi urta, altresì, contro la tesi, oggi prevalente, che inquadra il regime dei rapporti esistente fra diritto internazionale e diritto interno (quest'ultimo inteso nel suo complesso, con riferimento a tutte le sue specialità normative) in senso *dualistico* in quanto riguardante due ordinamenti diversi e fra loro separati⁷. In particolare, secondo questa tesi lo Stato, soggetto internazionale, è un ente originario e sovrano che non deriva le sue origini, né le sue funzioni e la sua organizzazione da alcuna autorità superiore e sovrastante e, in particolare, dall'ordinamento internazionale⁸.

Sicuramente, ad una più approfondita analisi, la causa del riferito fraintendimento appare risiedere in una serie di circostanze concomitanti. In primo luogo, nel tipo di fattispecie o rapporti che sono oggetto del d.i.pr. che si contraddistinguono, come si è accennato, come rapporti che presentano *elementi di estraneità* rispetto all'ordinamento statale: una circostanza, questa, che è stata equivocata al punto di ritenere non solo che tali fattispecie fossero ricollegabili ad un ordinamento *diverso* da quello di riferimento ma, altresì, che questo fosse sempre e comunque l'ordinamento internazionale. *L'estraneità* caratterizzante le fattispecie internazionalprivatistiche veniva, dunque, considerata un indice dell'“*internazionalità*”⁹ (e cioè della natura giuridica internazio-

⁷ Fra i sostenitori della tesi dualista, solo a titolo indicativo, si v. G. ARANGIO RUIZ, *Dualism Revisited: International Law and Interindividual Law*, in *Riv. dir. int.*, p. 909 ss.; N. RONZITTI, *Introduzione al Diritto internazionale*, Torino, p. 229 ss.; T. TREVES, *Diritto internazionale*, Milano, 2005, p. 647 ss. Con riferimento alla prevalenza della tesi dualista nella giurisprudenza italiana v. E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, Torino, 2012, p. 460 ss.; P. IVALDI, *L'adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, in S.M. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2006, p. 126. Sul recente affermarsi di tesi moniste e dualiste più attenuate e, in particolare, sulle recenti tendenze neomoniste nate (con riferimento alla realtà delle organizzazioni internazionali) con finalità pragmatiche che, tuttavia, non riescono a superare l'attualità e la forza teorica della concezione dualista nei rapporti fra ordinamento interno e internazionale v. CANNIZZARO, *Diritto internazionale* cit., p. 460; TREVES, *Diritto internazionale* cit., pp. 646, 468. Invece, sulla superiorità, per così dire, “logica” degli obblighi internazionali sul diritto interno degli Stati che al loro rispetto si sono impegnati v. T. PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, Padova, 1955-1957, II, p. 8.

⁸ Sottolineano l'attualità dei caratteri di sovranità ovvero di indipendenza e originarietà dello Stato come soggetto della comunità internazionale: S.M. CARBONE, in S.M. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTA MARIA, *Istituzioni di diritto internazionale* cit., p. 3 ss.; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2010, p. 11 ss.; T. SCOVAZZI, *Corso di Diritto internazionale*, Parte I, Milano, 2000, pp. 5-7; nonché la dottrina citata alla nota 6.

⁹ Assai eloquente, nel senso ora illustrato, l'utilizzo corrente del concetto di “internazionalità”, in luogo di quello di “estraneità”, per definire il *carattere* o *elemento* che connota le fattispecie qui considerate.

nale) delle stesse, con la conseguenza di assoggettarle al diritto internazionale.

Proprio come in un gioco di specchi, l'estraneità dei rapporti da sottoporre a disciplina portava a ricollegare gli stessi ad un ordinamento "diverso" ed "estraneo" a quello statale; questo ordinamento veniva, automaticamente, identificato nell'"ordinamento internazionale", considerato "estraneo" per definizione rispetto a quello statale; a sua volta, un tale fatto, giustificando l'introduzione del termine "internazionale" nella denominazione della materia, portava a qualificare i fatti e le norme rientranti nella sfera di applicazione del "diritto internazionale privato" come aventi "natura internazionale".

In secondo luogo, si consideri che la connessione del d.i.pr. col diritto internazionale è apparsa rafforzata dall'idea, piuttosto diffusa in passato, che la produzione di norme regolatrici di rapporti connotati da estraneità nascesse dall'esigenza di conformarsi ad un principio consuetudinario – e cioè a una norma internazionale di carattere generale – che imponeva agli Stati di dotare i propri ordinamenti di norme di questo tipo¹⁰.

Le circostanze ora rilevate unitamente al fatto che oggi, sempre più spesso, il d.i.pr. trovi il suo principale motore di sviluppo nella stipula di trattati internazionali, hanno finito per rafforzare l'idea che esso costituisca un settore consolidato del diritto internazionale, ossia di quel diritto chiamato a regolare i rapporti fra gli Stati-soggetti internazionali.

Al fine di contrastare queste supposizioni teoriche è bene osservare, innanzitutto, che le norme di d.i.pr., benché dirette a disciplinare situazioni caratterizzate da elementi di *estraneità* rispetto all'ordinamento statale, sono norme che emanano dallo Stato, perciò rientrano nel sistema delle fonti di quest'ultimo; esse sono parte del diritto statale e di questo costituiscono una specifica branca giuridica.

Occorre altresì osservare che sebbene l'estraneità dei fatti soggetti al d.i.pr. sia suscettibile di ricollegare gli stessi ad un ordinamento giuridico *diverso* da quello di riferimento, quest'ultimo non è mai l'ordinamento internazionale, né un ordinamento da questo derivato: ciò, non solo perché il diritto internazionale, a differenza del d.i.pr. è preposto a regolare i rapporti fra le c.d. Potenze internazionali (e cioè, fra i "soggetti" e, quindi, i "destinatari"¹¹ delle sue norme) e non fra i privati (i quali semmai, possono considerarsi semplici «beneficiari»

¹⁰ Su tale tendenza v. quanto riferito dal MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale* cit., p. 2. Sul riflesso di questa su altri aspetti del diritto si v. *infra*, alla questione dei contratti conclusi dagli enti pubblici e, in particolare, dagli Stati (c.d. *State's contracts*), par. 12.

¹¹ Sulla coincidenza fra i concetti di giuridici di «soggettività» e «destinatarietà» G. ARANGIO RUIZ, *Stati e altri enti*, voce del *Noviss. Dig. it.*, 1957, pp.; e da ultimo, P. DE SENA, *Giustizia internazionale*, in *Jura Gentium*, 2007, p. 1 ss., in www.juragentium.org.

delle sue norme)¹²; ma, soprattutto, perché il «conflitto di leggi» che dà adito al funzionamento del d.i.pr. si realizza fra “legislazioni” ovvero normative di natura statale e, quindi fra ordinamenti aventi questa natura. E tale natura statale il d.i.pr. (e le fattispecie che esso regola) conserva anche quando (come vedremo) esso sia oggetto di disciplina da parte del diritto internazionale.

Anzi, vale la pena qui anticipare che quando il diritto internazionale sia chiamato a disciplinare la materia del d.i.pr., oggetto dello stesso non sarà esattamente l’attività privata degli individui (quella, per intenderci, che si concreta in situazioni connotate da estraneità), bensì quell’attività sovrana (nella specie, la competenza legislativa) che nell’ambito dell’ordinamento statale è diretta a regolare i rapporti privati connotati da estraneità, conformemente al diritto internazionale così stabilito¹³. Va da sé, che i destinatari di tale normativa internazionale non saranno i privati (ossia dei soggetti statali), bensì gli Stati (ossia dei soggetti internazionali) che le hanno concordate e che si sono volontariamente (e reciprocamente¹⁴) impegnati alla loro osservanza.

Appare chiaro, dunque, perché l’“estraneità delle fattispecie” regolate a mezzo di norme internazionali non può mai intendersi come collegamento di tali fattispecie all’ordinamento internazionale; essa, pertanto, si presenta come indice¹⁵ del collegamento delle fattispecie di cui si tratta ad un ordinamento statale diverso da quello di partenza (c.d. del foro), *per effetto* del diritto internazionale che ne ha avuto ad oggetto la regolamentazione¹⁶.

¹² Cfr. sul punto QUADRI, *Lezioni cit.*, pp. 78-79.

¹³ Sulla circostanza che gli Stati vengano in rilievo sul piano internazionale come «enti di governo» e che il contenuto degli obblighi internazionali cui sono sottoposti «non può che tradursi in una limitazione del potere di governo, ovvero della sovranità di questi ultimi» v. da ultimo DE SENA, *Giustizia internazionale cit.*, par. 5. Per alcuni approfondimenti su questi aspetti, si rinvia *infra*, al par. 5.

¹⁴ Circa l’ipotesi teorica dell’esistenza di un elemento volontario anche nella formazione degli obblighi di diritto internazionale generale v. per tutti B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2002, pp. 35-43, spec. 41-42; T. TREVES, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, 2005, p. 230 ss.

¹⁵ In altre parole, l’elemento di *estraneità* che caratterizza le fattispecie soggette al *diritto internazionale privato* si manifesta, sempre e unicamente, in termini di *collegamento* della fattispecie stessa ad uno o più *ordinamenti statali* (eventualmente *stranieri*). Essa, in ogni caso, non potrebbe mai qualificarsi come *indice della giuridicità internazionale* di tali rapporti, con la conseguenza di sottoporre questi ultimi allo stesso diritto che regola i rapporti fra Stati-soggetti internazionali, non avendo le caratteristiche di questi ultimi. Con riguardo ai rapporti di carattere privatistico che lo Stato intrattiene nella sua qualità di soggetto statale v. *infra* par. 2.

¹⁶ Autorevoli, nel senso ora indicato, appaiono le parole di G. MORELLI (*Elementi di diritto internazionale privato italiano*, Napoli, 1968, p. 12 ss.) secondo cui «i fatti», alla cui disciplina le

Quanto fin qui osservato consente di affermare, innanzitutto, che lo sviluppo del d.i.pr. (come di qualsiasi altra branca del diritto interno) per il tramite del diritto internazionale si spiega, non come un fenomeno conseguente all'“internazionalizzazione” di tale diritto (e cioè una conseguenza della “trasformazione” della natura giuridica del d.i.pr., da statale ad internazionale), bensì come un fenomeno di *adattamento*¹⁷ di questo ramo del diritto statale agli obblighi internazionali sottoscritti dallo Stato interessato.

In secondo luogo, che la disciplina dei “conflitti di leggi” a mezzo di atti internazionali va ricondotta alla più generale e diffusa tendenza del diritto internazionale ad uscire dall'ambito ristretto dei rapporti diplomatici (tipici del diritto internazionale classico) e ad espandersi a rapporti tipici del diritto interno degli Stati. Rapporti, cioè, che sono normalmente oggetto del diritto statale (nel senso che, come si usa dire, rientrano nella sua sovranità interna o *domestic jurisdiction*) e tendono oggi, sempre più spesso, ad essere oggetto di convenzioni internazionali (e, in tal senso, ad essere trasferite dalla sovranità interna a quella esterna dello Stato). Un tale fenomeno, peraltro, nel caso del d.i.pr., presenta la particolarità che il ricorso allo strumento internazionale dell'accordo, oltre che sviluppare la materia, cerchi di porre rimedio alla diversità o eterogeneità di disciplina cui sono sottoposte le “situazioni di conflitto” negli ordinamenti statali, con un indiscutibile vantaggio ai fini della loro armoniosa e uniforme soluzione. In tal senso, va qui anticipato, che nel settore del d.i.pr. si è dato luogo ad una fitta collaborazione internazionale che ha portato, da un lato, all'adozione di convenzioni di *diritto uniforme* aventi lo scopo di armonizzare, coordinare e ravvicinare il d.i.pr. degli Stati contraenti e, dall'altro, all'adozione di convenzioni di *diritto internazionale privato* vero e proprio, volte a promuovere, rinnovare e dare nuovo impulso al d.i.pr. degli Stati contraenti anche con l'introduzione di nuovi istituti giuridici e di nuove *norme di conflitto*¹⁸.

norme del d.i.pr. mirano, «mentre interessano lo Stato, il quale appunto, nonostante il loro carattere di estraneità, li disciplina, dall'altro sono collegati con uno o più Stati stranieri»; inoltre, «se mediante le norme di diritto internazionale privato, determinate categorie di fatti ricevono, in un dato ordinamento statale, una certa disciplina, le norme stesse non possono che appartenere a quell'ordinamento statale, in cui questo risultato si consegue. Esse sono sempre, quindi, norme di diritto interno» (*ibidem*, pp. 12-13). Sulle particolarità riguardanti lo sviluppo del d.i.pr. a mezzo del diritto internazionale derivato v. *infra*, par. 3.

¹⁷ Su questi aspetti si rinvia agli approfondimenti svolti *infra*, ai parr. 2 e 3.

¹⁸ Si osservi in proposito, che oggetto del diritto internazionale potranno essere tutte le categorie di norme che (avuto riguardo sia alla materia trattata, sia alla tecnica usata per la loro formulazione) rientrano nella nozione di d.i.pr. per regolare le fattispecie che non sono totalmente interne: quindi, nel primo senso, sia il diritto privato, che il diritto commerciale, il diritto

Vale infine osservare che il d.i.pr. costituisce il settore disciplinare che per i suoi caratteri – dovuti alle sue origini, al suo consolidamento nel tempo e al grado di autonomia, sistematicità e organicità raggiunto dalle sue norme – più di ogni altro meglio si presta a chiarire il rapporto esistente fra il diritto internazionale e il diritto statale (e viceversa). E ciò, si badi, non tanto perché una parte, maggioritaria ormai, delle sue norme si è formata grazie alla stipula di convenzioni internazionali, quanto piuttosto perché queste norme si sono affermate e continuano ad affermarsi in condizioni di separazione e indipendenza dalle norme del diritto internazionale, generale (o consuetudinario) o particolare (o pattizio)¹⁹ che sia.

3. Le nuove tendenze terminologiche per definire l'“estranità” che caratterizza le fattispecie di diritto internazionale

Si è visto, nel paragrafo precedente, con quali aspetti e con quale portata il dato terminologico abbia significativamente influenzato e condizionato la determinazione della natura giuridica del “diritto internazionale privato”, talché considerevole è stato fino ad oggi lo sforzo necessario per scardinare l'idea che questo costituisse una branca del diritto internazionale e che, in tal senso, esso fosse contrapposto al diritto internazionale “pubblico”.

La tendenza a ricollegare l'“estranità” delle situazioni internazionaliprivatistiche ad ordinamenti diversi da quelli facenti capo agli ordinamenti statali, tuttavia, appare tutt'altro che sopita, dimostrando ciclicamente di riemergere con un vigore ed un'intensità anche maggiori rispetto al passato, specie in seguito al moltiplicarsi delle iniziative di organizzazione internazionale e all'intensificarsi dei fenomeni di produzione giuridica che ad esse si riconnettono.

In proposito, deve osservarsi che la cooperazione internazionale nell'am-

aeronautico, ecc.; nel secondo senso, tanto le norme di carattere strumentale, quanto quelle di carattere materiale (per questa distinzione v. anche *infra*, Cap. II).

¹⁹ Peraltro, in quanto basata sul falso presupposto del “diritto internazionale” quale diritto “al di sopra dello Stato”, viziata appare l'idea che «col diritto internazionale privato non siamo più al di sopra dello Stato [...] ma al di sotto, nell'ambito dell'ordinamento statale» (così CONFORTI, *Diritto internazionale* cit., p. 4). Una ricostruzione di tipo verticistico o gerarchico dei rapporti fra diritto internazionale e diritto interno contrasta, infatti, non solo con la diversa natura dei rapporti giuridici da essi regolati e, quindi, dei soggetti che, rispettivamente, caratterizzano gli stessi ma, soprattutto, con il carattere di indipendenza e discontinuità che presenta il tessuto normativo del diritto internazionale rispetto a quello del diritto statale.

bito dei “conflitti di leggi”, ha sicuramente rinforzato (posto che si fosse mai indebolita) quella tendenza terminologica, a suo tempo contrastata dalla dottrina²⁰, a definire le fattispecie ad essi relative come “internazionali”, allo scopo precipuo di evidenziare che l’estraneità che contraddistingue le stesse rispetto all’ordinamento statale di riferimento si traduce, anziché nel loro collegamento ad un ordinamento statale diverso da quello di partenza, nel loro collegamento all’ordinamento internazionale.

Occorre ulteriormente osservare che la tendenza, di cui si tratta, si è manifestata, in modo indicativo e inequivocabile, con la nascita di neologismi ovvero di nuove formule destinate a qualificare l’“estraneità” che connota le fattispecie soggette al d.i.pr. in base alle nuove fonti che hanno ad oggetto la sua disciplina: talché, dalla classica formula di “*internazionalità*” si è passati, in modo sempre più frequente, a quella di “*transnazionalità*”, di “*transfrontalierità*”, ecc. che le fattispecie soggette al d.i.pr. presenterebbero rispetto all’ordinamento statale. La principale conseguenza, di questa nuova tendenza “terminologica”, è quella di considerare l’“estraneità”, che queste fattispecie presentano rispetto a quelle regolate dal diritto comune dell’ordinamento statale, come un indice della loro *natura giuridica* e, quindi, della loro appartenenza ai nuovi ordinamenti o sistemi giuridici che, di volta in volta, sono chiamati a disciplinarla. Una situazione, questa, che si è principalmente manifestata, come si è accennato, nella sperimentazione di nuove forme di cooperazione internazionale e, quindi, nei nuovi ordinamenti giuridici cui questa darebbe vita e al cui inquadramento giuridico, quantomeno controverso, il dato terminologico non farebbe altro che conformarsi. Fra queste realtà di cooperazione internazionali in cui tale tendenza si è venuta evidenziando (anche se non in modo esclusivo) figura sicuramente l’Unione Europea²¹. La particolarità delle fattispecie internazionalprivatistiche che vengono in rilievo in quest’ambito, infatti, si manifesta come estraneità non solo al diritto statale ma, altresì, a quello internazionale e come collegamento delle stesse fattispecie, viceversa, ad un diritto nuovo e diverso (e, cioè, “terzo” rispetto ai primi) che fa capo a tale organizzazione.

²⁰ V. per tutti VITTA, *op. cit.*, Milano, 1984, p. 32 6.

²¹ Su un uso promiscuo del termine transfrontaliero, riferito tanto a fattispecie attinenti l’ambito internazionale quanto a quello comunitario v. P. DE CESARI, *Diritto internazionale privato e processuale comunitario*, Torino, 2011, pp. 4, 6, 75.

4. La teoria del *tertium genus* e la questione del collegamento delle fattispecie connotate da estraneità al diritto dell'Unione europea

La dichiarata natura giuridica statale del d.i.pr. e il necessario collegamento delle fattispecie che esso regola ad un ordinamento statale potrebbe lasciare spazio all'obiezione che questo genere di discorso non abbia alcun fondamento, e dunque nessuna possibilità di applicazione, con riguardo a quella realtà normativa che prende il nome di Comunità e, più recentemente, di Unione europea. Questa infatti, per opinione diffusa, costituisce un fenomeno senza precedenti che spesso, proprio per le sue caratteristiche peculiari, si usa definire in termini di ente «sovranazionale»²², «quasi-statale», o «quasi-federale»²³, se non anche di ente «sovrano»²⁴: la realtà comunitaria, infatti, presenta peculiarità sul piano della sua organizzazione “interna” e della sua produzione normativa che la porterebbero ad avvicinarsi ad un'entità statale più che ad un'organizzazione internazionale. In particolare, essa si fonda su un ordinamento che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini²⁵ ed è titolare di una personalità internazionale distinta da quella degli Stati membri²⁶. Inoltre, il suo articolato apparato istituzionale e i criteri di ripartizione delle sue competenze «pubbliche» o «sovrane»²⁷ appaiono del tutto ispirati ai modelli statali; il suo “sistema delle fonti” inoltre, si è via via sviluppato sulla scorta dei modelli di gerarchia normativa di tipo statale, con al vertice il Trattato istitutivo avente carattere «costituzionale»²⁸ (in quanto assimilabile ad una vera e propria “carta costituzionale” statale), cui sono subordinati gli atti delle Istituzioni dotati di «efficacia diretta»²⁹ in tutto il territorio comunitario e, in virtù di questo, sono in grado di raggiungere (alla stregua degli atti statali) tutti i soggetti (persone fisiche e giuridiche) degli ordinamenti degli Stati membri. Infine, il diritto che nell'ambito di tale realtà

²² E. TRIGGIANI, *L'Unione Europea secondo la riforma di Lisbona*, Suppl. speciale di *Sud in Europa*, Bari, Levante ed., 2008, pp. 14, 17.

²³ V. F. SORRENTINO, *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, Torino, 1995, p. 15 ss.

²⁴ Così L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010, p. 42.

²⁵ Così DANIELE, *Diritto dell'Unione europea cit.*, p. 42.

²⁶ V. TRIGGIANI, *L'Unione Europea cit.*, p. 19.

²⁷ V. DANIELE, *Diritto cit.*, pp. 42, 43; SORRENTINO, *Profili costituzionali cit.*, p. 5 ss.

²⁸ Così Corte di giustizia, sentenza 23 aprile 1986, causa 294/1983, Parti écologiste Les Verts c. Parlamento europeo, 1229, punto 23.

²⁹ Così G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, p. 165 ss.

prende forma ha carattere di «preminenza» (o prevalenza o supremazia o primazia) sul diritto interno degli Stati membri, talché le norme interne con esso contrastanti, «sia precedenti che successive e quale ne sia il rango, all'occorrenza anche costituzionale», «deve essere disapplicata»³⁰.

In ogni caso, se è vero che l'evoluzione della realtà comunitaria verso una forma di ordinamento statale non può dirsi al momento compiuta, è sicuramente certo che questa situazione porta una parte della dottrina a ritenere che la realtà comunitaria sia ben lontana da ogni altra esperienza giuridica, facendo della stessa un *tertium genus*, rispetto sia all'esperienza giuridica statale che a quella internazionale.

In contrasto con la tendenza ora riferita, occorre osservare che il fenomeno comunitario – inteso questo, non solo sotto il suo profilo organizzativo, bensì anche quello normativo – trova il suo fondamento e, dunque, le sue origini non in un atto statale, bensì in un atto tipico del diritto internazionale: il Trattato istitutivo o costitutivo (che dir si voglia), inizialmente, della Comunità e, successivamente, dell'Unione europea. Più esattamente, questo non è affatto assimilabile ad una “costituzionale statale” non tanto, o non solo, perché esso è stato indicato, anche in occasione delle sue modifiche, con la definizione di «trattato»³¹ quanto, soprattutto, perché esso rappresenta una manifestazione della volontà degli stessi Stati di organizzarsi e autoregolamentarsi sul piano internazionale, anziché sul piano interno. E quando si dice che gli Stati si “organizzano e si autoregolamentano sul piano internazionale”³² si intende dire che essi disciplinano le loro questioni, interessi o rapporti con norme e strumenti che sono giuridicamente *diversi e indipendenti* da quelli statali.

A prescindere, dunque, dalle materie trattate, dal contenuto dei precetti concordati, dalla tecnica con cui questi risultano formulati e vengono recepiti negli ordinamenti degli Stati membri, dalla denominazione ad essi attribuita, i

³⁰ Le citazioni sono di G. TESAURO, *Diritto dell'Unione it.*, pp. 189-190. Sul «primato» o «primauté» comunitario si v. anche R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, pp. 20-21, 219.

³¹ Sulla irrilevanza del *nomen* di un atto ai fini del suo corretto inquadramento giuridico si è pronunciata la stessa Corte di giustizia (sentenza 15 marzo 1967, cause riunite 8-11/66 Cimentéries ed altri c. Commissione; sentenza 13 maggio 1971, causa 41-44/70, International Fruit Company c. Commissione).

³² Sul concetto di “organizzazione internazionale” e sul diritto che si sviluppa sulla base della stessa v. A. MIGLIAZZA, *Il fenomeno dell'organizzazione internazionale e la comunità internazionale*, Milano, 1958; e più recentemente P. ZICCARDI, *Organizzazione internazionale*, ED, XXXI, 1981, p. 158 ss.; G. GAJA, *L'organizzazione internazionale*, in G. AMATO, A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, III, 5° ed., Bologna, 1997, p. 325 ss.

trattati conclusi fra soggetti internazionali restano *atti di natura giuridica internazionale*: in tal senso, anche i Trattati “comunitari” – seppure non vi sia dubbio sul loro valore di “atto costitutivo”, “originario” e “fondamentale” rispetto a quella importante organizzazione internazionale nota come Comunità europea (e alla quale, col tempo, si è venuta affiancando e sovrapponendo l’Unione europea) e nonostante essi attribuiscono a tale organizzazione quelle caratteristiche e particolarità, sopra ricordate, che avvicinano la stessa ai modelli organizzativi e ordinamentali statali – conservano la natura di atti di diritto internazionale. Dalla circostanza ora evidenziata discende, altresì, che tutti gli atti (c.d. *diritto comunitario derivato o secondario*) che le Istituzioni comunitarie sono competenti ad adottare in base al Trattato istitutivo e alle sue successive modifiche (c.d. *diritto comunitario originario o primario*) presentano (a prescindere dalle condizioni concordate dagli Stati membri per garantirne la diretta applicabilità all’interno dei rispettivi ordinamenti) la medesima natura internazionale del Trattato istitutivo di cui si propongono l’attuazione. La situazione testé descritta non appare smentita neppure dalla circostanza che, nel contesto comunitario, vi sia una Istituzione (la Corte di giustizia) preposta ad assicurare l’interpretazione e l’osservanza del diritto comunitario (con numerose analogie con le più Alte Corti dello Stato), poiché anche in questo caso ci troviamo di fronte ad un meccanismo di controllo e garanzia previsto nell’ambito dei rapporti di diritto e obbligo fra Potenze (ovvero soggetti) internazionali³³.

È, dunque, alla luce delle osservazioni fin qui svolte che va altresì interpretato il contributo che il processo di cooperazione comunitaria conferisce allo sviluppo del d.i.pr. In particolare, il d.i.pr. adottato a livello “comunitario” sia attraverso la stipula di appositi accordi internazionali fra gli Stati membri interessati e sia attraverso l’adozione atti comunitari di tipo “derivato”, non va frainteso al punto di sostenere che con esso si sia dato vita ad uno specifico “ramo del diritto comunitario” (con la prova, altresì, che questo sia espressione di un nuovo “ordinamento giuridico statale”, sovraordinato rispetto a quello degli Stati membri), poiché il d.i.pr. di cui si tratta rappresenta solo uno degli *oggetti o materie* del diritto comunitario e non certo un suo ramo normativo³⁴.

³³ Sulla natura di «arbitro internazionale» della Corte di giustizia v. TREVES, *Diritto internazionale* cit., pp. 637-638.

³⁴ Sulle peculiarità della procedura di adattamento del diritto degli Stati membri al diritto comunitario e, in particolare, sulla c.d. “applicabilità diretta” (da tenere distinta dall’“efficacia diretta”) del diritto comunitario (specie di quello adottato a mezzo di “regolamenti”) negli ordinamenti degli Stati membri v. *infra* nel testo.

Né deve creare confusione il fatto che, nella definizione della normativa di d.i.pr., il diritto comunitario distingua fra situazioni connotate da estraneità che sono “interne” al sistema comunitario (o intracomunitarie) e situazioni connotate da estraneità che sono “esterne” al sistema comunitario (o extracomunitarie): un tale fatto, più che indurre ad attribuire alle dette situazioni una natura giuridica nuova e diversa da quella statale (quella, cioè, del *genus* comunitario) dovrebbe essere, invece, unicamente indicativo dell’intenso grado di collaborazione internazionale raggiunto dagli Stati membri, in vista di realizzare la reciproca integrazione dei rispettivi sistemi di d.i.pr.

In realtà, da un’attenta analisi del d.i.pr. comunitario emerge che il carattere delle fattispecie da questo disciplinate, lungi dal manifestarsi in termini di estraneità rispetto all’“ordinamento dell’Unione” (e di una loro connessione ad un “ordinamento statale” diverso da questo), si manifesta come estraneità di queste fattispecie rispetto ad uno degli ordinamenti degli Stati membri e loro appartenenza all’ordinamento di un altro Stato membro. Ciò che, indirettamente, getta lumi sulla pretesa natura statale della stessa Unione europea.

Al di là, dunque, dei facili neologismi, le novità che contraddistinguono l’Unione non sono suscettibili di alterare la detta situazione e, quindi, di modificare i caratteri e il funzionamento del d.i.pr., nonché la natura delle fattispecie che ad esso sono soggette.

5. La formazione di obblighi internazionali nel settore del diritto internazionale privato

Si è già avuta occasione di affermare³⁵ che oggetto del diritto internazionale può essere qualsiasi materia o rapporto: non esistono, in definitiva, materie precluse al diritto internazionale che, viceversa, siano esclusive del diritto interno. La distinzione fra materie rientranti negli “affari esteri” o negli “affari interni” dipende, in buona sostanza, dalla volontà degli Stati: basta, infatti, che questi manifestino l’intenzione di dare vita ad una cooperazione in una data materia, anche in una di quelle tradizionalmente soggette alla propria sovranità interna, che questa diventi oggetto del diritto internazionale in forma di obblighi vincolanti per gli Stati che li hanno sottoscritti³⁶. Sul tema, si è an-

³⁵ *Supra*, par. 2.

³⁶ Sulle «illimitate potenzialità» dell’accordo internazionale v. da ultimo DE SENA, *Giustizia internazionale* cit., par. 5.

che avuto modo di osservare che lo Stato nei rapporti internazionali viene in rilievo come «potenza» ovvero come ente dotato di poteri sovrani e, in tal senso, «gestore di un ordinamento giuridico»³⁷. Sulla scorta di questa osservazione si è altresì potuto evocare il principio³⁸ secondo cui il d.i.pr. adottato con atti internazionali non perde, in virtù di questo, la sua natura statale e ciò, nemmeno se esso sia l'espressione di una "competenza sovrana" trasferita a mezzo di un trattato internazionale³⁹.

Appare ora opportuno soffermarsi sul processo di *formazione* degli obblighi internazionali nel settore del d.i.pr. integrando quelle indicazioni in un quadro analitico più generale. Al riguardo, vale la pena considerare che, i cambiamenti che hanno interessato il diritto internazionale privato – e, nel caso di specie, le fattispecie che esso è preposto a regolare – in seguito all'avvicinarsi di fonti di diritto internazionale ed europeo a regolamentazione dello stesso sembrano, secondo la dottrina esaminata al paragrafo precedente, aver inciso anche profondamente sui caratteri di tale disciplina e sulle controversie che essa ha ad oggetto. Questi approcci, tuttavia, si è visto, rievocano esperienze già note al diritto internazionale privato e finiscono, perciò, per riaprire vecchie dispute che il dibattito scientifico pareva avere ormai superato: si intende qui fare riferimento alla questione della natura giuridica del diritto internazionale privato e dei suoi rapporti con il diritto internazionale. Su questi aspetti la dottrina ha già da tempo fissato dei punti fermi, enunciando dei principi ancora oggi validi che nell'inquadrare il d.i.pr., regolano il campo dei rapporti fra diritto statale e diritto internazionale. D'altro canto, non bisogna dimenticare che questo settore proprio per le sue peculiarità rispetto ad altri settori del diritto statale ha rappresentato fin dall'origine un fondamentale banco di prova per testare il rapporto fra diritto interno e diritto internazionale nei termini ora ricordati: è proprio lo studio delle particolari caratteristiche del d.i.pr. che ha consentito alla scienza internazionalistica di individuare i principi cardine del regime cui tale rapporto è sottoposto. Basterebbe, quindi, avere presenti questi i principi, per avere contezza del regime di rapporti che intercorrono fra il d.i.pr. e il diritto internazionale e, *tout court*, fra quest'ultimo e ogni altro ramo del diritto interno⁴⁰.

Conviene richiamare brevemente questi principi, specie per i riflessi che

³⁷ L'espressione è di PERASSI, *Lezioni cit.*, p. 8.

³⁸ *Supra*, par. 2.

³⁹ Sull'argomento relativo ai "poteri funzionali" di diritto internazionale si v. E. CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 2000.

⁴⁰ Cfr. R. AGO, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Milano, 1955, pp. 39-40.

essi sono suscettibili di svolgere sulla realtà giuridica comunitaria. Occorre ricordare, in proposito, che l'applicazione della teoria internazionalistica al d.i.pr. si è rivelata inadeguata⁴¹: già da tempo la dottrina ha chiarito che il d.i.pr. costituisce un ramo del diritto statale e che, nonostante la sua definizione, esso non abbia alcun fondamento nel diritto internazionale. In particolare, non esiste una norma generale internazionale che obblighi gli Stati a emanare una normativa di d.i.pr.; e, più in generale, non esiste nel diritto consuetudinario internazionale una norma che costituisca il fondamento dello Stato⁴². L'inesistenza di un siffatto fondamento – determinando un vuoto, una discontinuità fra le diverse comunità umane costituite in Stato che rappresenta la causa responsabile dell'assenza di una «comunità universale di diritto pubblico» e, quindi, di un «diritto internazionale dell'umanità»⁴³ – implica che lo Stato, le sue funzioni, la sua organizzazione, il suo sistema di produzione giuridica e ogni altra sua manifestazione, incluso il suo rapporto con i sudditi, vengano in rilievo per l'ordinamento internazionale come *fatto*, anziché come *fenomeno di diritto*⁴⁴. In questo senso, anche le partizioni (o branche) in cui generalmente il diritto statale si declina appaiono irrilevanti per il diritto internazionale: nel diritto internazionale, pertanto, non è dato distinguere fra diritto pubblico e privato⁴⁵ come, del resto, non è dato rinvenire un diritto penale, civile, amministrativo, commerciale, ecc. Si è altresì ricordato che «il principio della separazione tra l'ordinamento giuridico interno e l'internazionale, e in conseguenza dell'incommensurabilità delle norme esistenti nei rispettivi sistemi, poiché create da fonti distinte e riguardanti fonti distinte e soggetti del tutto diversi»⁴⁶.

⁴¹ Per una critica alla ricostruzione del d.i.pr. in chiave "internazionalistica" AGO, *Lezioni di diritto internazionale privato* cit., p. 12 ss.; R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli, 1969, p. 78 ss.; VITTA, *Corso di Diritto internazionale* cit., pp. 31-32.

⁴² G. ARANGIO RUIZ, *Stati e altri enti*, voce del *Noviss. Dig. it.*, 1957, pp. 136, 144-145.

⁴³ Le due definizioni sono di ARANGIO RUIZ, *Stati* cit., pp. 143, 145. Sulla mancanza di continuità fra l'ordinamento interno e quello internazionale anche sotto il profilo giurisdizionale v. DE SENA, *Giustizia* cit., p. 14; N. RONZITTI, *Crimini internazionali individuali, tribunali interni e giustizia penale internazionale*, in SIDI (a cura di), *Cooperazione fra Stati e giustizia penale internazionale*, Atti del III Convegno SIDI (Siena, 12 e 13 giugno 1998), Napoli, Editoriale Scientifica, 1999, pp. 17, 19-20.

⁴⁴ Così AGO, *Lezioni* cit. p. 39.

⁴⁵ Solo l'ordinamento statale, infatti, distinguendo fra diverse categorie di soggetti, pubblici e privati, distingue anche fra i diritti che sono destinati a regolare gli stessi, a seconda della loro qualità pubblica o privata. Sul punto si rinvia a ARANGIO RUIZ, *Stati* cit., pp. 185, 189; CONFORTI, *Diritto internazionale* cit., pp. 3-5; TREVES, *Diritto internazionale* cit., pp. 1-3.

⁴⁶ Così AGO, *Lezioni* cit. p. 39.

La circostanza che il d.i.pr. abbia natura statale, e che tale carattere rivesta tutta sua la produzione giuridica, «non significa escludere» tuttavia «che possano esistere e che esistano effettivamente norme di vero e proprio diritto internazionale in materia di diritto internazionale privato»⁴⁷. Al contrario, grazie alle «illimitata potenzialità dell'accordo»⁴⁸, numerose sono ormai le misure di diritto internazionale che regolano questo particolare settore del diritto statale. L'atteggiamento che, tuttavia, assume il diritto internazionale riguardo a questa materia «non è diverso dall'atteggiamento che esso può assumere rispetto a qualsiasi altra parte del diritto interno degli Stati a cui esso si indirizza»⁴⁹. Qualificandosi l'attività normativa del legislatore come un «semplice fatto sprovvisto di carattere giuridico, e che soltanto in questa qualità [esso] può formare oggetto delle norme giuridiche internazionali»⁵⁰, il diritto internazionale si limita in questi casi ad «imporre allo Stato l'obbligo di inserire nell'ordinamento interno date norme di diritto internazionale privato, non diversamente da quanto potrebbe fare rispetto a norme di diritto civile, commerciale o marittimo»⁵¹. Nell'ipotesi in esame, dunque, «l'attività legislativa dello Stato» assume rilevanza «non quale attività produttiva di norme» bensì quale «esplicazione»⁵² e, cioè, *adempimento* o *esecuzione* di un obbligo internazionale⁵³. Niente esclude, poi, che l'attività sovrana dello Stato rilevante sia quella “estera”, cosicché l'obbligo internazionale in parola potrà dirsi soddisfatto nel momento in cui lo Stato, attraverso i suoi organi titolari del “potere estero”, porranno in essere l'attività estera giuridicamente richiesta⁵⁴. Posta in questi termini la

⁴⁷ MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato* cit., p. 14.

⁴⁸ ARANGIO RUIZ, *Stati* cit., p. 197. Più recentemente, su questi temi v. anche DE SENA, *Giustizia internazionale* cit., p. 1 ss.

⁴⁹ MORELLI, *Elementi* cit., p. 14.

⁵⁰ AGO, *Lezioni* cit., p. 39.

⁵¹ MORELLI, *Elementi* cit., p. 14. Per una critica del tutto attuale alla teoria dell'adattamento implicita in queste posizioni v. G. ARANGIO RUIZ, *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, Milano, Giuffrè, 1951, pp. 192-224.

⁵² Le citazioni sono di AGO, *Lezioni* cit. p. 39; nello stesso senso v. anche MORELLI, *op. cit.*, p. 14.

⁵³ Si tratta, cioè, più in generale, di un'attività normativa (legislativa, ma potrebbe essere anche costituzionale o amministrativa a seconda che la materia trattata rientri nella competenza di l'uno o l'altro Potere dello Stato) che «formalmente in nulla si distinguono dalle norme statali se non per il motivo (*occasio legis*) per cui vengono emanate e che è appunto quello di creare delle regole corrispondenti a determinate norme internazionali)» (così CONFORTI, *Diritto* cit., p. 309).

⁵⁴ Si tratta questo di un aspetto che abbiamo cercato più volte di mettere in evidenza, insieme alla circostanza che lo Stato venga in rilievo sul piano internazionale non solo ai fini della

questione, sul piano internazionale appare corretto distinguere fra «diritto interno internazionalmente rilevante e diritto interno internazionalmente irrilevante»⁵⁵. Ed proprio sotto questo aspetto che il diritto internazionale – nel corso di un processo di evoluzione dei suoi *contenuti* – ha registrato importanti sviluppi e cambiamenti in relazione a molti settori del diritto interno, fra i quali appunto anche il d.i.pr.⁵⁶. Il problema vero, quindi, è quello di sapere se esistano obblighi internazionali che impegnino il nostro Stato ad adottare norme di d.i.pr. in esecuzione o, più propriamente, in *adattamento* a specifici obblighi internazionali⁵⁷ e se, inoltre tali attività di esecuzione siano quelle interne oppure quelle estere.

6. L'adattamento al diritto internazionale pattizio: la procedura ordinaria

Nel paragrafo precedente si è potuto osservare che è proprio nell'ambito della sempre più crescente determinazione degli Stati ad aprirsi alla cooperazione con gli altri Stati che può spiegarsi l'evoluzione del contenuto degli obblighi internazionali e, in tal senso, il trasferimento dei meccanismi di produzione normativa dal piano interno al piano internazionale anche nella materia del d.i.pr. e che ciò non eserciti la benché minima influenza sulla natura giuridica di questa branca del diritto, che nasce e resta statale.

Se è vero che il diritto internazionale può avere ad oggetto il d.i.pr. degli Stati, è anche vero, però, che esso impegnerà gli stessi Stati ad esercitare i propri poteri sovrani (estero o di governo, a seconda dei casi) nei termini e

propria attività di governo (sovranità estera) ma altresì di quella estera (sovranità interna). Nel caso segnalato nel testo, si osservi, logicamente, l'attività "estera" di adattamento non potrà essere contestuale (come generalmente accade nell'ipotesi precedente: v. *supra*, nota 54) a quella diretta alla ratifica degli accordi internazionali di cui si tratta. Sugli obblighi internazionali previsti da precedenti obblighi internazionali sia consentito, ancora una volta, rinviare al nostro *Gli accordi delle Regioni con soggetti esteri e il diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 199 ss. e, nella specie, ai parr. 2, 3 e 4, pp. 202-236, p. 471 ss. spec. pp. 510-516.

⁵⁵ AGO, *op. cit.*, p. 39; sul concetto di rilevanza giuridica v. inoltre ARANGIO RUIZ, *Stati cit.*, pp. 193, 204.

⁵⁶ Circa il fatto che l'"evoluzione" del diritto internazionale odierno riguardi i suoi *contenuti*, anziché la sua natura e i suoi aspetti di organizzazione e produzione giuridica v. DE SENA, *Giustizia cit.*, pp. 7, 8.

⁵⁷ MORELLI, *op. cit.*, p. 14.

con i limiti previsti dagli obblighi volontariamente concordati con le controparti estere. Non diversamente da quanto accade allorché il diritto internazionale verta su un qualsiasi altro settore del diritto statale, l'applicazione del principio internazionale generale *pacta sunt servanda* ai trattati conclusi in materia di d.i.pr. non fa altro che impegnare lo Stato interessato ad adattare il proprio ordinamento interno – se del caso anche con opportune modifiche – al contenuto degli obblighi internazionali sottoscritti, nei limiti di *forma* e di *sostanza*, in cui questi siano stati concordati.

Con riguardo al nostro Stato, ciò comporterà la necessità di verificare, in primo luogo, se il trattato sia stato concluso secondo la procedura stabilita dal diritto interno per la stipulazione di un trattato internazionale nella materia di cui si tratta (in particolare, occorrerà accertare il rispetto dell'art. 80 Cost. it. sulla competenza estera del Parlamento) e, in secondo luogo, se lo Stato abbia apposto riserve all'applicazione del trattato stesso.

Per quanto l'adattamento⁵⁸ sia un'attività dovuta ai fini del rispetto del diritto internazionale, generalmente le modalità con cui esso viene posto in essere hanno una mera rilevanza interna: in altre parole, ogni Stato procede ad adeguare il proprio diritto nazionale agli obblighi internazionali da esso sottoscritti secondo le regole e le procedure dettate dalla propria legislazione nazionale.

Con riferimento allo Stato italiano, esiste una prima procedura, detta *ordinaria*, con la quale il nostro Stato procede ad adeguare il proprio ordinamento agli obblighi che lo vincolano nei rapporti internazionali. Essa si attua attraverso l'adozione di un atto interno (normalmente una legge ordinaria, ma può trattarsi anche di una legge costituzionale o di un provvedimento amministrativo) in cui il contenuto degli obblighi internazionali viene interamente riformulato. Gli atti interni adottati attraverso la procedura ordinaria sono, dunque, atti che non si distinguono affatto dagli altri atti interni dello Stato, se non per il motivo che ne ha determinato l'adozione che è, appunto, quello di introdurre nell'ordinamento norme interne di contenuto corrispondente alle norme sottoscritte dallo Stato sul piano internazionale⁵⁹. In tal senso, le norme interne tendono a riprodurre le fattispecie astratte previste dalle norme internazionali stabilendo per esse una disciplina che, tendenzialmente, è conforme a quella prevista dalla norma internazionale. Si è detto “tendenzialmente”,

⁵⁸ Sulle procedure di adattamento al diritto internazionale si rinvia alla manualistica di diritto internazionale: per tutti, v. CONFORTI, *Diritto internazionale* cit., p. 301 ss.; TREVES, *Diritto internazionale* cit., p. 645 ss., spec. p. 658 ss.

⁵⁹ Sul punto si rinvia a quanto detto *supra*, nota 54.

perché spesso il legislatore nel “riformulare” le norme internazionali nell’ordinamento interno può discostarsi (più o meno sensibilmente) dal loro contenuto. Sono evidenti gli inconvenienti e i rischi (da quello del semplice rallentamento o interruzione dei rapporti diplomatici a quello del contenzioso per illecito internazionale) che un adattamento tramite l’osservanza del procedimento ordinario può comportare, nei rapporti con le controparti estere. Di fronte ad una norma adottata nell’ambito della procedura ordinaria l’interprete non ha altra scelta se non quella di applicarla, posto che essa sia l’unico dato normativo sul quale possa concentrarsi la sua funzione interpretativa mentre l’accordo rappresenterà uno strumento ermeneutico di valore ausiliario⁶⁰.

Vi sono casi, tuttavia, nei quali l’osservanza del procedimento ordinario si rende necessaria in conseguenza delle caratteristiche delle norme internazionali concordate dalle parti nel trattato: una tale situazione ricorre, infatti, nel caso in cui la norma internazionale preveda semplici facoltà per gli Stati; oppure si limiti ad introdurre una disciplina di portata generale riservando espressamente e specificamente agli Stati il compito di adottare una disciplina integrativa o di dettaglio; infine, quando la formulazione della norma internazionale sia talmente generica ed elastica da implicare e, quindi, consentire agli Stati una certa discrezionalità in sede di attuazione del suo contenuto nell’ordinamento interno⁶¹.

7. Segue: La procedura speciale

Nonostante la definizione di procedura “ordinaria” lasci intendere che questa sia quella più comunemente seguita in tema di adattamento del diritto italiano ai trattati internazionali conclusi dal nostro Stato, deve osservarsi che, in realtà, la procedura di adattamento⁶² normalmente seguita nel nostro Paese è quella c.d. *speciale* che si attua tramite l’adozione di un atto normativo dello Stato (generalmente si tratta di una legge) col quale si impartisce l’ordine (c.d.

⁶⁰ Cfr. TREVES, *Diritto* cit., p. 655 ss., p. 698 ss.

⁶¹ Sulle norme non self-executing si v. L. CONDORELLI, *Il giudice italiano e i trattati internazionali. Gli accordi self-executing e non self-executing nell’ottica della giurisprudenza*, Padova, 1974; CONFORTI, *Diritto internazionale* cit., p. 306-308.

⁶² Sulle procedure di adattamento al diritto internazionale si rinvia alla manualistica di diritto internazionale: per tutti, v. CONFORTI, *Diritto internazionale* cit., p. 301 ss.; TREVES, *Diritto internazionale* cit., p. 645 ss., spec. p. 658 ss.

ordine di esecuzione) di dare «piena ed intera esecuzione» alle norme di un dato trattato al quale si fa rinvio per la determinazione del suo contenuto. Nella maggioranza dei casi, la clausola che, destinata a tutti i soggetti statali e in primo luogo a quelli chiamati ad applicare il diritto dello stato, ordina la «piena ed intera esecuzione» di un dato trattato è contenuta nella stessa legge con cui il Parlamento autorizza la ratifica del medesimo: questa legge non procede alla riformulazione delle norme internazionali, ma si limita ad operare un “rinvio” al documento internazionale in cui le stesse risultano concordate e che, di solito, viene riprodotto in calce alla legge in discorso. L’ordinamento statale, in tal modo, si serve di una norma di rinvio (e cioè di una norma c.d. *strumentale*) per conseguire l’obiettivo dell’osservanza del diritto internazionale. L’ordine, così formulato, sul piano interno riguarderà unicamente l’“osservanza” delle norme internazionali specificamente indicate (che possono essere quelle previste da un trattato, da un atto di organo internazionale ma, in alcuni Stati, anche dal diritto internazionale consuetudinario) nei limiti della loro portata e della loro durata, così come essa emerge sul piano internazionale⁶³. In altre parole, la norma internazionale sarà “osservata” sul piano interno nel rispetto delle sue caratteristiche originarie e quelle dell’ordinamento (internazionale) cui appartiene. Di tutta evidenza, nell’ambito della procedura di cui si tratta il ruolo centrale, nella concreta applicazione della norma internazionale, si sposta dal legislatore all’interprete. Il “rinvio”, operato dalla norma di adattamento, al diritto internazionale, infatti, consente all’interprete di utilizzare quest’ultimo nell’ambito della sua attività interpretativa: ciò che si intende dire quando si afferma che «l’osservanza del diritto internazionale da parte di uno Stato deve ritenersi affidata in primo luogo agli operatori giuridici, ed in particolare agli organi statali, di quello stesso Stato»⁶⁴.

La procedura *speciale* fin qui descritta, viene di solito preferita a quella c.d. *ordinaria*, per i problemi che questa comporta e che (come si è accennato al paragrafo precedente) sono generati dalla riformulazione del contenuto degli obblighi internazionali sottoscritti dallo Stato.

⁶³ Sul punto cfr. CONFORTI, *Diritto internazionale* cit., p. 304 e, specialmente, pp. 310-313.

⁶⁴ Così CONFORTI, *Diritto internazionale* cit. p. 308.

8. L'adattamento al diritto internazionale consuetudinario: la procedura speciale prevista dall'art. 10 Cost. it.

L'adattamento al diritto internazionale consuetudinario (o generale) avviene in Italia attraverso una procedura speciale (o di rinvio). Essa è oggetto di una norma di rango costituzionale: l'art. 10, comma 1 Cost. it., infatti, dispone che «L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute». Con la formulazione di questo articolo il Costituente ha voluto in tal modo che la rilevazione e l'interpretazione delle norme internazionali generali fosse totalmente rimessa all'interprete, limitandosi a ordinare che l'adattamento fosse "automatico" e, cioè, continuo e completo. Anche in questo caso (così come si è visto al paragrafo precedente) l'osservanza delle norme internazionali avverrà nell'ambito dell'ordinamento interno nei limiti della portata e della durata che esse assumono sul piano internazionale.

La dottrina è unanime nella determinazione della posizione (rango) che le norme internazionali, oggetto di adattamento mediante la procedura del "rinvio", assumono «nel sistema di gerarchia delle fonti italiane» dicendo che essa è la stessa della fonte interna che ne ordina l'osservanza: nel caso delle norme internazionali consuetudinarie tale rango sarà, dunque, quello costituzionale. Si dice al riguardo, che la violazione di una norma internazionale consuetudinaria da parte di una legge ordinaria costituirà «indirettamente»⁶⁵ una violazione dell'art. 10 Cost. it. La stessa dottrina, tuttavia, nega che tali norme internazionali si comportino «come vere e proprie norme costituzionali»⁶⁶ con la conseguenza di poter derogare ai principi della nostra Costituzione. In altre parole, benché la loro applicazione avvenga *sic et simpliciter* senza l'adozione di un apposito atto di volontà da parte dello Stato, esse non rientrano nel sistema delle fonti del detto Stato. Pertanto, se in «in linea di massima» il diritto internazionale generale prevarrà sul diritto costituzionale dello Stato «a titolo di diritto speciale», esso tuttavia, non potrà prevalere sulle norme e i valori fondamentali della nostra Costituzione⁶⁷.

⁶⁵ CONFORTI, *Diritto internazionale* cit. p. 314.

⁶⁶ Cfr. sul punto CONFORTI (*Diritto internazionale* cit., p. 315) che rigetta l'idea che esse possano avere «pieno rango costituzionale».

⁶⁷ Sul punto cfr. CONFORTI, *Diritto internazionale* cit. p. 315.

9. L'adattamento al diritto dell'Unione europea: le procedure di adattamento al diritto originario e al diritto derivato

Analogamente a quanto normalmente avviene per gli altri trattati internazionali, anche i Trattati istitutivi della Comunità europea e dell'Unione europea, nonché quelli modificativi degli stessi, sono stati sottoposti alle procedure di ratifica e di adattamento previste dal diritto interno degli Stati membri. Ognuno di questi ultimi ha, dunque, proceduto allo svolgimento di tali formalità secondo le previsioni stabilite dal proprio diritto costituzionale, così come puntualmente ricordato dalle varie edizioni dei Trattati istitutivi: attualmente, l'art. 54, comma 1 del TUE adottato a Lisbona dichiara che «il presente trattato sarà ratificato dalle Alte Parti Contraenti conformemente alle loro rispettive norme costituzionali. Gli strumenti di ratifica saranno depositati presso il governo della Repubblica italiana». Con riguardo al nostro Stato i Trattati istitutivi sono risultati soggetti alla procedura di adattamento speciale⁶⁸ e, pertanto, si è resa necessaria l'adozione di una legge ordinaria da parte del nostro Parlamento ai fini della loro ratifica ed esecuzione⁶⁹.

Per quanto concerne gli atti di diritto derivato, invece, la circostanza che gli Stati attraverso precise disposizioni concordate nei Trattati istitutivi abbiano deciso che (alcuni di) essi abbiano «una diretta applicabilità» negli ordinamenti interni, ha portato a credere che gli stessi non fossero oggetto di adattamento da parte degli Stati membri. In realtà, ciò significa solamente, che è da quelle disposizioni dei trattati che occorre partire per stabilire quale sia la procedura di adattamento concordata dagli Stati per gli atti comunitari di diritto derivato. Va ricordato, in proposito, che gli Stati sono liberi di scegliere la procedura di adattamento più confacente alle loro esigenze: in tal senso possono scegliere, come si è visto, ad esempio, fra procedura legislativa o amministrativa, fra procedura ordinaria e procedura speciale e, in quest'ambito, fra procedura con ordine di esecuzione e procedura automatica. Niente vieta

⁶⁸ Si tratta, infatti, di trattati che rientrano nella disciplina dell'art. 80 Cost. it. e che, pertanto, sono soggetti alla ratifica del Parlamento: quest'ultimo, per prassi, procede all'adempimento dell'art. 80 Cost. con l'adozione di una legge, la stessa con cui ordina l'esecuzione del trattato sottoposto a ratifica.

⁶⁹ Da ultimo, il nostro Stato ha preceduto ad adeguare il proprio ordinamento al Trattato di Lisbona del 2007 con legge 2 agosto 2008, n. 130 (*Gazz. Uff.* n. 185, 8 agosto 2008) «Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007».

agli Stati di stabilire la procedura di adattamento, anziché attraverso un atto di sovranità interna, attraverso un atto di sovranità esterna e, cioè, una manifestazione di volontà diretta a concludere un “trattato internazionale”. E ciò che è avvenuto, dunque, nell’ambito dei Trattati istitutivi della realtà comunitaria e che oggi risulta dal Trattato di Lisbona del 2007.

Diversamente da quanto visto per le norme contenute nei Trattati istitutivi, quindi, per le norme previste dal diritto comunitario c.d. derivato o secondario (quello cioè adottato dalle Istituzioni comunitarie nell’ambito delle competenze normative ad esse attribuite) la procedura di adattamento è quella definita concordemente dagli Stati attraverso apposite disposizioni pattizie contenute nei Trattati istitutivi⁷⁰. È pertanto a questi ultimi che occorre fare riferimento per ricostruire tale procedura. Si tratta, anche in questo caso, di una procedura di tipo *speciale*, tuttavia con caratteristiche diverse da quella sopra vista (fatta, a mezzo di un ordine di esecuzione e, cioè, di una clausola di rinvio) per i Trattati istitutivi e i loro atti modificativi. In sede di redazione degli stessi, infatti, gli Stati membri hanno stabilito una procedura di adattamento di tipo *speciale e uniforme* (cioè uguale per tutti gli Stati membri) che cambia a seconda del tipo di atto comunitario derivato preso a riferimento. In tal senso, gli Stati membri hanno innanzitutto stabilito che «il regolamento [...] è obbligatorio in tutti i suoi elementi e *direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri*» (art. 288 TFUE) (corsivo nostro). Si tratta della c.d. applicabilità immediata o diretta dei regolamenti negli ordinamenti degli Stati membri teorizzata dalla Corte di giustizia. È proprio l’esistenza della suddetta norma comunitaria (l’art. 288 TFUE) che ha indotto parte della dottrina a pensare che, nel caso dei regolamenti comunitari, non si desse luogo ad alcuna forma di adattamento in virtù della specialità che essi (e, in generale, l’intero sistema comunitario) per volontà degli Stati venivano ad assumere. In realtà, la volontà degli Stati membri di non sottoporre i regolamenti ad una procedura formale di adattamento non significa affatto che il diritto comunitario derivato – anche solo quello adottato a mezzo di regolamenti – sia sottratto al meccanismo dell’adattamento e che ciò sia una conseguenza della “particolare” natura del

⁷⁰ Se non vi è dubbio che la procedura di adattamento (o esecuzione) di un atto può formare oggetto di una manifestazione di volontà statale (interna o esterna che sia), tuttavia, la qualità degli effetti giuridici di un atto non può affatto costituire oggetto di un’analoga scelta *soggettiva*: gli effetti di un atto, in altre parole, non discendono dalla volontà del legislatore, del costituente o di qualsiasi altro organo dello Stato. Essi non discendono nemmeno dalla volontà, per quanto autorevole, di un organo internazionale preposto ad accertare la validità e la portata di quell’atto: in tal senso, la “qualità” degli atti comunitari (sia di diritto primario, che derivato) in termini di “efficacia” e di “preminenza” nell’ordinamento interno degli Stati membri non discende nemmeno dalle statuizioni della Corte di giustizia.

diritto comunitario. Al contrario, ciò significa che nel caso del diritto comunitario secondario l'adattamento sia, non solo necessario (stante la separazione fra i due ordinamenti, nazionale e "comunitario"), ma anche di tipo *automatico*, effettuato cioè con la migliore garanzia che il diritto internazionale c.d. comunitario sia "osservato" nell'ordinamento interno ininterrottamente e integralmente (in tutto il suo contenuto), senza dover procedere all'adozione di atti formali *ad hoc*: questo è quanto hanno fra loro concordato gli Stati membri con l'adozione di un'apposita norma pattizia che, derogando alle specifiche procedure stabilite dai rispettivi diritti interni per l'adattamento al diritto internazionale, ha introdotto una procedura di adattamento, uniforme in tutti gli Stati membri, che autorizza gli Stati stessi ad un rinvio automatico al diritto comunitario che progressivamente viene a prodursi nelle materie rientranti nella cooperazione fra gli Stati membri.

In tal modo, il meccanismo dell'adattamento è fatto salvo, essendo giustificato dalla discontinuità persistente fra l'ordinamento internazionale (cui appartengono i Trattati istitutivi e gli atti che da questi derivano) e gli ordinamenti degli Stati membri (nei quali i suddetti atti sono destinati ad essere eseguiti e, cioè, effettivamente applicati).

L'automatismo imposto ai fini dell'adattamento ai regolamenti comunitari, peraltro, è un fenomeno tutt'altro che nuovo nell'ambito dei rapporti fra ordinamento interno e ordinamento internazionale: come si è visto al paragrafo precedente, infatti, esso richiama il meccanismo, a suo tempo fatto proprio dal nostro Costituente in sede di redazione dell'art. 10 Cost. it., per consentire l'adattamento del nostro ordinamento al diritto internazionale c.d. generale o consuetudinario.

Evidenti sono i riflessi che la situazione, testé descritta, esercita sul d.i.pr. adottato a mezzo di atti comunitari di tipo derivato: essi risulteranno direttamente applicabili negli ordinamenti degli Stati membri senza che questi ultimi siano tenuti ad adottare preventivamente atti interni che ne dispongano l'esecuzione: ciò con gran beneficio nell'osservanza del diritto comunitario che sarà osservato "immediatamente" e "interamente", senza i problemi relativi alla discontinuità temporale e materiale derivanti dall'adozione degli atti formali. Anzi, in proposito si osservi che, essendo il d.i.pr. una materia che viene generalmente disciplinata a livello comunitario a mezzo di *regolamenti*, la norma contenuta nei trattati istitutivi che stabilisce l'"applicabilità diretta" senza la necessità di procedere ad un adattamento formale, è stata intesa – in seguito ad una apposita pronuncia della Corte di giustizia comunitaria⁷¹ che, peraltro,

⁷¹ V. al riguardo la sentenza della Corte di giustizia, Commissione c. Italia, 7 febbraio 1973, causa 39/72, in *Raccolta*, 1973, p. 101 ss.

non ha dato adito a contestazioni da parte degli Stati membri – nel senso che gli Stati membri non solo non debbono, ma neppure possono adottare atti interni diretti al recepimento dei regolamenti comunitari, e ciò al fine di non comprometterne l'applicazione completa e uniforme degli stessi in tutto il territorio comunitario.

È dunque per effetto della espressa volontà manifestata dagli Stati membri in occasione della stipula dei trattati comunitari e delle relative modifiche che è stato possibile, dapprima procedere alla sottoscrizione di importanti convenzioni di diritto internazionale privato e, successivamente, per effetto delle modifiche introdotte dal Trattato di Amsterdam (1997), è stato possibile procedere all'adozione di specifiche normative di livello comunitario di tipo c.d. derivato ossia adottate dalle Istituzioni comunitarie in conformità ai compiti ad esse attribuiti dai Trattati istitutivi. È, in particolare, con il Trattato di Amsterdam che è stato attribuito alle Istituzioni comunitarie il compito di adottare «misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile» (art. 61) che includono, tra l'altro, «il miglioramento e la semplificazione [...] del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale» e «la promozione della compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di competenza giurisdizionale» (art. 65). La circostanza poi che tali misure siano state adottate con la forma del *regolamento* ha peraltro consentito che esse potessero essere applicate in modo *automatico* negli ordinamenti degli Stati membri. Non mancano, tuttavia, casi di normative di d.i.pr. adottate a mezzo di *direttive*⁷², che sottolineando la distanza ancora esistente fra le legislazioni statali nella materia sono soggette ad un adattamento formale da parte degli Stati, che vi provvedono attraverso l'adozione di atti *ad hoc*.

Lo spostamento dagli Stati alla Comunità europea del baricentro della produzione normativa nel settore del d.i.pr. si è realizzato gradualmente e solo in epoca recente: l'aspetto sicuramente più interessante e significativo di questo fenomeno di "comunitarizzazione" del d.i.pr. riguarda, oltre che la trasposizione in appositi regolamenti adottati dalle Istituzioni comunitarie, del contenuto di specifiche convenzioni settoriali concluse *inter se* dagli Stati membri, anche l'adozione di atti comunitari riguardanti aspetti della materia che in precedenza non risultavano regolati fra gli Stati membri, nemmeno a livello pattizio. Si tratta, a ben guardare, di un processo tuttora in corso i cui sviluppi dipendono, evidentemente, dai tempi e dalle modalità con cui si procede al trasferimento, nella materia, dei processi di produzione normativa dal piano

⁷² V. *infra*, Cap. V, par. 14 le direttive in materia di mediazione.

interno al piano internazionale. È bene in proposito ricordare che gli effetti che un tale passaggio o trasferimento produce sull'ordinamento statale si manifestano, unicamente, in termini di *autolimitazioni* (cioè, frutto di limitazioni volontarie) cui lo Stato interessato ha acconsentito a mezzo di apposite manifestazioni di volontà concordate con omologhi enti esteri; tuttavia, la circostanza che esso, in ragione dell'accennata originalità del diritto comunitario, sia intesa in forma di un diritto caratterizzato da un'efficacia diretta⁷³ non ha mancato di sollevare dubbi e dare adito a contraddizioni.

Vedremo, in tal senso come la "comunitarizzazione" del d.i.pr. sia manifestata nelle prossime pagine procede in modo Un cenno, infine, in questa sede merita il fatto che la "comunitarizzazione" del settore relativo al d.i.p. sia suscettibile di riguardare tanto le fattispecie c.d. intracomunitarie (che presentano elementi di estraneità rispetto ad uno degli Stati membri e sono ricollegabili ad uno o più dei restanti Stati membri); quanto le fattispecie c.d. extracomunitarie (che includono situazioni caratterizzate da estraneità rispetto all'ambito di rapporti comunitari e che sono ricollegabili all'ordinamento di uno o più Stati terzi).

10. Rilievi critici alla teoria dominante sull'adattamento e i suoi riflessi sulla problematica del diritto internazionale privato

Non rientra fra gli obiettivi del presente lavoro addentrarsi nello studio delle modalità relative alla formazione degli obblighi internazionali e di quelle con cui essi ricevono concreta applicazione negli ordinamenti degli Stati.

Quel che qui interessa, invece, mettere in evidenza sono gli equivoci e i fraintendimenti che circondano l'istituto dell'"adattamento del diritto statale al diritto internazionale"⁷⁴ e i riflessi di questa concezione sui fenomeni del d.i.pr. e sulla sua problematica.

Ciò che, sempre più diffusamente, viene qualificata come un'operazione di "esecuzione" ovvero di "trasferimento", di "inserimento", di "trasposizione",

⁷³ Sulla portata dell'autolimitazione degli Stati membri nel settore del d.i.pr. v. da ultimo il parere della Corte di giustizia 7 febbraio 2006, n. 1/2003 sulla competenza a stipulare la Convenzione di Lugano.

⁷⁴ Sulla possibilità, peraltro, che l'applicazione del diritto internazionale possa realizzarsi attraverso la formulazione di norme di adattamento nell'ordinamento statale o anche in quello internazionale, a seconda di quanto richiedono le sue norme così come concordate dagli Stati, si rinvia al nostro *Gli accordi delle Regioni* cit., p. 471 ss., spec. pp. 510-528.

di “incorporazione”, di “immissione”, di “introduzione”, di “recepimento”, di “riproduzione”, se non anche di “trasformazione”, di “interiorizzazione” e di “nazionalizzazione”⁷⁵ della norma internazionale nell’ordinamento statale altro non è, in verità, che una forzatura dovuta all’inesatta traduzione sul piano terminologico e concettuale di quel fenomeno giuridico interno che, definito appunto come “adattamento”, dovrebbe dar conto della posizione dello Stato nell’ordinamento internazionale e dei suoi rapporti con quest’ultimo.

In tal senso, in effetti, l’adattamento – al di là della divisioni ideologiche fra monisti e dualisti – dovrebbe avere una funzione di ricognizione, anziché di disconoscimento, di quei caratteri che, secondo la scienza giuridica, contraddistinguono lo Stato come fenomeno giuridico e come soggetto dell’ordinamento internazionale: e cioè, della sua sovranità che è anche indipendenza e originarietà⁷⁶.

È vero, infatti, che oggi nessuno più nega che lo Stato sia un fenomeno giuridico originario (con riguardo, sia alla sua costituzione che alla sua produzione giuridica)⁷⁷ e che, in quanto tale, esso si presenti (di fatto) sul piano internazionale, come un ente sovrano che non deriva le sue origini, le sue funzioni, la sua organizzazione, il suo sistema delle fonti e qualsiasi altro suo elemento caratterizzante da un altro ordinamento ad esso superiore, nel caso di specie, dall’ordinamento internazionale; un aspetto, quello ora enunciato, che si è riflesso sul dibattito fra monisti e dualisti, contribuendo ad attenuarlo.

È altresì vero che la tesi dello Stato come fenomeno di *autolimitazione* o *autoregolamentazione* normativa abbia trovato una sua legittimazione giuridica e sia oggi quella più seguita in dottrina: secondo questa tesi, il fatto che lo Stato, sia in ambito interno che in ambito internazionale, si presenti come un ente sovrano si traduce sul piano della produzione normativa che ad esso fa capo in un fenomeno di *autolimitazione* dei propri poteri di governo (poteri *d’imperium*) e dei propri poteri esterni (potere estero); ciò, in particolare, significa che il diritto internazionale debba essere inteso come «il frutto di un’*autolimitazione* del singolo Stato»⁷⁸.

⁷⁵ Così CONFORTI, *Diritto internazionale* cit. p. 306.

⁷⁶ Lasciano intendere una corrispondenza fra i detti concetti CANNIZZARO, *Diritto* cit., p. 265 ss. e p. 275 ss.; CARBONE, *I soggetti* cit., p. 6.

⁷⁷ Così TREVES, *Diritto* cit., pp. 51-52; DE SENA, *Giustizia* cit., spec. par. 1.

⁷⁸ Così CONFORTI, *Diritto* cit., p. 9. Secondo questa autorevole dottrina «in realtà nessun artificio dialettico è in grado di negare l’eterna verità insita nella teoria dell’*autolimitazione* [...] e cioè il fatto che la comunità internazionale nel suo complesso non dispone di mezzi *giuridici* per reagire efficacemente ed imparzialmente in caso di violazione di norme internazionali». La stessa dottrina soggiunge in proposito che «Ciò che occorre superare è l’idea dell’arbitrio del singo-

Per contro, è anche vero che tutte le caratteristiche ora riconosciute allo Stato (e le conseguenze che esse producono sul regime dei rapporti fra ordinamento statale e ordinamento internazionale) tendano a perdersi allorché si passi, dalla concezione delle origini statali e del particolare atteggiarsi della sua sovranità in ordine alla produzione giuridica internazionale, a quella dell'osservanza degli obblighi internazionali così prodotti.

In effetti, quei caratteri di sovranità e di indipendenza che si affermano nella determinazione dei contenuti e della portata degli obblighi internazionali e che seguono questi ultimi nel momento in cui essi assumono efficacia giuridica (internazionale), si smarriscono perdendo di forza e di significato in un'interpretazione, dei meccanismi con cui lo Stato procede ad adattare il proprio ordinamento agli obblighi internazionali, che annulla il regime di separazione e indipendenza che si è detto caratterizzare il rapporto originario fra questi due ordinamenti.

A ben guardare, le problematiche dell'adattamento (e le conseguenze che esse producono sul rapporto ordinamento statale e ordinamento internazionale) si concentrano, essenzialmente, su quei casi in cui esso si attua a mezzo delle procedure speciali e, cioè, tramite la tecnica del *rinvio*.

Nel senso, che è vero che la procedura ordinaria di adattamento ai trattati determini problemi nel rapporto fra diritto interno e diritto internazionale ma che, tuttavia – potendo gli stessi tradursi anche in una violazione del principio *pacta sunt servanda*, laddove il legislatore nazionale nella formulazione dell'atto di adattamento si discosti anche in maniera significativa dal diritto internazionale vigente – ciò si realizza sul piano della *effettività* del diritto internazionale negli ordinamenti interni (e, semmai, sul piano della stabilità dei rapporti diplomatici con le controparti estere con i profili di responsabilità internazionale che ciò comporta); tutto ciò, invece, non incide affatto sul regime di diversità e separazione che contraddistingue il rapporto fra i due ordinamenti ma, anzi, ne conferma la validità dell'impostazione, posto che l'atto statale di adattamento (e non anche l'atto internazionale) sia l'unico che venga in rilievo ai fini della valutazione della *effettiva* applicazione del diritto internazionale (ed eventualmente della responsabilità dello Stato per la sua violazione).

Ma è ancora più vero che sono le procedure speciali, e il loro funzionamento attraverso la tecnica del *rinvio*, a creare i maggiori problemi in termini di

lo Stato (la sua libertà di sciogliersi in ogni momento a qualsiasi impegno internazionale), insita anch'essa nella teoria dell'autolimitazione e perfettamente conforme del resto alle concezioni politiche correnti in Germania all'epoca in cui la teoria venne formulata. [...] una corretta amministrazione del diritto all'interno dello Stato costituisce l'unica remora efficace, *dal punto di vista giuridico*, all'esercizio di un simile arbitrio».

stravolgimento del rapporto intercorrente fra ordinamento internazionale e ordinamento statale, inducendo a ribaltare quel regime di rapporti che, la stessa dottrina, in sede di ricostruzione della teoria dello Stato nel diritto internazionale, aveva avallato⁷⁹. A ben guardare, infatti, questo perde valore ed intensità allorché oggetto di interpretazione sia il meccanismo del *rinvio* e con esso il modo con cui il legislatore nazionale ordina, agli organi competenti del proprio ordinamento, l'osservanza della norma internazionale. È, dunque, intorno al rinvio e alle conseguenze che esso produce sul diritto internazionale "richiamato" che ruota la gestione del rapporto fra diritto internazionale e diritto interno e, quindi, la definizione del regime cui esso è sottoposto.

Un conto, tuttavia, è affermare che il meccanismo di adattamento (e, dunque, il rinvio che essa adotta) debba garantire *l'effettività* del diritto internazionale; altro conto, è dire che esso deve attribuire *efficacia giuridica* alle norme internazionali: l'efficacia e, quindi, il valore giuridico di un atto discendono, non da un atto di volontà normativa, bensì dall'oggettiva appartenenza di tale atto ad un dato ordinamento giuridico⁸⁰.

L'adattamento, perciò, non può considerarsi un meccanismo atto a rimediare alla separazione esistente fra diritto statale e diritto internazionale (attribuendo efficacia giuridica nell'ordinamento interno ad atti che, di questo, non costituiscono la giuridica espressione); esso, invece, è finalizzato a gestire tale separazione in modo tale da favorire la coerenza fra le diverse manifestazioni di volontà (esterne ed esterne) della sovranità statale e, con essa, il coordinamento normativo fra diritto interno e diritto internazionale.

La funzione dell'adattamento, in tal senso, (indipendentemente dalla procedura prescelta ai fini della sua attuazione) sarà quella di consentire l'osservanza del diritto internazionale *attraverso* gli Stati, in quanto «gestori»⁸¹ del proprio ordinamento giuridico; ciò, tuttavia, non attribuendo efficacia giuridi-

⁷⁹ Con riguardo a queste tesi sull'adattamento di carattere c.d. neomonista e neodualista si v. i riferimenti di CANNIZZARO, *Diritto* cit., p. 451, spec. p. 460-462; CONFORTI, *Diritto* cit., p. 308; TREVES, *Diritto* cit., pp. 646-647. Con riguardo, inoltre, alle loro sperimentazioni nel passato se ne v. una critica in G. ARANGIO RUIZ, *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, Milano, 1951, spec. pp. 192-249, e pp. 372-390.

⁸⁰ In particolare, la qualità interna o internazionale degli effetti giuridici di un atto discendono dalla sua *oggettiva* appartenenza, rispettivamente, al sistema delle fonti dell'ordinamento interno o a quello dell'ordinamento internazionale. Sul tema si rinvia a MURA, *Gli accordi* cit., Cap. VII, su "*Gli effetti degli accordi delle regioni alla luce della prassi*", p. 533 ss. Sull'argomento si v. altresì le tesi di G. ARANGIO RUIZ, *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, Milano, 1951, spec. pp. 130-131.

⁸¹ PERASSI, *Lezioni* cit., p. 8.

ca alle norme internazionali bensì, e più semplicemente, dando vita a quegli atti interni che, rivolgendosi ai sudditi e, ancor meglio, agli organi competenti del proprio Stato, offrano la garanzia che una tale osservanza sia *effettiva* e, cioè, attuata nella prassi⁸².

Questo particolare modo di interpretare l'adattamento e, in particolare, il rinvio in cui esso si sostanzia appare di grande importanza nello studio del d.i.pr.: il rinvio, infatti, costituisce un istituto caratterizzante del d.i.pr. e sul quale, essenzialmente, si basa il suo funzionamento specie in relazione alla determinazione della legge straniera applicabile e alla sua posizione nell'ordinamento del foro. Il problema del rinvio, come si vedrà⁸³, si pone nel d.i.pr., in relazione non solo alla sua funzione c.d. internazionalprivatistica di determinazione della legge applicabile, ma anche alla sua presunta funzione di tecnica di produzione normativa nei confronti della legge straniera richiamata.

Sotto questo profilo, la problematica che tale istituto solleva appare suscettibile di incidere sulla dialettica fra monisti e dualisti in termini, per alcuni versi, analoghi a quelli di incidenza sulla dialettica fra recezionisti e fattualisti.

11. La questione dell'“efficacia” negli ordinamenti statali delle norme internazionali e comunitarie oggetto di adattamento

Si è fin qui detto che il diritto internazionale, anche quando introduce norme dirette a disciplinare fattispecie connotate da estraneità (e cioè norme di d.i.pr.), non viene mai ad assumere efficacia nell'ordinamento statale e, quindi, esso non è idoneo a disciplinare le diverse situazioni di carattere internazionalprivatistico che si presentano nella prassi di quest'ultimo ordinamento.

Al riguardo, memorabili restano le parole del Morelli⁸⁴ secondo cui «la norma internazionale non fa altro che imporre allo Stato l'obbligo di inserire nell'ordinamento interno date norme di diritto internazionale privato [...]. La funzione propria del diritto internazionale privato è esplicita, non già dalla norma internazionale, ma dalle norme interne che lo Stato, in adempimento

⁸² Ciò che, in effetti, «bisognerebbe provare», in questi casi, è (per usare le parole dell'ARRAN-
GIO RUIZ, *Stati* cit., p. 184) «non già che il diritto interno incorpora il diritto internazionale
bensì che il diritto interno è incorporato nel diritto internazionale: ed una incorporazione in tal
senso non risulta dimostrata».

⁸³ V. *infra*, Cap. IV, par. 1 ss.

⁸⁴ *Elementi* cit., p. 14.

del suo obbligo internazionale, immette nel proprio ordinamento»⁸⁵.

Le norme di diritto internazionale, dunque, non sono tali da avere *efficacia* giuridica né diretta, né indiretta (né mediata, né immediata) nell'ordinamento statale non essendo parti del sistema delle fonti dell'ordinamento statale e non essendo espressione delle prerogative sovrane di quest'ultimo. Vero è tuttavia, come si è più volte detto, che lo Stato si è impegnato a garantirne l'osservanza nel proprio ordinamento e che, in vista di realizzare questo obiettivo, ogni Stato interessato svolge attività apposite, dette di adattamento o di adeguamento. Il termine che a questo punto, appare più adatto a tradurre il concetto di "osservanza" del diritto internazionale nell'ordinamento interno (posto che questo, per le ragioni evidenziate, non possa essere quello di efficacia) è, dunque, quello di applicabilità o "applicazione". Con riguardo alle norme internazionali cioè, appare più plausibile ed appropriato, parlare della loro *applicabilità* nell'ordinamento statale, anche di tipo "diretto" o "immediato"⁸⁶ nel caso in cui gli Stati si siano impegnati (con una norma interna o anche internazionale, come si è potuto accertare⁸⁷ a renderla automatica, evitando così l'adozione di atti di adeguamento *ad hoc* ogni qualvolta l'obbligo internazionale venga ad esistenza. Il concetto di applicabilità assume valore e significato, di tutta evidenza, quando l'adeguamento dello Stato avvenga tramite la procedura speciale, e non anche tramite quella ordinaria (posto che con quest'ultima l'atto internazionale "scompare" dall'orizzonte applicativo). È la *clausola del rinvio* (*ad hoc* o automatico, a seconda dei casi) che dando rilevanza giuridica all'atto internazionale produce l'effetto di rendere quest'ultimo applicabile nell'ordinamento statale⁸⁸. La rilevanza giuridica è un concetto del tutto diverso da

⁸⁵ Anche in caso di adattamento tramite "procedimento speciale" (detto anche "procedimento mediante rinvio": v. in tal senso CONFORTI, *Diritto internazionale* cit., p. 304), infatti, come vedremo (*infra*, parr. 4 e 5), il rinvio fatto dall'atto statale di adeguamento al diritto internazionale vigente dovrà intendersi condizione di applicabilità (e non di efficacia giuridica) di quest'ultimo nel nostro ordinamento.

⁸⁶ Sottolinea la differenza fra la nozione di «applicabilità diretta» e quella di «effetto diretto» con riguardo al valore del diritto comunitario nell'ordinamento statale P. FOIS, *Rapporti tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Enc. Giur. Treccani*, Agg. vol. XV, 2007, p. 2.

⁸⁷ *Supra*, par. 8, con riferimento all'adattamento agli atti di diritto derivato dell'Unione europea.

⁸⁸ Peraltro, nel d.i.pr. la distinzione, ora richiamata, fra il concetto di *efficacia* e quello di *applicabilità* – utilizzata per definire il diverso trattamento giuridico che una medesima norma appare suscettibile di ricevere a seconda dell'ordinamento preso a riferimento – trascende il campo dei rapporti fra diritto interno e internazionale per interessare quella dei rapporti fra diritto internazionale privato e diritto straniero richiamato. Essa, pertanto, assume un'importanza fondamentale che sarà oggetto di particolare attenzione nell'ambito del presente lavoro.

quello di efficacia giuridica: esso sarà approfondito quando si parlerà del “diritto applicabile”⁸⁹. Qui basti dire che essa opera come conseguenza della norma che opera il rinvio, anziché, come effetto giuridico della norma da questo richiamata.

12. L'applicabilità del diritto internazionale privato all'attività dello Stato e degli altri enti pubblici con omologhi esteri

Nelle pagine che precedono si è avuto modo di distinguere fra personalità di diritto internazionale e personalità di diritto interno dello Stato. Nell'ambito di quest'ultima si è, quindi, ulteriormente distinto fra personalità di diritto privato e di diritto pubblico dello Stato e degli altri enti giuridici a questo equiparati, assumendo che è sulla scorta della prima che questi possono agire a tutela dei propri interessi e rapporti privati.

La questione della personalità di diritto privato dello Stato e degli altri enti pubblici (e, dunque, della loro capacità di porre in essere un'attività privata assimilabile a quella degli individui, con conseguente titolarità delle situazioni soggettive attive e passive da questa prodotte) costituisce, da tempo, oggetto di appassionate discussioni dottrinali.

Al riguardo, per lungo tempo si è osteggiata l'idea che un ente dotato di poteri di natura pubblica o imperativa potesse, al contempo, svolgere attività di natura privata che avrebbero finito col porlo su un piano di parità giuridica con le persone (fisiche e giuridiche) soggette alla sua pubblica autorità (o *imperium*) e, cioè, con i suoi sudditi. L'ipotesi, inoltre, che anche l'ente pubblico, e in particolare lo Stato, potesse esercitare un potere di autonomia privata, assimilabile a quello riconosciuto agli individui, è apparso a lungo influenzato dalla tesi secondo cui ogni attività statutaria dell'ente (e, quindi, i poteri di cui questa era espressione) fosse soggetta ad un limite territoriale: ciò escludeva, in particolare, che l'ente pubblico fosse abilitato a svolgere la sua attività oltre i confini nazionali, e cioè all'estero, posto che ciò comportasse una violazione della propria competenza territoriale.

Per altro verso, il decentramento di poteri sovrani che, in alcuni Stati, si è attuato a favore di alcuni enti territoriali minori ha fatto nascere il problema che qualsiasi attività svolta all'estero da tali enti – anche quando non fosse

⁸⁹ *Supra*, Cap. IV, parr. 4 e 5.

espressione del “potere estero” – fosse idonea ad impegnare lo Stato nei rapporti internazionali e a metterne in gioco la sua responsabilità internazionale⁹⁰.

Una siffatta problematica non ha risparmiato, tuttavia, neppure lo Stato centrale. L’aspetto più controverso ha riguardato, soprattutto, lo svolgimento di un’attività contrattuale da parte dello Stato, sollevando problemi tanto in ordine alla determinazione della natura, quanto all’oggetto di tale attività. Le difficoltà sorte intorno a questo tema hanno portato da un lato, alla artificiosa creazione dei “contratti di diritto pubblico”; dall’altro, alla categoria dei “contratti internazionali”, noti anche come “contratti di Stato” o *State’s contracts*.

Si tratta di un argomento, quello cui si è ora fatto cenno, assai complesso e ricco di implicazioni che ha riacquisito interesse e attualità in seguito alle iniziative normative adottate a livello comunitario in relazione al tema delle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali di cui si tratterà in sede di esame delle questioni relative al diritto applicabile⁹¹.

Qui basti dire, che contro gli ostacoli e i divieti sollevati nel passato, oggi la scienza giuridica⁹² è ormai concorde nel ritenere che anche le persone giuridiche e, fra queste, gli enti pubblici quali gli Stati, hanno personalità giuridica interna dalla quale essi derivano la loro capacità privata (la stessa che l’ordinamento riconosce a tutti gli individui) e che essa si presume come piena (o generale), salvo eccezioni testualmente imposte dal diritto pubblico. È ormai chiaro, inoltre, che nell’ambito della propria capacità privata gli Stati e gli altri enti pubblici hanno il potere di concludere contratti (autonomia contrattuale) che si distingue da qualsiasi altra forma di potere attribuita agli stessi enti pubblici e, in particolare, si distingue dal potere di concludere accordi internazionali (potere estero). Fatte salve, dunque, le *specifiche limitazioni stabilite con legge*, gli enti pubblici possono operare nell’ambito del diritto privato alle stesse condizioni riconosciute alla persona fisica. Ciò significa altresì che l’ente pubblico può esercitare la propria autonomia privata su un piano di parità con la persona fisica e le altre persone giuridiche (cioè con i suoi sottoposti) e che ciò sia del tutto compatibile con l’ipotesi che l’ente, nella gestione dei propri rapporti privati, possa ritagliarsi una posizione di supremazia che gli consenta di perseguire e tutelare l’interesse pubblico.

⁹⁰ Su questi problemi ci sia consentito rinviare al nostro *Gli accordi* cit., p. 308 ss.

⁹¹ V. *infra*, Cap. IV, spec. parr. 7 e 8.

⁹² Per un aggiornamento sull’argomento v. *ibidem*.

Capitolo II

Origine ed evoluzione del diritto internazionale privato italiano

SOMMARIO: 1. L'origine storica del diritto internazionale privato come "conflitto di leggi" ovvero conflitto fra ordinamenti sovrani. – 2. Il secolo XIX e la nascita della scienza del diritto internazionale privato. – 3. Le origini del diritto internazionale privato italiano: l'impronta manciniana. – 4. La legge 31 maggio 1995, n. 218 di riforma del diritto internazionale privato italiano. – 5. Le diverse accezioni del concetto di "diritto internazionale privato" e la soluzione accolta dalla legge n. 218/1995. – 6. Eterogeneità dei sistemi statali di d.i.pr. e problematiche ad essa conseguenti. – 7. *Segue*: Esigenze di uniformità internazionale dei sistemi di diritto internazionale privato e di coerenza interna degli ordinamenti nazionali.

1. L'origine storica del diritto internazionale privato come "conflitto di leggi" ovvero conflitto fra ordinamenti sovrani

La ricostruzione storica del d.i.pr. – e, in particolare, l'individuazione delle sue radici nella scienza giuridica – è una questione molto complessa e per certi aspetti anche controversa¹, che ha formato oggetto di specifiche indagini dottrinali, alle quali in questa sede non può che farsi rinvio². Quel che qui interessa, tuttavia, mettere in rilievo è che la nascita del d.i.pr. inteso, come "conflitto di leggi"³ o "come "scelta di legge applicabile", presuppone l'esistenza

¹ Cfr. BALLARINO, *Diritto* cit., p. 14 ss.

² Solo per citare alcuni degli scritti che trattano l'argomento si pensi a G. BARILE, *La fonction historique du droit international privé*, in *Reçueil des Cours*, 116, 1965-III, pp. 305-376; M. PANEBIANCO, MARTINO (a cura di), *La riforma del diritto internazionale privato tra attualità e storia*, Salerno, 1992; SPERDUTI, *Evoluzione storica e diritto internazionale privato* cit., p. 13 ss.

³ Sull'importanza di questa dimensione del d.i.pr. v. SPERDUTI, *Evoluzione storica e diritto internazionale privato* cit., p. 51 ss.

di due o più distinte “leggi” ovvero di due o più distinte “potestà pubbliche” competenti ad emanarle; più precisamente, essa presuppone la costituzione di comunità sovrane e indipendenti (aventi cioè i caratteri di quegli enti che oggi noi conosciamo come Stati) non soggetti ad un’ autorità sovraordinata.

L’ esistenza di due o più comunità organizzate, indipendenti e sovrane, costituisce un elemento fondante nella configurazione del d.i.pr. senza il quale, cioè, esso non potrebbe nemmeno funzionare e al quale, pertanto, appare legata la nascita del nucleo embrionale del d.i.pr. coi caratteri di esclusività che gli sono propri. Esso costituisce, inoltre, quel criterio che ha indirizzato la scienza giuridica nella ricostruzione della concezione teorica del d.i.pr. e intorno al quale, dunque, dovrebbe incentrarsi l’ attenzione del giurista nell’ inquadramento dei fenomeni del d.i.pr. e, quindi, dei suoi problemi e della loro risoluzione pratica.

Ciò non toglie, peraltro, che anche prima della nascita del d.i.pr. l’ esigenza di predisporre una disciplina giuridica speciale per quei rapporti economico-sociali che coinvolgono soggetti e/o beni collocati nell’ ambito di differenti comunità politicamente organizzate, si dovesse essere manifestata anche in epoche molto remote, quando le suddette condizioni non erano come oggi noi le conosciamo. Si tratta, in tal caso, di passaggi storici e, dunque, di indicazioni che, visti in negativo, possono contribuire alla comprensione dei meccanismi del d.i.pr. e del suo peculiare funzionamento.

Al riguardo è noto che l’ origine storica della materia suole farsi risalire fino allo *jus gentium* dell’ epoca romana⁴. Il diritto romano, in particolare, si preoccupava di disciplinare accanto ai rapporti fra romani anche rapporti fra romani e stranieri. In concreto, tuttavia, si applicavano le norme del diritto romano e non il diritto straniero⁵. Si trattava, quindi, di norme che oggi noi potremmo definire di d.i.p. materiale e che, quindi, sono diverse dalle norme che caratterizzano, in via del tutto esclusiva, i sistemi del d.i.p. vigente⁶. Queste ultime, a ben guardare, si sono venute a formare solo molto più tardi.

Con la caduta dell’ impero romano, infatti, e l’ avvento delle dominazioni germaniche si afferma *il principio della personalità del diritto*. In particolare,

⁴ Così BALLARINO, *Diritto cit.*, p. 13 ss.; C. FOCARELLI, *Lezioni di Diritto internazionale privato*, Perugia, 2006, p.

⁵ Per la ragione ora esposta nel testo, dubbi si avanzano circa l’ ipotesi che la disciplina di tali rapporti fosse effettivamente ispirata al principio della territorialità del diritto (v. sul punto BALLARINO, *Diritto cit.*, p. 14). In ogni caso, questa forma di applicazione delle leggi secondo un criterio territoriale non lasciò tracce nell’ epoca immediatamente successiva a quella dell’ impero romano (*ibidem*).

⁶ Su questi aspetti si rinvia, *infra* al Capitolo successivo.

nel VI secolo il sistema delle leggi personali è applicato in tutta la Gallia romana⁷. Si tratta anche in questo caso di soluzioni che non prevedono l'applicazione della legge nazionale in quanto "straniera", bensì di un diritto speciale per popoli e razze sottoposti, in seguito a guerre e conquiste, al potere dei monarchi dell'epoca.

Fu soltanto in epoca medioevale che, con la nascita di un vero e proprio *diritto territoriale*, si posero le basi per la nascita del d.i.pr. Lo *ius commune*, inteso come sistema giuridico tendenzialmente universale, frutto di una rielaborazione ad opera dei giuristi medievali del diritto romano giustiniano e, in particolare, del *Corpus iurisi civilis* coesisteva, infatti, accanto ai diritti di altre comunità indipendenti.

È poi grazie alla elaborazione degli Statuti che comincia a delinearsi un diritto propriamente preposto a risolvere i *problemi di coordinamento* tra i diritti locali.

A partire dall'XI secolo con il concetto di *statutum* si designava una o un insieme di norme emanate dal Potere legislativo. Fra i principali giuristi dell'epoca statutaria, spiccano alcuni italiani come Carlo di Tocco, Accursio e Bartolo da Sassoferrato. Ad essi si deve il merito di aver individuato le norme per risolvere i conflitti tra i diversi statuti nell'ambito del *Corpus iuris civilis*, con soluzioni alquanto originali e innovative che si ritrovano ancora oggi nei sistemi di d.i.pr. La teoria degli Statuti è stata accolta anche in altri Paesi europei in Inghilterra ancora oggi si parla di *statutum Law*. Fra tutti, Bartolo da Sassoferrato (XIV) può a buon diritto essere considerato il fondatore della scienza del d.i.pr. Egli è considerato uno dei più importanti e celebri "commentatori" dell'epoca: scrive diversi trattati, *consilia*, commenti, su tutto il *Corpus Iuris Civilis*, partendo dalle conclusioni dei glossatori considerandosi (come gli altri "commentatori") un loro erede. A Bartolo si deve l'introduzione di un gran numero di nuovi concetti e istituti giuridici che sono ormai divenuti parte della tradizione giuridica europea venendo a costituire la base originaria dell'odierno *diritto internazionale privato e processuale*: egli ha indagato, con rigore e metodo, il problema della efficacia territoriale ed extraterritoriale degli statuti. Decisivo è stato il contributo di Bartolo per quanto riguarda la situazione giuridica dello straniero in un'epoca in cui i diritti dello straniero erano praticamente inesistenti. Le soluzioni prospettate da Bartolo si differenziano a seconda dell'oggetto dello statuto distinguendo, in tal senso, fra statuto personale e reale, tra diritto della persona e gestione dei propri affari. Se-

⁷ Riferisce al riguardo BALLARINO, *Diritto* cit., p. 15 "Il re dei Burgundi, Gundelbando, dichiara formalmente che i romani saranno giudicati secondo il loro diritto nazionale e *promulga* due leggi: una per i romani e una per i Burgundi" (corsivo aggiunto).

condo la sua teoria, infatti, esiste un nucleo di diritti personali che lo straniero porta con sé ovunque vada, indipendentemente dalla sua volontà. Lo straniero è soggetto al diritto locale solo per quel che riguarda il suo statuto reale, vale a dire la sua situazione patrimoniale.

Anche nell'epoca successiva a quella di Bartolo, la dottrina si concentrò molto sul problema della ricerca dei limiti di applicazione degli statuti; l'elaborazione degli statuti diventa a quel punto tripartita dal momento che allo statuto reale e a quello personale si aggiunge quello misto, che riguarda le attività compiute nel territorio.

2. Il secolo XIX e la nascita della scienza del diritto internazionale privato

È soltanto in epoca moderna, anche per effetto del fenomeno della codificazione scritta, che il d.i.pr. acquista specificità ed autonomia, rispetto agli altri settori del diritto, anche da un punto di vista scientifico-dogmatico. Tra i giuristi che hanno contribuito in maniera decisiva allo sviluppo degli studi internazionali-privatistici, spiccano su tutti, i nomi di Joseph Story, di Friedrich Carl von Savigny e di Pasquale Stanislao Mancini.

A questi insigni giuristi si riconducono tre diverse ricostruzioni teoriche del fenomeno del d.i.pr.:

La prima è quella attribuita a Joseph Story, un giurista americano che ha individuato il fondamento dell'applicazione di norme straniere (che caratterizza il funzionamento del d.i.pr.) nella c.d. *comity* ovvero nel rispetto reciproco da parte degli Stati, delle proprie leggi in considerazione dei vantaggi che ciascuna nazione può trarne. Si tratta, dunque, di una concezione estremamente pragmatica, tipica della cultura anglosassone.

La seconda teoria è quella dovuta al giurista tedesco von Savigny. Questo autore, nella sua opera fondamentale "Sistema del diritto romano odierno", attua il tentativo di individuare un complesso di regole di validità universale grazie al quale risolvere ogni problema di coordinamento tra le diverse leggi nazionali. Invece di determinare la sfera di applicazione di tutte le diverse norme di un ordinamento, il von Savigny ritiene più utile determinare, in riferimento alle diverse tipologie di rapporti, a quale legge essi debbano ricollegarsi. Si tratta, quindi, di stabilire il criterio sulla base del quale i vari tipi di rapporto possono essere ricondotti ad un sistema giuridico piuttosto che ad un altro.

La terza teoria, infine, è quella sviluppata dal noto giurista italiano Mancini: anche per il Mancini, padre della scuola italiana di d.i.pr., il problema fonda-

mentale della materia consiste nella ricerca di principi in base ai quali si possa agevolmente determinare la legislazione applicabile a ciascuna specie di rapporti giuridici. Mancini, in particolare, individua tre fondamentali criteri: quello di nazionalità, di libertà e di sovranità.

3. Le origini del diritto internazionale privato italiano: l'impronta manciniana

Si è visto nel paragrafo precedente che il d.i.pr. in Italia, ma anche in altri Stati europei, deve le sue origini grazie all'opera e all'impegno di Pasquale Stanislao Mancini, insigne studioso e giurista di fama internazionale vissuto nella seconda metà dell'Ottocento. Egli si propose di creare, attraverso la codificazione italiana del d.i.pr., un modello normativo che potesse essere seguito dai legislatori stranieri per l'introduzione, nell'ambito dei propri ordinamenti, di una disciplina sui "conflitti di leggi". Alla base di questo modello⁸ vi era l'idea di un d.i.pr. "internazionalizzato" e su base "individuale", tale cioè da prevedere regole aventi validità generale⁹ che consentissero di disciplinare i rapporti giuridici ad esse sottoposti in modo uniforme fra gli Stati e da porre al centro delle sue norme l'individuo, il suo legame con la Nazione e la sua volontà¹⁰. Se da un lato, Mancini appariva consapevole del valore esemplificativo e paradigmatico delle soluzioni normative da lui prospettate, dall'altro, egli si dichiarava convinto che il fondamento del d.i.pr. dovesse essere riposto in «un dovere obbligatorio di giustizia internazionale». In tal senso, egli sostenne l'«utilità di rendere obbligatorie per tutti gli Stati sotto la forma di uno o più trattati internazionali alcune regole generali del diritto internazionale privato per assicurare la decisione uniforme tra le differenti legislazioni civili e criminali» (questo, del resto, era il lungo titolo della originaria stesura del Rapporto presentato dall'au-

⁸ Sulle particolarità di questo modello v. BALLARINO, *Diritto cit.*, *Diritto cit.*, p. 30 ss.; P. MENGOZZI, *Il diritto internazionale privato italiano*, Napoli, 2004, p. 7.

⁹ L'idea che il d.i.pr. dovesse fondarsi su un "complesso di regole di validità universale" era stata già sostenuta dal von Savigny (*System des heutigen römischen Rechts*, VIII vol., 1849).

¹⁰ Cfr. sul punto BALLARINO, *Diritto cit.*, pp. 32, 34 che in proposito osserva che la teoria del Mancini «inizia dove egli distingue, nel *diritto privato straniero*, due parti, l'una necessaria, l'altra volontaria» intese come composte, la prima, di regole statali inderogabili dall'individuo; la seconda, di regole derogabili per scelta dell'individuo la cui intenzione sarà oggetto di interpretazione da parte del d.i.pr.

torevole studioso, nel 1874 a Ginevra, in occasione della seconda sessione dell'*Institut de droit international*¹¹.

L'intento di favorire l'internazionalizzazione del d.i.pr. portava, dunque, l'insigne studioso ad intravedere nella cooperazione internazionale, un ulteriore e indispensabile strumento, da affiancare a quello della codificazione statale, al fine di perseguire meglio l'obiettivo dell'uniformità o armonia internazionale delle soluzioni.

Con riguardo poi agli aspetti più sostanziali della materia il Mancini, in primo luogo, sostenne che lo scopo del d.i.pr. dovesse essere quello della determinazione dei principi in base ai quali possa stabilirsi la legislazione applicabile «a ciascuna specie di rapporti di diritto» ad esso soggetti. In secondo luogo, egli elevò il principio della nazionalità a principio fondamentale del d.i.pr. nella chiara convinzione che «nella genesi dei diritti internazionali» (nei quali, erroneamente, il Mancini, come pure la dottrina a lui contemporanea, faceva rientrare anche il d.i.pr.) «la Nazione e non lo Stato rappresenta l'unità elementare, la monade razionale della scienza»¹².

La dottrina internazionalistica moderna ha, come ben sappiamo, smentito la tesi del Mancini, riconoscendo che gli Stati-organizzazione (e non gli Stati-Nazione o Stati-comunità) siano i veri soggetti dell'ordinamento internazionale, nonché gli unici destinatari dei precetti che scaturiscono dal suo sistema delle fonti.

Una tale circostanza non ha, tuttavia, minimamente intaccato la qualità e la lungimiranza del pensiero manciniano: le idee del Mancini, largamente condivise a livello sia accademico che politico, furono accolte, in sede di codificazione

¹¹ Vedine il testo in *Ant. DIP*, pp. 45-49.

¹² Nel pensiero del Mancini la Nazione era la risultante di un concorso di fattori, quali la razza, i costumi, la storia, la religione ecc. In tal senso, il Mancini voleva mettere in luce il carattere di arbitrario e artificiale degli Stati, frutto della politica, sostenendo che i veri soggetti dell'ordinamento internazionale fossero le Nazioni, entità reali e permanenti, create dalla storia anziché dalle contingenze politiche: di qui l'idea di fondo della sottoposizione dell'individuo alla propria legge nazionale, con la conseguente impossibilità da parte dell'individuo di derogare a tale scelta. Alle norme di diritto privato necessarie Mancini contrapponeva quelle di diritto privato volontario (come ad esempio, le obbligazioni), rispetto al quale i legislatori avrebbero dovuto limitarsi a riconoscere l'autonomia delle parti nella scelta della legge applicabile. Mancini ebbe chiara la percezione della utilità di rendere obbligatorie per tutti gli stati alcune regole generali del diritto internazionale privato per assicurare la soluzione uniforme tra le differenti legislazioni civili e penali. Solo attraverso la stipulazione di trattati si sarebbe potuta raggiungere quell'uniformità, in modo che una situazione giuridica venisse valutata attraverso l'applicazione della medesima legge, e giudicata in modo identico dai tribunali di ogni stato. In questo clima di favore si aprirono i lavori alla Conferenza dell'Aja (1899) che hanno portato alla stipulazione di una pluralità di convenzioni in specifici settori del diritto internazionale privato.

delle norme del d.i.pr. italiano, nel codice civile del 1865 (di cui lo stesso Mancini fu uno dei redattori materiali) e ancora oggi esse riflettono la base fondamentale del d.i.pr. vigente nel nostro ordinamento. Oltre a costituire il manifesto della scuola italiana di *diritto internazionale privato* (che, tutt'oggi, conserva una marcata impronta manciniana), quella avvenuta nel 1865 fu la prima vera codificazione del *diritto internazionale privato* italiano¹³. Essa da un lato, ha certamente consentito al d.i.pr. di emanciparsi dal diritto comune contenuto nel codice civile, assumendo una posizione di autonomia come parte preliminare o introduttiva dello stesso; dall'altro, tuttavia, essa si è limitata a condensare, in un ristretto numero di disposizioni, la disciplina dell'intera materia.

La successiva codificazione del *diritto internazionale privato* trovò la sua collocazione, nel nostro ordinamento, agli artt. 16-31 delle disposizioni sulla legge in generale (oggi abrogate) premesse al codice civile del 1942 (1939), le quali riproducevano in buona misura quelle del codice civile del 1865.

Il sistema di d.i.pr., così come definito prima nel 1865 e poi nel 1942, riservava una particolare attenzione alla nazionalità dell'individuo: nel fare ciò lo stesso Mancini aveva dovuto raggiungere una soluzione di compromesso rispetto alle sue idee originarie, riconoscendo, dunque, che per legge nazionale dell'individuo dovesse intendersi la legge dello Stato (anziché della Nazione) di cui l'individuo possiede la cittadinanza.

Caratteristica comune alle norme di d.i.pr. italiano (e che esse ancora conservano nella formulazione attuale, ricalcando lo stile e l'approccio originario) è la loro "neutralità": esse, nella loro perfetta "bilateralità" non privilegiano la *lex fori* ovvero la legge italiana nella determinazione del diritto applicabile al caso concreto, ma ne rendono possibile l'applicazione considerando la legge italiana su un piano di parità con quella straniera e dimostrando, così, una inequivocabile apertura verso norme e valori diversi da quelli dell'ordinamento di appartenenza.

Le idee del Mancini trovarono un seguito anche sul piano internazionale grazie all'attività di alcune organizzazioni internazionali, di rilievo settoriale o generale quali, innanzitutto, la Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, l'UNIDROIT (Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato) e la stessa Comunità Europea, oggi Unione Europea.

¹³ V. F.A. DRUETTO, *Pasquale Stanislao Mancini e la scuola italiana di diritto internazionale del secolo XIX*, Milano, 1954.

4. La legge 31 maggio 1995, n. 218 di riforma del diritto internazionale privato italiano

La legge 31 maggio 1995, n. 218 di riforma del diritto internazionale privato italiano¹⁴ ha, innanzitutto, cercato di rendere più razionale e organica la disciplina della materia, favorendo la concentrazione, in un documento unitario, di un *corpus* normativo che prima di allora si presentava assai frammentato. Norme di d.i.pr. erano presenti infatti da un lato, nelle disposizioni sulla legge in generale premesse al codice civile (preleggi) del 1942 e nel libro V, titolo V, dello stesso codice; dall'altro, nel libro I, titolo I e nel libro IV, titolo VII del codice di procedura civile e in altre leggi ordinarie.

Seppur encomiabile, un tale obiettivo è stato realizzato solo in parte. Posto che l'art. 73 della legge in parola sotto la rubrica "Abrogazione di norme incompatibili" si limita a disporre l'abrogazione degli articoli dal 17 al 31 delle preleggi, nonché degli artt. 2505 e 2509 del c.c., e degli artt. 2, 3, 4 e 37 comma 2 e di quelli dal 796 all'805 del codice di procedura civile, la legge n. 218/1995 non solo ha lasciato in vigore norme di d.i.pr. disciplinate in altri atti vincolanti della Repubblica (si intende fare qui riferimento alla legge 4 maggio 1983, n. 184 sulla disciplina dell'adozione internazionale; alla legge 5 gennaio 1994, n. 25 sull'arbitrato internazionale e l'efficacia dei lodi stranieri che ha aggiunto al c.p.c. gli artt. 832-840; del r.d.l. 9 settembre 1939, n. 1238 in materia di stato civile; agli artt. 115 e 116 c.c. riguardanti il matrimonio del cittadino all'estero e dello straniero in Italia; alla legge 1° dicembre 1970, n. 898, modificata dalla legge 6 marzo 1987, n. 74 in materia di scioglimento del matrimonio; alle norme del c.p.c. in tema di notificazioni e di assunzioni di prove all'estero); ma, inoltre, essa ha lasciato intatta la lacuna legislativa riguardante alcuni settori, quali il diritto della navigazione e del fallimento, che restano pertanto sprovvisti di una disciplina a livello nazionale. Infine, con riguardo alla questione del trattamento dello straniero e della condizione di reciprocità, la legge in esame ha sollevato dubbi circa il regime normativo attualmente in vigore: essa non si è occupata della sua disciplina e non si è nemmeno pronunciata sull'attuale applicabilità dell'art. 16 disp. prel. c.c. 1942¹⁵.

¹⁴ Solo per limitarci ad alcuni cenni bibliografici sulla legge di riforma del d.i.pr. italiano si v. S. BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995, n. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, Commentario*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 5-6, 1996; N. BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, Giappichelli, 1996; P. PICONE, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, Cedam, 1998.

¹⁵ Sul punto v. recentemente S. TONOLO, *Il principio di uguaglianza nei conflitti di leggi e di giurisdizioni*, Milano, 2011, p. 17 ss. Su questa disposizione v. anche *infra*, Parte speciale, Cap. III, par. 8.

Gli obiettivi, sopra accennati, della riforma appaiono espressi all'art. 1 della legge n. 218/1995, laddove si stabiliscono i settori di disciplina e, quindi, la portata applicativa della legge stessa: «la presente legge determina l'ambito di applicazione della giurisdizione italiana, pone i criteri per l'individuazione del diritto applicabile e disciplina l'efficacia delle sentenze e degli atti stranieri». La trattazione in un contesto legislativo unitario dei tre aspetti elencati in questa disposizione, è certamente indicativa del rapporto di stretta interdipendenza che il legislatore ha inteso ravvisare fra gli stessi e della sua volontà di conferire alle norme del d.i. pr. che su tali aspetti vertono, un carattere sistematico, organico e coerente.

5. Le diverse accezioni del concetto di “diritto internazionale privato” e la soluzione accolta dalla legge n. 218/1995

Si è in precedenza avuto modo di osservare¹⁶ che, a causa delle particolarità del d.i.pr., che lo rendono un diritto speciale, lo sviluppo normativo della materia si sta realizzando in modo tale da derogare a molteplici rami del diritto statale e non più solo a quelli originari, ponendo il problema dell'inadeguatezza della sua attuale definizione a descrivere una realtà normativa così complessa e articolata.

Un tale problema non ha mancato di investire anche il nostro legislatore. Al riguardo occorre osservare che le norme di d.i.pr. attualmente in vigore, come si è visto (in particolare col richiamo, al paragrafo precedente, dell'art. 1 della legge n. 218/1995), non si limitano ad individuare i criteri per la determinazione del regime applicabile alle fattispecie connotate da elementi di estraneità rispetto al nostro diritto privato ma, altresì, esse mirano a stabilire i limiti delle nostre norme processuali e, più esattamente, delle norme sulla competenza del giudice italiano, nonché a determinare le condizioni per il riconoscimento di efficacia e di esecuzione in Italia delle sentenze e degli atti stranieri.

Per quanto, dunque, un numero rilevante di queste norme siano predisposte a risolvere i c.d. “conflitti di leggi”, nondimeno una buona parte delle stesse appare destinata a risolvere i c.d. conflitti di giurisdizione e quelli sul riconoscimento e l'efficacia di atti stranieri e, cioè, aspetti di carattere processuale.

Talché, la presenza di norme di carattere processuale nella legge n. 218/1995 avrebbe potuto giustificare, da parte del legislatore nazionale, la scelta di un titolo adeguato al contenuto dell'atto normativo che ci si apprestava ad adotta-

¹⁶ *Supra*, Cap. I, par. 1.

re. Verosimilmente, quest'ultimo avrebbe potuto recare il titolo di *diritto processuale civile internazionale* oppure di *diritto internazionale processuale civile*. Diversamente, il nostro legislatore ha preferito optare per una soluzione più classica, intitolando la legge n. 218/1995, che ha modernizzato il nostro sistema di d.i.pr., "Riforma del sistema italiano di *diritto internazionale privato*".

Tutto ciò può essere interpretato come un'espressione della volontà del legislatore italiano di assecondare la tendenza, da tempo in atto, di utilizzare la formula di d.i.pr. con un significato "intermedio"¹⁷, intendendo con la stessa riferirsi tanto alle norme di diritto internazionale processuale, quanto alle norme di diritto internazionale privato di cui esso si compone¹⁸. Sebbene, dunque, le norme adottate con la legge n. 218/1995 attengano a due differenti branche del diritto interno, che si distinguono l'un l'altra per le finalità e la specificità dell'oggetto, nondimeno nella stessa legge esse confluiscono in un unico e distinto settore del nostro diritto interno: quello dei "conflitti di leggi", volto a disciplinare le situazioni connotate da estraneità rispetto al nostro ordinamento che presentano elementi di collegamento con ordinamenti allo stesso estranei. Una scelta, quella ora descritta, che appare oggi tanto più razionale e condivisibile, quanto più si osserva che la tendenza del d.i.pr. si è tutt'altro che arrestata, posto che continua ad espandersi a settori del diritto interno ulteriori e diversi da quelli tradizionali, fin qui menzionati.

6. Eterogeneità dei sistemi statali di diritto internazionale privato e problematiche ad essa conseguenti

Nelle pagine precedenti si è vista l'importanza che il Mancini attribuiva all'esistenza di un d.i.pr. caratterizzato da norme generali e uniformi. Ma la diversità delle normative di d.i.pr. vigenti a livello statale viene in rilievo anche sotto altri profili. Questa infatti, ha dato origine ad alcuni problemi, fra i quali spic-

¹⁷ Per questo concetto si rinvia *supra*, alla nota 26, par. 1.

¹⁸ Favorevole ad un'accezione in senso lato della nozione di d.i.pr., risulta la relazione della Commissione ministeriale (sulla quale v. i riferimenti di S.M. CARBONE, P. IVALDI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Padova, 2000, p. 6) che ha accompagnato il progetto di legge, presentato il 29 aprile 1993, in sede di riforma del nostro sistema di d.i.pr.: «in una prospettiva moderna, il diritto internazionale privato ricomprende anche le questioni di diritto processuale civile internazionale. Si è ritenuto dunque di affrontare sia i problemi della legge applicabile, sia quelli della competenza giurisdizionale e dell'efficacia delle sentenze e di altri atti delle autorità straniere. In tal modo, il disegno di legge realizza una riforma globale della normativa sui cosiddetti conflitti di legge e di giurisdizione».

ca il fenomeno c.d. del *forum shopping* che si manifesta, nell'ambito di una controversia sorta intorno ad una fattispecie connotata da estraneità, allorché la parte ricorrente si spinge a ricercare, attraverso una comparazione delle norme di d.i.pr. in vigore, quella suscettibile di garantirgli l'esito processuale più favorevole (c.d. ricerca del foro nazionale più favorevole). Si tratta di una pratica che, seppure moralmente riprovevole, non risulta vietata (né dal diritto statale, né da quello internazionale); del resto, pur essendo lecita, essa comporta risvolti pratici ed economici piuttosto onerosi per il soggetto che decide di seguirla.

Altro problema (peraltro, di diverso spessore giuridico e morale) connesso alla diversità esistente fra i sistemi statali di d.i.pr. è quello relativo alla esigenza di costruire rapporti giuridici che possano essere considerati validi e stabili in tutti gli ordinamenti statali e, dunque, insuscettibili di essere impugnati in sede giurisdizionale. La ricerca del diritto applicabile, che il soddisfacimento di una tale esigenza comporta, presuppone una conoscenza non solo delle norme di d.i.pr. dei Paesi interessati ma, cosa ben più disagiata, anche dell'interpretazione e dell'effettiva applicazione che tali norme ricevono nei rispettivi ordinamenti. Si osservi poi che la ricerca del diritto applicabile, nei termini qui descritti, non può necessariamente limitarsi alle norme di rango legislativo dato che le norme "utili", ai fini dichiarati, possono rinvenirsi ad un livello normativo diverso da quello legislativo; essa, pertanto, richiede, oltre che un esame comparativo ad ampio spettro, anche una spiccata capacità degli interessati di ricercare nelle pieghe normative degli ordinamenti coinvolti.

Entrambi i fenomeni qui segnalati (seppur trovino nella difficoltà di una loro attuazione pratica un facile deterrente) rappresentano, come si è detto, alcuni dei risvolti più problematici relativi alla diversità normativa, tutt'oggi esistente, fra i sistemi statali di d.i.pr. e che a più riprese e con diversi mezzi si è tentato di superare. È evidente tuttavia che, di fronte alla loro complessità, le prospettive di risolvere questo tipo di problemi appaiono scarse e, sicuramente, non immediate se riposte esclusivamente sulla volontà dei legislatori nazionali di adeguare i propri sistemi di d.i.pr. a quelli vigenti in altri Paesi. Né, a ben guardare, una tale opera di adeguamento o di semplice apertura ai modelli, e quindi ai valori e alle scelte di carattere internazionalprivatistico, vigenti in altri ordinamenti si rivela sempre opportuna e conveniente.

Si è avuto modo di sottolineare, in proposito, l'importante ruolo della cooperazione internazionale che, attraverso la stipulazione di appositi trattati, si configura come lo strumento più efficace e rapido per l'introduzione di *standard* normativi uniformi in tutti gli Stati. In tal senso, si è visto¹⁹ che il d.i.pr.,

¹⁹ *Supra*, in questo Capitolo, par. 1.

seppure costituisca una branca del diritto statale²⁰, tuttavia nasce con una predisposizione “naturale” alla uniformità normativa che solo il diritto internazionale (pattizio) è in grado di assicurare. Si è altresì detto del significativo ruolo che, in questa particolare ottica, viene svolto dalle organizzazioni internazionali. È in questo contesto del diritto internazionale, più che in ogni altro, infatti, che l’aspirazione all’*uniformità* del d.i.pr. può tradursi e manifestarsi in forme di stretta “integrazione” fra i diversi sistemi statali interessati. Un esempio lampante, in tal senso, è rappresentato dall’esperienza maturata nell’ambito della Comunità europea: l’azione che questa ha svolto in questi ultimi anni nel settore internazionalprivatistico ha portato, infatti, a risultati molto interessanti, anche se non sono mancati alcuni risvolti negativi. Innanzitutto, i limiti di portata materiale e i limiti di applicazione territoriale della normativa comunitaria adottata in questo settore, dovuti sia alla resistenza degli Stati membri a cedere nella materia i loro poteri sovrani alle Istituzioni comunitarie e sia al ristretto numero di Paesi che sono destinatari della normativa comunitaria. Inoltre, alcuni problemi legati alla diversità, tuttora, esistente fra gli Stati membri che impedisce lo sviluppo di un vero e proprio diritto comunitario uniforme nella materia.

7. Segue: Esigenze di uniformità internazionale dei sistemi di d.i.pr. e di coerenza interna degli ordinamenti nazionali

Per quanto l’*uniformità* internazionale del d.i.pr. possa essere vantaggiosa sotto molti punti di vista, essa non può comunque essere esasperata e ricercata ad ogni costo; a parte il relativismo che è sempre suscettibile di nascondersi nel concetto di diritto uniforme e nei tentativi, anche fra i più nobili, di dare vita allo stesso – posto che esso possa limitarsi ad esprimere norme di carattere generico prive di soluzioni pratiche o a riprodurre scelte e valori discrezionali che favoriscono certi modelli ordinamentali statali a scapito di altri – l’utilità e i benefici che da esso derivano vanno temperati, confrontati e bilanciati con gli altri valori in gioco che, se del caso, dovranno essere fatti prevalere.

L’*uniformità* internazionale nel settore del d.i.pr., dunque, non può essere l’unico ed esclusivo obiettivo che deve essere perseguito nella formulazione delle norme di d.i.pr. Non necessariamente essa fornisce la garanzia di conseguimento della soluzione più “giusta”. Questa, piuttosto, deve essere il risulta-

²⁰ V., al riguardo, le osservazioni svolte *supra*, in questo Capitolo, parr. 2 e 3.

to di una serie di valutazioni di natura culturale, ideologica, politica ecc. che, pur connotate da un certo grado di discrezionalità, debbano tuttavia riflettere e sintetizzare gli interessi, i valori e i caratteri di ciascun ordinamento giuridico: la stessa *neutralità* che abbiamo visto caratterizzare le norme del nostro sistema di d.i.pr. è stato uno dei valori che il nostro legislatore ha scelto, in sede di definizione del sistema di diritto internazionale privato italiano, preferendolo ad altri.

La *neutralità* delle norme di d.i.pr. è un obiettivo che, a sua volta, non sempre è conveniente perseguire, né è facile da realizzare sul piano pratico. Non si vede perché, infatti, il legislatore nazionale (ma anche lo stesso giudice in sede di interpretazione delle norme di d.i.pr.) non possa prendere in considerazione altri valori meritevoli di tutela – quali ad es. “la prevedibilità delle soluzioni”; oppure “la tutela della parte debole” (quale il minore) o la “parità dei coniugi” – solo per il timore che essi riflettano i particolarismi e i localismi del proprio ordinamento se, in realtà, possono dare vita a soluzioni giuridiche più adeguate e più garantiste.

In questo contesto vale altresì osservare che il carattere di *estraneità* di un fatto o di un rapporto non ha valore assoluto. Innanzitutto, la sua rilevanza giuridica dipende dalle scelte ideologiche e politiche che risultano effettuate nell’ambito dei processi di produzione delle norme di d.i.pr. e che potranno verosimilmente variare, a seconda che tali processi si svolgano a livello “nazionale”, oppure a livello internazionale”. Inoltre, il carattere di estraneità non è statico, definitivo ma, al contrario può essere soggetto a variazioni²¹.

In definitiva, un equilibrato sistema di d.i.pr. richiede un attento bilanciamento dei diversi interessi in gioco. Questo del resto è l’approccio che è stato accolto dal nostro legislatore in sede di riforma del nostro sistema di d.i.pr., dal momento che l’*uniformità* delle soluzioni appare come uno, ma non l’unico, degli obiettivi cui aspira il nostro ordinamento. D’altro canto, esso non riflette una scelta esclusivamente italiana: esso risulta, infatti, essere seguito anche in sede di redazione di importanti convenzioni internazionali di diritto internazionale privato uniforme, con le quali gli Stati contraenti si sono riservati il diritto di ricorrere all’uso di strumenti in controtendenza rispetto a quello dell’*uniformità* (ad es. dando ai propri giudici la possibilità di invocare il limite dell’“ordine pubblico”) allorché la soluzione uniforme rischi di infrangere principi cardine del proprio ordinamento.

²¹ Cfr. sul punto, MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto* cit., p. 3.

CAPITOLO III

I criteri per la determinazione della legge applicabile: le norme di conflitto

SOMMARIO: 1. La collocazione del tema della “legge applicabile” nello studio dei meccanismi e problematiche del diritto internazionale privato. – 2. I diversi metodi legislativi per la disciplina delle “situazioni connotate da estraneità”. Il metodo relativo alle “norme di conflitto”. – 3. La natura giuridica delle norme di conflitto e la loro applicazione d’ufficio. – 4. La legittimità costituzionale delle norme di conflitto. – 5. L’oggetto delle norme di conflitto. – 6. La funzione delle norme di conflitto. – 7. Le norme di conflitto come categoria di “norme strumentali”. – 8. La struttura delle norme di conflitto. – 9. La qualificazione. – 10. *Segue*: Il *depeçage* o frazionamento.

1. La collocazione del tema della “legge applicabile” nello studio dei meccanismi e problematiche del diritto internazionale privato

Nell’esaminare la normativa di d.i.pr. italiano si prenderà avvio in questa sede dall’analisi delle c.d. “norme di conflitto”, ossia da quel particolare gruppo di norme preposto ad agevolare la determinazione della legge in concreto applicabile alle fattispecie connotate da estraneità. Questa scelta diverge da quella, generalmente, seguita dalla dottrina¹ e anche dalla stessa normativa contenuta nella legge n. 218/1995 sebbene questa, come si è visto risulti intitolata al “diritto internazionale privato”. Quest’ultima, in particolare, all’art. 1 nell’illustrare le questioni di d.i.pr. rientranti nell’ambito del suo «oggetto» individua, per prima, quella relativa alla determinazione «dell’ambito della giurisdizione italiana», poi quella attinente ai «criteri per l’individuazione della legge applicabile» ed, infine, quella concernente «l’efficacia delle sentenze e degli atti stranieri». Cionondimeno, ci sembra che la scelta ora enunciata non

¹ MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto* cit., p. 43 ss.

manchi né di logica, né di coerenza². Innanzitutto, essa si propone di affrontare subito il nocciolo duro del d.i.pr., prendendo in esame quelle, fra le sue norme, che costituiscono una peculiarità esclusiva dell'ordinamento giuridico rispetto a tutte le altre norme che ne caratterizzano la sua produzione giuridica. In secondo luogo, perché prima che una fattispecie, fra quelle regolate dal d.i.pr., degeneri in controversia (e, quindi, sia sottoposta al giudice) essa deve costituirsi sul piano giuridico. In terzo luogo, perché il giudice non è l'unico soggetto interessato alla determinazione della legge applicabile: anzi, oltre ad altri operatori giuridici, il d.i.pr. (e non solo quello di fonte nazionale) prevede altri soggetti, fra i quali le parti private: in tal senso, l'applicazione del d.i.pr. da parte privata appare un'ipotesi sempre più frequente, in ragione del significativo riconoscimento ottenuto dal principio dell'autonomia privata in questo settore al punto di esserne diventato uno dei suoi principi cardine³.

Ciò detto, nell'iniziare l'analisi delle questioni relative alla "legge applicabile", occorre prendere le mosse dai diversi metodi a disposizione del legislatore nella disciplina delle fattispecie connotate da estraneità, fra i quali figura, appunto, quello consistente nell'adozione delle c.d. "norme di conflitto".

2. I diversi metodi legislativi per la disciplina delle "situazioni connotate da estraneità". Il metodo relativo alle "norme di conflitto"

Nell'affrontare la questione dei *metodi* ovvero delle diverse possibilità che si offrono al legislatore per risolvere il problema della "determinazione del diritto applicabile" nei casi relativi ai "conflitti di leggi", occorre dire che in essi si sostanzia eminentemente, una scelta legislativa concernente la tecnica di produzione giuridica più adatta a risolvere le fattispecie in oggetto⁴. Occorre

² Cfr. sul punto BALLARINO, *Diritto* cit., p. 53 anche con riferimento a G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1923, p. 305 (*ivi*, p. 54).

³ Del resto, anche BALLARINO (*Diritto* cit., p. 8) allorché accenna al problema del conflitto di giurisdizioni ammette che questo «si sovrappone al conflitto di leggi pur mantenendosi distinto da esso» e che «il conflitto di giurisdizioni presuppone l'esistenza di una lite e il conflitto di leggi no» (corsivi aggiunti).

⁴ Si tratta cioè, dei possibili «atteggiamenti» ovvero di quelle scelte «che l'ordinamento giuridico può assumere nei confronti dei fatti con elementi di estraneità, e, in particolar modo, dei fatti che presentano significativi elementi di connessione con ordinamenti stranieri» (cui fa riferimento il BALLARINO, *Diritto* cit., p. 5 ss.) e che si esprimono nella forma e nella sostanza del diritto. Su questi aspetti v. anche MORELLI, *Elementi* cit., pp. 9-10.

osservare, in proposito, che il legislatore nazionale può seguire diverse strade (come, peraltro, è accaduto nella codificazione del nostro sistema di d.i.pr. vigente) di fronte alla necessità di sottoporre a disciplina situazioni (fatti, rapporti, interessi, ecc.) non totalmente interne al proprio ordinamento: A) innanzitutto, come ipotesi estrema, egli può considerare *giuridicamente irrilevanti* gli elementi di estraneità delle situazioni in parola (si pensi ad es. ad alcune norme del nostro diritto penale che seguono rigorosamente un criterio di territorialità⁵ oppure può arrivare al punto di disinteressarsi delle situazioni stesse a cui tali elementi si riferiscono, rinunciando a disciplinarle (si pensi, per restare nel settore del nostro diritto penale, ad un reato compiuto in territorio estero il quale, considerato come fatto penalmente irrilevante ai sensi di tale diritto, non sarà perseguibile nel nostro Stato). B) Diversamente dal caso precedente, il legislatore può stabilire una disciplina giuridica dei fatti di cui si discute, senza tuttavia che su questa venga ad incidere il carattere di estraneità che gli stessi fatti presentano, nel senso che questi verranno regolati tramite regole che si limitano a stabilire un rinvio al *diritto comune* che disciplina le fattispecie interne (un tale metodo, invero, appare più spesso seguito a livello internazionale: si pensi ad es. alla Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 che all'art. 2.1 stabilisce «le autorità competenti ai sensi dell'art. 1 adottano le misure previste dalla loro legislazione interna»). C) Infine, il legislatore può stabilire una disciplina giuridica apposita per le situazioni connotate da estraneità, una disciplina cioè *diversa e speciale* da quella che essi riceverebbero ove non presentassero elementi di estraneità, così conferendo agli stessi una particolare rilevanza giuridica. Quest'ultimo, rappresenta il metodo col quale il legislatore opta per la predisposizione, nell'ambito del proprio ordinamento, di una vera e propria normativa di "*diritto internazionale privato*".

A sua volta, il metodo da ultimo indicato, relativo all'adozione, da parte del legislatore, di un regime normativo speciale per la regolamentazione di fattispecie connotate da elementi di estraneità può essere soddisfatto seguendo *due* diversi procedimenti. Il primo di questi, consiste nel porre, accanto alle norme di diritto comune che regolano un determinato tipo di fatti, delle norme speciali per disciplinare in maniera diversa i fatti dello stesso tipo che, tuttavia, presentano elementi di estraneità rispetto allo Stato. Il secondo di questi procedimenti (di gran lunga più seguito), consiste nel sottoporre i fatti che presentano elementi di estraneità a norme speciali che, anziché regolarli direttamente ne rinviando la disciplina ad altre norme dell'ordinamento o anche alle

⁵ In tal senso, sarà irrilevante l'elemento di estraneità di un dato fatto che, compiuto sul territorio italiano, integri una fattispecie di reato, con la conseguenza che, ai fini, della determinazione della legge applicabile, esso sarà assimilato alle fattispecie totalmente interne.

norme di un ordinamento giuridico straniero con cui gli stessi fatti si presentano in un certo modo collegati e che, pertanto, si rivela maggiormente idoneo a disciplinarle.

Se, dunque, col primo procedimento le situazioni di estraneità rispetto allo Stato sono regolate a mezzo di regole, dette *materiali*, che si contraddistinguono per l'effetto di disciplinare in modo specifico e diretto le fattispecie connotate da estraneità (si pensi alle norme agli artt. 115 e 116 c.c. riguardanti rispettivamente il matrimonio del cittadino all'estero e dello straniero in Italia); col secondo procedimento, invece, le situazioni di estraneità rispetto allo Stato sono regolate a mezzo di regole, dette *strumentali*, che si contraddistinguono per l'effetto di rinviare ad altre norme (che possono appartenere ad un ordinamento straniero, ma anche allo stesso ordinamento italiano) la disciplina del caso concreto.

Le norme *strumentali* che, avvalendosi del meccanismo del rinvio, nell'ambito di un dato ordinamento giuridico sono destinate a disciplinare le fattispecie che presentano elementi di estraneità si definiscono *norme di conflitto*. Vi è una ragione molto semplice alla base di questa definizione. Le norme di conflitto, infatti, nel dare giuridica rilevanza all'elemento di estraneità del fatto provvedono altresì a ricollegarlo ad un dato ordinamento giuridico attraverso la previsione di appositi strumenti, i *criteri collegamento*. Questi ultimi, in sostanza, operando come "ponti" fra il fatto e l'ordinamento competente a regolarlo, consentono alla norma di conflitto di determinare il diritto applicabile al caso concreto. Ora, è proprio la circostanza che le norme di conflitto, nel dare giuridica rilevanza, attraverso la previsione dei *criteri* di collegamento, alla connessione esistente fra il fatto e un dato ordinamento, appaiano predisposte a risolvere un *conflitto fra le leggi potenzialmente applicabili* al caso concreto, porta le stesse ad assumere la qualifica di *norme di conflitto*. Sono, peraltro, proprio queste le norme che, caratterizzando in modo esclusivo il d.i.pr., si intende diano vita al c.d. *diritto internazionale privato "in senso stretto"*.

Va, infine, precisato che, nell'ambito di un sistema organico e articolato di d.i.pr. l'adozione in misura, anche prevalente, di *norme di conflitto* non esclude affatto l'introduzione di misure *correttive* riconducibili agli altri metodi sopra descritti: anzi, è il caso di dire che difficilmente, in sede di regolamentazione delle fattispecie non completamente interne, il legislatore è portato a seguire integralmente uno soltanto degli metodi normativi sopra indicati, posto che risulti più agevole che egli si orienti verso un approccio più articolato che includa una pluralità di questi metodi, variamente combinati fra loro. È questo il caso del legislatore italiano che ha adottato un approccio per così dire "misto" nella disciplina delle situazioni connotate da estraneità, talché esse sono soggette nel nostro ordinamento ad una disciplina che rispecchia una combinazione dei diversi metodi normativi fin qui illustrati.

3. La natura giuridica delle norme di conflitto e la loro applicazione d'ufficio

Nelle pagine precedenti si è potuto constatare che la natura giuridica del d.i.pr. sia stata posta al centro dell'attenzione degli studiosi del diritto internazionale: in particolare, si è a lungo discusso se questa fosse internazionale oppure statale. Come sappiamo la dottrina ha infine chiarito che né l'oggetto, né alcun altro aspetto caratterizzante il d.i.pr. da un punto di vista formale e sostanziale, fossero in grado di determinarne la sua natura giuridica: questa resta statale, anche quando le norme del d.i.pr. siano il frutto di patti concordati fra soggetti di diritto internazionale (gli Stati). Posto che le uniche norme in grado di raggiungere gli individui, e ogni altro soggetto di un ordinamento statale, sono quelle espressione della *potestà legislativa* di quello Stato, solo le norme statali adottate in adeguamento a specifici obblighi internazionali hanno l'effetto di impegnare i soggetti del diritto interno alla loro osservanza; con la conseguenza che, in assenza di queste norme di adattamento, gli obblighi internazionali non solo risultano inefficaci, ma altresì insuscettibili di applicazione negli ordinamenti interni.

Quella qui brevemente rievocata, tuttavia, non è stata l'unica problematica giuridica attinente al d.i.pr. Si è posto, infatti, il problema che le norme di d.i.pr., dato il loro generico precetto che le rende inidonee a regolare concretamente le fattispecie connotate da estraneità, potessero effettivamente esprimere scelte di valore rapportabili a quelle espresse dalla nostra Costituzione e, in tal senso, considerarsi parte del "diritto vigente". Si dubitava, cioè, del carattere obbligatorio di tali norme con la conseguenza che esse non potessero essere considerate in grado di stabilire degli autentici comandi (anziché mere facoltà) per i suoi destinatari e, dunque, anche per gli operatori giuridici (fra i quali i giudici) chiamati ad applicare il diritto ai casi rientranti nella prassi. La questione, che si è discussa nel nostro Paese fino alla seconda metà del secolo, è alla fine uscita dagli angusti ambiti del dibattito giuridico ed è arrivata davanti alla nostra Corte costituzionale che, finalmente, ha riconosciuto il valore obbligatorio delle norme di conflitto dichiarando l'infondatezza di quella tesi giuridica che attestava il «carattere "neutro" o "neutrale" delle norme di collisione»⁶.

Gli esiti del lungo dibattito che ha visto cimentarsi dottrina e giurisprudenza sulla questione della problematica natura giuridica delle norme di conflitto hanno lasciato le loro tracce in sede di discussione della legge di riforma del

⁶ Corte costituzionale, sentenza 26 febbraio 1987, n. 71; nello stesso senso anche la sentenza 10 dicembre 1987, n. 477.

d.i.pr. In proposito, infatti, occorre osservare che, fra le novità introdotte dalla legge n. 218/1995, figura la codificazione, al suo art. 14, comma 1, del principio *iura novit curia* (o *iura aliena novit curia*). L'originalità, ma anche la problematicità delle norme di conflitto, dovute alle loro caratteristiche tecniche e alla loro inidoneità a regolare il caso concreto, hanno indotto il legislatore a ricercare una norma che ne sancisse, una volta per tutte, il loro carattere obbligatorio. Occorreva cioè che la giuridicità delle norme di conflitto, difficilmente – desumibile dal loro precetto normativo troppo vago e generico – formasse oggetto di una specifica disposizione di legge così che nessuno potesse più metterla in discussione. Tale disposizione è oggi rappresentata, appunto, dall'art. 14 comma 1 della legge n. 218.

Il principio in esso consacrato s'intende espresso dal legislatore in riferimento all'"accertamento della legge straniera"⁷, tuttavia, secondo la dottrina⁸, esso appare applicabile anche nei riguardi del diritto italiano e, in tal senso, anche delle norme di diritto internazionale "in senso stretto".

Secondo questo principio il giudice (ma, in realtà, qualsiasi altra pubblica autorità, come ad es. l'ufficiale di Stato civile che, in ragione della sua competenza, si trovi nelle condizioni per farlo) è tenuto ad applicare le norme di d.i.pr., anche se le parti non ne abbiano fatto richiesta; anzi, è fuor di dubbio che il giudice sia tenuto ad applicare d'ufficio le norme di conflitto e le parti non possano sottrarsi alla loro applicazione. L'osservanza del d.i.pr., in altre parole, non è rimessa all'iniziativa delle parti; al contrario, queste non possono sottrarsi all'applicazione che della stessa sia fatta *ex officio* dal giudice. L'esistenza del principio *iura novit curia* discende, in primo luogo, dalla *natura giuridica* delle norme di d.i.pr.: trattandosi infatti di norme statali giuridicamente vincolanti, esse sono fonti di diritti e di obblighi per i soggetti dell'ordinamento statale; pertanto, è fatto obbligo a chiunque di osservarle. In secondo luogo, un tale principio discende dall'*oggetto* delle norme di cui si tratta: di fronte ad una fattispecie non totalmente interna al nostro ordinamento il giudice italiano ha il dovere di accertare e applicare la norma di d.i.pr. cui, fra quelle vigenti, sia riferibile la fattispecie concreta.

Se nel passato la mancanza di una norma apposita lasciava aperti molti dubbi circa l'esistenza e, quindi, l'applicazione del principio *iura novit curia*, la sua codificazione all'art. 14 della legge n. 218/1995 non poteva che sortire, nel senso anzidetto, un effetto risolutivo.

⁷ Art. 14. Conoscenza della legge straniera applicabile. 1. «L'accertamento della legge straniera è compiuto d'ufficio dal giudice». Sul punto v. anche *infra*, Cap. IV, spec. par. 5.

⁸ Cfr. sul punto BALLARINO, *Diritto cit.*, pp. 288, 290; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto cit.*, pp. 155-158, 220-221. A sostegno di questa tesi, anche prima della codificazione del principio *iura novit curia* v. MORELLI, *Elementi cit.*, p. 24.

Una tale previsione normativa comporta, innanzitutto, secondo la dottrina prevalente⁹, che il giudice debba procurarsi d'ufficio la conoscenza della legge straniera; a tal fine, egli può avvalersi: a) degli strumenti previsti da convenzioni internazionali; b) di informazioni acquisite per il tramite del Ministero di Grazia e Giustizia e c) dell'ausilio di esperti o di istituzioni specializzate.

Il principio relativo all'accertamento *d'ufficio* della legge straniera applicabile incontra alcune, rare, eccezioni stabilite per legge. Fra queste eccezioni, secondo la dottrina, rientrano: 1) l'ipotesi in cui la legge conferisca alle parti un potere dispositivo (ovvero una facoltà¹⁰ circa la determinazione della legge applicabile (es. art. 30; art. 46, art. 60, art. 62 legge n. 218/1995); e 2) l'ipotesi relativa all'art. 16 disp. prel. c.c. sul godimento dei diritti civili da parte dello straniero a condizione di reciprocità, che non risulta fra le norme espressamente abrogate dalla legge n. 218/1995 anche se, da più parti, esso viene considerato decaduto parzialmente, per effetto della legge n. 40/1998 sull'immigrazione. Secondo la lettera del citato art. 16 (*Trattamento dello straniero*) «Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità e salve le disposizioni contenute in leggi speciali. Questa disposizione vale anche per le persone giuridiche straniere». Essa viene considerata un'applicazione dell'art. 10 Cost., comma 2¹¹ secondo cui: «La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali». Per una parte della dottrina, l'art. 16 disp. prel. c.c. deve considerarsi decaduto, almeno limitatamente agli stranieri regolarmente soggiornanti in Italia, per effetto dell'art. 2, comma 2 della legge 6 marzo 1998 n. 40 in tema di *Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*¹².

4. La legittimità costituzionale delle norme di conflitto

Un ulteriore aspetto direttamente collegato alle caratteristiche delle norme di conflitto (e quindi alla loro applicabilità *ex officio* da parte della pubblica

⁹ V. in tal senso MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale* cit., p. 155 ss.

¹⁰ Cfr. sul punto MOSCONI, CAMPIGLIO, *op. ult. cit.*, p. 156.

¹¹ La Corte cost. (sent. n. 120 del 1967, n. 104 del 1969, n. 144 del 1970, n. 44 del 1976, n. 54-1979) ha statuito che il principio di uguaglianza, pur essendo nell'art. 3 riferito ai cittadini, debba ritenersi esteso agli stranieri allorché si tratti della tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, garantiti allo straniero anche in conformità dell'ordinamento internazionale. Cfr. T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 692; cfr. anche *ibidem*, p. 618.

¹² Sull'argomento v. *infra*, Parte speciale, Cap. III, par. 8.

autorità) è quello relativo all'ipotesi che esse possano dar luogo ad un giudizio di costituzionalità. Posto che, soggette al controllo di legittimità costituzionale sono tutte le norme giuridicamente vincolanti dell'ordinamento statale che, in virtù di tale carattere, si trovano subordinate, tanto sotto il profilo formale quanto sotto il profilo sostanziale, ai principi della nostra Costituzione, anche le norme di d.i.pr., comprese quelle di d.i.pr. "in senso stretto", in quanto rivestano i detti requisiti sono conseguentemente suscettibili di essere indagate sotto il profilo della loro compatibilità con i principi e, quindi, i valori della nostra Costituzione. Un tale ragionamento, per quanto lineare e scontato, costituisce invero il risultato finale di una appassionante e lunga discussione dottrinale incentrata sul problema della idoneità delle norme di conflitto a incarnare scelte di valore: si riteneva, in sintesi, per convinzione diffusa, che il carattere strumentale di queste norme e il loro contenuto generico e neutrale, impedisse loro di essere portatrici di valori giuridicamente protetti, con conseguente mancanza per le stesse dei presupposti necessari per la loro sottoposizione al vaglio costituzionale, al fine di accertarne la loro legittimità rispetto alla Costituzione.

Un giudizio, questo che, a ben guardare, risentiva del mancato approfondimento delle peculiarità delle norme di conflitto che, evidentemente, attengono alla tecnica usata per la loro formulazione e ai limiti di portata del loro precetto (senza, tuttavia, che ciò sia suscettibile di intaccare la loro natura giuridica).

In realtà anche le norme di conflitto, in quanto norme facenti parte, a tutti gli effetti, del sistema delle fonti del nostro ordinamento sono norme soggette alla verifica di costituzionalità¹³. Il contenuto generico ed estremamente tecnico del precetto espresso dalle norme di conflitto non è affatto un indice del loro valore "neutro" (cioè non "di parte") e, quindi, della loro idoneità ad introdurre valori, giuridicamente garantiti nel nostro ordinamento: al contrario, esse esprimono "scelte di valore" suscettibili di incidere su altre scelte normative dell'ordinamento, come quelle, *in primis*, di carattere fondamentale e di rango gerarchicamente superiore che risultano sancite nella nostra Costituzione. Il carattere strumentale delle norme di conflitto, dunque, non incide affatto sulla loro qualità e forza giuridica ma, unicamente, sulle modalità con le quali l'obiettivo della determinazione della legge applicabile deve essere realizzato e che, nel caso di specie, implica il concorso di altre norme.

¹³ V. sul punto Corte cost., sentenze 26 febbraio 1987, n. 71 e 10 dicembre 1987, n. 477.

5. L'oggetto delle norme di conflitto

Nell'introdurre la nozione di d.i.pr. alle pagine precedenti¹⁴, si è avuta l'occasione di affermare che oggetto di questo specifico ramo del diritto statale sia quello di disciplinare le fattispecie connotate da estraneità rispetto all'ordinamento di riferimento. A ben guardare, questo rappresenta il punto di arrivo di un'autorevole elaborazione dottrinale che, nel distinguere fra i "fatti" e la "disciplina" cui essi sono soggetti, ha ritenuto che oggetto delle norme del d.i.pr. siano «non già dati fatti, bensì la disciplina di tali fatti»¹⁵.

Una tale riflessione, al di là del suo carattere vagamente filosofico e della sua apparente capziosità, appare tutt'altro che priva di significato e di fondamento nell'attuale realtà giuridica del d.i.pr. Ciò soprattutto, se si considera che la pluralità di metodi fra i quali può scegliere il legislatore¹⁶ di fronte alla necessità di regolamentare le fattispecie connotate da estraneità e la circostanza che l'oggetto del d.i.pr. può cambiare in relazione a tale scelta. A ben guardare, infatti, l'oggetto del d.i.pr. non sarà lo stesso nel caso in cui il legislatore decida di seguire il metodo relativo alla predisposizione di un diritto *materiale* oppure di un diritto *strumentale* (norme di conflitto). Ciò è quanto, invero, risulta confermato dalla dottrina sopra richiamata che, nell'affermare che l'oggetto del d.i.pr. non siano i fatti bensì la loro disciplina, ha inteso espressamente «sottolineare la natura strumentale e non materiale della norma di diritto internazionale privato»¹⁷: giocoforza, nel richiamare il carattere *strumentale* del d.i.pr., tale dottrina limita la definizione dell'oggetto, sopra riferita, a quel particolare settore del d.i.pr. che è dato dalle norme di conflitto¹⁸. È appena il caso di ricordare che la disciplina delle fattispecie connotate da estraneità elaborata attraverso il metodo delle *norme di conflitto* – con la previsione di un rinvio ad una norma diversa suscettibile di appartenere anche ad un ordinamento straniero rispetto a quello del *foro* – non stabilisce *direttamente* la *disci-*

¹⁴ *Supra*, Cap. 1, par. 1.

¹⁵ La precisazione è del MORELLI, *Elementi cit.*, p. 12.

¹⁶ *Supra*, in questo Cap., par. 1.

¹⁷ Così MORELLI, *Elementi cit.*, nota 1, p. 12.

¹⁸ Questa soluzione parte dal presupposto che nella definizione di "diritto" sia inclusa quella di "disciplina" al punto che questa nozione possa considerarsi un sinonimo della prima. Posto che ciascuna branca del diritto non può avere ad oggetto sé stessa, va da sé oggetto della stessa (ovvero della "disciplina" che essa rappresenta) saranno i "fatti" quali accadono nella vita reale e ai quali, nel caso ne ricorrano le condizioni, saranno ricollegate le conseguenze giuridiche "tipiche" delle fattispecie astratte regolate dal diritto di ciascuna di tali branche giuridiche.

plina (cioè un diritto materiale) applicabile al caso concreto, bensì unicamente le condizioni che agevolino la determinazione di questa disciplina, la più idonea a risolvere il caso concreto. Ciò equivale a dire che, anche le norme di d.i.pr., come tutte le altre norme giuridiche dell'ordinamento, al verificarsi di situazioni reali (fatti concreti) che presentano caratteri di *estraneità* rispetto al nostro ordinamento – e sono tali da evidenziare l'opportunità di una loro disciplina autonoma da parte del nostro legislatore – appaiono finalizzate a produrre determinate conseguenze giuridiche: tuttavia, ciò non sempre accade, o meglio, non sempre accade con le medesime modalità con cui accade per le altre norme giuridiche dell'ordinamento¹⁹.

A ben guardare, dunque, l'oggetto delle norme di conflitto non necessariamente coincide con quello delle norme di d.i.pr. di tipo materiale: in entrambi i casi, si prospetta la ricerca della “soluzione giusta” che, tuttavia, procederà secondo criteri e valutazioni autonomi, propri di ciascun metodo, che sono quelli ritenuti più validi per risolvere il problema della “legge applicabile” alle situazioni connotate da estraneità e che proprio dalla valutazione di questo carattere di estraneità prendono il loro avvio.

Questa soluzione dottrinale può ritenersi, quindi, plausibile e del tutto fondata a patto, tuttavia, di non radicalizzarne il significato. Ci sembra, infatti, che la nozione di diritto racchiuda in sé anche quella di disciplina; talché, dire che un dato ramo del diritto abbia ad oggetto la “disciplina” di una o più categorie di “fatti” potrebbe apparire del tutto tautologico. Per altro verso, occorre qui ribadire che anche il d.i.pr. formulato a mezzo di norme di conflitto è, come si è detto²⁰, un “diritto” a pieno titolo, dotato della forza e dell'efficacia giuridica che contraddistinguono le norme appartenenti ad un medesimo sistema delle fonti. In altri termini, anche le norme di conflitto sono predisposte ad introdurre una disciplina giuridica per il caso concreto, sebbene per farlo, esse non operino da sole, ma servendosi dell'“appoggio” di una norma ad esse esterna (eteronoma) con la quale danno vita ad un autonomo “sistema normativo”. Indipendentemente dal suo carattere materiale o strumentale, quindi, la norma di d.i.pr. è sempre diretta ad introdurre una “disciplina delle situazioni connotate da estraneità” con la particolarità, nel caso delle norme di conflitto, che questa si manifesti secondo lo schema tipico del “sistema normativo”.

Ecco, pertanto, che la soluzione dottrinale da cui abbiamo preso le mosse nel presente paragrafo appare ancora oggi del tutto condivisibile ove con essa

¹⁹ Un aspetto, quello ora accennato, che nel razionalizzare l'argomento ci sembra contribuisca ad avvicinare l'oggetto del d.i.pr. all'oggetto relativo ad altri campi del diritto: un tema questo, al centro delle riflessioni del QUADRI, *Lezioni* cit., spec. p. 316.

²⁰ *Supra*, parr. 2-3.

si intendano sottolineare le “particolarità” della disciplina *oggetto* delle norme di conflitto; diversamente, nel caso in cui essa appaia preordinata a dimostrare che il d.i.pr. adottato attraverso il metodo delle norme materiali abbia ad oggetto una disciplina (e che, quindi, dia vita ad un “diritto”) mentre quello adottato attraverso le norme di conflitto abbia, unicamente, il compito di agevolarne la ricerca (nel senso che esso non sia “diritto”), allora la stessa soluzione dottrinale apparirà priva di fondamento.

6. La funzione delle norme di conflitto

Sulla base delle considerazioni fin qui svolte, è agevole osservare che il compito ovvero la *funzione* delle norme del d.i.pr. “in senso stretto” consiste nell’agevolare la *determinazione* della legge (e cioè del diritto o della disciplina) applicabile alle fattispecie che presentano elementi di maggiore o minore estraneità rispetto allo Stato²¹. Vale qui ricordare²² che le norme di conflitto devono la loro definizione proprio alla funzione loro assegnata che è, appunto, quella di risolvere il potenziale concorso di leggi che si prospetta di fronte ad una situazione caratterizzata da elementi di estraneità: esse si definiscono, dunque, come *norme di conflitto* o *di collisione* proprio perché destinate a risolvere un “conflitto” fra le leggi potenzialmente applicabili al caso concreto²³.

Una norma, tuttavia, può adempiere alla funzione che le è attribuita solo se possiede i mezzi per farlo. Nel caso delle norme di conflitto ciò è reso possibile dalla previsione di tre tipi di strumenti: le *classi di fattispecie*, i *criteri di collegamento* e il *rinvio*. Dovendo mettere questi tre strumenti in relazione fra loro in vista di descrivere il funzionamento della norma di conflitto, può osservarsi che questa, con riguardo ad una *data categoria di fattispecie astratte*, si serve dei *criteri di collegamento* per determinare la “legge applicabile” al caso concreto operando, in tal senso, un *rinvio* all’ordinamento (e, quindi al diritto) ritenuto più adatto a raggiungere questo obiettivo.

²¹ Per questa definizione v. E. VITTA, *Corso di diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 1976, p. 95.

²² Al riguardo v. *supra*, in questo Capitolo, par. 2.

²³ Si tratta, invero, di un conflitto ipotetico. Tali norme, infatti, non sono affatto rivolte a comporre un conflitto fra la legislazione dello Stato e quella di altri Stati, posto che esse sono adottate dal legislatore statale sulla base di considerazioni e interessi di carattere esclusivamente nazionale al fine di orientare l’operatore giuridico nella scelta della legge più adatta a risolvere il caso concreto.

Le modalità con cui le norme di conflitto svolgono la loro funzione regolatrice nei confronti delle fattispecie ad esse sottoposte le assimila, peraltro, alla categoria delle norme *strumentali*, con le quali condividono l'utilizzo della tecnica del *rinvio* per la determinazione della legge applicabile. Analogamente alle norme strumentali, infatti, le norme di conflitto non disciplinano direttamente la fattispecie concreta, bensì utilizzano il meccanismo del rinvio per individuare tale disciplina. A differenza, tuttavia, delle altre norme strumentali presenti nell'ordinamento, le norme di conflitto utilizzano un elemento tecnico-normativo, detto criterio di collegamento²⁴ che, consentendo al rinvio di operare, orientano quest'ultimo verso la determinazione di quella, fra le leggi applicabili, che appare più adatta a risolvere il caso concreto. È dunque questo particolare aspetto che distingue e caratterizza la funzione delle norme di conflitto rispetto alle altre norme strumentali presenti nel nostro ordinamento.

In quanto dirette a determinare la legge applicabile stabilendo, di volta in volta, se questa debba essere la legge italiana (*lex fori*) o quella straniera (*lex causae*), si dice che la funzione svolta dalle norme di conflitto italiane sia *duplice*: con ciò si intende dire che esse sono norme *bilaterali*. Si distingue in tal senso fra bilateralità *perfetta* e bilateralità *imperfetta* a seconda che, nel rinviare alla legge applicabile, esse di fatto rispettino la *completa* parità (o parallelismo) fra la legge del foro e legge straniera (v. ad es. artt. 23 e 24 legge n. 218/1995 nei quali le possibilità che la legge applicabile sia quella italiana sono le stesse di quella straniera) o, invece, tendano a privilegiare l'applicazione della *lex fori* (v. ad es. art. 25 *Persone giuridiche*; art. 31 *Separazione personale e scioglimento del matrimonio*). Si osservi che la maggior parte delle norme di conflitto presenti nell'ordinamento italiano svolge una funzione *super partes* o di bilateralità perfetta che, in ossequio al principio di neutralità²⁵ del nostro ordinamento rispetto a quello straniero richiamato, rende possibile, senza differenze, l'applicazione del diritto straniero o di quello italiano.

Oltre a quelle ora viste, esistono norme di d.i.pr. dirette a svolgere un'unica funzione, nel senso che si limitano a dichiarare applicabile, in via esclusiva, una sola legge e, dunque, un solo ordinamento statale. Per questa loro caratteristica esse si definiscono come *norme unilaterali*. A seconda, poi, che privilegino la legge del foro oppure il solo diritto straniero esse si distingueranno,

²⁴ Si è visto, d'altro canto, che le norme di conflitto non sono le uniche norme di d.i.pr. di cui si avvale l'operatore giuridico nella ricerca della legge applicabile al caso concreto. Si è accennato all'ipotesi che, in alternativa alle stesse, il legislatore abbia adottato norme di carattere materiale atte a regolare direttamente il caso concreto e che comprendono tre ipotesi. Cfr. VITTA, *Corso cit.*, p. 99.

²⁵ Sul quale v. *supra*, Cap. I, par. 11.

rispettivamente, come norme unilaterali *introverse* e norme unilaterali *estroverse*. Il nostro d.i.pr. non prevede norme di questo tipo; viceversa, il nostro “diritto processuale civile internazionale” prevede solo norme di questo tipo: esso quindi (come vedremo) è esclusivamente diretto ad accertare se sussiste o meno la giurisdizione italiana e, quindi, la competenza dei nostri giudici di fronte a fattispecie che presentano elementi di estraneità nel nostro ordinamento. Data la territorialità del diritto processuale (per cui la competenza e la forma del processo sono regolate dalla legge del luogo in cui il processo si svolge²⁶), il nostro legislatore non può emanare norme sulla giurisdizione dei giudici di altri Stati²⁷.

7. Le norme di conflitto come categoria di “norme strumentali”

Data l'importanza che il concetto di “norma strumentale” riveste non solo ai fini dello studio delle norme di conflitto ma, più in generale, ai fini dello studio della teoria generale del d.i.pr., conviene qui brevemente soffermarsi sulla definizione e i caratteri che contraddistinguono questa particolare categoria normativa. Vale ricordare, al riguardo, che le *norme strumentali* sono l'espressione di una particolare tecnica normativa di cui il legislatore si serve nell'esercizio del suo potere normativo. Per definizione, le norme strumentali sono norme incomplete e indeterminate, il cui contenuto appare a volte così vago e generico da mettere in dubbio il loro valore precettivo. Esse, in realtà, si limitano intenzionalmente a delineare una cornice normativa di carattere generale (che a volte consiste nella semplice predisposizione di programmi o nella enunciazione di principi) rinviando ad una fase normativa successiva la precisazione o l'integrazione di quella cornice (cioè del proprio ambito precettivo), da realizzarsi attraverso l'adozione di una normativa speciale, di completamento o di dettaglio. A questo scopo esse, attraverso quel particolare meccanismo che è il *rinvio*, possono determinare le fonti, e quindi le norme, cui è rimesso il compito di dare ad esse completamento e specificazione. In tal senso esse potranno, in base ad una prima ipotesi, rinviare a norme già in vigore che potranno appartenere tanto al nostro ordinamento, quanto ad un ordinamento statale diverso (oppure anche alle norme del diritto internazionale rendendolo applicabile); oppure, in base ad una seconda ipotesi, esse potranno rin-

²⁶ Cfr. art. 12 legge n. 218/1995.

²⁷ V. art. 3 legge n. 218/1995.

viare a *muove* norme (che nel momento in cui sono adottate si qualificheranno come “fonti di secondo grado” o “secondarie” o “derivate” o “di attuazione” o “di esecuzione”) provvedendo, a tal fine, a designare gli organi e/o istituire le procedure che a tali norme “successive” possano dare vita²⁸. La prima ipotesi di rinvio è, senza dubbio, la più frequente, mentre la seconda, attinente al fenomeno delle “fonti previste da fonti” (o fonti di secondo grado), seppur sempre possibile, rappresenta, tuttavia, un’ipotesi meno frequente²⁹, specie nel settore del d.i.pr. Nell’ambito di quest’ultimo, infatti, è proprio la prima delle ipotesi di rinvio sopra descritte che generalmente ricorre e che contraddistingue le nostre norme di conflitto. La particolarità di queste ultime, nella realtà complessiva delle norme strumentali, risiede nel fatto che la normativa diretta a “completarne” o “specificarne” il precetto (e, quindi, a consentirne la sua “effettiva e concreta applicazione”) tramite il rinvio, non vada necessariamente ricercata nell’ambito del nostro ordinamento statale, dato che le possibilità che essa possa essere desunta da un altro ordinamento statale (cioè un ordinamento straniero) sono piuttosto elevate nel nostro Paese. E ciò in ragione delle scelte ideologiche e politiche effettuate dal nostro legislatore e dallo stesso trasfuse nelle norme italiane di d.i.pr. e, in particolare, nei criteri di collegamento che, alla luce delle stesse, risultano essere stati privilegiati. È il criterio di collegamento, dunque, che si presenta come l’elemento caratterizzante le norme di conflitto, portando queste ultime a differenziarsi dalle altre norme strumentali: esso, come si è visto, indirizzando il meccanismo del rinvio, indica quale sia la disciplina *più adeguata* al caso concreto.

Di tutta evidenza, il carattere strumentale delle norme di conflitto, nei termini fin qui sopra descritti, appare fondamentale non solo per la definizione della funzione di queste norme ma, altresì, per la comprensione del loro funzionamento: esso, come vedremo, sarà debitamente messo in rilievo quando si tratterà di spiegare il meccanismo del rinvio e la posizione del diritto straniero da questo richiamato.

²⁸ Per alcuni approfondimenti su questi aspetti (e, in particolare, sui rapporti fra le norme strumentali e le norme successive cui esse rinviano) si rinvia al nostro *Gli accordi* cit., p. 406 ss.

²⁹ La realizzazione della seconda ipotesi di rinvio appare, infatti, subordinata alla circostanza che si sia effettivamente proceduto ad investire di specifica competenza gli organi deputati a formulare la normativa “successiva”, e che questa sia adottata nel rispetto dei limiti della competenza attribuita; oppure, essa appare subordinata al fatto che lo stesso legislatore si sia riservato di intervenire successivamente per la regolamentazione della materia con l’adozione di una normativa di dettaglio.

8. La struttura delle norme di conflitto

Nel paragrafo precedente si è potuto osservare l'importante ruolo e l'integrazione svolta dagli elementi e meccanismi (rinvio, criterio di collegamento, categoria o tipologia di fattispecie) che vengono in rilievo con riguardo alla norma di conflitto consentendo ad essa di svolgere la sua funzione in ordine alla determinazione della legge applicabile alle fattispecie non totalmente interne. Posto che del *rinvio* ci occuperemo in sede di esame del d.i.pr. italiano relativo al diritto applicabile³⁰, conviene ora soffermarsi sugli altri elementi che tradizionalmente si usa ricondurre alla struttura tipica della norma di conflitto. Essi sono *due*:

a) il primo, attiene alla *classe* o *categoria* o *tipo* o *gruppo* di fattispecie nell'ambito della quale essa riconduce, in astratto, i fatti che intende disciplinare (*ambito di applicazione*): così, ad esempio, l'art. 56 della legge n. 218/1995 classifica nell'ambito delle donazioni le fattispecie che formano oggetto della propria disciplina;

b) il secondo, attiene al *criterio di collegamento* (ovvero alla pluralità di criteri fra di essi alternativi: ad esempio, cittadinanza, luogo in cui le cose si trovano, il luogo in cui deve essere eseguita la prestazione, la volontà manifestata dalle parti) che essa introduce facendo leva sul carattere di estraneità della fattispecie da regolare, e che è destinato ad agevolare la ricerca dell'ordinamento (italiano o straniero) da richiamare nel caso concreto.

a) *Le classi di fattispecie*

Il primo dei due elementi che caratterizzano la struttura tipica della norma di d.i.pr. "in senso stretto", rappresenta il frutto di una scelta di tipo legislativo riguardante la determinazione delle classi o categorie di fattispecie astratte che sono destinate a formare oggetto di disciplina da parte del d.i.pr. (nel caso di specie, delle norme di conflitto). Il legislatore nazionale, infatti, nella regolamentazione di un dato settore del diritto nazionale opera una scelta fra le *categorie* di rapporti che intende disciplinare. Una tale scelta appare, invero, ancor più oculata in un settore così delicato come quello del d.i.pr. in cui l'interesse e i valori nazionali vanno attentamente ponderati e confrontati con altri interessi e valori meritevoli di tutela. Il nostro legislatore ha, in effetti, proceduto ad un'accurata selezione delle categorie di fattispecie da regolare tramite l'adozione di norme di conflitto. Esse sono, essenzialmente, codificate

³⁰ *Infra*, Cap. IV.

nella legge di riforma del 1995 che, come più volte, si è detto concentra in sé la maggior parte delle norme di d.i.pr. vigenti nel nostro Paese. Tali categorie riguardano, ad es., i “rapporti di famiglia” e, nell’ambito di questi, i rapporti tipici relativi alla “separazione personale e scioglimento del matrimonio” e alla “filiazione”; le “successioni” e, nell’ambito di queste, la fattispecie relativa alla “successione dello Stato”; le “obbligazioni non contrattuali” e, in tale contesto, l’ipotesi della “responsabilità per fatto illecito”; ecc.

Il tema della determinazione delle classi di rapporti da sottoporre a disciplina è strettamente collegato al tema della c.d. *qualificazione* (in sintesi, al tema dell’inquadramento della fattispecie concreta nell’ambito di una di quelle astratte regolate dalla legge). In proposito va qui anticipato che nel d.i.pr. la relazione fra le classi di fattispecie astrattamente regolate dalla legge e la *qualificazione* delle fattispecie rilevate sul piano concreto appare più problematica che in ogni altro settore del diritto interno³¹. Il problema della qualificazione nel d.i.pr. viene generalmente risolto dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiane secondo la teoria della *lex fori*, seppur con qualche correttivo.

b) I criteri di collegamento

Il criterio di collegamento è il secondo elemento caratteristico della norma di conflitto o di d.i.pr. “in senso stretto”. Esso rappresenta «*la vera sostanza della norma di d.i.pr.*»³², venendo a caratterizzare il contenuto precettivo della stessa norma di conflitto che lo prevede. Esso si identifica nell’elemento ovvero nella circostanza (espressa attraverso un *concetto giuridico* oppure un *puro fatto*) che conferisce al rapporto carattere di estraneità e che il legislatore prende in considerazione ai fini dell’individuazione dell’ordinamento straniero (se del caso) da richiamare. Il legislatore, dunque, una volta raggruppate le fattispecie da regolare (cioè quelle contenenti elementi di estraneità) in categorie astratte, stabilisce, per ogni categoria, la legge italiana o straniera che deve regolarla assumendo come qualificanti (o, meglio, *rilevanti* sul piano giuridico), quegli aspetti o circostanze che caratterizzano la fattispecie da regolare, consentendone il collegamento con l’ordinamento più adatto a disciplinarla.

I criteri di collegamento, dando *rilevanza giuridica*³³ ad uno degli elementi di estraneità della fattispecie, svolgono una funzione di *ponte* fra l’ordinamento del foro e quello richiamato, con l’effetto di escludere tutti gli altri ordina-

³¹ V. *infra*, in questo Capitolo, par. 7.

³² La citazione è di BALLARINO, *Diritto internazionale privato* cit., p. 270.

³³ Una siffatta operazione viene definita dal VITTA (*Corso* cit., p. 102) come di «materializzazione» dell’elemento di estraneità della fattispecie.

menti potenzialmente coinvolti. Ad es., nel caso dell'art. 20 sulla *Capacità giuridica delle persone fisiche*, l'elemento della cittadinanza si sostanzia nel criterio di collegamento relativo alla «legge nazionale» ai fini della disciplina della capacità delle persone fisiche. Così all'art. 52, la circostanza del «transito» dei beni diventa rilevante, ai sensi di questa norma, per ricollegare la fattispecie da regolare (e quindi sottoporla) al diritto dello Stato cui tali beni sono destinati.

La determinazione dei criteri di collegamento, per l'ordinamento statale, appare una questione più politica che giuridica, tale essendo la natura degli interessi che vengono in rilievo in sede di loro definizione.

Molte sono le distinzioni con le quali si usa classificare i criteri di collegamento. Si è già accennato che, in alcuni casi, il criterio di collegamento prende in considerazione *elementi di fatto* ovvero circostanze empiriche, naturalistiche o concrete della fattispecie; in altri casi, invece, esso prende in considerazione *elementi di diritto* ovvero concetti giuridici che vengono in rilievo nella fattispecie. Si distingue, in tal senso, tra *criteri di fatto* che si determinano tramite un'indagine di mero fatto attinente alla vita reale (ad esempio, il luogo in cui si è verificato l'evento da cui ha avuto origine l'obbligazione extracontrattuale; il luogo in cui la *res* oggetto del rapporto è situata, c.d. *locus rei sitae*), nel senso che si desumono da elementi empirici, concreti e reali e *criteri giuridici* che si determinano tramite un'indagine di carattere giuridico (ad esempio la cittadinanza³⁴, la residenza o il domicilio che ravvisano tre diversi grado di intensità del rapporto collega un individuo ad un ordinamento statale).

Un'altra distinzione che si applica ai criteri di collegamento è quella fra *non univoci*, *inesistenti* e *inefficaci*. A ben guardare, una tale distinzione è finalizzata ad individuare i momenti di difficoltà o patologici, del funzionamento dei criteri di collegamento. In primo luogo, si parla di criterio di collegamento *non univoco* allorché questo, anziché indicare una sola legge, indichi le leggi di due o più Stati: ciò si produce, ad es. nel caso in cui la norma di conflitto adotti il criterio della cittadinanza mentre la persona di cui si tratta possiede due o più cittadinanze: il rimedio sarà nel far prevalere una di queste cittadinanze, quella effettiva o quella italiana qualora rientri fra quelle contemplate. In secondo luogo, si parla di criterio di collegamento *inesistente* allorché questo indica una circostanza della fattispecie che manca del tutto ovvero è assente: è il caso del criterio che indica la cittadinanza quale elemento di collegamento nelle fattispecie relative ad apolidi, problema che viene risolto con un richiamo ad un altro criterio di collegamento e che, ai sensi dell'art. 12 della Convenzione di New

³⁴ Su questo criterio di collegamento e sulla sua importanza nelle codificazioni di d.i.pr. v. T. BALLARINO, *Cittadinanza*, in *Studi di diritto internazionale privato*, II ed., Padova, 1992; I. CASTANGIA, *Il criterio della cittadinanza nel diritto internazionale privato*, Napoli, Jovene, 1983.

York del 28 settembre 1954 è quello della residenza o, in mancanza, quello del domicilio. Infine, nel terzo caso si parla di criterio *inefficace* allorché esso individua un elemento della fattispecie che è esistente nella fattispecie da regolare, ma che non è di fatto operativo e, dunque, non produce l'effetto ricercato: ciò accade con riguardo ai rifugiati allorché il criterio di collegamento richiama la legge della cittadinanza che, di fatto, non è applicabile; caso che si risolve adottando una soluzione identica a quella del caso precedente, ossia con il ricorso alla residenza o in mancanza dal domicilio (in luogo della cittadinanza) che diventano criteri operativi per effetto dell'art. 12 della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951. L'art. 19 della legge italiana di riforma n. 218/1995 appare risolutivo rispetto ai tre casi problematici sopra segnalati, nel senso che adotta soluzioni giuridiche conformi a quelle qui sopra prospettate in relazione a ciascuno di essi.

Ulteriormente, si distingue tra *criteri costanti* (che fanno riferimento a circostanze della fattispecie da regolare destinate a rimanere immutate nel tempo, ad esempio il luogo in cui è collocato un bene immobile o è stato stipulato il contratto) e *criteri variabili* (che fanno riferimento a circostanze suscettibili di mutare nel tempo, ad esempio, la cittadinanza ed il domicilio). Solo per questi ultimi si pone il problema del *momento* in cui la circostanza assunta come rilevante deve essere presa in considerazione. Generalmente anche i criteri variabili vengono ancorati a elementi temporali che conferiscano ad essi una certa stabilità. Con riguardo ad es. al criterio della cittadinanza, la sua "variabilità" può essere ritenuta fissa e determinata, relativamente variabile o variabile.

Se normalmente la norma di conflitto indica un solo criterio (si parla in tal caso di *criterio di collegamento unico*), non è tuttavia escluso che essa possa prevedere più di un criterio di collegamento. In questi casi si parla di *concorso o cumulo di criteri di collegamento* che, a sua volta, può essere:

a) *concorso successivo*, ha luogo quando il rapporto tra i diversi criteri di collegamento è di *sussidiarietà*, per cui soltanto quando quello indicato per primo non può funzionare ci si rivolge al secondo (ad es., ex art. 28 della legge 218/1995: la promessa di matrimonio è regolata dalla legge nazionale comune ai nubendi o, in mancanza, dalla legge italiana);

b) *concorso alternativo*, ha luogo quando i criteri di collegamento, posti sullo stesso piano, sono offerti a scelta (l'art. 48, in materia di forma del testamento, individua tre criteri di collegamento alternativi, nell'ambito dei quali, in omaggio al principio di conservazione degli effetti giuridici, la scelta cadrà su quello che richiama la legge che consentirà di considerare l'atto di ultima volontà valido): *ergo* la scelta del criterio di collegamento avverrà in funzione dei risultati pratici cui esso conduce.

9. La qualificazione

Si è avuto modo di accennare al tema della qualificazione allorché si è parlato delle “classi di fattispecie” che connotano il d.i.pr. alla stregua di qualsiasi altra branca del diritto. Di fronte alla necessità di disciplinare un caso della prassi portato alla sua attenzione, l'interprete dovrà procedere al suo inquadramento in una delle fattispecie astratte regolate dalla legge. Così come per tutte le altre norme dell'ordinamento giuridico, anche per le norme di conflitto l'operatore giuridico si trova di fronte nella necessità di interpretarle al fine di verificare se nell'ambito della categoria, più o meno ampia, di fattispecie che esse sono preposte a disciplinare vi rientri anche il caso concreto sottoposto alla sua attenzione. Più precisamente, il giurista si trova di fronte alla necessità di verificare, per un verso, se fra le categorie di fattispecie disciplinate dal proprio d.i.pr. nazionale ve ne sia una alla quale ricondurre il caso concreto e, per altro verso, quale sia specificamente la norma (di conflitto) di quella categoria di fattispecie legislative nell'ambito della quale sia inquadrabile il caso concreto. Nel decidere quale norma di conflitto (comprese quelle che hanno origine sul piano internazionale o comunitario) risulti applicabile al caso della prassi, l'interprete compie un'operazione giuridica che si definisce, appunto, di “qualificazione”.

A differenza di altri ordinamenti giuridici (come ad es. quello russo), il nostro ordinamento non prevede una norma espressa sulle modalità di svolgimento della qualificazione. La lacuna non è di poco conto perché i problemi collegati alla qualificazione nel d.i.pr. sono particolarmente complessi e delicati. Il giurista, infatti, quando compie un'operazione di qualificazione si trova nella necessità di interpretare il significato delle espressioni, delle formule, dei concetti tecnico-giuridici contenuti nella norma di conflitto, a partire da quelle usate per definire la portata applicativa di questa (ovvero la classe di fattispecie che risulta attratta nel suo ambito disciplinare) e per finire con quelle utilizzate per determinare l'ordinamento dal quale desumere la norma applicabile al caso concreto.

In sostanza, il problema della qualificazione nel d.i.pr. può essere posto in questi termini: poiché le norme di d.i.pr., nel descrivere la fattispecie che intendono regolare, utilizzano categorie ovvero nozioni tecnico-giuridiche (ad esempio, quella di obbligazione, di successione, di diritto reale, ecc.), ci si domanda se il significato di tali categorie debba essere interpretato alla luce dell'ordinamento interno, cui appartengono le norme di d.i.pr., oppure alla stregua degli ordinamenti stranieri cui queste fanno rinvio. Così, ad esempio, nella categoria delle successioni, che rappresenta l'ambito di operatività dell'art. 46 della legge n. 218/1995, si ricomprende, secondo il nostro ordinamento, anche

il diritto della moglie ad ottenere la parte dei beni del coniuge defunto, mentre in altri sistemi giuridici tale questione potrebbe essere ricompresa nella categoria dei rapporti patrimoniali tra i coniugi (che, nel nostro sistema di d.i.pr., è disciplinata da una disposizione diversa: l'art. 30 della legge 218/1995).

In relazione al problema delle qualificazioni due sono le tesi dottrinali che si contendono il campo:

– un primo orientamento, sicuramente maggioritario³⁵, secondo cui le espressioni tecnico-giuridiche utilizzate dalle norme di d.i.pr. vanno interpretate alla stregua della *lex fori*, ovvero dell'ordinamento cui appartengono le stesse norme di d.i.pr. (trattandosi di norme italiane, è ad es. in base alla *lex fori* che deve determinarsi il luogo in cui si è verificato l'evento da cui ha avuto origine l'obbligazione *ex delicto*);

– un secondo orientamento³⁶, secondo cui le dette espressioni vanno interpretate alla stregua della *lex causae*, ovvero dell'ordinamento straniero al quale la norma di d.i.pr. rinvia. Sennonché, quest'ultimo orientamento finisce per cadere in una sorta di circolo vizioso in quanto l'individuazione dell'ordinamento straniero non precede l'interpretazione e l'applicazione della norma di d.i.pr. ma, al contrario, è ad esse successiva, rappresentandone la conseguenza.

Di fronte al silenzio del nostro legislatore, ha prevalso la tesi secondo cui la qualificazione si sostanzia in un problema di interpretazione normativa e che, pertanto, ai fini della sua soluzione devono seguirsi i criteri che l'ordinamento del rinvio – quello in cui il problema della legge applicabile si pone – stabilisce per l'interpretazione delle norme facenti parti del suo sistema giuridico. Da ciò consegue che la qualificazione delle norme di conflitto italiane (ma anche, come vedremo in seguito, delle norme sulla giurisdizione del giudice italiano) dovrà essere svolta sulla base della *lex fori* (ossia della legge italiana): poiché la qualificazione si sostanzia in un problema di interpretazione, questa dovrà essere condotta alla luce del sistema normativo del quale fanno parte le norme da interpretare e, quindi, dei criteri interpretativi propri dell'ordinamento nel cui sistema delle fonti la norma risulta inserita.

La teoria della *lex fori*, così come accolta in Italia, tende tuttavia ad essere applicata non troppo rigorosamente. Essa prevede invero con alcuni *correttivi* come quello della *doppia qualificazione*: una volta individuata alla stregua della *lex fori* la norma di d.i.pr. cui fare riferimento, le successive interpretazioni ed applicazioni (c.d. *seconda qualificazione*) andranno svolte alla luce della *lex*

³⁵ V. in tal senso BALLARINO, *Diritto cit.*, p. 236; MENGOZZI, *Diritto cit.*, p. 69 ss.; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto cit.*, p. 182 ss.

³⁶ Cfr. sul punto BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, Milano, 1950, p. 69 ss.

causae. La teoria della *doppia qualificazione* sembra trovare fondamento positivo nell'art. 15 della legge n. 218/1995, in base al quale: «la legge straniera è applicata secondo i propri criteri di interpretazione e di applicazione nel tempo».

L'applicazione della teoria della *lex fori* alle operazioni di qualificazione condotte nell'ambito del d.i.pr. comporta, per altro verso, che l'interpretazione di norme di conflitto di origine internazionale convenzionale e di quelle derivanti dai trattati comunitari, dovrà essere svolta, rispettivamente, alla luce dei canoni ermeneutici vigenti a livello normativo corrispondente (cioè, nel primo caso a livello internazionale e nel secondo, al livello normativo "comunitario"). È, precisamente, alla luce dei principi, che si ricavano dall'ambito e dagli scopi del trattato di volta in volta preso a riferimento che, dunque, dovranno essere ricostruiti i concetti di base (c.d. interpretazione *autonoma* e *uniforme*) da cui devono ricavarsi il significato e la portata delle espressioni (quali ad esempio, matrimonio, successione, ecc.) impiegate nelle norme di conflitto al fine di delimitarne l'ambito di applicazione. Diversamente, ogni Stato contraente (e fatta salva ogni volontà contraria) resterebbe libero di interpretare e applicare *ad libitum* i limiti degli impegni concordati, con la conseguenza di impedire non soltanto il superamento degli ostacoli dovuti ai particolarismi statali, ma anche di compromettere il valore e il vantaggio dell'uniformità normativa e interpretativa del diritto internazionale privato così adottato.

10. Segue: Il *depeçage* o frazionamento

Generalmente, come si è visto, una norma di conflitto regola una categoria (o tipo o classe) astratta di fattispecie. Esistono, tuttavia, casi di norme di conflitto che disciplinano aspetti suscettibili di riguardare due o più categorie di fattispecie. Il legislatore, infatti, può ritenere più opportuno distinguere o isolare i diversi aspetti caratterizzanti una data fattispecie per regolarli, in diversi modi, con l'adozione di apposite norme di conflitto. In tal senso, queste possono o dettare una *disciplina uniforme* per regolare un aspetto comune ad una pluralità di categorie di fattispecie (es. capacità delle persone); oppure possono, con riguardo ad un aspetto comune, dettare una *disciplina differenziata* per le diverse categorie di fattispecie cui esso attiene (es. forma del negozio). Questa tecnica legislativa, usata fra l'altro dal legislatore italiano, è detta frazionamento o, in francese, *parcellement* e, più frequentemente, *depeçage*. Nella legge di riforma il legislatore italiano ha cercato di adottare un metodo che potesse agevolare il compito dell'interprete, accogliendo una soluzione *mista*: in primo luogo, accanto a norme che genericamente prevedono la capacità delle

persone (v. gli artt. 20 e 23) ne ha previsto altre che regolano la capacità con riferimento ad una specifica categoria di fattispecie (v. ad es. la capacità matrimoniale come regolata dall'art. 27). In secondo luogo, quando non ha stabilito una regola generale, il legislatore italiano ha comunque previsto norme specifiche e autonome volte a regolare un determinato aspetto della fattispecie (es. con riguardo alla forma dell'atto, si v. l'art. 28 sulla forma del matrimonio, e l'art. 35 sulla forma dell'atto di riconoscimento del figlio naturale).

Fenomeno nuovo e distinto da quello ora visto è quello introdotto dalla Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (recentemente recepita dal Regolamento CE n. 593/2008³⁷). L'art. 3.1 di tale Convenzione abilita i contraenti a «designare la legge applicabile a tutto il contratto, *ovvero ad una parte soltanto di esso*». L'art. 4 della stessa Convenzione aggiunge che, ove i contraenti non abbiano provveduto a concordare la legge regolatrice del contratto o di alcune parti di esso ai sensi dell'articolo precedente, «qualora una parte del contratto sia separabile dal resto e presenti un collegamento più stretto con un altro Paese, a tale parte del contratto potrà applicarsi, in via eccezionale, la legge di questo Paese». Anziché di fronte ad un frazionamento di tipo tradizionale, qual è quello (sopra descritto) operato dal legislatore, siamo dunque di fronte ad un frazionamento realizzato ad opera delle parti (c.d. volontario) o del giudice. Si osservi, inoltre, che questa forma di *depeçage* non riguarda la disciplina di aspetti particolari attinenti la formazione della fattispecie contrattuale, bensì la disciplina applicabile agli interessi oggetto del rapporto contrattuale.

³⁷ In argomento si rinvia a A. GARDELLA, *Art. 3. – Libertà di scelta*, F. SALERNO, P. FRANZINA (a cura di), *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ("Roma I")*, *Commentario*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2009, p. 611 ss.

Capitolo IV

Il diritto applicabile: il trattamento giuridico e processuale delle norme straniere richiamate

SOMMARIO: 1. Richiamo alle particolarità dell'istituto del "rinvio" nel funzionamento delle norme strumentali e di conflitto. – 2. *Segue*: Il c.d. problema del rinvio nella determinazione della legge applicabile: la disciplina dell'istituto *ex art.* 13 della legge n. 218/1995. – 3. Il problema della definizione della normativa straniera richiamata in termini di "legge" o di "diritto". – 4. Il diritto straniero richiamato: valore giuridico e rango nell'ordinamento del foro. – 5. *Segue*: La questione del controllo del diritto straniero richiamato da parte del giudice di merito: il significato degli artt. 14 e 15 della legge n. 218/1995. – 6. *Segue*: La questione del controllo di legittimità costituzionale delle norme del diritto straniero richiamato. – 7. Il rinvio agli ordinamenti plurilegislativi. – 8. Il rinvio al diritto internazionale e comunitario: gli artt. 42, 45, 57 e 59 della legge n. 218/1995. – 9. L'ordine pubblico. – 10. Le norme di applicazione necessaria.

1. Richiamo alle particolarità dell'istituto del "rinvio" nel funzionamento delle norme strumentali e di conflitto

Nelle pagine precedenti si è potuto osservare che il rinvio costituisce un elemento basilare delle norme di conflitto che (interagendo con gli altri elementi tipici di questa) contribuisce a determinarne e agevolarne la funzione. Si è avuta altresì occasione di constatare che il rinvio, nel caratterizzare le norme di conflitto, ne rivela la loro qualità di norme "strumentali". Queste ultime sono norme che, in ragione della genericità e stringatezza del loro contenuto, hanno una limitata capacità precettiva che le rende imprecise, insufficienti e comunque inadeguate a disciplinare il caso concreto. Questo loro carattere, lungi dal renderle *non self-executing*¹ (ossia insuscettibili di ricevere un'appli-

¹ Secondo il CONFORTI (*Diritto internazionale cit.*, p. 306) una norma *non self-executing* non è priva di giuridicità e insuscettibile di essere attuata, bensì una è norma giuridica che, ai fini della sua attuazione, necessita di un'attività normativa supplementare. In argomento cfr. le po-

cazione concreta, sul piano pratico) si riflette, in realtà, sulle modalità in cui avviene la loro applicazione che si realizza a mezzo di altre norme. Queste, normalmente, sono individuate per effetto del meccanismo del *rinvio*, espresso (in termini di “comando”) nella stessa norma strumentale. Le norme richiamate, dunque, assolvono il compito di integrare e specificare il precetto espresso, nei termini tecnici e astratti che caratterizzano la formula del rinvio, nella norma strumentale. In definitiva, la disciplina che ruota intorno alla figura della norma strumentale si articola in due fasi o livelli normativi: quella preliminare, che si realizza con l’adozione della norma di carattere generale che prescrive il rinvio ad una normativa “ulteriore”, complementare o di dettaglio; e quella successiva, che si realizza con la determinazione della norma “ulteriore”, idonea a regolare la situazione concreta, così come “ordinato” dalla norma generale.

Quello ora enunciato è lo stesso schema di funzionamento che contraddistingue le norme di conflitto. Si tratta, più esattamente, di una tecnica di produzione giuridica molto versatile, ma anche un po’ complessa, che necessita di un’accurata e approfondita conoscenza affinché i riverberi che essa produce sulla normativa cui viene applicata non conducano ad interpretazioni inesatte e indesiderate, come si è visto essere accaduto in occasione delle discussioni nate intorno alla natura del d.i.pr. e delle sue norme.

È opportuno, pertanto, in questa sede rimarcare le grandi potenzialità di questa tecnica normativa, evidenziando quella che risulta essere applicata al d.i.pr. e che consente ad essa di svolgere utilmente la sua funzione in vista della determinazione della legge applicabile². In tal senso, occorre qui partire dalla considerazione che, non essendo idonee a disciplinare *direttamente* il caso concreto, le norme strumentali quanto le norme di conflitto si limitano a fornire indicazioni ed elementi per la determinazione delle norme ulteriori o supplementari cui questo compito è invece demandato: in tal senso, esse rinviano ad un’altra norma. Questa, come si è già avuto modo di osservare, può appartenere allo stesso ordinamento giuridico della norma strumentale, ma anche ad un altro ordinamento giuridico (quest’ultimo a sua volta, potrà essere solo un ordinamento statale che, eventualmente, si è adeguato nella materia al diritto internazionale vigente)³. Può accadere, tuttavia, che il legislatore, an-

sizioni di S. BARIATTI, *L’interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padova, 1986, pp. 62-63 e *ivi*, in nota.

² Peraltro, sul diverso modo di atteggiarsi delle norme strumentali nella fase relativa alla loro attuazione si rinvia al noto studio del B. CONFORTI, *Obblighi di mezzi e obblighi di risultati nelle convenzioni di diritto uniforme*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1988, p. 233.

³ Nel senso indicato, la norma richiamata può appartenere, perfino, alla c.d. *soft law* ovvero ad una normativa priva di valore giuridico (si pensi alla *lex mercatoria*).

ziché attingere al diritto vigente, ritenga opportuno che l'attuazione della norma generale stabilita in sede di definizione della norma strumentale possa essere realizzata in misura più soddisfacente attraverso l'adozione di nuove norme: a tal fine, egli può istituire appositi meccanismi o procedimenti di produzione normativa che, nei limiti e con i requisiti prestabiliti, diano vita alle nuove norme (si tratta del c.d. fenomeno delle "fonti istituite da fonti" o "fonti di secondo grado"). Si è avuto modo di osservare⁴, ad ogni buon conto, che quest'ultimo approccio non figura mai fra quelli utilizzati per il funzionamento delle norme di conflitto. A differenza delle altre norme *strumentali*, infatti, il meccanismo del *rinvio* nelle norme di conflitto ai fini della determinazione della disciplina applicabile si caratterizza per riferirsi a norme del diritto vigente e si arricchisce per questo di uno specifico strumento, il criterio di collegamento. La norma di conflitto cioè, a differenza delle altre norme strumentali, non si limita a disporre il rinvio ad una norma in vigore, ma agevola la ricerca di questa norma avvalendosi del criterio di collegamento: essa, precisamente, si serve del criterio di collegamento per determinare l'ordinamento dal quale la norma applicabile deve essere desunta, risolvendo in tal modo il conflitto fra le leggi potenzialmente applicabili che, nel caso delle altre norme strumentali, è escluso in radice. Proprio per questa ragione, a differenza delle altre norme strumentali, le norme di conflitto non istituiscono mai fonti di produzione normativa (o fonti di secondo grado): ponendosi nell'ottica di risolvere un *conflitto* fra ordinamenti potenzialmente applicabili (e quindi di scegliere il più adatto a disciplinare la fattispecie concreta, senza distinzioni fra ordinamento italiano e ordinamenti stranieri), sarebbe quantomeno superfluo adottare una nuova norma interna che riproducesse il contenuto della norma straniera richiamata (e forse anche della stessa norma italiana) ogniqualvolta le norme di conflitto siano chiamate ad operare per disciplinare il caso concreto. Senza parlare poi, della necessità che l'esercizio del potere normativo, nel nostro ordinamento, sia soggetto ad una disciplina restrittiva che ne subordina il trasferimento ad organi diversi da quelli che hanno la titolarità originaria solo alle condizioni tassativamente ed espressamente previste dalla nostra Costituzione. Si osservi, in ultimo, che il suddetto ragionamento finirebbe per creare confusione fra i concetti di "applicabilità" e di "efficacia" di una norma, legittimandone una sovrapposizione che non ha alcun fondamento sul piano giuridico.

Le conseguenze di questo particolare modo di atteggiarsi delle norme di conflitto e, in particolare, del rinvio che esse fanno alle norme di un ordina-

⁴ *Supra*, Cap. II, par. 6.

mento straniero saranno oggetto di esame nelle pagine che seguono dove si tratterà la posizione che la norma straniera richiamata assume nell'ordinamento italiano e il trattamento processuale cui esse sono soggette.

Qui basti osservare che una volta individuato l'ordinamento (italiano o straniero) competente a regolare la fattispecie attraverso il criterio di collegamento, la norma di conflitto, in realtà, ha esaurito la sua funzione. A questo punto, si porrà un altro tipo di problema, posto che si renderà necessario individuare le norme specifiche dell'ordinamento individuato che potranno essere concretamente applicate: e questa è la funzione internazionalprivatistica, propria dell'istituto del *rinvio*.

Proprio il ruolo decisivo che l'istituto del *rinvio* svolge nella determinazione della legge applicabile e più in generale nel funzionamento delle norme del d.i.pr. contribuisce a metterne in evidenza tutta la sua importanza, ma anche tutta la sua complessità e problematicità che è a tutti nota, come vedremo nel prossimo paragrafo, con la definizione di "problema del rinvio".

2. Segue: Il c.d. problema del rinvio nella determinazione della legge applicabile: la disciplina dell'istituto ex art. 13 della legge n. 218/1995

Proprio il ruolo decisivo che l'istituto del *rinvio* svolge nella determinazione della legge applicabile e più in generale nel funzionamento delle norme del d.i.pr. contribuisce a metterne in evidenza tutta la sua importanza, ma anche tutta la sua complessità e problematicità che è a tutti nota, come ora vedremo, con la definizione di "problema del rinvio". Seppure, come si è visto al paragrafo precedente, il *rinvio* costituisca un istituto giuridico di carattere generale – con cui si è soliti descrivere il meccanismo attraverso il quale, nell'ambito di un dato ordinamento, una norma strumentale, (in particolare, quella di conflitto) avente portata precettiva limitata o incompleta, perviene alla regolamentazione del caso concreto – questa non è l'unica funzione assolta da questo istituto. Oltre a questa funzione generica, l'istituto del *rinvio* può assumerne una molto più specifica, e al contempo più problematica, nell'ambito del d.i.pr., dato che – allorché esso appare diretto ad operare con riferimento a fattispecie aventi carattere di estraneità – si pone l'(annosa) questione se, con esso, la norma di conflitto intenda riferirsi *soltanto* alle norme di diritto materiale (o sostanziale) (con la conseguenza che il fatto sarà considerato come "interno"), oppure *anche* alle norme di *diritto internazionale privato* (materiale e strumentale) dell'ordinamento straniero

richiamato (con la conseguenza che il fatto sarà trattato alla stregua di una fattispecie connotata da “estraneità”).

Per altro verso, l’istituto del rinvio pone il “problema” di stabilire se, quando una norma di conflitto “rinvii” alle norme di un ordinamento straniero (e solo, come si vedrà, nel caso in cui si tratti delle norme di un ordinamento straniero) debba ritenersi ammissibile il *rinvio* che, a sua volta, le *norme di conflitto* di quest’ultimo facciano ad un altro ordinamento. Questo *rinvio*, peraltro, può essere di *due* tipi: un *rinvio indietro* o un *rinvio oltre* o *altrove* a seconda che l’ordinamento straniero richiami l’ordinamento di partenza (cioè quello del foro) oppure quello di un terzo Stato.

Come è intuibile, un tale “problema” trova terreno fertile e si sviluppa nella diversità esistente fra i criteri di collegamento utilizzati dai sistemi di d.i.pr. per disciplinare la medesima categoria di fatti e, in particolare, allorché un sistema utilizzi il criterio della cittadinanza, mentre quello “di richiamo” utilizzi il criterio del domicilio.

È proprio in vista di rimediare ai problemi fin qui evidenziati, che la legge di riforma all’art. 13⁵ disciplina l’istituto del *rinvio*, collocandolo così nell’ambito delle norme dette “di funzionamento” stabilite nel Titolo III, Capo I.

Va ricordato che nel regime delle Preleggi, all’art. 30⁶, l’istituto del *rinvio* (fatte salve alcune isolate eccezioni, peraltro di fonte internazionale) non era ammesso (tanto come *rinvio oltre*, quanto come *rinvio indietro*), con la conseguenza che l’indicazione, da parte delle norme di d.i.pr. italiane, all’applicazione di una data legge straniera dovesse intendersi fatta senza tener conto del rinvio che quest’ultima facesse ad altra legge, anche nell’ipotesi in cui questa fosse quella italiana. Diversamente che nel passato, la normativa attualmente in vigore, al citato art. 13, ammette il *rinvio* sia pur limitatamente ad alcune ipotesi espressamente e tassativamente elencate. In particolare, nel caso di richiamo ad un ordinamento straniero, si dovrà tenere conto del *rinvio* da questo operato all’ordinamento di un altro (*terzo*) Stato: «a) se il diritto di tale Stato accetta il *rinvio*; se si tratta di *rinvio* alla legge italiana» (art. 13, comma 1). Il ricorso al *rinvio* da parte dell’ordinamento straniero è stato quindi ammesso da parte del legislatore italiano come *rinvio altrove accettato* e come *rinvio indietro* senza, peraltro, che si producano gli effetti di circolarità tipici dell’uti-

⁵ Per un commento all’art. 13 in esame si v. F. MUNARI, *Ar. 13. Rinvio.*, S. BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995, n. 218, Commentario*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 1996, II, p. 1018 ss.

⁶ Art. 30 disp. prel. c.c. «Quando, ai termini degli articoli precedenti, si deve applicare una *legge straniera*, si applicano le disposizioni della legge stessa senza tener conto del *rinvio* da essa fatto ad altra legge» (corsivo nostro).

lizzo di questo istituto: sia nel primo che nel secondo caso, infatti, i limiti imposti dalla legge fanno sì che il *rinvio* (dell'ordinamento straniero) operi con pragmatico riferimento alle norme *materiali* dell'ordinamento rispettivamente richiamato (quello "terzo" e quello italiano).

Ulteriori limitazioni disciplinano l'uso del *rinvio* nell'ambito del nostro sistema di diritto internazionale privato: il comma 2 del citato art. 13 dispone, infatti, che del rinvio *non* si tenga conto: «a) nei casi in cui le disposizioni della presente legge rendono applicabile la legge straniera *sulla base della scelta effettuata in tal senso dalle parti interessate*»; «b) riguardo alle disposizioni concernenti la *forma* degli atti»; «c) in relazione alle disposizioni del Capo XI del presente Titolo», (concernenti queste ultime, le obbligazioni *non* contrattuali). Tali scelte legislative si spiegano alla luce della necessità, rispettivamente, con riguardo all'ipotesi *sub a*) di non disconoscere, attraverso la disciplina del *rinvio*, un principio riconosciuto dall'ordinamento qual è quello dell'autonomia delle parti nella scelta della legge applicabile (che può essere il diritto materiale di uno Stato, ma anche quello di d.i.pr., come anche il diritto internazionale, ecc.); con riguardo all'ipotesi *sub b*) di salvaguardare la validità dell'atto; con riguardo all'ipotesi *sub c*) di ritenere già adeguatamente raggiunto l'obiettivo dell'apertura e del coordinamento con gli altri ordinamenti statuali, posto che la materia sia già soggetta a norme di conflitto che richiamano altri ordinamenti.

Inspirato al *favor filiationis* appare inoltre il comma 3 dello stesso art. 13 che stabilisce un ulteriore caso di inammissibilità del *rinvio* nei casi relativi agli artt. 33-35 (filiazione, legittimazione e riconoscimento di figlio naturale), a meno che esso non conduca «all'applicazione di una legge che consenta lo stabilimento della filiazione»: una circostanza, questa, che evita che gli effetti pregiudizievoli del *rinvio* si riflettano sul figlio.

Il comma 4 e ultimo dell'art. 13, infine, disciplina una finalità dell'istituto del rinvio, diversa dalle altre fin qui viste: quella che impone l'applicazione, ai fini della disciplina delle fattispecie connotate da estraneità, delle convenzioni internazionali di settore che sono state ratificate dal nostro ordinamento. Si tratta, cioè, di un rinvio che si limita a ricordare all'operatore giuridico che esse siano state già oggetto di adattamento da parte del nostro Stato e, in tal senso, siano *applicabili* nell'ambito dello stesso. Queste diverse funzioni del rinvio – volte a rendere "applicabili" rispettivamente il diritto straniero e il diritto internazionale – disciplinate in una stessa norma di legge sono assai indicative circa i caratteri e le potenzialità di questo istituto nonché l'"obbligatorietà" che esso produce, gettando luce sullo stesso concetto di "applicabilità" e sulla sua distinzione da quello di "efficacia" della norma giuridica. Di questi concetti si avrà modo di parlare più avanti quando si parlerà della posizione e

del trattamento processuale della norma straniera nel nostro ordinamento.

Per concludere l'esame sulla disciplina riservata dalla legge n. 218/1995 all'istituto del rinvio occorre qui aggiungere che molte sono le lacune e i dubbi lasciati aperti dall'art. 13. Fra questi l'ipotesi che il rinvio possa portare all'introduzione, nel nostro ordinamento, di norme di conflitto del tenore di quelle che sono state oggetto di censura costituzionale, quali quelle relative agli artt. 18-20 delle Preleggi. La dottrina⁷ appare, tuttavia, propensa a ritenere possibile una lettura estensiva della clausola dell'ordine pubblico, che consenta di considerare la norma straniera richiamata come incompatibile con i principi fondamentali del nostro ordinamento e quindi non applicabile.

3. Il problema della definizione della normativa straniera richiamata in termini di "legge" o di "diritto"

Una delle più intricate questioni del diritto internazionale privato riguarda sicuramente la natura e il rango, nell'ordinamento italiano, delle norme dell'ordinamento straniero richiamate dalla norma di conflitto italiana: un argomento, questo, che sarà oggetto di approfondimento nel prossimo paragrafo. In questa sede, occorre tuttavia osservare che sul dipanarsi di una tale questione ha sicuramente influito l'uso (nella stessa legge di riforma⁸, ma anche in quella precedente e nella prassi) dell'espressione di "legge applicabile" per descrivere le norme richiamate dalla norma di conflitto italiana, anche quando queste appartenevano ad un ordinamento straniero: una circostanza, questa, che deve essere stata intesa come "qualificante" nei confronti della normativa richiamata, alludendo in modo inequivocabile allo *status* che la stessa dovesse assumere nell'ordinamento italiano.

Con riferimento ai profili ora richiamati occorre notare che la pubblicistica internazionalprivatistica si è da tempo assestata su posizioni tradizionali. Prevalente, in tal senso, è quella linea del pensiero dottrinale⁹ che ritiene che l'uso del concetto di "diritto" sia preferibile rispetto a quello di "legge" per descrivere le norme dell'ordinamento straniero cui, nel loro complesso, la nostra norma di conflitto rinvia. Ciò andrebbe inteso nel senso che l'istituto del rin-

⁷ V. per tutti MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato* cit., p. 215.

⁸ V. in particolare le disposizioni figuranti al suo Titolo III in cui spesso si usa il termine di "legge" anziché quello di "diritto".

⁹ V. per tutti MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto* cit., p. 11 ss.

vio operi un richiamo all'ordinamento competente a regolare il caso concreto, nella globalità delle norme che lo compongono, indipendentemente dal loro rango nella gerarchia delle fonti, siano quindi esse al di sopra o al di sotto della "legge"¹⁰. La validità di questa tesi sarebbe oggi confermata sempre secondo la stessa dottrina, dalla presenza nella legge di riforma di due norme: la prima (art. 14) che sancisce il principio *jura novit curia*, in base al quale il nostro giudice non soltanto è abilitato, ma è altresì tenuto alla conoscenza e applicazione del diritto straniero; un obbligo, quest'ultimo, dal quale la medesima dottrina sembrerebbe far derivare la stessa "giuridicità", nel nostro ordinamento, della norma straniera richiamata. La seconda norma (art. 15) che stabilisce che la legge straniera assume valore giuridico nel nostro ordinamento con il rango che ad essa è riconosciuto dal proprio ordinamento di provenienza.

La tesi qui brevemente ricordata – pur operando una serie di incontestabili forzature della legge di d.i.pr. in vigore – rappresenta uno fra i tentativi più riusciti di dare una sistemazione alla materia, anche in termini di compatibilità con il quadro normativo in vigore. Essa tuttavia non appare convincente: molte, infatti, sono le incoerenze e molti i dubbi che lascia aperti.

Fra le numerose critiche che, dunque, possono essere mosse a questa tesi dottrinale sotto i profili che qui interessano, figurano: in primo luogo, il fatto che essa comporti una rottura con i tradizionali principi giuridici che regolano i rapporti fra ordinamenti sovrani ed indipendenti; in secondo luogo, il fatto che essa consideri il rinvio come un meccanismo alternativo (e derogatorio) dei diversi procedimenti di produzione giuridica vigenti nel nostro Paese e, in questo senso, di aver trascurato gli importanti risultati che in altri settori della scienza giuridica sono stati raggiunti nel campo delle norme strumentali e, più in generale, nel campo delle varie tecniche impiegate nei processi di produzione normativa.

Con riferimento al primo dei rilievi sollevati, quello cioè relativo ai principi che regolano i rapporti fra ordinamenti giuridici indipendenti e sovrani, basti qui ricordare che il principio di indipendenza (o indifferenza) che caratterizza il rapporto fra l'ordinamento giuridico statale e quello internazionale, si applica altresì ai rapporti fra ordinamenti giuridici di Stati differenti rendendo, così "meri fatti" le fonti giuridiche normative dell'ordinamento di ciascuno Stato, rispetto all'ordinamento di tutti gli altri Stati.

¹⁰ Una situazione questa che, peraltro, non esclude che il diritto straniero possa dare rilevanza giuridica anche a prassi normative prive di valore vincolante che, nondimeno, risultano applicate in alcuni dei suoi settori disciplinari alla quale non si attaglierebbe del tutto la definizione di "diritto".

Con riguardo al secondo punto, relativo al principio di organizzazione della funzione normativa dello Stato, va qui osservato che l'uso di una certa terminologia, anche da parte del legislatore, non può attribuire a dei semplici fatti quell'efficacia che solo l'ordinamento è competente a produrre in concomitanza di determinate condizioni giuridiche. Il rinvio, infatti, nel dare *rilevanza giuridica*, nel nostro ordinamento, a determinati fatti e, dunque, alle norme straniere che sono chiamate a disciplinarli non può produrre il risultato di conferire alle stesse un valore (e cioè *un'efficacia*) giuridica che esse non hanno, in quanto non inserite nella gerarchia delle fonti del nostro ordinamento. In particolare, il richiamo, che una delle nostre norme faccia, in termini di "diritto" o "legge" alla norma di un ordinamento straniero, non può avere l'effetto di aggirare l'organizzazione del potere normativo vigente nel nostro Paese¹¹. Sarebbe stato forse preferibile l'uso di un termine più neutro, per descrivere la normativa straniera richiamata dal nostro d.i.pr. come, ad esempio, quello di "disciplina" straniera; ciò, tuttavia, non avrebbe potuto sminuire o privare di importanza il ruolo che, sulla questione, svolge l'effettiva osservanza dei principi giuridici sopra richiamati.

In questa logica, si osservi altresì che gli stessi principi che presiedono alla formazione e al funzionamento delle norme strumentali dovrebbero svolgere un ruolo non irrilevante per approfondire e fare chiarezza nella questione in esame. In questo senso, anche gli studi svolti sul fenomeno delle "fonti previste da fonti" (o "fonti di secondo grado"), più volte richiamato nel presente lavoro (v. *supra*), può costituire un valido aiuto; un tale fenomeno, infatti, costituisce un'esperienza comune alla gran parte degli ordinamenti (statali e internazionale) esistenti e, se anche appare circoscritto ad un numero assai limitato di ipotesi nelle quali, come si è visto, non rientra quella delle fonti "richiamate" da una norma di conflitto, esso può comunque fornire un utile termine di paragone per capire il corretto significato da dare all'istituto del rinvio¹².

Tutti principi, quelli cui ora si è fatto riferimento, che presentano una validità generale e la cui applicazione, quindi, trascende l'ambito del diritto pubblico e gli stessi confini del diritto statale, per essere estesa ad altre branche del diritto interno (quali il d.i.pr.) e ad altri ordinamenti giuridici.

Le considerazioni ora svolte, se portate alle estreme conseguenze nel settore del d.i.pr., sono dunque suscettibili di produrre importanti risultati in ordi-

¹¹ Per maggior approfondimenti sul punto si v. il nostro *Gli accordi delle Regioni* cit., spec. p. 471 ss.

¹² *Ibidem*.

ne alla soluzione del problema della natura e del rango del diritto straniero richiamato nel nostro ordinamento. E quello ora enunciato è proprio l'obiettivo che ci proponiamo di raggiungere nei paragrafi che seguono.

4. Il diritto straniero richiamato: valore giuridico e rango nell'ordinamento del foro

Occorre ora accertare quale sia la natura giuridica delle norme straniere richiamate e i rapporti che esse sviluppano con le norme del nostro ordinamento, in particolare, con le norme di conflitto che ne hanno operato il richiamo: aspetti questi che evidentemente si ricollegano alla *funzione* che le norme straniere richiamate svolgono nel nostro ordinamento, e che in quest'ottica dunque si cercherà in questa sede di interpretare.

La valutazione della natura del diritto straniero richiamato costituisce una questione molto discussa in Italia, rispetto alla quale la dottrina è apparsa assai divisa e frammentata.

Al riguardo occorre osservare che si sono formati due gruppi teorici, quello c.d. *recezionista* e quello c.d. *produttivistico*, che hanno fatto perno sul ruolo che, nella questione, veniva ad assumere il *rinvio* contenuto nella nostra norma di conflitto. Data la molteplicità di concezioni e sfumature con le quali le due teorie hanno mostrato da un lato, di articolarsi e, dall'altro, di intersecarsi reciprocamente fra loro¹³, basti qui osservare che, nell'ambito di queste teorie, si è venuta sostanzialmente a creare una contrapposizione fra a) coloro che consideravano le norme straniere come un *mero fatto*, privo di valenza giuridica con la conseguenza che spettasse alle parti l'onere di provarne il contenuto e che esse fossero esenti da ogni controllo di legittimità nel nostro ordinamento giuridico; e b) coloro che consideravano le norme straniere come un *fenomeno giuridico*, che mutua la sua giuridicità dalla norma di conflitto che ne ha operato il richiamo e che, inserendola con tale valenza giuridica nel nostro ordinamento, la rendono altresì soggetta ad un controllo di legittimità. Se la dottrina più recente si è prevalentemente assestata sulla seconda delle tesi accennate (anche affermando che le norme straniere fossero soggette a impugnazione per vizi di legittimità); la giurisprudenza, invece, si è mostrata più discontinua e frammentata: da un lato, ha affermato che i vizi del giudice di merito

¹³ Su queste teorie v. BALLARINO, *Diritto* cit., p. 280 ss; F. MOSCONI, *Edoardo Vitta. Corso di Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 1991, p. 124 ss.

nell'interpretazione della norma straniera richiamata potessero dar luogo ad un giudizio davanti alla Cassazione, dall'altro, non ha mai respinto del tutto la tesi della natura "fattuale" della norma straniera, né è riuscita ad giustificare (salvo rare eccezioni¹⁴ l'applicazione del principio *iura novit curia* al diritto straniero.

L'entrata in vigore della legge n. 218/1995 ha contribuito a consolidare questa situazione: la tesi c.d. produttivistica in particolare ha guadagnato ulteriore spazio senza, tuttavia, che siano stati fugati i dubbi e le contraddizioni cui essa ha dato luogo.

Le soluzioni normative adottate dal legislatore statale in sede di adozione della legge di riforma sono state interpretate dalla dottrina come un'espressione della volontà statale di incidere sulla stessa questione della natura e del rango del diritto straniero richiamato, con la conseguenza di equiparare le norme straniere alle altre norme facenti parte del nostro ordinamento¹⁵. In tal senso, da un lato, il legislatore della riforma ha introdotto l'art. 14, comma 1 che, come si è visto, nell'estendere alle norme straniere la sfera d'influenza del principio *iura novit curia*, è stato inteso (con qualche forzatura) come attributivo alle norme straniere richiamate il rango di "diritto" (con la conseguenza, peraltro, che la sua violazione o errata applicazione desse luogo a ricorso per Cassazione); dall'altro, egli ha inserito l'art. 15 che nel ribadire la natura di "diritto" della norma straniera richiamata, altresì ne ha assoggettato l'interpretazione e applicazione alla stregua dei "criteri" e dei principi vigenti nell'ordinamento di provenienza di cui tale "diritto" è parte integrante.

Si tratta di una soluzione, quella ora illustrata, che seppure vantaggiosa da un punto di vista pragmatico presenta, tuttavia, più di una contraddizione sul piano teorico. Innanzitutto, essa non spiega in modo convincente come, una norma inserita nell'ordinamento straniero possa essere "nazionalizzata" ed essere considerata produttiva di diritti ed obblighi nel nostro ordinamento se non è dimostrato che il rinvio costituisca nell'ambito del d.i.pr. (a differenza che in altri settori dell'ordinamento giuridico in cui esso risulta utilizzato), un meccanismo preposto alla produzione giuridica nel nostro ordinamento¹⁶; essa, inoltre, non è in grado di spiegare da un lato, come mai una norma giuridica, benché "nazionalizzata", sia soggetta ai criteri ermeneutici del proprio ordi-

¹⁴ V., in tal senso, Cassazione 21 aprile 2005, n. 8360.

¹⁵ Così BALLARINO, *Diritto cit.*, p. 288 con richiamo al MORELLI.

¹⁶ Cfr. F. SORRENTINO, *Prime considerazioni sulla rilevanza costituzionale del diritto internazionale privato*, in *Ann. Fac. Giurisprudenza Univ. Genova*, XVI, 1977, p. 924 commentato da BALLARINO, *Diritto cit.*, pp. 66-67.

namiento di “provenienza” anziché a quelli del nostro ordinamento, nell’ordinamento nel quale cioè è stata “immessa” e, quindi, di cui fa parte. Infine, la tesi qui criticata non spiega perché, nel nostro ordinamento la stessa norma sia soggetta ad un trattamento processuale differenziato dalle norme italiane cui, da un punto di vista del suo valore giuridico, è parificata posto che essa sia suscettibile di controllo davanti alla Cassazione e sia sottratta, invece, alla verifica davanti alla Corte costituzionale.

Di fronte a queste lacune e contraddizioni, ci sembra dunque che la natura e il rango della norma straniera nel nostro ordinamento debba essere spiegata alla luce della *funzione* (di disciplina del caso concreto) che tale norma assolve nel nostro ordinamento e, in particolare, nei confronti della norma di conflitto italiana che ne ha operato il richiamo. Vale, al riguardo, osservare che il rinvio da parte della norma di conflitto, non ha per virtù o carattere proprio, l’effetto di trasformare il “*diritto* straniero” in “diritto italiano” con la conseguenza che esso debba considerarsi formalmente inquadrato. Vale, al riguardo, osservare che il rinvio da parte della norma di conflitto, non ha per virtù o carattere proprio, l’effetto di trasformare il “*diritto* straniero” in “diritto italiano” con la conseguenza che esso debba considerarsi formalmente inquadrato fra i meccanismi di produzione giuridica previsti nel nostro ordinamento. Né è sostenibile che il diritto straniero, benché assuma la natura di “diritto” conservi, tuttavia, la sua qualità di “straniero” nel nostro ordinamento, perché ciò urta irrimediabilmente contro ogni principio logico e giuridico che regola il sistema delle fonti di un ordinamento giuridico.

A ben guardare, invece, *per effetto* del rinvio, viene ad instaurarsi un rapporto di *funzionalità* o *strumentalità* fra il diritto straniero (richiamato) e la norma di conflitto italiano (che ne autorizza l’applicazione al caso concreto) che attribuisce a quest’ultima concreta e piena applicazione. In altri termini, la circostanza che la norma di conflitto italiana ne abbia previsto l’applicazione, conferisce alla norma straniera una *certa rilevanza giuridica* che non equivale, si badi, a renderla un fatto produttivo di *effetti giuridici* nel nostro ordinamento, bensì a qualificarla come quel “fatto” (ovvero quell’elemento) *materiale* che concorre (nel senso che risulta funzionale) all’applicazione della norma di conflitto italiana che ne ha disposto, a tale scopo, il richiamo. In altri termini, la norma straniera richiamata viene a costituire quella componente materiale che fa difetto, per le ragioni originarie di carattere tecnico-formale più volte ricordate, alla norma di conflitto italiana consentendo a queste di svolgere appieno i suoi effetti in relazione al caso concreto.

Se, dunque, il rapporto di carattere *strumentale* che si crea fra la nostra norma di conflitto e la norma straniera per effetto del richiamo fa sì che quest’ultima integri il precetto della norma di conflitto che, consentendo a que-

st'ultima di svolgere pienamente i suoi effetti in relazione al caso concreto, giustifica altresì il riconoscimento di un valore materiale (o sostanziale o applicativo) alla norma straniera richiamata nel nostro ordinamento; viceversa, questo stesso rapporto *strumentale* non è in grado di giustificare il riconoscimento di un valore formale (o efficacia giuridica) alla stessa norma straniera richiamata, non venendo esso a coincidere con il rapporto gerarchico che abitualmente si crea fra norme facenti parti del medesimo procedimento di produzione normativa¹⁷.

Come vedremo fra breve, questa particolare rilevanza giuridica che (ai fini dell'attuazione della norma di conflitto) la norma straniera assume nel nostro ordinamento, vale peraltro ad attribuire alla stessa un determinato trattamento processuale (con la sua soggezione al giudizio della Corte di cassazione, ma non anche a quello della Corte costituzionale). In particolare, se il valore materiale e non formale (o giuridico) che la norma straniera assume nel nostro ordinamento giustifica, per alcuni versi, un giudizio sul *merito* della portata attribuita alla norma da parte della Cassazione¹⁸ diversamente essa esclude l'assoggettabilità della norma straniera ad un controllo da parte del nostro Giudice costituzionale.

5. Segue: La questione del controllo di merito del diritto straniero richiamato: il significato degli artt. 14 e 15 della legge n. 218/1995

Allorché si è affrontato il problema della natura e trattamento processuale delle norme di conflitto italiane si è avuto modo di accertare il contenuto e la portata del principio *iura novit curia*: si è visto, in particolare, che le norme di conflitto italiane in quanto fonti del nostro ordinamento devono essere conosciute e applicate d'ufficio dal giudice, con l'ausilio delle parti ove questo sia

¹⁷ Sul rapporto strumentale suscettibile di crearsi fra norme appartenenti allo stesso ordinamento statale e fra norme appartenenti ad ordinamenti diversi attraverso l'impiego della tecnica del *rinvio*, si v. il nostro *Gli accordi delle Regioni con soggetti esteri* cit., p. 510 ss.

¹⁸ Si tratterebbe, comunque, di un giudizio diverso da quello inteso dalla nostra Cassazione che (come vedremo) lo ricollega direttamente alla errata o mancata applicazione della norma straniera nella sua qualifica di "diritto" (sia pure straniero), produttivo in quanto tale di effetti *giuridici* nel nostro Paese: ci sembra infatti, che il profilo "giustiziabile" della norma straniera nel nostro ordinamento possa derivare non tanto dalla sua errata o mancata applicazione quanto, invece, dalla errata o mancata applicazione della norma italiana che richiamandola, ne ha imposto l'applicazione.

consentito dalla legge. Nel paragrafo precedente si è detto, altresì, che l'art. 15 della legge di riforma impone al giudice di conoscere e applicare le norme straniere richiamate dal nostro d.i.pr. alla luce dei principi ermeneutici vigenti nell'ordinamento di appartenenza della norma straniera. Così come la questione della natura (obbligatoria o meno) e del conseguente trattamento processuale delle norme di conflitto italiane appare propedeutica alla questione della conoscibilità e applicabilità d'ufficio delle stesse da parte del giudice, anche la questione della natura e del trattamento processuale delle norme straniere richiamate dal nostro diritto statale appare propedeutica a quella della loro accertabilità e applicabilità da parte del giudice del foro.

Al riguardo è opportuno prendere le mosse dalla circostanza che il *rinvio* consente alla norma straniera di disciplinare la fattispecie connotata da estraneità fornendo la *regola materiale* che consenta alla norma di conflitto italiana di svolgere la sua efficacia, ma non consente alla stessa norma straniera di assumere essa stessa efficacia giuridica nell'ordinamento statale del richiamo, e di entrare quindi a far parte del suo sistema delle fonti di produzione normativa. Al riguardo si osservi che *l'applicazione* e, quindi, l'attuazione del diritto straniero nel nostro ordinamento (definita, impropriamente quanto indicativamente, come "immissione", "incorporazione", "nazionalizzazione", ecc.) rappresenta una *conseguenza* e, cioè, un effetto giuridico della norma di conflitto che non può, affatto, essere confuso e considerato un effetto giuridico proprio della norma straniera stessa nel nostro ordinamento.

La disciplina che la norma straniera fornisce, dunque, per la regolamentazione del caso concreto non produce effetti giuridici *autonomi* nel nostro ordinamento, sia perché essa appartiene ad un ordinamento diverso da quello del foro che ne ha operato il richiamo, e sia perché la nostra norma di conflitto non aveva il potere di "convertirla" in una norma italiana (essa, cioè, non costituisce una fonte di giuridicità per la norma straniera). Viceversa, la sua applicazione materiale è l'effetto della norma di conflitto che ne ha "ordinato" il richiamo ai fini della disciplina del caso concreto (nel senso che ha imposto all'interprete di disciplinare il caso concreto con la "soluzione normativa" offerta dal diritto straniero richiamato). Più che di *efficacia giuridica* della norma straniera richiamata, pertanto, dovrebbe parlarsi di una sua *rilevanza giuridica*¹⁹ nel nostro ordinamento, posto che essa diventa applicabile in tale ordinamento (non per effetto giuridico *proprio*, bensì) per effetto giuridico della norma di conflitto. Essa, in altri termini, assume rilievo giuridico nel nostro ordina-

¹⁹ Sulla differenza fra il concetto di efficacia giuridica e quello di rilevanza giuridica, e sulla differenza fra il concetto di efficacia giuridica e applicabilità si rinvia al nostro *Gli accordi delle Regioni* cit., p. 355 ss.

mento ai soli fini di efficacia della norma di conflitto (talché la sua rilevazione e applicazione vengono in rilievo nel nostro ordinamento alla stregua di “fatti materiali” integrativi della fattispecie giuridica prevista dalla norma di conflitto).

Sebbene, dunque, la norma straniera richiamata nel nostro ordinamento perda il valore *giuridico* (ovvero formale) che essa rivestiva nel suo ordinamento d'origine, ciò non vale, tuttavia, ad impedire che la stessa conservi il suo valore *materiale* ai fini della regolamentazione del caso concreto²⁰ e per questa sua qualità essa appare circondata, nel nostro ordinamento, da alcune garanzie processuali attinenti al fatto che la sua errata interpretazione e applicazione possono legittimare un ricorso davanti alla Cassazione (ma non, invece, un ricorso di legittimità costituzionale).

Si tratta, tuttavia, di un trattamento giuridico diverso da quello ipotizzato dalla dottrina: esso, infatti, non comporta che l'errata interpretazione o la violazione della norma straniera richiamata rilevino nel nostro ordinamento come “fatto (giuridico) proprio”, bensì come “fatto materiale di un'altra fattispecie” quella attinente alla norma di conflitto italiana e, in particolare, di quella che ha imposto al giudice la individuazione e l'applicazione della norma straniera, nonché di quella che ne ha stabilito la sua interpretazione e applicazione alla luce dei principi dell'ordinamento straniero, cui essa appartiene.

In tal senso, può osservarsi che la norma straniera viene in rilievo sotto il profilo processuale ai fini della corretta osservanza delle fattispecie previste dagli artt. 14 e 15 della legge n. 218/1995 e come tale, diventa impugnabile davanti alla nostra Corte di cassazione.

Argomenti, quelli da ultimo esaminati, assai complessi ma di importanza fondamentale che, pertanto, saranno ripresi e ulteriormente analizzati nelle pagine che seguono.

6. Segue: La questione del controllo di legittimità costituzionale delle norme del diritto straniero richiamato

Secondo i sostenitori della teoria “produttivistica”, la natura giuridica della norma straniera e il suo rango di fonte di diritto, sia pure straniero, nell'am-

²⁰ Il rinvio, cioè, nell'attribuire rilevanza giuridica alla norma straniera non vale a rendere quest'ultima giuridicamente efficace, bensì unicamente applicabile nel nostro ordinamento: su questi aspetti v. il nostro *Gli accordi delle Regioni* cit., p. 355 ss., p. 471 ss.

bito del nostro ordinamento produce la conseguenza, da un lato di rendere la stessa norma soggetta al giudizio del giudice di merito²¹ e, dall'altro, di ritenere che la detta norma, in ragione della natura straniera che essa conserva, sia sottratta al giudizio di costituzionalità nel nostro Paese. La stessa giurisprudenza²² è arrivata ad affermare che la norma straniera, in virtù dell'art. 15, prevalga sulle fonti del nostro diritto statale, con la conseguenza di aggirare il principio della gerarchia delle fonti.

La circostanza, inoltre, che a norma degli artt. 14 e 15 della legge di riforma il giudice italiano, non solo sia tenuto a conoscere il diritto straniero applicabile alla fattispecie *sub iudice*, ma altresì che egli sia tenuto ad interpretare e ad applicare tale norma alla luce dei principi di interpretazione vigenti in tale ordinamento, (compresi quelli che regolano l'applicazione delle norme nel tempo) è apparsa decisiva agli occhi della dottrina anche al fine di stabilire la natura di "diritto" della norma straniera. Da ciò, da un lato, discenderebbe la conseguenza, sempre a parere della stessa dottrina, che il giudice abbia il dovere di verificare se, nell'ordinamento straniero, la norma richiamata sia stata oggetto di censura nell'ambito di un sindacato di legittimità costituzionale, con la conseguenza che non potrà applicare le norme straniere colpite, nel proprio ordinamento "di origine" da una sentenza di incostituzionalità; ma non discenderebbe, invece, la conseguenza che il giudice italiano possa promuovere, *motu proprio*, un'istanza al giudice, né al giudice delle leggi straniero né a quello italiano, per chiedere una pronuncia sulla questione di legittimità costituzionale della norma straniera in ipotesi richiamata.

Di tutta evidenza, un tale approccio dottrinale lascia aperti quesiti di somma e decisiva importanza. Innanzitutto, il fatto di attribuire efficacia in un dato ordinamento ad un diritto straniero appare una contraddizione in termini: il diritto che vige e caratterizza un dato ordinamento è, per definizione, nazionale e non può essere dunque "straniero". E ciò, peraltro, getta lumi sui termini usati dalla dottrina per definire gli effetti del *rinvio*: con un termine emblematico si dice, infatti, che esso determini la "nazionalizzazione" della norma richiamata (e ciò, anche quando un tale rinvio si riferisca alla normativa di un atto internazionale, così come si è visto nell'ipotesi regolata dall'art. 14,

²¹ Secondo MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto* cit., p. 221 «l'esplicita enunciazione del principio *iura novit curia*, confermando che – anche allorché venga applicato nel nostro ordinamento – il diritto straniero non perde la propria originaria natura (di diritto, appunto) conferma ovviamente la possibilità che la sua violazione o errata applicazione dia luogo a ricorso per Cassazione (cfr. Cassazione 21 aprile 2005, n. 8360)».

²² V. Cassazione 26 febbraio 2002, n. 2791; Cass. 4 novembre 2005, n. 21395.

comma 4)²³. La “nazionalizzazione” di cui si tratta, infatti, non può coincidere con quella procedura (c.d. di adattamento²⁴) attraverso la quale lo Stato adegua il proprio ordinamento agli obblighi da esso sottoscritti sul piano internazionale, perché il “diritto straniero” è il diritto di un ordinamento straniero e non è “diritto internazionale”, che ha origine nell’ambito dei rapporti fra Stati, indipendenti e sovrani, soggetti dell’ordinamento internazionale. Quella ora descritta è la vera ragione per cui la norma straniera richiamata non possa essere soggetta ad un giudizio di costituzionalità nel nostro Paese e neppure nel proprio ordinamento d’origine con riferimento al caso concreto.

Deve, pertanto, concludersi che la norma straniera richiamata dalla norma di conflitto italiana, sebbene dotata di *rilevanza giuridica* nel senso da noi evidenziato nell’ambito dei paragrafi precedenti, sia sprovvista di quel valore giuridico ai sensi del nostro ordinamento che, senza eccezione, hanno tutte le norme che nel nostro ordinamento sono soggette ad un giudizio di costituzionalità e, quindi, non costituisca una di quelle fonti normative statali suscettibili di essere sottoposte ad un siffatto giudizio di legittimità. In tali casi, piuttosto, si porrà il problema di valutare l’ipotesi che la norma straniera contrasti o meno con il principio dell’ordine pubblico; oppure l’ipotesi che essa possa ledere i principi e le regole del diritto internazionale generale, vigente in tema di diritti e libertà fondamentali.

Si tratterà, tuttavia, come vedremo di aspetti che vengono in rilievo sotto il profilo materiale (ma non anche giuridico-formale) della compatibilità della norma straniera con il nostro ordinamento costituzionale e quindi con i valori (ma non anche i principi) che esso incarna.

7. Il rinvio agli ordinamenti plurilegislativi

La problematica relativa ai c.d. “conflitti di leggi interne” (cioè fra leggi appartenenti allo stesso Stato)²⁵ esula del tutto dalla problematica relativa ai conflitti di leggi potenzialmente applicabili (concernenti, questi ultimi, leggi appartenenti a Stati diversi) che sono oggetto della disciplina internazionale-privata.

²³ V. *supra*, Cap. I, par. 10. In alternativa al concetto di «nazionalizzazione», si usano i termini di «incorporazione», «immissione», «introduzione», ecc.

²⁴ Sulla quale v. *supra*, Cap. I, par. 6 ss.

²⁵ Sulle origini e il significato di questa definizione, si rinvia a quanto detto *supra*, Cap. II, par. 1.

tistica. Nondimeno, la prima è suscettibile di venire in rilievo nell'ambito della disciplina del d.i.pr. allorché la norma di conflitto italiana, ai fini della regolamentazione della fattispecie non completamente interna, rinvii ad un *ordinamento plurilegislativo*, ossia ad un ordinamento statale in cui vigono una pluralità di legislazioni civilistiche basate su un criterio *territoriale* o su un criterio *personale*. Di fronte al rinvio che opera, per effetto di una norma internazionaleprivatistica, nei confronti di un ordinamento in cui coesistono una pluralità di leggi a base territoriale o personale, si prospetta, dunque, un conflitto di leggi interne che impone all'operatore giuridico di effettuare una scelta. Si tratta, più esattamente, di conflitti c.d. "interlocali" che si verificano quando, in virtù della forma di organizzazione dello Stato, basata sul suo decentramento territoriale, gli enti substatali (quali Regioni, Stati federati, Cantoni, ecc.) nell'esercizio della loro autonomia normativa su base territoriale si dotano di legislazioni differenziate; e di conflitti c.d. "interpersonali" che, invece, si realizzano quando nell'ordinamento statale vigono contemporaneamente una pluralità di legislazioni che hanno tuttavia per destinatarie diverse categorie di persone (il fenomeno era tipico degli Stati coloniali; per il diritto vigente, si pensi alle diverse normative che nel nostro Paese regolano le minoranze etnico-linguistiche). Normalmente a livello interno, la soluzione di questi conflitti viene ricercata nelle norme dello Stato che attuano la distribuzione delle sue funzioni normative sovrane fra le diverse istituzioni (centrali e periferiche) dello Stato stesso. Questa, del resto, sembra essere anche la soluzione accolta dalla nostra legge di riforma all'art. 18, comma 1 allorché, di fronte al rinvio di una norma di conflitto italiana ad un ordinamento plurilegislativo «a base territoriale o personale», stabilisce che «la legge applicabile si determina secondo i criteri utilizzati da quell'ordinamento». Si tratta di una soluzione, quella ora indicata, che appare, peraltro, coerente con il disposto dell'art. 15 che impone al giudice di interpretare la legge straniera richiamata in base ai principi dell'ordinamento cui risulta appartenere. La formula ampia impiegata nell'art. 18, comma 1 per definire il concetto di ordinamento plurilegislativo offre la prospettiva che il rinvio delle norme italiane possa operare in senso lato, anche con riguardo a normative di tipo "non giuridico" benché dotate di "rilevanza giuridica" nell'ordinamento richiamato: si pensi alle norme adottate da autorità religiose, o alla *lex mercatoria* che pur non essendo provviste di "efficacia" nell'ambito di un dato ordinamento giuridico possono essere rese da questo "applicabili" a mezzo di apposite norme destinate a dare ad esse "rilevanza giuridica".

Nella ulteriore ipotesi in cui il giudice, in base ai propri mezzi, non sia in grado di rinvenire i criteri (normativi e giurisprudenziali) che l'ordinamento richiamato stabilisce per determinare la normativa, territoriale o personale,

competente, ai sensi dell'art. 18, comma 2, può applicare «il sistema normativo con il quale il caso di specie presenta il collegamento più stretto».

Secondo la dottrina²⁶, la prescrizione dell'art. 18 appare applicabile a tutte le norme di conflitto italiane, comprese dunque quelle che impiegano criteri di collegamento di per sé idonei a localizzare la fattispecie nell'ambito di un dato sotto-ordinamento (es. criterio residenza, luogo in cui si è verificato l'evento, ecc.) e quelle che impiegano come criterio di collegamento la volontà delle parti: una soluzione contraria, infatti, avrebbe l'effetto di derogare all'art. 18 e all'art. 15 che ad esso risulta collegato.

La normativa ora esaminata, dunque, introduce elementi assai utili che da un lato, rimarcano il significato delle norme del d.i.pr. nei termini di “conflitti fra legislazioni”²⁷ e, dall'altro, spiegano come debbano essere intesi i possibili rinvii che le nostre norme di conflitto facciano a diritti di natura diversa da quella statale.

8. Il rinvio al diritto internazionale e comunitario: gli artt. 42, 45, 57 e 59 della legge n. 218/1995

La determinazione della legge applicabile ai sensi della legge n. 218/1995 non si effettua soltanto tramite un rinvio alla legge straniera, ma altresì attraverso un richiamo al diritto internazionale e comunitario.

Disposizioni di questo tipo sono contenute negli artt. 42, 45, 57 e 59 della suddetta legge. Un esempio di norma che rinvia al diritto internazionale è l'art. 42 della legge n. 218/1995 sulla giurisdizione e legge applicabile in materia di protezione dei minori secondo cui «1. La protezione dei minori è *in ogni caso* regolata dalla Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961, sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori, resa esecutiva con legge 24 ottobre 1980, n. 742. 2. Le disposizioni della Convenzione si applicano *anche* alle persone considerate minori soltanto dalla loro legge nazionale, *nonché* alle persone la cui residenza abituale non si trova in uno degli Stati contraenti» (corsivo aggiunto).

Un esempio, invece, di norma che rinvia al diritto comunitario è l'art. 57 della legge n. 218/1995 sulle obbligazioni contrattuali che recita «Le obbligazioni contrattuali sono *in ogni caso* regolate dalla Convenzione di Roma del 19

²⁶ V. in tal senso MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto* cit., pp. 229-230.

²⁷ Sull'importanza di questo elemento nella teoria del d.i.pr. v. spec. *supra*, Cap. II, par. 1.

giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali resa esecutiva con la legge 18 dicembre 1984, n. 975, senza pregiudizio delle altre convenzioni internazionali, in quanto applicabili» (corsivo aggiunto).

Gli articoli ora riportati sono esempi emblematici di norme strumentali. A differenza dei casi finora visti, nei quali la norma strumentale, ovvero “di conflitto”, opera un rinvio alla legge straniera, gli articoli in questione operano un rinvio al diritto internazionale o al diritto comunitario. Questa circostanza non è tuttavia suscettibile né di incidere sul ruolo e gli effetti che il meccanismo del rinvio svolge in ordine alla determinazione della «legge applicabile», né di modificare la natura dei rapporti fra il nostro d.i.pr. che opera tale richiamo e la “legge applicabile” (ovvero il diritto internazionale o quello comunitario) da esso richiamata.

Le norme indicate, quindi – adottando una soluzione cui si conformano anche altre norme della stessa legge n. 218/1995 in tema di determinazione della legge applicabile²⁸ (ma anche come vedremo, in tema di determinazione della giurisdizione italiana²⁹ – intervengono a risolvere un normale «conflitto di leggi» attraverso un rinvio materiale (o, come si usa dire, “ricettizio”) alla normativa internazionale o comunitaria che, in relazione alle fattispecie concrete, rappresenterà la legge applicabile.

A ben guardare, quello contenuto nei citati artt. 42 e 57 (e nelle altre norme analoghe della legge n. 218/1995) costituisce un rinvio a convenzioni internazionali già rese applicabili nel nostro ordinamento attraverso la legge relativa alla loro ratifica ed esecuzione i cui estremi, peraltro, sono accuratamente riportati nei citati articoli della detta legge³⁰. L’obiettivo di questo richiamo sarà, pertanto, quello di ricordare all’operatore giuridico nazionale che il set-

²⁸ Altri esempi di norme della legge n. 218/1995 che rinviano al diritto internazionale sono: l’art. 45 sulle obbligazioni alimentari nella famiglia che rinvia alla «Convenzione dell’Aja del 2 ottobre 1973 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari, resa esecutiva con la legge 24 ottobre 1980, n. 745»); l’art. 59, sui titoli di credito che rinvia alle «Convenzioni di Ginevra del 7 giugno 1930, sui conflitti di legge in materia di cambiale e di vaglia cambiario, di cui al r.d.l. 25 agosto 1932, n. 1130, convertito dalla legge 22 dicembre 1932, n. 1946, e del 19 marzo 1931 sui conflitti di legge in materia di assegni bancari, di cui al r.d.l. 24 agosto 1933, n. 1077, convertito dalla legge 4 gennaio 1934, n. 61»).

²⁹ V. *infra*, Cap. V, con riferimento all’art. 3, comma 2 sulla giurisdizione italiana che rinvia alla «Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale e protocollo, firmati a Bruxelles il 27 settembre 1968, resi esecutivi con la legge 21 giugno 1971, n. 804 e successive modificazioni in vigore per l’Italia» e anche al citato art. 42 sulla giurisdizione e legge applicabile in materia di protezione dei minori.

³⁰ V., in tal senso, *supra*, le note 175 e 176. Cfr. sul punto MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto* cit., p. 373 secondo i quali l’art. 57 «“nazionalizza” la disciplina comunitaria».

tore preso a riferimento, ai fini dei «conflitti di leggi», appare regolato dal nostro ordinamento in virtù di una nostra legge di adattamento al diritto internazionale. Tuttavia, gli articoli in esame svolgono una ulteriore funzione: essi hanno l'effetto di ampliare la portata degli atti internazionali e comunitari presi a riferimento al fine di renderli applicabili, *ratione materiae* o *ratione personae*, a fattispecie dagli stessi non regolate.

I detti articoli (al pari degli altri articoli della legge n. 218/1995 citati in questa sede), infatti, mirano ad ampliare – soprattutto utilizzando la formula «in ogni caso» – l'ambito di applicazione della convenzione internazionale di volta in volta richiamata in modo da estenderne l'efficacia anche alle fattispecie che essa non è, altrimenti, predisposta a regolare.

Queste disposizioni appaiono una specificazione e un completamento della disposizione, più generale, stabilita all'art. 2 della legge n. 218/1995 sulle «Convenzioni internazionali», secondo cui «1. Le disposizioni della presente legge non pregiudicano l'applicazione delle convenzioni internazionali in vigore per l'Italia. 2. Nell'interpretazione di tali convenzioni si terrà conto del loro carattere internazionale e dell'esigenza della loro applicazione uniforme».

Sicuramente, con la loro previsione, il legislatore ha inteso manifestare una significativa apertura all'applicazione del diritto internazionale in vigore richiamando altresì l'operatore giuridico ad una interpretazione delle stesse che fosse idonea ad affrontare i problemi tipici dell'applicazione del d.i.pr.

Secondo una parte della dottrina³¹, attualmente il rinvio alla normativa internazionale contenuto nel citato art. 57 va inteso come riferito al Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I): quest'ultimo, infatti, costituisce la «comunitarizzazione» della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 (c.d. «Roma I») sulle obbligazioni contrattuali (nel senso che ne ha recepito il contenuto in un atto adottato dalle Istituzioni comunitarie) e sostituirà (art. 24 Regolamento n. 593/2008), pertanto, la detta Convenzione a partire dal 17 dicembre 2009 venendo ad applicarsi ai contratti conclusi dopo tale data.

Vero è, tuttavia, che la finalità estensiva – che con tale articolo si vuole realizzare per dare copertura giuridica anche alle fattispecie di obbligazioni contrattuali non disciplinate dalla previgente Convenzione – potrebbe sollevare dubbi sulla legittimità «formale» di una siffatta sostituzione, attraverso il detto

³¹ Così MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto* cit., p. 373 pur precisando, con riferimento alle restrizioni indicate al par. 1 dell'art. 25 del Regolamento in parola, che «i casi in cui» il detto Regolamento «si applica non proprio vigore ma in virtù del richiamo operato dal nostro art. 57 sono più limitati rispetto a quanto avveniva in rapporto alla Convenzione del 1980».

Regolamento, anche per quest'ultima categoria di fattispecie, in assenza di una volontà espressa del legislatore nazionale³². In ogni caso, l'applicazione di queste normative internazionali e comunitarie per effetto delle norme e dei meccanismi del nostro d.i.pr. porta ad assoggettare le stesse alla disciplina contenuta negli artt. 14 e 15, rispettivamente, sulla conoscenza della legge (straniera) applicabile e sulla interpretazione e applicazione della legge (straniera), assimilando in tal senso il loro trattamento giuridico – nell'ambito dei meccanismi di determinazione della legge applicabile – a quello stabilito per il diritto straniero.

La previsione degli articoli che rinviano al diritto internazionale e comunitario (ai fini della determinazione della legge applicabile al caso concreto) in combinazione con quella del citato art. 2³³ della legge n. 218/1995 è un'indicazione assai significativa del ruolo, tutt'altro che residuale, che svolge la legge italiana, non solo nell'ambito del d.i.pr., ma anche di tutte le altre materie del diritto interno che attualmente risultano regolate a mezzo di strumenti del diritto internazionale e del diritto comunitario (anche derivato). La legge italiana, infatti, svolge un ruolo fondamentale ed insostituibile non solo nella fase di adattamento al diritto internazionale e comunitario attribuendo ad essi rilevanza giuridica e permettendone la loro applicazione nel nostro ordinamento, ma inoltre estendendone il campo di applicazione a nuove categorie di fattispecie.

Un ruolo questo che appare fondamentale non solo nell'ottica della coerenza del d.i.pr. nazionale nel suo complesso, ma anche nei confronti di quell'apertura ai valori dell'armonia e della democrazia internazionale che questo si propone di realizzare.

9. L'ordine pubblico

L'ordine pubblico costituisce un istituto del tutto peculiare al sistema di d.i.pr., suscettibile di condizionare il funzionamento delle sue norme. Esso, agendo come limite o, come si usa dire, come eccezione al funzionamento di queste ultime, ha lo scopo di evitare l'applicazione, da parte dei nostri giudici,

³² Si v. *infra*, Cap. V, par. con riferimento al rinvio dell'art. 3 legge n. 218/1995 alla Convenzione di Bruxelles del 1968.

³³ Sull'art. 2 della legge n. 218/1995 v. S. BARIATTI, *Art. 2. Convenzioni internazionali*, in BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995*, n. 218. *Commentario cit.*, p. 889 ss.

di norme straniere contrastanti con i valori e interessi fondamentali del nostro ordinamento. Quale istituto esclusivo e peculiare del d.i.pr., l'ordine pubblico non si identifica con nessun altro istituto del diritto statale, pur potendo condividerne con questi la denominazione e il compito di qualificare come fondamentali un certo tipo di norme dell'ordinamento. In particolare, l'ordine pubblico di tipo "internazionalprivatistico" non coincide con quello cui fa richiamo il nostro codice civile³⁴; esso, infatti, può considerarsi un istituto proprio del d.i.pr. che funge, specificamente, da limite all'efficacia di norme straniere nel nostro ordinamento. In tal senso, esso esprime sinteticamente i principi che si pongono a fondamento del nostro ordinamento giuridico e che trovano la loro sede in larga misura nella Costituzione e, in misura minore, in altri atti rilevanti del nostro ordinamento.

La sua esistenza come strumento specifico ed esclusivo del d.i.pr., oltre a dare atto della piena integrazione e autosufficienza di quest'ultimo all'interno del diritto statale, da altresì atto dell'esigenza del nostro ordinamento di far fronte, con strumenti *ad hoc*, alle diverse ipotesi di minaccia dei suoi principi fondamentali. La sua funzione appare assumere anche maggiore importanza allorché si pensi che costituisce l'unico strumento atto a contrastare l'applicazione nel nostro Paese di norme che non possono essere sottoposte ad un formale controllo di costituzionalità da parte del nostro Giudice costituzionale³⁵.

Per effetto del richiamo operato dalla norma di conflitto, l'istituto dell'ordine pubblico nel d.i.pr. previene l'ingresso di norme e istituti che si pongono in contrasto con i principi di base del nostro ordinamento statale. Agendo da

³⁴ Sul diverso contenuto (in termini di principi da essa protetti) attribuito alla clausola di ordine pubblico nel diritto civile e nel d.i.pr. v. N. PALAIA, *L'ordine pubblico «internazionale»*, Padova, 1974 p. 3 ss.

³⁵ Solo la norma di conflitto (o come si è visto, l'art. 14 e 15 legge 218/1995), in quanto norma interna, può essere fatta oggetto di ricorso davanti al nostro Giudice delle leggi. Talché, nell'ipotesi in cui la norma straniera dovesse confliggere con i nostri valori costituzionali sarebbe unicamente nei limiti in cui essa rifletta un valore costituzionalmente illegittimo contenuto nella costituzione a dover essere preso in considerazione e non la norma straniera stessa. Un'esperienza che, peraltro, si è già verificata in sede costituzionale laddove si è proceduto alla censura e quindi all'abrogazione degli artt. 18-20 delle preleggi. Ma in questi casi ciò che è stato oggetto di valutazione alla luce dei nostri parametri costituzionali era il valore giuridicamente sanzionato nella norma di conflitto e, non quella della norma straniera. Anche da parte della dottrina che sostiene il valore giuridico, pari a quello delle nostre fonti, del diritto straniero richiamato, infatti, non si ritiene ammissibile il giudizio di costituzionalità di tali norme davanti al nostro Giudice delle leggi: in parte perché tale diritto (benché dotato di valore giuridico) è considerato, contraddittoriamente, pur sempre "straniero"; in parte, perché questa dottrina si maschera dietro la copertura dell'art. 15 che, nell'interpretazione, ricomprende il giudizio di costituzionalità di queste norme e inoltre dietro la sponda della clausola dell'ordine pubblico.

filtro nei confronti delle norme straniere richiamate, esso rappresenta un meccanismo di tutela dell'insieme dei valori e interessi fondamentali dell'ordinamento che è preposto a salvaguardare, al fine di garantirne la coerenza e l'armonia interna. Non potendo agire direttamente sulle norme dell'ordinamento straniero richiamato (che risultano un fatto privo di valore giuridico nel nostro Paese), esso agisce sui meccanismi del nostro sistema di d.i.pr. introducendo un'eccezione al suo funzionamento, con il risultato di consentire al giudice di derogare all'obbligo, formalizzato nel principio *iura novit curia*, di applicare il diritto straniero richiamato. Per via delle caratteristiche fin qui descritte, si dice che l'ordine pubblico rappresenti un limite *successivo e negativo*: successivo, perché presuppone il normale funzionamento delle norme di conflitto e, dunque, la preventiva determinazione di una norma straniera applicabile al caso concreto; negativo, perché implica la non applicazione della legge straniera competente laddove questa sia considerata contrastante con i valori fondamentali dell'ordinamento.

Appare evidente il ruolo dell'interprete nella determinazione dei criteri che giustificano l'eccezione dell'ordine pubblico.

L'esigenza di arginare il fenomeno di un uso arbitrario e indiscriminato di questo strumento da parte del giudice ha indotto ad enucleare una serie di regole "cautelative" che devono circondare e rafforzare l'invocazione dell'eccezione dell'ordine pubblico. Innanzitutto, l'eccezione dell'ordine pubblico deve avere ad oggetto una incompatibilità manifesta; inoltre, vige l'obbligo di motivare la fondatezza dell'eccezione; l'eccezione, ulteriormente, deve essere invocata quando manca nell'ordinamento richiamato una norma idonea a disciplinare la fattispecie e quando la fattispecie concreta presenti stretti collegamenti con l'ordinamento del foro; l'eccezione deve, altresì, limitarsi a rigettare la domanda e non spingersi a ricercare una disposizione più adatta nell'ambito della *lex fori*; l'eccezione, infine, deve operare solo nella misura in cui essa sia strettamente necessaria³⁶.

Con riguardo, per altro verso, agli effetti prodotti dall'intervento del limite

³⁶ Di tutta evidenza, il problema di trovare una soluzione alternativa per la disciplina del caso concreto nel nostro, come anche in molti altri Stati (ad eccezione della Germania) in Europa, adotta il c.d. Metodo latino, ripiegando sulla *lex fori*. Questa situazione, pur agevolando il lavoro del giudice nell'applicazione del d.i.pr., rischia di favorire gli abusi attraverso un ricorso sistematico alla legge italiana: la critica che spesso la dottrina ha rivolto ai giudici è stata, quindi, quella di fare troppo spesso un uso disinvolto dell'eccezione dell'ordine pubblico allo scopo, non dichiarato, di applicare il proprio diritto nazionale al caso concreto. Onde arginare questa pratica, cioè il fenomeno di un uso arbitrario e indiscriminato di questo strumento da parte del giudice il nostro legislatore ha introdotto la serie di regole "cautelative", sopra elencate, che devono circondare e rafforzare l'invocazione dell'eccezione dell'ordine pubblico.

dell'ordine pubblico, il comma 2 dell'art. 16 ravvisa, innanzitutto, il dovere da parte del giudice di esplorare la possibilità di applicare, in sequenza, le leggi straniere richiamate dagli ulteriori criteri di collegamento eventualmente previsti dalla norma di conflitto per regolare la fattispecie. "In mancanza" di ciò – quando cioè nessun altro criterio di collegamento sia utilizzabile ai sensi della norma di conflitto oppure quando questo conduca ad una legge di cui non è dato conoscere il contenuto o i cui effetti contrastano anch'essi con l'ordine pubblico – il comma 2 dell'art. 16 stabilisce che il giudice regoli il caso attraverso l'applicazione della *lex fori*.

Oltre ad un ordine pubblico "internazionalprivatistico", qual è quello ora descritto, esiste anche un "ordine pubblico internazionale" in materia di d.i.pr. In passato, data la natura "internazionale" erroneamente attribuita al d.i.pr. e alle fattispecie oggetto della sua disciplina, non vi era distinzione fra i due istituti³⁷. Diversamente da allora, oggi essi appaiono due istituti distinti, atti a proteggere un diverso ambito di valori.

Precisamente, il fondamento e i contenuti dell'"ordine pubblico internazionale" vanno ricercati nel diritto internazionale e, in particolare, negli sviluppi normativi da questo realizzati nel settore del d.i.pr. uniforme. La funzione dell'ordine pubblico – a salvaguardia di principi di carattere essenziale – è pertanto tenuta in alta considerazione in sede di redazione e di unificazione del d.i.pr. e opera rispetto a principi e valori che assumono un'importanza fondamentale nella regolamentazione di questo specifico ambito giuridico. Non vi è dubbio, infatti, che la cooperazione internazionale porti alla creazione di valori e principi comuni e, comunque, condivisi dagli Stati che partecipano a tale cooperazione, e che possono anche essere diversi dai principi e valori fondamentali dei singoli ordinamenti statali. Basti pensare che esistono ormai principi di carattere universale, che risultano altresì consacrati in appositi strumenti internazionali, dai quali non è dato prescindere: si pensi, solo per fare un esempio, ai principi sulla tutela dei diritti inviolabili della persona sanciti nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948. La condizione di questi principi potrebbe d'altro canto, avere una portata più limitata e riguardare ambiti di cooperazione internazionale più ristretti: nell'ambito della cooperazione fra gli Stati membri dell'Unione, ad esempio, si sono formati principi di carattere fondamentale che costituiscono la stessa ragione d'essere dell'Unione: si pensi al principio della parità di trattamento per i cittadini di tutti gli Stati membri.

³⁷ Su questi aspetti v. MORELLI, *Elementi di diritto* cit., p. 81.

Alle nozioni di “ordine pubblico” finora viste, se ne è recentemente aggiunta un'altra, relativa all'“ordine pubblico comunitario” o “europeo”³⁸. Il riconoscimento giuridico di un “ordine pubblico comunitario” trova un fondamentale riscontro nella giurisprudenza della Corte di giustizia³⁹. Secondo questa Corte, una siffatta nozione appare la conseguenza del rapporto di integrazione fra gli Stati che deve investire anche l'insieme dei principi fondamentali che caratterizzano i vari ordinamenti statali e comunitario ai diversi livelli. In particolare, tutto ciò può realizzarsi nell'ambito della cooperazione fra Corte di giustizia e Corti interne attraverso l'utilizzo del rinvio pregiudiziale. In tal senso, i principi comunitari ritenuti fondamentali devono essere riconosciuti come tali anche negli ordinamenti interni, tanto da costituire essi stessi un limite all'applicazione, nell'ordinamento del foro, di un diritto esterno incompatibile, e ciò indipendentemente dal fatto che queste norme esterne siano eventualmente in armonia con il diritto nazionale, ma per il semplice fatto che esse siano in contrasto con il diritto comunitario. Se può anche darsi atto dell'esistenza di un “ordine pubblico comunitario” e che i principi che tale limite mira a proteggere siano in continua evoluzione, qualche dubbio solleva la circostanza che nella giurisprudenza della Corte di giustizia esso si sia a volte scontrato con i limiti di ordine pubblico degli Stati membri e ciò anche con riguardo a situazioni che non erano state fatte oggetto di integrazione da parte degli Stati⁴⁰.

Vero è, comunque, che alla luce degli sviluppi della cooperazione internazionale, nell'invocare l'applicazione della clausola di “ordine pubblico” il giudice italiano deve ormai fare riferimento non più soltanto ai principi fondamentali del nostro ordinamento ma, altresì, a quelli che sono stati in esso introdotti in virtù delle attività di adattamento al diritto internazionale e a quello dell'Unione europea.

³⁸ Sull'argomento si rinvia a J. SCHWARZE (a cura di), *La naissance d'un ordre constitutionnel européen*, Baden Baden, Nomos, 2001; F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni inteordinamentali*, Padova, 2007; O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012.

³⁹ Per uno spaccato di questa giurisprudenza v. ANGELINI, *Ordine pubblico* cit., p. 174 ss.

⁴⁰ *Contra* v. ANGELINI, *Ordine pubblico* cit., p. 20.

10. Le norme di applicazione necessaria

Un altro limite al funzionamento delle norme di conflitto è rappresentato dall'istituto delle «norme di applicazione necessaria». Si tratta di un limite applicato esclusivamente al funzionamento delle norme di conflitto del d.i.pr., posto che esso è volta ad impedire il funzionamento delle stesse ma non anche delle norme materiali che concorrono a formare il d.i.pr. e che si contraddistinguono per la loro idoneità a regolare direttamente le fattispecie connotate da estraneità.

Con il concetto di «norme di applicazione necessaria» si intende fare riferimento a quelle norme (materiali) che sono, di interesse cruciale per l'ordinamento del foro, e disciplinano imperativamente il caso concreto, anche quando questo (per effetto delle norme di conflitto) potrebbe essere disciplinato tramite il richiamo alla legge straniera. Si tratterebbe quindi di norme che, più che per la circostanza di essere «dotate di particolare intensità normativa», svolgono una funzione indispensabile e insostituibile nell'ambito di un dato settore disciplinare o di alcuni suoi aspetti, talché il risultato che esse sono preposte a perseguire non è altrettanto realizzabile (o almeno non così efficacemente) con il rinvio al diritto straniero.

L'istituto delle norme di applicazione necessaria è disciplinato dalla legge n. 218/1995 all'art. 17 secondo cui «è fatta salva la prevalenza sulle disposizioni che seguono delle norme italiane che, in considerazione del loro oggetto e del loro scopo, debbono essere applicate nonostante il richiamo alla legge straniera». La formulazione accolta nel citato art. 17 si pone in linea di continuità con la giurisprudenza precedente la riforma: si tratta, dunque, di norme «imperative» che sono tali (e, quindi, inderogabili) in ragione del loro oggetto e del loro scopo non solo nei confronti dell'autonomia privata (Trib. Min. Milano 23 febbraio 1972) ovvero dei cittadini, ma anche «agli stranieri» (Trib. Min. Bologna decreto 9 febbraio 1990), imponendo all'operatore giuridico la loro applicazione, nonostante il richiamo alla legge straniera.

Considerato dal punto di vista dei valori e interessi che esso è finalizzato a tutelare, l'istituto delle «norme di applicazione necessaria», rappresenta un ulteriore strumento che esso si affianca a quelli, già visti – e, cioè, a) delle norme di conflitto che sanciscono una preferenza a favore della *lex fori*; e b) dell'eccezione dell'ordine pubblico – a salvaguardia della coerenza e armonia interna dell'ordinamento italiano. L'istituto in parola, tuttavia, si contraddistingue per agire a tutela di un'area di valori e di interessi giuridicamente rilevanti per l'ordinamento italiano, ma differenti rispetto a quelli coinvolti dall'azione degli altri istituti di carattere internazionalprivatistico, sopra citati. Se, infatti, le

norme di conflitto dirette a favorire le norme del foro si contraddistinguono in ragione delle particolari scelte di valore che con esse il legislatore internazionale-privatistico ha effettuato e ritenuto meritevoli di tutela e le norme tutelate dall'eccezione di ordine pubblico perseguono una tutela dei principi e valori primari, costitutivi in quanto cioè abbiano carattere generale e fondamentale nel nostro ordinamento; l'istituto delle «norme di applicazione necessaria», invece, investe tutte quelle norme che, per l'oggetto e lo scopo da esse perseguito, devono essere sempre e comunque applicate a tutte le fattispecie rientranti nel proprio ambito disciplinare e, quindi, anche alle fattispecie connotate da estraneità potenzialmente soggette alla disciplina delle norme di conflitto. L'osservanza di tali norme, dunque, non può essere derogata, né sostituita con l'applicazione di leggi straniere. L'istituto di cui si tratta inoltre si caratterizza come limite preventivo al funzionamento delle norme di conflitto: esso infatti interviene prima che operi la norma di conflitto attinente al caso di specie, prevalendo sulla stessa e impedendone in concreto l'applicazione. Questa costituisce un'altra differenza con l'ordine pubblico che agisce, invece, una volta che il meccanismo internazionale-privatistico sia stato attivato, intervenendo solo successivamente al funzionamento della norma di conflitto impedendo ad essa di produrre i suoi effetti materiali e, cioè, le conseguenze che si produrrebbero nell'ordinamento del foro per effetto del richiamo ad una norma straniera portatrice di valori inconciliabili con il nostro ordinamento.

A differenza dei principi che caratterizzano l'ordine pubblico, dunque, le norme di applicazione necessaria si contraddistinguono generalmente come norme che mirano a regolare e a preservare gli aspetti organizzativi e strutturali del nostro ordinamento da un punto di vista settoriale anziché generale, ovvero relativamente ai settori in cui si esplica la vita del nostro ordinamento.

Si è altresì detto, in apertura al presente paragrafo, che si riscontra la tendenza a far rientrare nella categoria di norme di cui si tratta anche le norme materiali specificamente e direttamente adottate per la disciplina delle fattispecie connotate da estraneità (le c.d. norme di d.i.pr. materiale); per alcuni autori, tuttavia, queste norme si distinguono dalle norme di applicazione necessaria propriamente dette appartenendo, piuttosto, alla categoria – finitima rispetto a quelle di applicazione necessaria – delle norme c.d. autolimitate o spazialmente condizionate, tali in quanto provvedono a determinare o a delimitare, esse stesse, il proprio campo di applicazione: esempi di queste norme sono rappresentate dagli artt. 115 e 116 del c.c. in materia matrimoniale rispettivamente del cittadino italiano all'estero e del cittadino straniero in Italia.

È importante osservare che la norma di applicazione necessaria può limitarsi – e ciò accade di sovente – a regolare soltanto parzialmente ovvero alcuni aspetti della fattispecie concreta: pertanto, dovrà intendersi che per gli aspetti

residui sarà applicabile la norma di conflitto, nei limiti in cui gli stessi rientrano nell'ambito di applicazione di tale norma.

È chiaro infine che, come per le norme rilevanti ai sensi dell'eccezione di ordine pubblico, il giudice e l'operatore interno dovranno prestare attenzione al livello giuridico in cui la rilevanza delle norme di applicazione necessaria è sancita: e cioè se si tratta di norme di applicazione necessaria rilevanti a livello statale, oppure invece a livello internazionale ed europeo-comunitario.

Con riguardo a quest'ultimo ambito giuridico occorre osservare che, così come oggi si parla di un "ordine pubblico comunitario", deve altresì parlarsi di «norme di applicazione necessaria comunitarie». Sono molti ormai gli atti delle Istituzioni UE adottati nella materia che disciplinano espressamente questo istituto. Tra questi va menzionato sicuramente il Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (c.d. Roma I)⁴¹ il cui art. 9 è intitolato⁴². Norme di applicazione necessaria di tipo "comunitario" sono contenute in numerosi atti di diritto derivato dell'Unione Europea ma anche nel suo diritto primario, quale quello codificato nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE). L'esempio più evidente è quello fornito dall'art. 101 del TFUE il quale vieta che determinati comportamenti possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno. È chiaro che la natura di norme di applicazione necessaria, di cui si tratta, può emergere solo quando la *lex causae* sia quella di uno Stato extra-comunitario, poiché negli altri casi le regole del TFUE si applicano quale

⁴¹ Gazz. Uff. legge 177 del 4 luglio 2008. V. anche il Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale (c.d. Roma III) (in Gazz. Uff. legge 343 del 29 dicembre 2010), art. 10 "Applicazione della legge del foro".

⁴² Così recita il citato art. 9: "Norme di applicazione necessaria.

1. Le norme di applicazione necessaria sono disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica, al punto da esigerne l'applicazione a tutte le situazioni che rientrino nel loro campo d'applicazione, qualunque sia la legge applicabile al contratto secondo il presente regolamento.

2. Le disposizioni del presente regolamento non ostano all'applicazione delle norme di applicazione necessaria della legge del foro.

3. Può essere data efficacia anche 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. Per decidere se vada data efficacia a queste norme, si deve tenere conto della loro natura e della loro finalità nonché delle conseguenze derivanti dal fatto che siano applicate, o meno».

componente integrante della *lex causae*. Quest'ultima (e cioè la loro diretta applicabilità in tutti gli Stati membri) è allo stesso tempo la ragione per cui queste norme (sebbene di fonte europea) possano (parimenti) essere ascritte alla categoria delle norme di applicazione necessaria della *lex fori*, così come concepita nell'art. 9 par. 2 del Regolamento. Esse, pertanto, si impongono al giudice nazionale come se appartenessero all'ordinamento interno: in quanto tali egli è tenuto ad applicarle come se applicasse il diritto dello Stato.

Capitolo V

L'ambito della giurisdizione italiana

SOMMARIO: 1. L'influenza del diritto internazionale e comunitario sul diritto internazionale processuale italiano. – 2. La questione dell'esistenza di una c.d. giurisdizione internazionale – 3. *Segue*: La questione dell'esistenza di una c.d. giurisdizione comunitaria. – 4. La giurisdizione per le controversie connotate da estraneità alla luce dei rapporti del diritto internazionale privato con il diritto internazionale. – 5. *Segue*: La giurisdizione per le controversie connotate da estraneità alla luce dei rapporti del diritto internazionale privato con il diritto comunitario. – 6. I titoli di giurisdizione stabiliti dalla legge italiana: in particolare, l'art. 3 della legge n. 218/1995. – 7. L'estensione e la deroga convenzionale della giurisdizione italiana. – 8. Il difetto della giurisdizione italiana nell'ipotesi regolata dall'art. 5 della legge n. 218/1995. – 9. Altre ipotesi di esclusione della giurisdizione italiana: l'immunità degli Stati stranieri. – 10. *Segue*: L'immunità dalla giurisdizione italiana degli agenti diplomatici, dei Capi di Stato e di altri organi statali. – 11. *Segue*: L'immunità dalla giurisdizione italiana delle organizzazioni internazionali e dei loro funzionari. – 12. Le questioni preliminari e la connessione nel diritto internazionale processuale civile. – 13. La litispendenza. – 14. La legge che regola la determinazione della giurisdizione italiana e lo svolgimento del processo: artt. 8 e 12. – 15. La rilevabilità del difetto di giurisdizione. – 16. I mezzi di risoluzione delle controversie connotate da estraneità “alternativi” alla giurisdizione statale: le c.d. ADR. – 17. La disciplina della “mediazione”. Le iniziative delle organizzazioni internazionali di carattere mondiale. – 18. Le iniziative delle organizzazioni internazionali di carattere regionale, in particolare, dell'Unione europea.

1. L'influenza del diritto internazionale e comunitario sul diritto internazionale processuale italiano

Il legislatore della riforma, come si è già avuta occasione di ricordare¹, con la definizione di “diritto internazionale privato” ha inteso raggruppare in uno stesso documento normativo, fattispecie attinenti a materie alquanto diverse fra loro, accomunate dalla circostanza di presentare “elementi di estraneità” rispetto al nostro ordinamento. Ciò è evidenziato nello stesso art. 1 della legge

¹ *Supra*, Cap. I.

di riforma in cui accanto a fattispecie connotate da estraneità di diritto privato, ne figurano altre relative al diritto processuale. Nel definire il proprio oggetto e ambito di applicazione la legge n. 218/1995 di riforma del sistema di d.i.pr. italiano all'art. 1, stabilisce, fra l'altro, che «la presente legge determina l'ambito della giurisdizione italiana [...]». A ben guardare, norme attinenti alla delimitazione della giurisdizione italiana risultano essere presenti in diverse parti della legge di riforma: il gruppo più consistente e rilevante figura, sicuramente, nel Titolo II dedicato, appunto, alla «*Giurisdizione italiana*»; altre norme, applicabili a titolo di specialità, figurano invece in altre parti della stessa legge. Peraltro, le norme relative alla determinazione della giurisdizione italiana pur prendendo a riferimento gli elementi di estraneità non si basano su un conflitto. Occorre dunque, verificare quale sia l'«estraneità» di queste fattispecie e come (con quali strumenti) essa venga in rilievo nel d.i.pr., nella specie, quello italiano.

Pur prendendo a riferimento principi ed istituti del diritto processuale italiano, nondimeno la legge n. 218/1995 ne determina un uso adattato alle esigenze internazionalprivatistiche. Un aspetto, questo, che come vedremo risulterà amplificato dall'intervento del diritto comunitario caratterizzato, come è, dalla necessità di mediare fra le scelte di valore e le soluzioni normative internazionalprivatistiche che ciascun diritto degli Stati membri rappresenta.

È proprio in virtù dell'intervento del diritto comunitario che si è realizzata una modifica dei meccanismi di determinazione della giurisdizione «internazionale» vigenti negli Stati membri e che è apparsa accompagnata dalla comparsa di neologismi, quale quello di «transfrontalierità».

Vale premettere, al riguardo, che con il concetto di *giurisdizione* la normativa di cui si tratta intende fare riferimento alla funzione sovrana dello Stato relativa all'amministrazione della giustizia; inoltre, che l'aggettivo di *internazionale* con il quale tale giurisdizione viene spesso qualificata costituisce un espediente terminologico per adattare il concetto di «giurisdizione statale» alle esigenze sottese alla disciplina internazionalprivatistica delle fattispecie caratterizzate da estraneità rispetto all'ordinamento statale; infine, che il concetto di *autorità giudiziaria* comprende tutti gli organi giudiziari (con giudici unici o collegiali) fra i quali una tale funzione risulta organizzata, e quindi distribuita in termini di *competenza*, secondo un criterio per materia e per territorio.

La tendenza a rivisitare e adattare, innanzitutto in chiave terminologica, gli istituti processualistici vigenti nel diritto statale, costituisce peraltro una conseguenza dell'espansione del diritto comunitario alla regolamentazione della materia in oggetto e, in particolare, alla *uniformazione* normativa che esso ha prodotto: in questo particolare settore, peraltro, il concetto stesso di «estraneità» delle fattispecie oggetto di disciplina è venuto connotandosi alla luce delle pe-

cularità, degli interessi e dei rapporti di reciproca influenza esistenti nell'ambito del ristretto gruppo di Stati partecipanti al processo di cooperazione e integrazione comunitaria. Una tale situazione non ha peraltro mancato di riflettersi sulla realtà normativa interna degli Stati membri – come nel caso della nostra, attraverso la legge italiana di riforma del d.i.pr. – con frequenti richiami alle norme concordate fra gli Stati membri. Si consideri, del resto, che quello in esame è il settore disciplinare nel quale il processo di “comunitarizzazione” si è avviato più precocemente e in modo sensibilmente più marcato che in altri. Anzi, al riguardo vale sottolineare che già prima che tale processo fosse avviato, il nostro legislatore aveva manifestato l'intenzione di aprire il nostro ordinamento ai valori comunitari: la stessa Relazione ministeriale relativa alla legge n. 218/1995 rendeva esplicita la volontà del legislatore italiano di ispirare, in sede di riforma, la disciplina italiana nella materia al modello offerto dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 (all'epoca vigente, il cui contenuto solo recentemente è stato trasfuso in un atto comunitario, il Regolamento n. 1347/2000, a sua volta modificato dal Regolamento n. 2201/2003)².

2. La questione dell'esistenza di una c.d. giurisdizione internazionale

Si è potuto osservare, anche al paragrafo precedente, il significativo contributo che la disciplina del d.i.pr. risulta aver ricevuto grazie alla cooperazione internazionale, specie di carattere comunitario.

Questo massiccio e articolato intervento del diritto internazionale (e, in particolare, della UE) nella regolamentazione di rapporti tipicamente disciplinati dal diritto interno ha suscitato alcuni problemi e una certa confusione che si sono, a dir poco, accentuati quando il diritto internazionale si è orientato a disciplinare il settore delle “controversie” connotate da estraneità e, conseguentemente, quello della determinazione della «giurisdizione competente». Le novità, senza precedenti che, nell'opinione di molti autori, l'azione internazionale – sia da un punto di vista qualitativo che quantitativo – avrebbe introdotto³,

² Questo massiccio intervento del diritto comunitario nella materia è stato uno dei motivi che ha indotto a parlare di una funzione residuale del d.i.pr. italiano e di una generale tendenza recessiva della legge italiana: al riguardo quanto riferito *supra*, *Premessa e Introduzione*.

³ In tal senso T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, Cedam, 2011, p. 76; A. BONOMI, *Il diritto internazionale privato dell'Unione europea: considerazioni generali*, in BONOMI (a cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Torino, 2009, p. 2.

in questo più che in ogni altro settore del diritto interno, sono state numerose e hanno dato luogo, ad interpretazioni – tese a sottolinearne le straordinarie analogie col diritto interno – a volte anche un po' esorbitanti, che si sono manifestate, indicativamente, in chiave terminologica e concettuale.

In proposito, deve osservarsi che la cooperazione multilaterale nell'ambito dei "conflitti di leggi", ha sicuramente rinforzato (posto che si fosse mai indebolita) quella tendenza terminologica, a suo tempo contrastata dalla dottrina⁴, a definire le fattispecie ad essi relative come "internazionali" o, con un termine più recente, "transfrontaliere", allo scopo precipuo di evidenziare che l'estraneità che contraddistingue le stesse rispetto all'ordinamento statale di riferimento si traduce, anziché nel loro collegamento ad un ordinamento statale diverso da quello di partenza⁵, nel loro collegamento all'ordinamento internazionale e, in modo anche più diretto, all'ordinamento UE⁶.

La dottrina ha parlato, peraltro, anche di una «progressiva "privatizzazione"»⁷ dei rapporti internazionali che «determina l'affacciarsi di importanti attori individuali, portatori di interessi rilevanti, spesso suscettibili di determinare controversie anche con Stati, e quindi implicanti la necessità di una loro composizione pacifica»⁸. Un tale fenomeno, secondo questa medesima dottrina, si riflette sulla stessa «nozione di controversia internazionale»⁹ con l'effetto di dilatarla: questa infatti, «più che caratterizzarsi sotto il profilo soggettivo come un conflitto fra Stati, tende a identificarsi in misura crescente col disaccordo tra due o più soggetti o attori internazionali, la cui definizione presuppone l'interpretazione o l'applicazione di norme di diritto internazionale»¹⁰.

⁴ V. per tutti VITTA, *Corso cit.*, p. 326.

⁵ Circa il fatto che il d.i.pr. operi «solo nei confronti di ordinamenti statali stranieri» e, più esattamente, nei confronti di un ordinamento statale (eventualmente diverso da quello di partenza), ma non anche nei confronti di ordinamenti diversi da questo v. VITTA, *Corso cit.*, pp. 32-33; a riguardo, v. inoltre, le osservazioni svolte *supra*, Cap. 1, par. 2 e Cap. II, par. 1.

⁶ Su un uso promiscuo del termine transfrontaliero, riferito tanto a fattispecie attinenti l'ambito internazionale quanto a quello comunitario v. G. BERNINI, *La mediazione transfrontaliera*, in *Atti del Convegno di Studi su "La mediazione: strumento per dirimere le controversie" svoltosi nella Repubblica di San Marino il 16 febbraio 2011*, in *www.ascer.it*, pp. 1-3, 17-18. V. sul punto anche DE CESARI, *Diritto internazionale privato cit.*, pp. 4, 6, 75.

⁷ F. MUNARI, *Risoluzione pacifica e prevenzione delle controversie internazionali*, in S. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTA MARIA, *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 227. Più in generale, sull'esistenza di una soggettività di diritto internazionale dell'individuo CONFORTI, *Diritto internazionale cit.*, p. 434; TREVES, *Le controversie internazionali cit.*, pp. 34-37.

⁸ MUNARI, *Risoluzione pacifica cit.*, p. 245.

⁹ *Ibidem.*

¹⁰ *Ibidem.*

Si è pure affermato che l'attitudine del diritto internazionale a intervenire in un numero sempre più elevato di settori in precedenza rientranti nel dominio degli Stati, accanto alla comparsa degli individui nella loro veste di "privati", ha creato altresì le premesse per importanti cambiamenti in questo ordinamento dando origine, fra l'altro, a vere e proprie «branche particolari del diritto internazionale»¹¹. Nel settore specifico della risoluzione delle controversie, essa ha gettato le basi per una «giurisdizionalizzazione del diritto internazionale»¹² con una estensione della «giurisdizione di giudici internazionali per composizione e basi giuridiche a materie e a parti in causa che finora erano rimaste fuori dall'ambito di competenza dei giudici internazionali»¹³. Si tratta, allo stato attuale di un «sistema giudiziario internazionale» ancora non «unificato»¹⁴ che, perciò, solleva «problemi di coordinamento tra metodi e meccanismi di soluzione delle controversie»¹⁵ che meriterebbero di essere affrontati attraverso «specifiche disposizioni»¹⁶. Questa evoluzione del diritto internazionale in materia di «controversie fra Stati e privati» secondo la dottrina «ha fatto toccare con mano come i confini tra diritto regolante rapporti tra Stati e diritto regolante rapporti tra privati siano labili e incerti e come procedimenti di soluzione di controversie a cui partecipino privati possano presentare analogie profonde con procedimenti giurisdizionali o arbitrali internazionali»¹⁷.

¹¹ T. TREVES, *Le controversie internazionali*, Milano, 1999, p. 33.

¹² CONFORTI, *Diritto internazionale* cit., p. 434.

¹³ TREVES, *Le controversie internazionali* cit., p. 33.

¹⁴ TREVES, *Le controversie internazionali* cit., p. 49. Sull'estensione di tale giurisdizione agli individui v. *ibidem*, pp. 38-39.

¹⁵ TREVES, *Le controversie internazionali* cit., p. 48 ss. Quelli indicati, peraltro, costituiscono problemi che, per quanto «finora considerati solo raramente nell'ambito del diritto internazionale» appaiono, tuttavia, non dissimili da quelli «ben noti nell'ambito dei diritti interni e, in particolare del diritto internazionale privato e processuale degli Stati, quali la litispendenza, la cosa giudicata, il cosiddetto "forum shopping"»: così TREVES, *Le controversie internazionali* cit., p. 49; v. al riguardo anche *ibidem*, pp. 57-58.

¹⁶ TREVES, *Le controversie internazionali* cit., pp. 49-50. Sulla risoluzione di questi problemi v. anche *ibidem*, p. 35.

¹⁷ Le citazioni sono di TREVES, *Le controversie internazionali* cit., p. 35.

3. Segue: La questione dell'esistenza di una c.d. giurisdizione comunitaria

La tendenza, fin qui descritta a livello universale, ha ingenerato reazioni anche più radicali ed eclatanti a livello regionale europeo: in particolare, è nell'ambito dell'Unione Europea che il trasferimento alle Istituzioni UE di competenze tradizionalmente rientranti nella sovranità normativa (*domestic jurisdiction*) degli Stati membri – descritto, come si è detto, nei termini di una «comunitarizzazione»¹⁸ del diritto – è stato considerato una vera e propria rivoluzione¹⁹ che ha portato alla nascita di un ordinamento nuovo, *sui generis*²⁰, che riproduce i tratti tipici del modello statale con un'articolazione del sistema normativo in tante branche giuridiche che riflettono buona parte di quelle presenti all'interno degli ordinamenti degli Stati. Lo spostamento della produzione normativa dal piano statale a quello internazionale di settori, anche di estrema delicatezza ed importanza, si è caratterizzato, infatti, in quest'ambito, per il progressivo abbandono del metodo c.d. *intergovernativo* classico del diritto internazionale, a favore del metodo c.d. *comunitario* che prevede l'esercizio del potere decisionale, da parte delle Istituzioni europee competenti, secondo le procedure e i limiti convenzionalmente concordati dagli Stati membri nei trattati istitutivi. È in questo contesto che ha avuto origine anche il c.d. «diritto internazionale privato comunitario o europeo»²¹, il «diritto internazionale privato europeo dei contratti»²², il «diritto di famiglia europeo»²³ e al-

¹⁸ F. POCAR, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una "European Conflict of Law Revolution"?*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 837 ss.

¹⁹ Descrive il fenomeno giuridico comunitario in termini di «rivoluzione» BONOMI, *Il diritto internazionale privato* cit., p. 2.

²⁰ CONFORTI, *Diritto internazionale* cit., p. 161 ss.

²¹ Così TREVES, *Le controversie internazionali* cit., p. 49.; G. ALPA, R. DANOVÌ (a cura di), *Diritto privato europeo. Fonti ed effetti* a cura di, Milano, Giuffrè, 2004; N. LIPARI, *Diritto privato e diritto privato europeo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, p. 23 ss.; C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo. 1. Fonti persone famiglia*, Milano, Giuffrè, 2007.

²² In tal senso v. Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo dell'11 luglio 2001, in materia di diritto europeo dei contratti [COM(2001) 398 def.], in *Gazzetta ufficiale* legge 255 del 13 settembre 2001. Per un riscontro di tali definizioni nella dottrina v. F. RAGNO, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo dei contratti con i consumatori*, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, p. 45 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra "contratti commerciali" e "contratti dei consumatori")*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 1263 ss.; A. GENTILI, *I principi del diritto contrattuale europeo: verso una nuova nozione di contratto?*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 24 ss.; G. ALPA,

tri settori del diritto che verrebbero a costituire corrispondenti ramificazioni nel diritto europeo. È peraltro nell'ambito del c.d. diritto processuale europeo che «l'unificazione del diritto materiale o del dip» ha raggiunto risultati più che apprezzabili, sulla scorta dei quali si è data origine ad una «giurisdizione comunitaria»²⁴ e, in virtù dei quali, inoltre, oggi la «sentenza “comunitaria” è un provvedimento che dispiega già di per sé un'efficacia pan-europea nell'intero territorio della UE per il solo fatto di essere pronunciata da un'autorità giudiziaria che – nella materia civile e commerciale – è dunque espressione (quanto meno) di una delega amplissima di sovranità giurisdizionale»²⁵. È infine in ambito comunitario che la categoria concettuale delle fattispecie (e, quindi, delle controversie) «connotate da transfrontalierità» – che qui si sono distinte, a seconda del loro carattere, in «intracomunitarie» ed «extracomunitarie»²⁶ – ha finito per assimilare categorie di rapporti molto diversi fra loro (vanificando, in primo luogo, la distinzione fra le fattispecie comuni e fattispecie connotate da estraneità, ma altresì quella stessa fra fattispecie statali soggette e non soggette al diritto comunitario), sulla scorta di un generale ma non sempre dimostrato «obbligo» per gli Stati membri di «rispetto del diritto comunitario»²⁷.

R. DANOVI, (a cura di), *Diritto contrattuale europeo e diritto dei consumatori. L'integrazione europea e i processi civili*, Milano, Giuffrè, 2003.

²³ In tal senso v. M. C. ANDRINI (a cura di), *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, Padova, Cedam, 2007; N.A. BAARSMA, *The Europeanisation of International Family Law*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2011; J. MEEUSEN, M. PERTEGAS, G. STRAETMANS, F. SWENNEN (eds.), *International Family Law for the European Union*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007; B. STARK, *International Family Law: an Introduction*, Aldershot, Ashgate, 2005.

²⁴ Cfr. sul punto DE CESARI, *Diritto internazionale privato* cit., p. 75.

²⁵ M. DE CRISTOFARO, *La crisi del monopolio statale dell'imperium all'esordio del titolo esecutivo europeo*, in *IN'l Lis*, 2004, pp. 141, 142, nota 8, nonché in C. CONSOLO, M. DE CRISTOFARO, *Il diritto processuale civile internazionale*, Milano, Ipsoa, 2006, p. 1109.

²⁶ Cfr. sul punto DE CESARI, *Diritto internazionale privato* cit., p. 75.

²⁷ Con riguardo al detto «obbligo», si vedano due diverse enunciazioni dello stesso (in relazione a due diverse categorie di fattispecie) nella seguente giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di cittadinanza dell'Unione europea: sentenza 2 ottobre 2003, Causa C-148/2002, García Avello c. Stato belga, in *Raccolta*, 2003, p. 11613, par. 25; sentenza del 2 marzo 2010, Causa C-135/08, Janko Rottman c. Freistaat Bayern, in *Raccolta*, 2010, p. I-1449, par. 62, ma anche parr. 41 e 44.

4. La giurisdizione per le controversie connotate da estraneità alla luce dei rapporti del diritto internazionale privato con il diritto internazionale

I cambiamenti che hanno interessato il diritto internazionale privato, la disciplina dei suoi istituti e degli aspetti ad esso collegati, attraverso l'utilizzo di fonti di diritto internazionale ed europeo sembrano, nei pareri della dottrina esaminata al paragrafo precedente, aver inciso anche profondamente sui caratteri di tale disciplina e sulle controversie che essa ha ad oggetto. Questi approcci, a ben guardare, rievocano problemi già noti al diritto internazionale privato che la scienza giuridica pareva avere ormai superato: si intende qui fare riferimento alla questione della natura giuridica del diritto internazionale privato e dei suoi rapporti con il diritto internazionale cui abbiamo dedicato, in particolare, la prima parte del presente lavoro²⁸.

Conviene qui richiamare brevemente i principi in quella sede individuati, specie per i riflessi che essi sono suscettibili di svolgere anche in relazione alla realtà comunitaria con riguardo agli aspetti e le questioni sollevati nei due paragrafi a questo precedenti.

Occorre ricordare, in proposito, che l'applicazione della teoria internazionalistica al d.i.pr. si è rivelata inadeguata²⁹: già da tempo la dottrina ha chiarito che il diritto internazionale privato costituisce un ramo del diritto statale e che, nonostante la sua definizione, esso non abbia alcun fondamento nel diritto internazionale. In particolare, non esiste una norma generale internazionale che obblighi gli Stati a emanare una normativa di diritto internazionale privato; e, più in generale, non esiste nel diritto consuetudinario internazionale una norma che costituisca il fondamento dello Stato³⁰. L'inesistenza di un siffatto fondamento – determinando un vuoto, una discontinuità fra le diverse comunità umane costituite in Stato che rappresenta la causa responsabile dell'assenza di una «comunità universale di diritto pubblico» e, quindi, di un «diritto internazionale dell'umanità»³¹ – implica che lo Stato, le sue funzioni, la sua orga-

²⁸ V. *supra*, Cap. 1, par. 4 ss.

²⁹ Per una critica alla ricostruzione del d.i.pr. in chiave "internazionalistica" AGO, *Lezioni di diritto internazionale privato* cit., p. 12 ss.; QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale* cit., p. 78 ss.; VITTA, *Corso* cit., pp. 31-32.

³⁰ G. ARANGIO RUIZ, *Stati e altri enti*, voce del *Noviss. Dig. it.*, 1957, pp. 136, 144-145.

³¹ Le due definizioni sono di ARANGIO RUIZ, *Stati* cit., pp. 143, 145. Sulla mancanza di continuità fra l'ordinamento interno e quello internazionale anche sotto il profilo giurisdizionale v. DE SENA, *Giustizia* cit., p. 14; N. RONZITTI, *Crimini internazionali individuali, tribunali interni e*

nizzazione, il suo sistema di produzione giuridica e ogni altra sua manifestazione, incluso il suo rapporto con i sudditi, vengano in rilievo per l'ordinamento internazionale come *fatto*, anziché come *fenomeno di diritto*³². In questo senso, anche le partizioni (o branche) in cui generalmente il diritto statale si articola appaiono irrilevanti per il diritto internazionale: nel diritto internazionale, pertanto, non è dato distinguere fra diritto pubblico e privato³³ come, del resto, non è dato rinvenire un diritto penale, civile, amministrativo, commerciale, ecc. La circostanza che il d.i.pr. abbia natura statale, e che tale carattere rivesta tutta la sua produzione giuridica, «non significa escludere» tuttavia «che possano esistere e che esistano effettivamente norme di vero e proprio diritto internazionale in materia di d.i.pr.»³⁴. Al contrario, si è avuto modo di constatare che (grazie alle «illimitata potenzialità dell'accordo»³⁵ numerose sono le misure di diritto internazionale che regolano questo particolare settore del diritto statale, come numerose sono le misure che regolano profili ad esso strettamente collegati. L'atteggiamento che tuttavia il diritto internazionale assume riguardo a questa materia «non è diverso dall'atteggiamento che esso può assumere rispetto a qualsiasi altra parte del diritto interno degli Stati a cui esso si indirizza»³⁶. Qualificandosi l'attività normativa del legislatore come un «semplice fatto sprovvisto di carattere giuridico, e che soltanto in questa qualità [esso] può formare oggetto delle norme giuridiche internazionali»³⁷, il diritto internazionale si limita in questi casi ad «imporre allo Stato l'obbligo di inserire nell'ordinamento interno date norme di diritto internazionale privato, non diversamente da quanto potrebbe fare rispetto a norme di diritto civile, commerciale o marittimo»³⁸. Nell'ipotesi in esame, dunque, «l'attività legislativa dello Stato» assume rilevanza «non quale attività produt-

giustizia penale internazionale, in SIDI (a cura di), *Cooperazione fra Stati e giustizia penale internazionale*, Atti del III Convegno SIDI (Siena, 12 e 13 giugno 1998), Napoli, Editoriale Scientifica, 1999, pp. 17, 19-20.

³² Così AGO, *Lezioni* cit. p. 39.

³³ V. per tutti v. ARANGIO RUIZ, *op. cit.*, pp. 185, 189.

³⁴ MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato* cit., p. 14.

³⁵ ARANGIO RUIZ, *Stati* cit., p. 197. Più recentemente, su questi temi v. anche P. DE SENA, *Giustizia internazionale*, in *Jura Gentium*, III, 2007, www.juragentium.org, p. 1 ss.

³⁶ MORELLI, *Elementi* cit., p. 14.

³⁷ AGO, *Lezioni* cit., p. 39.

³⁸ MORELLI, *Elementi* cit., p. 14. Per una critica del tutto attuale alla teoria dell'adattamento implicita in queste posizioni v. G. ARANGIO RUIZ, *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, Milano, Giuffrè, 1951, pp. 192-224.

tiva di norme» bensì quale «esplicazione»³⁹ e, cioè, *adempimento* di un obbligo internazionale. Posta in questi termini la questione, il problema vero è quello di sapere se esistano obblighi internazionali che impegnino il nostro Stato ad adottare norme di d.i.pr. in esecuzione di specifici obblighi internazionali⁴⁰, nel caso di specie in materia di giurisdizione e, più in generale, in materia di risoluzione delle controversie private. Ed è proprio sotto questo aspetto che il diritto internazionale mostra di aver realizzato importanti sviluppi e cambiamenti in relazione a molti settori del diritto interno, fra i quali appunto anche quello relativo al d.i.pr.⁴¹ e alla risoluzione giurisdizionale delle controversie private ad esso collegate⁴².

5. Segue: La giurisdizione per le controversie connotate da estraneità alla luce dei rapporti del diritto internazionale privato con il diritto comunitario

Non vi è ragione che impedisca di applicare i principi or ora illustrati anche alla realtà giuridica dell'Unione europea e, in particolare, ai rapporti fra le fonti della sua produzione giuridica e quelle degli Stati membri, anche nel settore di cui si tratta. Anzi, in proposito, è il caso di chiarire che l'applicazione di questi principi contribuisce a rendere più chiaro e comprensibile il complesso meccanismo col quale questi due ordini normativi vengono ad interfacciarsi.

L'Unione europea rappresenta ad oggi la più importante realtà normativa derivata dalla stipula di un trattato, e cioè da una fonte internazionale, i cui caratteri istituzionali, organizzativi e decisionali – ispirati a criteri di continuità nella *produzione giuridica* e di *effettività* nella sua attuazione pratica⁴³ – non

³⁹ Le citazioni sono di AGO, *Lezioni* cit. p. 39; nello stesso senso v. anche MORELLI, *op. cit.*, p. 14.

⁴⁰ MORELLI, *op. cit.*, p. 14.

⁴¹ Cfr. AGO, *Lezioni* cit., pp. 39-40. Circa il fatto che l'«evoluzione» del diritto internazionale odierno riguardi i suoi *contenuti*, anziché i suoi aspetti di organizzazione e produzione giuridica v. DE SENA, *Giustizia* cit., pp. 7, 8.

⁴² V. *supra*, Cap. I, spec. par. 5.

⁴³ Sulla circostanza che i due aspetti indicati nel testo, costituiscano «una grande limitatezza e quindi debolezza» del diritto internazionale v. R. AGO, *Lezioni di diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1943, p. 113; v. anche *ibidem*, pp. 116-117; sulla necessità di procedere al superamento di tali limiti attraverso «una vera e profonda rivoluzione» v. *ibidem*, p. 120. Da ultimo, su

hanno precedenti nell'esperienza internazionale e, proprio per questo, sono tuttora al centro della riflessione dottrinale. È noto che una parte della dottrina interpreta le citate caratteristiche dell'UE come indicative della sua natura di ente "sovranaazionale"⁴⁴ e, finanche, di ente "sovrano"⁴⁵ o "quasi-federale"⁴⁶, che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini⁴⁷, che è dotato di poteri sovrani o pubblici⁴⁸ ed è titolare di una personalità internazionale distinta da quella degli Stati membri⁴⁹. Collidono, tuttavia, con un tale inquadramento giuridico gli esiti dell'esame della normativa comunitaria che dimostrano che anche, in questo contesto, i risultati giuridici – anche quelli materiali – realizzati dall'Unione risultano avvicinarsi, più che a quelli delle realtà statuali odierne a quelli, tipici, delle organizzazioni internazionali.

È infatti l'analisi del c.d. d.i.pr. comunitario nel suo complesso che, a ben guardare, fornisce la prova decisiva della mancata trasformazione del diritto internazionale (prima ancora di quello comunitario) in un fenomeno "sovranaazionale": è in questo settore, più che in ogni altro, infatti, che l'asserita "superiorità" del diritto dell'Unione mostra tutta la sua debolezza e la sua precarietà. Quanto suole comunemente definirsi come "diritto internazionale privato comunitario", alludendo con esso ad un settore autonomo e specifico del diritto UE, costituisce infatti la principale indicazione contraria alla rivendicata rivoluzione realizzata dal fenomeno comunitario in ambito internazionale: lungi, in effetti, dal rappresentare un d.i.pr. suscettibile di subentrare ai d.i.pr. vigenti negli Stati membri, inglobandoli⁵⁰ in una trama normativa integrata, continua e unitaria, il d.i.pr. comunitario, al contrario, li ha lasciati sopravvivere. Talché il carattere di "specialità" che si dice esso assuma rispetto al diritto

questi aspetti e, in particolare, sul fatto che «l'attuazione coercitiva delle norme internazionali (...) continua ad esser ritenuta la ragione di maggiore debolezza dell'ordinamento internazionale come fenomeno giuridico» v. DE SENA, *Giustizia internazionale* cit., spec. p. 12.

⁴⁴ E. TRIGGIANI, *L'Unione Europea secondo la riforma di Lisbona*, Suppl. speciale di *Sud-Europa*, Bari, Levante ed., 2008, pp. 14, 17.

⁴⁵ Così L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 42.

⁴⁶ V. F. SORRENTINO, *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, Torino, 1995, p. 15 ss.

⁴⁷ Così DANIELE, *Diritto dell'Unione europea* cit., p. 42.

⁴⁸ V. DANIELE, *Diritto* cit., pp. 42, 43; SORRENTINO, *Profili costituzionali* cit., p. 5 ss.

⁴⁹ V. TRIGGIANI, *L'Unione Europea* cit., p. 19.

⁵⁰ Ciò che, in effetti, «bisognerebbe dimostrare», in questi casi, è (per usare le parole dell'ARANGIO RUIZ, *Stati* cit., p. 184) «non già che il diritto interno incorpora il diritto internazionale bensì che il diritto interno è incorporato nel diritto internazionale: ed una incorporazione in tal senso non risulta dimostrata».

to comune, vigente negli Stati membri, non è affatto quella che opera fra fonti appartenenti al medesimo ordinamento, cioè secondo la logica tipica di un “ordinamento plurilegislativo”⁵¹, ma è la conseguenza di un’attività interna di adattamento ad un obbligo internazionale che opera, quindi, nella logica del rapporto fra ordinamenti indipendenti e sovrani (quali si presentano, nei rapporti reciproci, gli Stati membri dell’Unione). In altre parole, la determinazione della legge applicabile nel diritto dell’Unione europea, non si attua secondo lo schema del “conflitto di leggi interne”, ma secondo lo schema (tipico del d.i.pr.) del “conflitto tra leggi statali” e cioè tra leggi di stati indipendenti e sovrani. D’altro canto, avrebbe ben poco senso parlare di un d.i.pr. comunitario applicabile ai rapporti fra privati appartenenti agli Stati membri ove questi fossero collegati da un rapporto di continuità giuridica e normativa riconducibile all’Unione⁵².

Quanto fin qui osservato, si badi, lungi dal gettare ombra o discredito sui meccanismi del diritto comunitario come pure su quelli del livello internazionale sopra visto, ne reclama, oggi più che mai, il funzionamento posto che essi, in passato, hanno dimostrato livelli di efficienza di gran lunga superiori a quelli del diritto statale, soprattutto, con riferimento agli aspetti processuali del d.i.pr. che sono stati disciplinati dal diritto dell’Unione europea con norme di diritto uniforme e meccanismi idonei a favorire il corretto funzionamento del mercato interno. Quel che si intende, in definitiva, qui considerare è che il fenomeno dell’incremento dei meccanismi giurisdizionali, para-giurisdizionali e processuali in genere, istituiti dal diritto internazionale e comunitario anche nel settore del d.i.pr. (come anche, più in generale, la rilevanza internazionale dei soggetti privati), non va esagerato: si tratta, comunque, di forme di organizzazione della giustizia che si iscrivono nell’ambito dei rapporti di diritto-obbligo fra Stati soggetti internazionali.

⁵¹ Sul quale si v. per tutti, MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto* cit., p. 242.

⁵² Le conseguenze di questo paradosso si sono rese evidenti, con effetti iniqui, e dunque assai sconvenienti, come ha sottolineato la dottrina, in seguito alle rilevate forzature prodotte dall’intervento del diritto comunitario nei settori regolati dal d.i.pr. degli Stati membri: si intende fare qui riferimento al fenomeno delle c.d. discriminazioni alla rovescia che (ammettendo il riconoscimento, senza fondamento, di trattamento differenziali fra i cittadini degli Stati membri) ha impresso un grave *vulnus* alla pretesa unità del diritto UE fornendo un segnale eloquente circa la vera natura del suo scollamento rispetto al diritto degli Stati. Sulle “discriminazioni alla rovescia” si rinvia a E. CANNIZZARO, *Esercizio di competenze comunitarie e discriminazioni «a rovescio»*, in *Il diritto dell’Unione Europea*, 1996, p. 351 ss.

6. I titoli di giurisdizione stabiliti dalla legge italiana: in particolare, l'art. 3 della legge n. 218/1995

Nel ritornare ora all'esame delle norme italiane *ex lege* n. 218/1995 relative alla determinazione della giurisdizione italiana, va detto che queste – a differenza di quelle sulla legge applicabile – non mirano a stabilire *quale* sia la giurisdizione competente (in relazione, nel caso di specie, a fattispecie connotate da estraneità) ma, piuttosto, *se* la giurisdizione italiana sia o meno sussistente rispetto al caso concreto. In tal caso, *non* si verifica, quindi, un'ipotesi di conflitto: ogni Stato, infatti, è competente a regolare l'esercizio della propria giurisdizione, ma non anche quella degli altri Stati. E questo meccanismo opera, come vedremo, anche quando le norme del d.i.pr. sono di fonte comunitaria. L'obiettivo delle norme sulla giurisdizione è, dunque, quello di stabilire se esiste o meno un interesse del nostro giudice a pronunciarsi rispetto ad una data categoria di casi.

Da quanto osservato, si deduce, innanzitutto, che la giurisdizione italiana *non è universalmente valida*: in altri termini, i nostri giudici non sono sempre competenti ad esercitare il loro potere di *ius dicere*. Questa circostanza, invece, risulta possibile – e quindi la giurisdizione italiana può ritenersi sussistente – allorché ricorrano una *serie di situazioni* corrispondenti ad altrettanti, significativi *collegamenti* (o connessioni, nessi, attacchi) che la *quaestio iuris* (cioè la competenza del nostro giudice rispetto al fattispecie concreta) presenta con il nostro ordinamento. L'elemento di connessione con il nostro ordinamento viene quindi a formare il c.d. *titolo di giurisdizione* che conferisce legittimità alla giurisdizione italiana consentendo alle parti di radicare il processo davanti al giudice italiano competente: nel senso ora visto, dunque, il *titolo di giurisdizione* svolge, *mutatis mutandis*, una funzione analoga a quella svolta dal *criterio di collegamento* della norma di conflitto per la determinazione della legge applicabile.

Nella legge italiana di riforma, si distingue fra titoli di giurisdizione previsti da norme di *carattere generale* (artt. 3-9) e titoli di giurisdizione previsti da norme di *carattere speciale* (art. 32, 37, 40, 42, 44 e 50) (perciò si parla, rispettivamente, di foro generale e foro speciale, cui esse danno luogo). I titoli di giurisdizione previsti nelle norme speciali risultano aggiuntivi rispetto a quelli previsti nelle norme generali: ciò vale a dire che i primi non sono esclusivi ma alternativi ai secondi.

Ai titoli di giurisdizione (generali e speciali) ora visti devono attualmente aggiungersi i titoli di giurisdizione previsti dalle norme di d.i.pr. adottate in ambito internazionale e comunitario che, come si è avuto modo di chiarire

(*supra*, Parte I), prevalgono su quelli stabiliti dalle norme italiane in virtù del meccanismo dell'adattamento (automatico o *ad hoc*). Una tale circostanza si realizzerà nella misura in cui, evidentemente, le materie oggetto del diritto internazionale e comunitario siano state, in precedenza, regolamentate dall'ordinamento italiano ed, inoltre, nei limiti di portata stabiliti dalla normativa internazionale e comunitaria.

Ai fini che qui interessano, viene innanzitutto in rilievo l'art. 3.1 della legge n. 218/1995. La *ratio* che si ricava dalla lettura di questo articolo è che il nostro legislatore abbia inteso ricollegare la sussistenza della giurisdizione italiana ad un legame solido, cioè significativo e non occasionale, con il territorio italiano. Ai sensi dell'art. 3, comma 1 della legge di riforma, infatti, la giurisdizione italiana sussiste nei confronti di chiunque, anche straniero, sia domiciliato o residente nel territorio italiano oppure qui abbia un suo rappresentante autorizzato a stare in giudizio *ex art. 77 c.p.c.* Titoli generali di giurisdizione, sono dunque, ai sensi della disposizione ora esaminata il domicilio e la residenza in Italia del convenuto, nonché il fatto che questi abbia nel nostro Paese un rappresentante autorizzato a stare in giudizio a norma del nostro c.p.c. Quest'ultimo inciso peraltro, può essere considerato un riferimento implicito alle persone giuridiche. La circostanza, infatti che, nella legge di riforma, l'applicazione delle norme sulla giurisdizione anche alle persone giuridiche non formasse oggetto di un'espressa disposizione legislativa, ne ha messo in dubbio l'ammissibilità. In realtà, la portata generale della legge ed alcuni specifici riferimenti normativi, del tenore di quello segnalato al comma 1 dell'art. 3 (nonché il riferimento all'art. 77 c.p.c.) portano a ritenere che l'estensione delle norme sulla giurisdizione sia implicitamente ammessa anche nei confronti delle persone giuridiche e degli altri enti che abbiano in Italia la propria sede o un rappresentante autorizzato a stare in giudizio.

A differenza della normativa in vigore nel previgente sistema di d.i.pr. (art. 4 c.p.c.), l'art. 3 qui preso in esame non distingue più fra convenuto italiano e convenuto straniero, in quanto la cittadinanza italiana del convenuto non costituisce più un autonomo titolo di giurisdizione mentre tali, in sua vece, sono riconosciuti il domicilio e la residenza (oltre che, come si è visto, *la legale rappresentanza in Italia* per le persone giuridiche) della medesima parte processuale. Vale osservare, che anche in questo particolare ambito normativo, concetti e istituti di carattere tecnico-giuridico quali quelli di domicilio e residenza ora citati, e utilizzati dal legislatore ai fini della determinazione della giurisdizione italiana, debbono essere interpretati alla luce della legge italiana (sul punto v. *supra*, Parte II, par. 7).

Il comma 2 dell'art. 3 in esame riguarda due ulteriori ipotesi normative: la prima concerne le materie rientranti nell'ambito di applicazione della Con-

venzione di Bruxelles del 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale e il Protocollo ad essa allegato; la seconda le materie che invece esulano dalla portata della medesima Convenzione. Si tratta di due disposizioni aventi effetto estensivo della portata della normativa comunitaria, posto che mirano ad estendere l'applicazione di quest'ultima anche a soggetti e materie dalla stessa non contemplati e che, in tal senso, introducono titoli di giurisdizione aggiuntivi e speciali. In base, al primo disposto dell'art. 3, comma 2, infatti, potrà essere convenuta davanti ad un giudice italiano anche la persona non domiciliata, non residente, né rappresentata in Italia per le materie ed i casi regolati dalle norme pertinenti della Convenzione suddetta. La giurisdizione italiana, pertanto, sussiste anche in base ai criteri stabiliti dalle sezioni 2, 3 e 4 del Titolo II della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 anche allorché il convenuto non sia domiciliato nel territorio di uno Stato contraente, quando si tratti di una delle materie comprese nel campo di applicazione della Convenzione.

Più espressamente, l'art. 3, comma 2 estende ai convenuti non domiciliati nel territorio comunitario, la sussistenza della giurisdizione italiana così come stabilita ai sensi del suddetto Regolamento e limitatamente alle materie rientranti nel suo ambito di applicazione. In definitiva, tale disposizione ha l'effetto di equiparare il convenuto extracomunitario al convenuto comunitario. Appare implicito per la dottrina⁵³, che l'applicazione di questa disposizione, in forza del richiamo che essa opera alla normativa comunitaria, costringerà il giudice italiano a tenere conto delle giurisprudenze, prodotta nella materia, dalla Corte di giustizia e anzi, a chiederne la sua pronuncia a titolo pregiudiziale laddove sorgano problemi in merito alla interpretazione della normativa stessa.

La seconda disposizione dell'art. 3, comma 2, invece, è volta a regolare la situazione del convenuto non domiciliato nel territorio europeo stabilendo che, in tal caso, si applicherà la disciplina sulla giurisdizione italiana, vigente nel nostro ordinamento, secondo un criterio di competenza territoriale. In altre parole, la giurisdizione italiana nelle materie residuali rispetto a quelle coperte dalla normativa comunitaria in parola, sussiste nei confronti dei convenuti non domiciliatari in base ai criteri di competenza territoriale stabiliti dal nostro codice di procedura civile; in definitiva, la disposizione in esame finisce per parificare l'ipotesi del convenuto non domiciliatario in Italia a quella del convenuto ivi domiciliato, disciplinata come si è visto dal comma 1 dell'art. 3.

⁵³ V. MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato* cit., p. 120.

Peraltro, la seconda disposizione dell'art. 3, comma 2, di cui si tratta, non esclude l'applicazione dell'art. 18, comma 2 c.p.c., secondo il quale, nei casi in cui il convenuto non abbia né residenza, né domicilio, né dimora in Italia e nei casi in cui quest'ultima sia sconosciuta, «è competente il giudice del luogo in cui risiede l'attore» con la conseguenza, dunque, che la giurisdizione italiana ne risulti ampliata.

Conviene, fra parentesi, osservare che dottrina e giurisprudenza italiane appaiono divise circa il significato da dare al riferimento contenuto nell'art. 3, comma 2 alla Convenzione di Bruxelles del 1968, vigente all'epoca in cui è stata redatta la legge di riforma. Secondo la dottrina⁵⁴ un tale riferimento deve intendersi ormai esteso al citato Regolamento n. 44/2001. Secondo la nostra Corte di Cassazione, invece, il richiamo operato dall'art. 3, comma 2 va riferito esclusivamente alla Convenzione di Bruxelles del 1968 e non può essere esteso al Regolamento n. 44/2001⁵⁵. La Convenzione di Bruxelles, quindi, avrebbe carattere residuale posto che il suo ambito di applicazione sarebbe riferibile solo alle fattispecie anteriori alla sua entrata in vigore, nonché con riferimento ad alcune porzioni territoriali che non sono state ricomprese nell'ambito di applicazione del Regolamento. Quest'ultimo d'altro canto, al suo art. 1 stabilisce che «*nella misura in cui* [...] sostituisce, tra gli Stati membri, le disposizioni della Convenzione di Bruxelles ogni riferimento a tale Convenzione si intende fatto al [...] Regolamento» (corsivo nostro). Probabilmente, una pronuncia della Corte di giustizia, circa la portata del ruolo sostitutivo del Regolamento rispetto alla Convenzione, avrebbe potuto essere risolutiva anche dei problemi del nostro diritto interno qui accennati.

⁵⁴ V. BONOMI, *Diritto internazionale privato dell'Unione Europea, Considerazioni generali*, in BONOMI (a cura di), *Diritto internazionale privato, e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Torino, 2009, p. 64; DE CESARI, *Diritto internazionale privato* cit., p. 70; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato* cit., p. 119.

⁵⁵ Secondo l'ordinanza della Corte di Cassazione Sez. Un. 21 ottobre 2009, n. 22239 «il rinvio operato dalla legge 218/1995 all'art. 3, comma 2 attiene esclusivamente alla Convenzione di Bruxelles e non si estende al Regolamento CE 44/2001. La Convenzione continua ad operare nei confronti di soggetti non domiciliati in Stati dell'Unione ovvero che non hanno adottato il predetto Regolamento pur facendo parte dell'Unione (ad esempio la Danimarca)».

7. L'estensione e la deroga convenzionale della giurisdizione italiana

La legge n. 218/1995 all'art. 4 regola due diverse ipotesi di delimitazione dell'ambito della giurisdizione italiana: l'ipotesi relativa alla «proroga» e l'ipotesi relativa alla «deroga» della giurisdizione italiana⁵⁶.

Innanzitutto, il comma 1 dell'art. 4 prevede un titolo di giurisdizione speciale, che rende superflua la verifica dell'esistenza dei titoli di giurisdizione che sono stati qui esaminati con riferimento all'art. 3 della medesima legge, con la conseguenza di determinare un ampliamento della giurisdizione italiana anche nei casi in cui la stessa non poteva ritenersi sussistente ai sensi dell'art. 3.

In base a questa norma dunque, la giurisdizione italiana deve ritenersi sussistente (in quanto «prorogata» rispetto alle ipotesi contemplate dal citato art. 3), nel caso in cui le parti abbiano convenzionalmente accettato la giurisdizione italiana o nel caso in cui il convenuto compaia nel processo senza fare valere il difetto di giurisdizione nel suo primo atto difensivo. Quest'ultimo riferimento, contenuto nell'art. 4, comma 1, consente di concludere che l'accettazione della giurisdizione italiana può avvenire anche in forma tacita.

La volontà concorde delle parti costituisce, dunque, titolo per attribuire al giudice italiano una competenza a conoscere controversie che, altrimenti, non avrebbe avuto. Requisiti dell'accordo di proroga sono la capacità delle parti e la prova scritta. Alla prova scritta, per effetto di una giurisprudenza consolidata, può equipararsi la c.d. formazione giudiziale del consenso, che si manifesta allorché l'atto di proroga sia prodotto in giudizio dalla parte che non l'abbia sottoscritta ma intenda farne valere gli effetti sul piano processuale.

Il comma 2 dell'art. 4 regola, invece, l'ipotesi della «deroga volontaria» della giurisdizione italiana a favore di quella straniera. Anche questo accordo⁵⁷, come quello previsto al comma 1 dell'art. 4, si perfeziona per iscritto. A differenza dell'accordo di accettazione e proroga (che può riguardare qualsiasi tipo di causa), tuttavia, l'accordo di deroga della giurisdizione italiana (che non può essere tacito) deve rivestire due ulteriori requisiti. In primo luogo, esso può riguardare solo le cause concernenti i diritti disponibili, diritti cioè di cui le parti possono liberamente disporre. Il concetto di «diritto disponibile», peraltro, dovrà essere interpretato alla luce dell'ordinamento italiano. In secon-

⁵⁶ Si v. l'art. 23 del Regolamento n. 44/2001 secondo cui le parti tramite un accordo possono decidere di conferire a uno o più organi giurisdizionali di uno Stato membro competenza esclusiva a conoscere delle controversie riguardanti il contratto.

⁵⁷ Secondo la giurisprudenza italiana il siffatto accordo assume un vero e proprio valore contrattuale: Cassazione, Sez. Un., 3 giugno 1992, n. 6787.

do luogo, esso dovrà prevedere, contestualmente alla deroga, il riconoscimento della competenza del giudice o arbitro straniero a giudicare la controversia. L'accordo di cui si tratta cioè, avrà da un lato l'effetto di disconoscere la competenza del giudice italiano e, dall'altro, l'effetto di riconoscere la competenza del giudice straniero.

Peraltro, il comma 3 dell'art. 4 prevede che, nel caso in cui il giudice o l'arbitro straniero rinuncino o siano impossibilitati a pronunciarsi sulla causa di specie, la competenza (*ex artt. 3 e 4*) torna al giudice italiano che dovrà comportarsi come se la sua pronuncia sulla controversia gli fosse richiesta per la prima volta, anche a prescindere dal fatto che sulla stessa egli si sia dichiarato privo di competenza con sentenza passata in giudicato.

Dal canto suo, il giudice italiano non può, invece, dichiararsi *forum non conveniens*⁵⁸, rifiutandosi di decidere i fatti della causa al fine di spostarne la competenza nei confronti di un giudice straniero.

8. Il difetto della giurisdizione italiana nell'ipotesi regolata dall'art. 5 della legge n. 218/1995

Come si è visto dalle osservazioni svolte nei precedenti paragrafi, in tutti quei casi in cui si sia prospettato un interesse da parte dello Stato italiano a radicare un processo davanti ad uno dei nostri giudici, il legislatore ha ritenuto opportuno dare giuridica rilevanza a tutte quelle connessioni, che una controversia presenta con il nostro ordinamento, al fine di considerare sussistente la giurisdizione italiana. Diversamente, laddove un tale interesse sia stato ritenuto insussistente, il legislatore italiano ha preferito escludere la giurisdizione italiana. Questo è il caso regolato dall'art. 5 della legge n. 218/1995. Alla luce del suo precetto infatti, tutti i titoli relativi alla giurisdizione italiana introdotti dagli articoli fin qui esaminati sono inoperanti: «la giurisdizione italiana non sussiste» vi si dice «rispetto ad azioni reali aventi ad oggetto beni immobili situati all'estero». Di fronte alla concreta possibilità che il giudicato risulti insequibile, il legislatore italiano ha dunque considerato opportuno escludere a priori la competenza del giudice italiano.

⁵⁸ La Corte di giustizia ha avuto occasione di affermare l'incompatibilità del *forum non conveniens* con la Convenzione di Bruxelles nel noto caso *Owusu c. Jackson* del 1 marzo 2005 (v. Corte di giustizia, sentenza del 1 marzo 2005, C-281/02, A. OWUSU c. N.B. JACKSON, *Raccolta*, 2005, p. I-01383). Se ne veda un commento in M.A. LUPOI, *Del caso Owusu: l'ultima spiaggia del forum non conveniens in Europa*, in *Academiaedu*, <http://www.uniboacademia.ed>.

Quello ora visto, configura un difetto della giurisdizione italiana autonomamente stabilito dal nostro ordinamento, cui appaiono peraltro associati i casi regolati dall'art. 11 della legge n. 218/1995, oggetto del prossimo paragrafo, attinenti ai difetti della giurisdizione italiana regolati dal diritto internazionale.

9. Altre ipotesi di esclusione della giurisdizione italiana: l'immunità degli Stati stranieri

Nella parte finale dell'art. 11 della legge n. 218/1995 il legislatore, nel regolare i casi e le modalità di rilevazione del difetto della giurisdizione italiana, stabilisce che quest'ultima sia «esclusa per effetto di una norma internazionale».

Questa ipotesi di difetto della giurisdizione italiana si presenta con riguardo a diverse categorie di convenuti, fra cui gli Stati stranieri, i loro agenti diplomatici, i Capi di Stato ed altri organi statali, le organizzazioni internazionali e i loro funzionari. Esistono, infatti, norme del diritto internazionale, generale e convenzionale, che sottraggono questi soggetti alla giurisdizione civile da parte degli Stati, diversi da quello di loro appartenenza, fra i quali figura appunto il nostro.

Per l'importanza che esse rivestono e per la copiosa giurisprudenza cui esse hanno dato luogo conviene, dunque, prendere in esame le singole ipotesi di cui si tratta, cominciando da quelle relative agli Stati stranieri.

L'esenzione dalla giurisdizione statale di uno Stato straniero deve le sue origini ad un principio di diritto internazionale generale enunciato dal brocardo latino *par in parem non habet iurisdictionem*. Un tale principio, affermatosi originariamente in senso lato – talché l'immunità a favore degli Stati che esso prevedeva era intesa in senso pieno e assoluto (teoria dell'immunità assoluta) – ha recentemente subito una riduzione della sua portata. La dottrina e la giurisprudenza infatti, distinguendo fra atti compiuti dallo Stato straniero *iure imperii* (cioè nell'esercizio di un potere pubblico) e atti *iure gestionis o privatorum* (cioè nell'esercizio della propria autonomia privata) hanno circoscritto solo ai primi il riconoscimento della immunità statale (teoria dell'immunità ristretta o relativa). In altri termini, l'immunità dello Stato straniero, così come enunciata dalla massima latina sopra ricordata, risulta ammessa limitatamente agli atti posti in essere dallo Stato nello svolgimento della propria attività pubblica, ma non anche con riguardo agli atti dallo stesso posti in essere nell'ambito della propria attività privata. La teoria dell'immunità relativa si è, dunque, imposta in sede di interpretazione del diritto consuetudinario vi-

gente e risulta, peraltro, accolta in alcuni atti internazionali spesso citati in ambito giurisprudenziale⁵⁹. Emblematica, al riguardo, è la giurisprudenza italiana relativa alla questione della immunità dello Stato argentino in relazione alle controversie collegate al pagamento dei titoli obbligazionari (*bond*) emessi da questo Stato.

L'esame della giurisprudenza interna agli Stati fa, inoltre, emergere l'affermarsi di una nuova consuetudine internazionale che esclude l'immunità dalla giurisdizione civile degli Stati resisi responsabili di gravi violazioni di diritti umani. Si tratta, in sostanza, di una eccezione al principio della immunità relativa in base alla quale la teoria che restringe la sussistenza dell'immunità statale ai soli atti compiuti nell'esercizio di una potestà d'imperio subisce una importante menomazione. Assai significativa, nel senso ora visto, appare la sentenza della nostra Corte di Cassazione, Sez. Un., 11 marzo 2004, n. 5044 con riferimento al "caso Ferrini": nel pronunciarsi nel senso di escludere l'immunità per fatti talmente gravi da costituire crimini contro l'umanità la nostra Corte aveva ritenuto che i giudici italiani potessero esercitare la giurisdizione in ordine a un ricorso per risarcimento presentato contro lo Stato tedesco dal signor Ferrini, che era stato arrestato e deportato in un campo di concentramento tedesco fino alla fine della guerra.

Una siffatta tesi è stata, tuttavia, recentemente ribaltata da una pronuncia sentenza della Corte Internazionale di Giustizia, la sentenza del 3 febbraio 2012⁶⁰. Dopo la citata sentenza Ferrini, con la quale il giudice di primo grado di Torino aveva ritenuto di autorizzare il risarcimento a favore delle vittime italiane, la Repubblica federale di Germania aveva riproposto in appello le eccezioni sollevate in primo grado, evidenziando altresì l'avvio di un procedimento di fronte alla Corte internazionale di Giustizia circa la responsabilità internazionale dell'Italia per violazione delle norme sull'immunità. La Corte Internazionale di Giustizia⁶¹ sul punto ha precisato che le pronunce dei giudi-

⁵⁹ V. la Convenzione delle Nazioni Unite sulla immunità giurisdizionale degli Stati e dei loro beni adottata il 2 dicembre 2004.

⁶⁰ Vedula in <http://www.icj-cji.org/docket/files/143/16883.pdf>.

⁶¹ La sentenza della Corte internazionale di giustizia è stato oggetto di commenti da parte della dottrina: secondo F. POCAR (*La pronuncia dell'Aja non convince*, in *Il Sole 24 Ore*, <http://24o.it/kGc6L>) «Il problema sul quale si attendeva la sentenza della Corte riguardava [...] l'estensione della norma sull'immunità degli Stati, se cioè essa comprendesse anche atti qualificabili come crimini internazionali – crimini di guerra, crimini contro l'umanità e genocidio secondo la classificazione risalente allo statuto del Tribunale di Norimberga – o dovesse intendersi limitata quando atti di questo genere fossero in questione, come aveva ritenuto la nostra Corte di Cassazione. In altre parole, si trattava di stabilire se l'immunità abbia, nel diritto internazionale attuale, una portata assoluta, o se invece prevalesse su di essa la regola

ci italiani abbiano violato l'immunità di cui gode lo Stato tedesco in base al diritto internazionale, e ha conseguentemente stabilito, tra l'altro, che l'Italia «dovrà fare in modo, attraverso un appropriato intervento legislativo o con altro idoneo strumento, che le decisioni delle proprie corti [...] che hanno violato l'immunità di cui gode lo Stato tedesco in base al diritto internazionale cessino di avere effetto»⁶².

La teoria dell'immunità ristretta si applica sia al processo di cognizione che a quello di esecuzione forzata: l'esecuzione forzata deve pertanto considerarsi ammissibile allorché sia esperita su beni, o nell'ambito di beni, non destinati ad una pubblica funzione. Al riguardo va citata la sentenza della Corte costituzionale italiana che ha privato della sua efficacia la legge 15 luglio 1926, n. 1263 che, a condizione di reciprocità con lo Stato interessato, subordinava l'avvio di un procedimento di esecuzione forzata nei suoi confronti, alla concessione di un'apposita autorizzazione da parte del Ministro della Giustizia.

formatasi a partire dal secondo conflitto mondiale secondo la quale la commissione di crimini internazionali comporta una responsabilità che ha carattere prioritario, tale da derogare anche alla norma sull'immunità degli Stati. La risposta della Corte internazionale di giustizia è chiaramente a favore della prevalenza della norma sull'immunità». È vero, infatti, aggiunge questo A., che sia «naturale che quando la responsabilità penale individuale ricada su persone che rappresentano, in quanto suoi organi, uno Stato, ad essa si accompagni la responsabilità internazionale dello Stato nei confronti del Paese del quale le vittime delle violazioni sono cittadini» ed è anche vero che «La sentenza della Corte internazionale di giustizia non disconosce questo collegamento fra responsabilità individuale e responsabilità dello Stato per atti compiuti dai suoi organi» tuttavia, essa «considera quest'ultima sottoposta alle sole regole di composizione internazionale delle controversie, sottraendola alla giurisdizione dei giudici nazionali in virtù della norma sull'immunità degli Stati». Secondo lo stesso A., quindi, «La Corte ha perso una buona occasione per interpretare il diritto vigente in modo conforme al progresso in corso nella condanna di crimini internazionali e nel riconoscimento della riparazione dovuta alle vittime».

⁶² Secondo il par. 99 della sentenza, l'Italia «must, by enacting appropriate legislation, or by resorting to other methods of its choosing, ensure that the decisions of its courts and those of other judicial authorities infringing the immunity which the Federal Republic of Germany enjoys under international law cease to have effects».

10. Segue: L'immunità dalla giurisdizione italiana degli agenti diplomatici, dei Capi di Stato e di altri organi statali

Per ciò che concerne gli agenti diplomatici occorre distinguere fra atti dagli stessi posti in essere in qualità di organo statale e atti compiuti in qualità di privato. Nel primo caso si ricade nell'ambito della teoria prevista al paragrafo precedente e, pertanto, l'agente diplomatico appare immune (si parla in tal senso della sua immunità *funzionale*) dalla giurisdizione di un altro Stato (non solo di quello accreditante, ma anche degli altri Stati). Si tratta peraltro di un'immunità che esclude che l'agente diplomatico possa essere citato in giudizio per rispondere sia civilmente che penalmente della propria condotta, posta in essere nell'esercizio del suo pubblico ufficio. Si tratta di una immunità che deriva all'agente diplomatico dalla circostanza che le attività dallo stesso poste in essere siano imputabili, non all'agente, bensì allo Stato di cui è organo. Da una tale circostanza discende, altresì, che l'agente non potrà essere sottoposto ad un procedimento penale o civile, per gli atti dallo stesso compiuti nell'esercizio delle proprie funzioni, nemmeno una volta che l'agente abbia cessato il proprio mandato.

Anche l'attività dell'agente diplomatico posta in essere nell'ambito della sua autonomia privata è, tuttavia, immune dalla giurisdizione civile e penale (si parla in tal senso della sua immunità *personale* o *ratione personae*) salvo, per ciò che concerne la giurisdizione civile, le azioni reali e successorie e quelle riguardanti le attività commerciali. A differenza di quanto visto nell'ipotesi precedente, l'immunità personale dell'agente diplomatico affonda le sue radici nell'esigenza di assicurare che egli possa svolgere il proprio mandato liberamente, un'esigenza questa che appare salvaguardata dal principio, espresso dal brocardo latino *ne impediatur legatio*, che forma oggetto di una specifica norma consuetudinaria. Dalla *ratio* dell'immunità (che ha carattere meramente processuale e, dunque, non esonera l'agente dall'osservanza della legge dello Stato in cui svolge la propria funzione) di cui si tratta, deriva che l'agente diplomatico è esente dalla giurisdizione solo nei confronti dello Stato presso il quale risulta accreditato ed, inoltre, che tale immunità cesserà di esistere nel momento in cui l'agente termina di svolgere le sue funzioni. Pertanto, una volta che la qualità di agente diplomatico sia venuta meno, questi potrà essere sottoposto a giudizio anche per i fatti compiuti quando rivestiva tale qualità.

La determinazione del contenuto dell'immunità diplomatiche è oggetto anche del diritto internazionale pattizio: esse sono disciplinate, in particolare, dalla Convenzione di Vienna del 18 aprile 1961 sulle relazioni e immunità diplomatiche ratificata dallo Stato italiano con legge 9 agosto 1967, n. 804).

Le disposizioni relative all'immunità dalla giurisdizione civile degli agenti diplomatici nell'esercizio delle loro funzioni si applicano anche ai Capi di Stato; nonché ad altri organi dello Stato, quali Capi di Governo e Ministri degli affari esteri che si trovino nel nostro Paese nella loro veste ufficiale.

11. Segue: L'immunità dalla giurisdizione italiana delle organizzazioni internazionali e dei loro funzionari

Per ciò che concerne le organizzazioni internazionali occorre osservare che il difetto di giurisdizione italiana ricorre nei casi e nei limiti regolati da apposite convenzioni internazionali. Fra queste si ricordano le Convenzioni sui privilegi e le immunità riguardanti: a) le Nazioni Unite del 13 febbraio 1946; b) delle Istituzioni specializzate delle Nazioni Unite del 21 novembre 1947; c) del Consiglio d'Europa del 2 settembre 1949; d) delle Comunità europee dell'8 aprile 1965. Dall'esame di queste convenzioni è, dunque, possibile stabilire quale sia il trattamento processuale delle singole organizzazioni internazionali di fronte alla giurisdizione italiana.

A livello internazionale generale è invalsa la prassi di riconoscere l'immunità alle organizzazioni internazionali nelle cause contro i loro dipendenti laddove le stesse prevedano, al loro interno, un apposito organo deputato alla risoluzione delle controversie di lavoro. In mancanza, l'immunità dell'organizzazione è esclusa.

Anche l'immunità riguardante il procedimento di esecuzione forzata viene a dipendere dal trattamento che, al riguardo, è riservato alla singola organizzazione internazionale dal diritto pattizio: in tal modo, la nostra Corte di Cassazione (v. ad es. Cassazione, Sez. Un., 30 gennaio 1991, n. 902) ha riconosciuto l'immunità ai Quartieri generali militari creati dal Patto Nato con riguardo ai soli beni destinati al soddisfacimento dei loro compiti istituzionali.

Il diritto pattizio regola, altresì, il trattamento dei funzionari delle organizzazioni internazionali: non mancano in tal senso disposizioni internazionali che prevedano questo aspetto. Per quanto riguarda i funzionari delle Comunità europee, la materia è regolata dal citato Protocollo sulle immunità e i privilegi delle stesse Comunità. Al diritto internazionale convenzionale infine, appartengono le norme che regolano le immunità dei rappresentanti degli Stati in seno agli organi delle organizzazioni internazionali.

12. Le questioni preliminari e la connessione nel diritto internazionale processuale civile

La legge n. 218/1995 considera le *questioni preliminari* (o pregiudiziali) e la *connessione* come due ipotesi di estensione della giurisdizione italiana.

Le questioni pregiudiziali sono previste all'art. 6 della legge n. 218/1995: una tale disposizione ha l'effetto di estendere la competenza del giudice italiano al punto di consentire a quest'ultimo di pronunciarsi su domande che, seppur originariamente ad essa non soggette, finiscono successivamente per rientrarvi per il loro collegamento ad una domanda principale. Più precisamente un tale effetto (e cioè l'attrazione della competenza per la questione preliminare nella competenza del giudice italiano davanti a quale è in corso il giudizio in via principale) si produce allorché la preventiva conoscenza da parte del giudice italiano della questione incidentale si configuri come funzionale, ovvero necessaria per la conoscenza e la definizione della questione principale (per la quale, evidentemente, lo stesso giudice italiano doveva considerarsi competente).

Il comma 3 e ultimo dell'art. 7 prende, peraltro, in considerazione l'ipotesi in cui una questione, che sia pregiudiziale rispetto ad una causa (principale) in corso davanti al giudice italiano, sia pendente davanti ad una corte straniera, essendo già considerata di competenza di questa. In tal caso il giudice italiano avrà la facoltà di sospendere il giudizio in corso davanti a sé e attendere la pronuncia del giudice straniero ove ritenga che: a) la pronuncia straniera possa influire sul giudizio di sua competenza; b) che la decisione del giudice straniero possa verosimilmente possedere i requisiti previsti dall'art. 64 legge n. 128/1995 richiesti per essere riconosciuta ed eseguita nel nostro ordinamento.

Per quanto concerne la connessione, occorre osservare che la *deroga* che essa produce sui generali criteri, per materia e per territorio, di determinazione della giurisdizione del giudice italiano è l'effetto dell'attrazione della causa connessa nella giurisdizione del giudice competente per la causa principale.

Pertanto, il suo trattamento giuridico dal punto di vista internazionale-privatistico si ricava dalla distinzione operata, con riferimento alla causa principale, nell'ambito dell'art. 3.2, fra materie soggette al Regolamento comunitario n. 44/2001 e materie che non rientrano nell'ambito di applicazione di questo Regolamento (e, comunque, nemmeno nel campo di influenza del Regolamento n. 2201/2003): conseguentemente, per le azioni concernenti le materie soggette a disciplina comunitaria valgono le soluzioni relative alla giurisdizione stabilite a livello comunitario; mentre per le azioni concernenti le restanti materie, la circostanza che consente di attrarre sotto la giurisdizione italiana una causa (connessa) – che in linea di principio non avrebbe dovuto esserci – deve rin-

venirsi in uno dei criteri che danno fondamento ad una competenza di tipo territoriale (residenza o domicilio ai sensi del c.p.c.).

13. La litispendenza

Ai sensi della legge n. 218/1995 la litispendenza ovvero – secondo la definizione fornita dall'art. 7, comma 1 della medesima legge – la *previa* pendenza di una causa, fra le stesse parti e avente il medesimo oggetto e il medesimo titolo, davanti ad un giudice straniero non può essere rilevata dal nostro giudice d'ufficio, bensì da quest'ultimo sulla scorta, tuttavia, di un'istanza di parte. A ben guardare l'istanza di parte è una formalità che risponde ad esigenze di natura internazionalprivatistica: sono le parti, più che il giudice, infatti, ad aver interesse a far valere la litispendenza ovvero ad informare il giudice nazionale dell'esistenza di una causa analoga davanti ad una giurisdizione straniera. L'istanza ai sensi del comma 1 dell'art. 7 avrà il valore e la forma *dell'eccezione* di parte. Ciò significa che essa dovrà essere presentata dal convenuto e, cioè, da quella parte che resiste in giudizio. Si registrano casi nei quali la litispendenza viene fatta valere in giudizio per impedire che sulla causa si pronunci un altro giudice con esito verosimilmente favorevole al ricorrente. Questa situazione che, appare un problema della litispendenza internazionalprivatistica, richiama il problema, più generale, del *forum running*⁶³.

Analogamente a quanto visto per la medesima ipotesi riguardante una questione preliminare, anche nel caso in esame il giudice italiano prima di sospendere il processo dovrà valutare, secondo un calcolo delle probabilità (che successivamente potrebbe essere anche smentito dai fatti), l'idoneità della pronuncia straniera a soddisfare i requisiti richiesti dall'art. 64 e, quindi, ad assumere efficacia nell'ordinamento italiano. Nell'eventualità in cui una tale previsione non si verifichi o che il processo straniero si interrompa per mancanza di competenza del giudice adito, il procedimento sospeso davanti al giudice italiano riprenderà il suo corso su richiesta della parte interessata. Poiché la sospensione del processo italiano viene fatta dipendere da un fatto cronologico, e cioè dal fatto che la stessa causa risulti *già* pendente davanti ad un giudice straniero (che, dunque, è stato preventivamente o *previamente* adito), comporta la necessità di determinare il momento iniziale dei due processi. Questo dovrà essere determinato alla luce dei principi che in ciascuno degli

⁶³ V. MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto* cit., p. 92.

ordinamenti cui appartengono i giudici aditi, regolano il radicamento e lo svolgimento del processo: un tale principio è stabilito dall'art. 7, comma 2 con riferimento al processo che si svolge all'estero e, come meglio vedremo, dall'art. 12 per quanto riguarda il processo che si svolge in Italia. Posto inoltre che la litispendenza è regolata anche dai più volte citati regolamenti comunitari, sarà alla luce della normativa in essi prevista che dovrà essere stabilito il momento di avvio del processo.

14. La legge che regola la determinazione della giurisdizione italiana e lo svolgimento del processo: artt. 8 e 12

Gli aspetti da ultimo trattati nel paragrafo precedente ci proiettano direttamente nell'ambito di applicazione degli artt. 8 e 12 della legge n. 218/1995.

Il primo degli articoli citati stabilisce che ai fini della determinazione della giurisdizione italiana si applica l'art. 5 c.p.c.⁶⁴. E poiché questo articolo rinvia alla legge vigente "al momento della proposizione della domanda" (quindi, a un momento determinato da un'iniziativa dell'attore), sarà a questo momento che occorrerà fare riferimento per stabilire la sussistenza o meno della giurisdizione italiana. Poiché il momento di verifica della sussistenza della giurisdizione italiana è subordinato all'iniziativa dell'attore, appare chiaro che il convenuto non ha strumenti per sottrarsi alla giurisdizione che si è accertata come sussistente al momento della presentazione della domanda. In contrasto, peraltro, con l'art. 5 c.p.c., l'art. 8 legge n. 218/1995 dispone che si tenga conto dei fatti e delle norme sopravvenuti nel corso del processo, allorché questi siano idonei a fondare la giurisdizione italiana. Questo particolare regime accolto dalla legge n. 218/1995 risponde ad esigenze di economia processuale che risultano particolarmente sentite in ambito internazionalprivatistico.

Nel determinare la legge applicabile allo svolgimento del processo in Italia, l'art. 12 della legge n. 218/1995 si conforma all'art. 8 ora esaminato che, nel fare riferimento all'art. 5 c.p.c., sancisce l'applicazione della legge del foro.

Peraltro, se l'art. 5 c.p.c. si riferisce ai procedimenti contenziosi di cognizione, in ambito internazionalprivatistico la dottrina⁶⁵ è favorevole a ricono-

⁶⁴ Art. 5 c.p.c. «La giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda, e non hanno rilevanza rispetto ad esse i successivi mutamenti della legge o dello stato medesimo».

⁶⁵ V. in tal senso MOSCONI, CAMPIGLIO, *op. cit.*, p. 131.

scerne l'estensione ai processi di volontaria giurisdizione e a quelli cautelari.

Una volta accertata la sussistenza della giurisdizione italiana e instaurato il processo davanti al giudice italiano competente *ratione materiae* e *ratione territorii* questo, sebbene verta su una fattispecie connotata da estraneità rispetto al nostro ordinamento, resterà disciplinato dalla *lex fori* e cioè, con riferimento al caso di specie, dalla legge dello Stato italiano in cui il processo si svolge. Quello ora enunciato costituisce il principio di territorialità della legge processuale che, dalle fattispecie interne, viene esteso dal legislatore alla regolamentazione delle fattispecie non completamente interne. Tale principio è espressamente previsto dall'art. 12 della legge n. 218/1995 secondo cui «il processo civile che si svolge in Italia è regolato dalla legge italiana» da intendersi, quest'ultima, come legge che regola il procedimento processuale ma non anche i fatti di cui è causa (pertanto la legge italiana regolerà il processo a prescindere dalle norme sostanziali che verranno applicate al merito della causa). Si presume, peraltro, che una regola analoga a quella prevista all'art. 12 viga anche per i processi che si svolgono in altri Stati: in tal senso deporrebbe, del resto, il citato art. 7, comma 2 che, in caso di litispendenza, ai fini dell'accertamento della previa pendenza del processo davanti al giudice straniero richiama la legge dello Stato di appartenenza dello stesso giudice. Quello descritto, rappresenta altresì un dato confortato dall'esistenza di altre previsioni dello stesso tenore e orientamento: non solo dalla disposizione dell'art. 14 relativa al principio *iura novit curia*, ma anche (come vedremo) dall'art. 64 in tema di riconoscimento ed efficacia di sentenze straniere.

15. La rilevanza del difetto di giurisdizione

L'art. 11 della legge n. 218/1995 sancisce la rilevanza del difetto di giurisdizione su istanza di parte o *ex officio*, da parte del giudice. La distinzione ora tracciata opera sulla base della disposizione che distingue fra i casi in cui la proroga della giurisdizione convenzionale (ossia per accordo fra le parti) è ammessa e i casi in cui la stessa non è ammessa. Talché, solo con riferimento ai primi la rilevanza del difetto di giurisdizione appare ammissibile, in ogni stato e grado del giudizio, su istanza di parte e si attua solo con riguardo al convenuto formalmente convenuto in giudizio che non abbia espressamente o tacitamente accettato la giurisdizione italiana.

Il giudice invece potrà rilevare il difetto di giurisdizione, anch'esso in ogni stato e grado del giudizio, nelle seguenti ipotesi: se il convenuto è contumace; se ricorre l'ipotesi relativa all'art. 5 che esclude *ex lege* la sussistenza della giu-

risdizione straniera con riguardo alle domande concernenti azioni reali, ovvero aventi ad oggetti diritti reali e beni immobili situati all'estero; se ciò, infine, è previsto da una norma internazionale, ad es. da quelle sull'immunità degli Stati stranieri e dei loro organi.

16. I mezzi di risoluzione delle controversie connotate da estraneità "alternativi" alla giurisdizione statale: le c.d. ADR

Uno dei settori nel quale il d.i.pr. ha registrato un recente e interessante sviluppo è quello relativo ai mezzi alternativi di risoluzione delle controversie o RAC, secondo l'acronimo italiano o ADR secondo il più noto acronimo anglosassone, fra i quali spiccano la mediazione e la conciliazione. Fino agli anni '80 in questo settore, non esisteva negli ordinamenti nazionali – compreso il nostro – una disciplina dedicata a questo strumento non solo per le controversie connotate da estraneità, ma neanche per controversie comuni.

È soltanto sul piano internazionale e, in particolare, nell'ambito dell'Unione Europea che – come vedremo meglio in seguito⁶⁶ – la questione di una disciplina *ad hoc* per le situazioni internazionalprivatistiche (e le loro specifiche esigenze) ha cominciato a porsi e a produrre i primi risultati in termini di una sua disciplina.

Come già accaduto in passato per altri settori ed istituti del d.i.pr., la cooperazione fra gli Stati si è venuta configurando come lo strumento più adeguato per affrontare una questione così delicata: solo un'azione concertata fra gli Stati, in effetti, poteva portare all'elaborazione di una disciplina *ad hoc* della mediazione adeguata alla specificità di questo tipo di controversie e uniformemente applicabile negli ordinamenti di tali Stati⁶⁷, al fine di garantire una maggiore equità nella loro risoluzione delle stesse e di superare i problemi tipicamente connessi alla diversità dei d.i.pr. nazionali fra i quali, in primo luogo, il *forum shopping*.

Una tale iniziativa, seppur meritoria sul piano teorico si è rivelata piuttosto deludente sul piano pratico: come si avrà modo di accertare⁶⁸, infatti, l'enfasi posta sulla necessità e utilità di ricorrere al diritto internazionale per la rego-

⁶⁶ *Infra*, par. 4.

⁶⁷ Sulle ruoli del diritto internazionale uniforme nello sviluppo del d.i.pr. v. BARIATTI, *L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme* cit.

⁶⁸ V. *infra*, parr. 5 e 6.

lamentazione della materia non ha ottenuto il dovuto seguito in fase di redazione e attuazione delle misure adottate negli ordinamenti degli Stati. Essa, inoltre, ha sollevato numerosi problemi circa la sua compatibilità, sia formale che sostanziale, con i sistemi giuridici vigenti. A ben guardare, infatti, l'adozione di una normativa internazionale in materia di mediazione per le controversie connotate da estraneità ha dato luogo, oltre che ai tradizionali problemi connessi alla disciplina del d.i.pr. a mezzo di una fonte del diritto internazionale, anche a problemi nuovi inerenti la peculiarità dell'istituto in esame.

Prima, tuttavia, di passare ad approfondire tali problemi e per poterli apprezzare nella loro interezza, conviene dare uno sguardo alle normative internazionali che risultano essere state adottate nella materia.

17. La disciplina della “mediazione”. Le iniziative delle organizzazioni internazionali di carattere mondiale

La disciplina delle ADR e, in particolare, della mediazione si è potuta realizzare sul piano internazionale per iniziativa di alcune organizzazioni internazionali. Fra queste possono distinguersi, organizzazioni di carattere universale del calibro dell'UNCITRAL (*United Nations Commission on Trade International Trade Law*), del Comitato Economico e Sociale dell'ONU, della WIPO (*World Intellectual Property Organization*) e della ICC (*International Commerce Chamber*). Possono altresì distinguersi organizzazioni di carattere regionale – specificamente europeo – quali il CdE (*Consiglio d'Europa*), l'OCSE (*Organizzazione sulla Cooperazione e Sicurezza in Europa*) e, naturalmente, la UE (*Unione Europea*).

Le prime azioni sono state attuate, nella materia, da parte delle organizzazioni di scala universale (nella specie, UNCITRAL⁶⁹, WIPO⁷⁰, ICC⁷¹). Queste,

⁶⁹ La *Model Law on International Commercial Conciliation* è stata adottata dalla Commissione UNCITRAL ed approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con Risoluzione A/RES/57/18 del 19 novembre 2002 (in www.uncitral.org). Essa viene ad affiancare le *Conciliation Rules*, adottate il 4 dicembre 1980 dall'Assemblea Generale con Risoluzione 35/52 Sull'argomento v. R.N. DOBBINS, *UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation: From a Topic of Possible Discussion to Approval by the General Assembly*, in *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 2003, p. 529 ss., in <http://digitalcommons.pepperdine.edu/drlj/vol3/iss3/5>.

⁷⁰ La WIPO, attraverso la WIPO Arbitration e Mediation Center, ha adottato le *WIPO Mediation Rules* (in www.wipo.int/am/en/mediation/rules/index.html).

in tal modo, hanno svolto un ruolo propulsivo nella materia⁷², da un lato, promuovendo l'istituto della mediazione fra gli Stati e, dall'altro, favorendo una partecipazione con il più alto numero possibile degli stessi, tanto nell'elaborazione quanto nell'attuazione della normativa destinata a disciplinare l'istituto. Tale disciplina – pur limitandosi all'introduzione di pochi obblighi, peraltro di basso tenore normativo – è stata in grado di assicurare una base giuridica di partenza nella materia⁷³.

Le normative adottate dalle organizzazioni universali in esame hanno, generalmente, portata settoriale, in corrispondenza delle finalità istituzionali degli stessi organismi internazionali che ne hanno promosso l'adozione: esse, pertanto, riguardano le controversie nel settore commerciale nel caso dell'UNCITRAL e della ICC, le controversie nel settore della proprietà intellettuale nel caso della WIPO.

Il termine utilizzato da queste normative – come già accennato⁷⁴ – per designare la procedura oggetto della loro disciplina è quello di *mediation*⁷⁵ al quale vengono equiparati altri termini, fra i quali anche quello di *conciliation*⁷⁶.

Venendo al dettaglio dei suoi contenuti, la normativa in parola mostra di aver tenuto presenti e di voler valorizzare tutti gli aspetti essenziali dell'istituto:

⁷¹ La ICC ha adottato le *ICC ADR Rules* (in www.iccwbo.org).

⁷² Sulla circostanza che la normativa universale sia servita da modello per l'adozione della normativa statale e di quella dell'UE v. E.M. APPIANO, *Brevi note al Modello di legge uniforme UNCITRAL sulla conciliazione/mediazione delle controversie commerciali internazionali*, Contratto e Impresa/Europa, 2003, p. 1341 ss.; C. MOSCA, *La mediazione ex Decreto 28/10: sua contestualizzazione nell'ambito del movimento ADR e profili critici*, Treviso, Tiaki, 2011, p. 59; C. VACCÀ, M. MARTELLO, *La mediazione delle controversie*, Milano, IPSOA, 2010, pp. 28, 61.

⁷³ Critico sui livelli di disciplina conseguiti, in particolare, in seno all'UNCITRAL, appare MOSCA, *La mediazione ex Decreto 28/10 cit.*, pp. 58-59.

⁷⁴ *Supra*, par. 3.

⁷⁵ Così, innanzitutto, le *WIPO Mediation Rules*.

⁷⁶ Così le *ICC ADR Rules* che, seppur destinate a regolare le ADR, nel testo (*Preamble*) riconoscono che «in the absence of an agreement of the parties on a settlement technique, *mediation* shall be used under the Rules»; ma anche la *Model Law UNCITRAL*, che pur essendo intitolata alla *Commercial Conciliation*, all'art. 1.3 tende ad assimilare questa con altre definizioni, fra le quali, *in primis*, quella di mediazione: «for the purposes of this Law, “conciliation” means a process, whether referred to by the expression conciliation, mediation or an expression of similar import, whereby parties request a third person or persons (“the conciliator”) to assist them in their attempt to reach an amicable settlement of their dispute arising out of or relating to a contractual or other legal relationship». Ciò, che, secondo la dottrina (v. E.M. APPIANO, *I sistemi A.D.R. nell'ottica del legislatore comunitario*, in *Contratto e Impresa, Europa*, 1/2009, pp. 62-63 e nota 15; VACCÀ, MARTELLO, *La mediazione delle controversie cit.*, p. 28) denota l'intercambiabilità delle due definizioni di mediazione e conciliazione.

il suo carattere volontario, che rende le parti sempre libere di decidere se partecipare alla mediazione oppure interromperla definitivamente in qualsiasi momento, senza subire alcun pregiudizio⁷⁷; il suo carattere alternativo rispetto agli strumenti contenziosi a disposizione dei litiganti, conservando questi ultimi la piena libertà di adire come e quando credono i giudici o gli arbitri competenti⁷⁸; l'imparzialità del terzo e il suo compito di facilitare, anziché coartare, la volontà delle parti nella risoluzione della controversia⁷⁹; la riservatezza, fondamentale per consentire alle parti di esprimersi liberamente durante la procedura, eliminando il timore che le dichiarazioni rese in tale contesto possano successivamente ritorcersi contro di esse in sede giudiziaria⁸⁰.

Con riguardo, poi, alle controversie soggette all'applicazione della disciplina, in linea di principio non risulta esservi distinzione fra controversie connotate da estraneità e controversie pienamente interne⁸¹. Solo la normativa adottata in ambito UNCITRAL si dichiara specificamente destinata a regolare la mediazione nelle controversie connotate da estraneità, facendo tuttavia salva l'ipotesi che gli Stati al momento della ratifica (art. 1.1), o le parti private all'atto della scelta di ricorrere alla mediazione⁸², decidano di estenderla anche

⁷⁷ Si vedano in tal senso gli artt. 2-3 delle *ICC ADR Rules*; gli artt. 3-8 delle *WIPO Mediation Rules*; gli artt. 4-5 della *Model Law UNCITRAL*.

⁷⁸ Si veda, in tal senso, l'art. 13 della *Model Law UNCITRAL* che mette ben in evidenza come la mediazione non possa spingersi al punto di privare il singolo del diritto alla protezione giurisdizionale dello Stato.

⁷⁹ Si vedano in tal senso gli artt. 5 delle *ICC ADR Rules*; gli artt. 9-13 delle *WIPO Mediation Rules*; gli artt. 1, 6-10 della *Model Law UNCITRAL* quest'ultima è assai esplicita nel dichiarare che «The conciliator does not have the authority to impose upon the parties a solution to the dispute» (art. 1.3).

⁸⁰ Si vedano, al riguardo, gli artt. 5-7 delle *ICC ADR Rules*; gli artt. 14-17 delle *WIPO Mediation Rules*; gli artt. 6-10 della *Model Law UNCITRAL*.

⁸¹ Se le *WIPO Mediation Rules* non fanno neppure menzione circa una possibile distinzione fra le due diverse categorie di controversie, le *ICC ADR Rules* all'art. 1 precisano, invece, che «all business disputes, whether or not of an international character, may be referred to ADR proceedings pursuant these rules».

⁸² Va osservato che, dalla lettura della normativa in questione, si evince l'intento di valorizzare il principio dell'autonomia delle parti, in linea con l'obiettivo di promuovere la mediazione quale scelta volontaria di risoluzione delle controversie: in particolare, ciò emerge dalla *Model Law UNCITRAL* che rimette alle parti, oltre che la decisione di applicare la propria disciplina stabilendo se una controversia sia internazionale o meno (art. 1.1 citato), anche la decisione di estendere l'applicazione della disciplina alle controversie interne (art. 1.6 che testualmente recita «this Law applies to international commercial conciliation (...) This Law also applies to a commercial conciliation when the parties agree that the conciliation is international or agree to the applicability of this Law»).

alle controversie pienamente interne. È evidente che la mancanza di una qualsiasi disciplina della mediazione negli Stati membri ha contribuito a togliere significato alla distinzione fra le due categorie di controversie, consigliando di rendere, la normativa adottata, applicabile ad un numero quanto più elevato di controversie.

L'intento, espressamente enunciato nella normativa di cui si tratta⁸³, di conferire carattere uniforme alla normativa in esame è apparso vanificato dalla diversità fra gli ordinamenti statali vincolati alla sua attuazione, specie in relazione ad aspetti cruciali della mediazione, qual è quello relativo al riconoscimento reciproco delle transazioni private conseguenti alla mediazione⁸⁴.

18. Segue: Le iniziative delle organizzazioni internazionali di carattere regionale, in particolare, dell'Unione europea

Contrariamente a quanto fosse lecito attendersi, le iniziative condotte a livello delle organizzazioni europee – e, in particolare, dell'Unione europea – non hanno prodotto risultati più soddisfacenti, rispetto a quelli realizzati dalle organizzazioni di stampo universale né con riguardo ad un ampliamento della sua portata, né con riguardo agli strumenti diretti a renderne uniforme la sua applicazione negli ordinamenti degli Stati interessati.

La prima organizzazione europea che si è occupata di mediazione è stata il Consiglio d'Europa. Risale al 2002 la Raccomandazione Rec (2002)10 del Comitato dei Ministri agli Stati membri in materia di mediazione civile. Si tratta di un atto privo di valore vincolante che mira ad incoraggiare gli Stati ad adottare volontariamente misure dirette a rendere applicabile la mediazione specie

⁸³ V., nel senso ora indicato, l'art. 2 della *Model Law* dell'UNCITRAL che dichiara: «in the interpretation of this Law regard is to be had to its International origin and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith».

⁸⁴ I risultati, pertanto, appaiono assai limitati: si v. esemplificativamente l'art. 14 sull'«*Enforceability of settlement agreement*» della *Model Law* UNCITRAL, secondo cui «if the parties conclude an agreement settling a dispute, that settlement agreement is binding and enforceable ... [the enacting State may insert a description of the method of enforcing settlement agreements or refer to provisions governing such enforcement]». Una nota al citato art. 14 aggiunge poi: «when implementing the procedure for enforcement of settlement agreement, an enacting State may consider the possibility of such a procedure being mandatory».

nelle controversie matrimoniali “internazionali”⁸⁵. Questa iniziativa ha certamente fatto da sponda al radicamento e alla diffusione della cultura della mediazione in Europa.

È però nell'ambito di un'altra nota e consolidata organizzazione europea, e cioè dell'Unione europea, che è stato adottato il primo atto giuridicamente obbligatorio nella materia. In tal senso, si è dovuta attendere una modifica dei Trattati istitutivi affinché l'Unione fosse legittimata ad adottare – a mezzo delle sue Istituzioni – ad adottare misure in materia di diritto internazionale privato e processuale a mezzo di atti di diritto comunitario derivato. In particolare, è con il Trattato di Lisbona del 2007 che l'Unione ha ottenuto la competenza normativa nel settore della risoluzione alternativa delle controversie (ADR)⁸⁶. L'azione normativa fino ad oggi svolta in questo settore dalla UE, tuttavia, ha prodotto risultati alquanto modesti⁸⁷, rispetto ai quali l'originalità di tale organizzazione dovuta, in particolare, al livello di integrazione che notoriamente caratterizza il rapporto fra i suoi Stati membri non ha avuto modo di esprimersi.

La normativa accolta nella Direttiva 2008/52⁸⁸, infatti, non si è spinta oltre l'elaborazione di uno *standard* normativo minimo, caratterizzato dalla formu-

⁸⁵ Nel senso ora indicato, la Raccomandazione di cui si tratta incoraggia gli Stati ad introdurre «mechanisms to promote the use of mediation to resolve issues with an International element» e, inoltre, promuove la «co-operation between existing services (...) in civil matters with a view to facilitating the use of International mediation».

⁸⁶ Attualmente, dunque, il fondamento normativo di tale competenza risiede nell'art. 81 del TFUE che al riguardo stabilisce: «il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano, in particolare, se necessario al buon funzionamento del mercato interno, misure volte a garantire: (...) g) lo sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie».

⁸⁷ Così G. ROSSOLILLO, *I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR) tra diritto comunitario e diritto internazionale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, p. 363 ss.

⁸⁸ Citata *supra*, par. 1.1, nota 12. La direttiva in esame è stata oggetto di numerosi commenti, fra i quali: M.F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/CE)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 372 ss.; PERA, RICCIO, *Mediazione e conciliazione* cit., spec. p. 71 ss.; ROSSOLILLO, *I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie* cit., p. 352 ss.; S. STICCHI DAMIANI, *Rimedi non giurisdizionali a tutela del consumatore, la rete SOLVIT, la direttiva sulla mediazione in materia civile e commerciale: è possibile enucleare una nozione comunitaria di ADR? (Profili di continuità nella disciplina comunitaria)*, in *www.ildirittoamministrativo.it*; N. TROCKER, A. DE LUCA (a cura di), *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE*, Firenze, University Press, 2011. Il suo contenuto è stato oggetto di esame anche in relazione all'attuazione che di essa ha dato lo Stato italiano: P. GIANNITI, R. PICCIONE, *La mediazione professionale degli ADR*, Torino, Utet, 2012, p. 121 ss.

lazione di pochi principi generali che, per certi aspetti, replicano la citata *Model Law* dell'UNCITRAL, per altri aspetti, invece, appaiono lacunosi anche rispetto a questa⁸⁹. Basti solo dire, al riguardo, che la materia è stata regolata a mezzo di una Direttiva che impegna gli Stati membri (ad eccezione della Danimarca, come previsto dall'art. 1, par. 3 della Direttiva) ad introdurre l'istituto limitatamente ad alcuni settori materiali (civile e commerciale) e al rispetto di pochi obblighi che lasciano agli stessi un'ampia libertà di iniziativa in ordine alla loro attuazione.

Entrando nel merito dei contenuti, la Direttiva con riguardo alla definizione dell'istituto oggetto della sua disciplina, utilizza (come la normativa UNCITRAL) il termine di "mediazione" anche se il suo fine dichiarato (art. 13. a)) appare volto a regolare «un procedimento strutturato indipendentemente dalla sua denominazione». Essa ulteriormente sottolinea l'inidoneità del suo istituto ad interferire con il carattere volontario della mediazione (art. 3, a)) e ne precisa la distinzione dai «tentativi messi in atto dall'organo giurisdizionale o dal giudice aditi (...) nell'ambito del procedimento giudiziario»⁹⁰.

Anche la Direttiva comunitaria, come quella universale, pur essendo destinata alle controversie connotate da estraneità, appare applicabile anche a quelle comuni per iniziativa degli Stati membri (ma non anche delle parti private) in sede di attuazione della Direttiva stessa⁹¹.

Anche con riguardo ad altri due aspetti rilevanti, quello della procedura di riconoscimento e di esecuzione degli accordi transattivi delle parti e quello della competenza dei mediatori – che, viceversa, avrebbero potuto essere punti strategicamente qualificanti della normativa adottata, valorizzandone da un

⁸⁹ Per un esame della normativa UE in confronto a quella UNCITRAL v. AA.VV., *La mediazione nelle liti civili e commerciali*, Milano, Giuffrè, 2011, spec. p. 102 ss.

⁹⁰ V. nello stesso senso anche l'11° Considerando.

⁹¹ Recita in proposito l'8° Considerando che «nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti interni». Una tale soluzione ha superato le obiezioni a suo tempo mosse dal Consiglio in relazione al fatto che la Direttiva non potesse disporre essa stessa un'estensione del proprio contenuto alle controversie di diritto comune, posto che il suo fondamento giuridico riguardasse solo le controversie oggetto del *dip* (in proposito v. ROSSOLILLO, *I mezzi alternativi* cit., pp. 357-358). Del resto, sono molti gli Stati membri, fra i quali il nostro, che in sede di attuazione della Direttiva di cui si tratta ne hanno esteso l'applicazione alle controversie completamente interne. Circa, invece, il diverso problema della competenza della Corte di giustizia a pronunciarsi interpretando l'applicazione della Direttiva in relazione a queste ultime controversie, chiarificatore, in senso affermativo di tale competenza, appare il parere reso dalla Commissione europea nelle sue Osservazioni scritte del 2 aprile 2012 presentate nella causa C-492/11 avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Giudice di Pace di Mercato S. Severino, citata *supra*, al par. 1.1, nota 2 e al par. 2.

lato, la sua idoneità a disciplinare efficacemente le controversie connotate da estraneità rispetto a quelle comuni e, dall'altro, la portata regionale della sua disciplina rispetto a quella universale – la Direttiva non raggiunge risultati più soddisfacenti. Essa si limita, infatti, a stabilire poche misure di carattere essenziale che lasciano agli Stati ampi margini di discrezionalità in sede di attuazione, vanificando in tal senso l'obiettivo non solo di uniformare ma, altresì, di armonizzare lo stesso diritto vigente in materia negli Stati membri. Sotto il primo profilo, la Direttiva – nel subordinare l'esecuzione degli accordi transattivi alla circostanza che essi «siano stati resi esecutivi nello Stato membro in cui sono stati conclusi» – non fornisce alcuna garanzia che le parti possano effettivamente ottenere in uno Stato membro il riconoscimento e l'esecuzione di un contratto concluso in un altro Stato membro e ivi reso esecutivo. Si è ben lontani, evidentemente, dai meccanismi di automatismo che il diritto dell'Unione ha introdotto in tema di riconoscimento ed esecuzione dei provvedimenti giudiziari nel settore del *dip* riguardante i rapporti di famiglia e delle obbligazioni⁹². Sotto il secondo profilo, quello relativo alla competenza dei mediatori la Direttiva non fornisce alcun criterio orientato a rendere effettivo il suo carattere *alternativo* ai rimedi giurisdizionali al fine, da un lato, di agevolare la determinazione del mediatore competente e, dall'altro, di attenuare i problemi collegati alla conoscenza del diritto applicabile, almeno in ambito europeo.

Con riguardo poi all'aspetto relativo al coordinamento fra mediazione e processo, qui il carattere *alternativo* della mediazione risulta assicurato impegnando gli Stati membri a disciplinare questo istituto con misure che – sia in relazione alla sua obbligatorietà (art. 5.2), sia in relazione agli effetti che esso produce sui termini di prescrizione e decadenza processuali (art. 8) – garantiscano che il ricorso alla mediazione non pregiudichi il diritto delle parti alla tutela giurisdizionale (art. 1.1).

In definitiva, da questo rapido esame delle normative adottate in materia di mediazione, è dato riscontrare che la disciplina della mediazione non abbia registrato grandi differenze a seconda che essa sia stata adottata su scala uni-

⁹² Il riferimento è al Regolamento CE n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (in GUCE legge 12 del 16 gennaio 2001, p. 1) e al Regolamento CE n. 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale (in GUUE L. 338 del 23 dicembre 2003, p. 1). La Direttiva 52/2008, al 20° e 21° Considerando rinvia ai detti Regolamenti la determinazione del regime cui sono sottoposti gli accordi transattivi una volta ottenuto il riconoscimento giurisdizionale della loro efficacia esecutiva in uno Stato membro. Su questi aspetti si v. altresì ROSSOLILLO, *op. cit.*, pp. 361-362.

versale o regionale, posto che le organizzazioni internazionali attive nel settore si siano ugualmente limitate a promuovere l'istituto della mediazione negli ordinamenti degli Stati disciplinandone gli aspetti più caratteristici ed essenziali.

Una situazione questa che, certamente, paga il prezzo della grande distanza ancora esistente fra i sistemi giuridici vigenti negli ordinamenti dei diversi Stati interessati ma che, nel settore della cooperazione giudiziaria di cui si tratta, dimostra di non risparmiare neppure aree geografiche, come quella relativa all'Unione Europea che, nonostante si contraddistingua da tempo per l'elevato livello di integrazione esistente fra gli ordinamenti dei suoi Stati membri, nel settore di cui si tratta non è riuscita ad andare oltre i livelli minimi di disciplina realizzati su scala universale.

CAPITOLO VI

Il riconoscimento e l'efficacia delle sentenze e degli atti stranieri

SOMMARIO: 1. Il modello introdotto dal diritto comunitario. – 2. Le nozioni di “sentenza” e di “atto” dell'autorità straniera ai sensi della legge n. 218/1995. – 3. I requisiti relativi al riconoscimento di sentenze straniere: l'art. 64 della legge n. 218/1995. – 4. Il riconoscimento di provvedimenti stranieri ai sensi degli artt. 65 e 66 della legge n. 218/1995. – 5. Efficacia delle sentenze e provvedimenti stranieri oggetto del riconoscimento e procedura di contestazione dello stesso. – 6. *Segue*: Trascrizione, iscrizione e annotazione in pubblici registri di sentenze straniere.

1. Il modello introdotto dal diritto comunitario

Il gruppo di norme della legge n. 218/1995 relativo al riconoscimento ed efficacia delle sentenze e degli atti stranieri, così come quello innanzi esaminato relativo all'ambito della giurisdizione italiana, appare fortemente influenzato dalla normativa comunitaria che, all'epoca in cui la legge n. 218/1995 era in fase di redazione, risultava pienamente in vigore. Anzi, in questo specifico ambito normativo, il fenomeno già visto – in sede di esame della giurisdizione italiana¹ – relativo al dimensionamento e adattamento degli istituti tipici del diritto statale c.d. *comune* alla realtà internazionalprivatistica comunitaria si manifesta e si apprezza con grande evidenza: è qui, infatti, che la “comunitarizzazione” ha inciso maggiormente, rivisitando e innovando i tratti tipici del diritto interno degli Stati membri al fine di piegarli alle esigenze di cooperazione della realtà “comunitaria”, volta all'integrazione del mercato interno e all'uniformazione dei sistemi normativi degli Stati membri. Solo per citare il settore del “diritto di famiglia”²

¹ *Supra*, Cap. IV, par. 1.

² Sul tema, si vedano le riflessioni proposte in S.M. CARBONE, C. TUO, *Gli strumenti di diritto dell'Unione europea in materia di famiglia e il trattato di Lisbona*, in *Studi integr. eur.*, 2010, n. 2, pp. 301-324.

occorre qui ricordare il Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il Regolamento (CE) n. 1347/2000³.

Una situazione, questa, che ha mostrato i suoi effetti già in sede di riforma del d.i.pr. italiano, orientando la formulazione delle norme destinate a disciplinare il riconoscimento e l'efficacia delle decisioni giudiziarie straniere che sono quindi confluite nella legge n. 218/1995: e ciò non solo con riguardo con riguardo alle decisioni emesse in Stati *diversi* da quelli rientranti nell'orbita comunitaria ma anche in questi ultimi, relativamente ai settori lasciati scoperti dai rapporti di reciproca collaborazione. A tale riguardo va detto che la nozione dei singoli istituti che vengono in rilievo nella materia non è definita direttamente dalla legge n. 218/1995, ma si desume dal trattamento giuridico agli stessi riservato dalla medesima legge e dalla Relazione ministeriale che la accompagna.

Vale osservare, che a prescindere dai risultati raggiunti a livello comunitario, nella prassi gli Stati – ispirandosi sia ad un generale principio di collaborazione internazionale, sia ad un principio di economia processuale – tendono a favorire il riconoscimento e, quindi, l'attuazione delle sentenze di giudici stranieri con meccanismi di automatismo che escludono il radicamento di un *nuovo* processo. Pochi sono, pertanto, attualmente quegli Stati che negano valore ai giudizi di altri Stati con la conseguenza di procedere, *ex novo*, ad un giudizio in tutto regolato dal proprio ordinamento⁴.

Nel periodo precedente alla riforma, in Italia questa ipotesi dava luogo ad un giudizio detto «di delibazione» (*ex artt. 794 c.p.c.*) (detto di «*exequatur*»)

³ Gazz. Uff. n. legge 338 del 23 dicembre 2003.

⁴ Recita con riguardo agli aspetti qui considerati il disposto del citato Regolamento (CE) n. 2201/2003 all'art. 21 sul "Riconoscimento delle decisioni": «1. Le decisioni pronunciate in uno Stato membro sono riconosciute negli altri Stati membri senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento. 2. In particolare, e fatto salvo il paragrafo 3, non è necessario alcun procedimento per l'aggiornamento delle iscrizioni nello stato civile di uno Stato membro a seguito di una decisione di divorzio, separazione personale dei coniugi o annullamento del matrimonio pronunciata in un altro Stato membro, contro la quale non sia più possibile proporre impugnazione secondo la legge di detto Stato membro. 3. Fatta salva la sezione 4 del presente capo, ogni parte interessata può far dichiarare, secondo il procedimento di cui alla sezione 2, che la decisione deve essere o non può essere riconosciuta. La competenza territoriale degli organi giurisdizionali indicati nell'elenco, comunicato da ciascuno Stato membro alla Commissione conformemente all'articolo 68, è determinata dal diritto interno dello Stato membro nel quale è proposta l'istanza di riconoscimento o di non riconoscimento. 4. Se il riconoscimento di una decisione è richiesto in via incidentale dinanzi ad una autorità giurisdizionale di uno Stato membro, questa può decidere al riguardo. Il successivo art. 26 relativo al "Divieto di riesame del merito", inoltre, aggiunge: «In nessun caso la decisione può formare oggetto di un riesame del merito».

per alludere ad un procedimento interno di verifica della sussistenza, nelle sentenze straniere, di quelle condizioni necessarie ai fini del loro riconoscimento e applicazione nel nostro Stato. Sulla scorta dell'esperienza tracciata dalla normativa comunitaria, oggi nel nostro Paese si instaura un procedimento giudiziario *ad hoc* «solo quando le parti dissentono intorno all'efficacia in Italia della sentenza straniera, mentre nel caso di efficacia riconosciuta anche spontaneamente dalle parti non vi è ragione di instaurare un apposito processo»⁵.

2. Le nozioni di “sentenza” e di “atto” dell'autorità straniera ai sensi della legge n. 218/1995

La legge n. 218/1995 distingue le norme destinate a regolare la materia di cui si tratta, in diverse categorie: quelle riguardanti le sentenze e i provvedimenti di volontaria giurisdizione stranieri, quelle riguardanti gli atti pubblici ricevuti all'estero.

Partendo dai primi due gruppi di atti citati, va chiarito il concetto di estraneità degli stessi rispetto al nostro ordinamento. Nel silenzio della legge, soccorre la Relazione ministeriale che distingue le sentenze e gli atti stranieri a seconda che siano stati emanati dentro o fuori il territorio italiano. In particolare, secondo la detta Relazione deve intendersi “straniero” ogni provvedimento che “provenga da un'autorità giudiziaria non italiana o da un organo comune a due o più Stati stranieri e si sia pronunciato fuori dal territorio della Repubblica, oppure anche nel territorio italiano se emanato da autorità straniere in materie loro riservate o consentite dalle convenzioni o consuetudini internazionali”. Rientrano fra i provvedimenti di organi stranieri emessi in territorio italiano anche quelli adottati, ai sensi del diritto internazionale (pubblico), dalle autorità consolari straniere in materia di giurisdizione volontaria.

Circa invece il significato da attribuire alla nozione di “sentenza”, si considera tale, alla luce della Relazione ministeriale, l'atto che abbia deciso un processo il quale, per il suo contenuto, se si fosse svolto in Italia si sarebbe appunto concluso con una sentenza. È altresì tale il provvedimento straniero che abbia per effetto “la costituzione, la modifica o l'estinzione di diritto soggettivi, di una capacità o di una situazione personale”. Va tuttavia precisato che, in materia di volontaria giurisdizione, il legislatore ha ritenuto opportuno introdurre un'apposita norma che ne disciplini il riconoscimento automatico delle sentenze.

⁵ Così la Relazione ministeriale di accompagnamento alla legge n. 218/1995 che, in tal senso, rende esplicito il principio di automatismo cui si essa appare ispirata.

Infine, con riguardo alla nozione di “autorità” da cui emana il provvedimento straniero di cui si discute, posto che quest’ultimo possa avere anche carattere amministrativo, va inteso che essa sia riferibile ad una pubblica autorità che, seppure non identificabile con quella giudiziaria, operi “in materie che in Italia sono trattate dal giudice e decise con sentenza”.

3. I requisiti relativi al riconoscimento di sentenze straniere: l’art. 64 della legge n. 218/1995

L’art. 64 della legge n. 218/1995 prevede – a differenza della normativa comunitaria nella stessa materia che, invece, stabilisce gli *ostacoli* o preclusioni al riconoscimento, ossia gli elementi che ne impediscono il conseguimento – i *requisiti* necessari al riconoscimento delle sentenze straniere. Esso si articola in 7 lettere recante ciascuna un requisito che deve essere posseduto dalla sentenza straniera e risulta descritto così come qui di seguito riportato. Il primo di questi requisiti necessari alla sentenza straniera sottoposta al riconoscimento è previsto alla Lettera a) e richiede che «il giudice che l’ha pronunciata poteva conoscere della causa secondo i principi sulla *competenza* giurisdizionale propri dell’ordinamento italiano». Mentre la normativa comunitaria esclude, per ragioni connesse alla fase di avanzata cooperazione fra gli Stati membri, di dover prendere in considerazione ogni eventuale controllo relativo alla *competenza* del giudice *a quo*, la legge italiana invece ha dato rilevanza a questo aspetto considerando necessario controllare che il provvedimento straniero provenga dal giudice di un ordinamento col quale la causa presentava un significativo collegamento, di quelli, per intenderci – relativi al convenuto, o alla materia, o al territorio – specificamente indicati all’art. 3 legge n. 128/1995 ai fini della determinazione, in casi analoghi, della competenza del giudice italiano. In altri termini, la c.d. «giurisdizione internazionale del giudice straniero» dovrà essere valutata, ai sensi dell’art. 64 lett. a), alla stregua delle norme italiane che determinano la «giurisdizione internazionale del giudice italiano».

Il secondo e il terzo requisito cui è subordinato il riconoscimento della sentenza straniera attengono a questioni attinenti alle *garanzie* di regolare svolgimento del processo straniero e a conclusione del quale è stata emessa la sentenza. Esattamente, essi così recitano:

Lettera b) «L’*atto introduttivo* del giudizio è stato portato a conoscenza del convenuto in conformità a quanto previsto dalla *legge del luogo dove si è svolto il processo* e non sono stati violati i diritti essenziali della *difesa*».

Lettera c) «Le parti si sono costituite in giudizio secondo la *legge del luogo*

dove si è svolto il processo o la *contumacia* è stata dichiarata in conformità a tale legge».

Il primo dei requisiti indicati concerne la regolarità e correttezza della *notifica* con cui si porta a conoscenza del convenuto l'atto di radicamento del processo. Una tale regolarità dovrà essere stabilita alla luce della legge del luogo in cui si svolge il processo. Alla luce della stessa legge dovrà altresì essere verificato il secondo dei requisiti individuati ossia la corretta instaurazione del *contraddittorio*: ciò che significa, in primo luogo, che è in conformità alla medesima legge che dovrà essere attestata la regolare costituzione delle parti in giudizio o, eventualmente, *dichiarata* la contumacia delle stesse parti. Ma soprattutto ciò significa che in base alla legge del luogo in cui si svolge il processo dovrà essere accertato il *rispetto dei diritti della difesa*.

Ulteriormente, la Lettera d) subordina il riconoscimento in Italia della sentenza straniera alla circostanza che essa sia «passata in giudicato secondo la legge del luogo in cui è stata pronunciata». Si tratta di un requisito che traccia un solco rispetto alla normativa vigente nel nostro Paese in virtù dei regolamenti comunitari: questi infatti hanno attribuito efficacia in tutto lo spazio comunitario anche alle sentenze *non definitive*. Anche in questo caso la legge n. 218/1995 impone che all'«autorità della cosa giudicata», e cioè al giudizio definitivo, si pervenga in base alla legge dello Stato estero.

L'art. 64 di cui si tratta alla lettera e) dispone, inoltre, che la sentenza straniera non sia «contraria ad altra sentenza pronunciata da un giudice italiano passata in giudicato». Si tratta di una clausola di salvaguardia della coerenza dell'ordinamento italiano: ciò si deduce, in particolare, dalla circostanza che il riferimento alle sentenze passate in giudicato riguarda, esclusivamente, quelle italiane. Poiché la citata disposizione insieme a quella successiva parlano l'una di sentenza contraria e l'altra di sentenza avente il medesimo oggetto, la dottrina ritiene di essere in presenza di due elementi concordanti (rafforzati, peraltro, dal dato comunitario) che inducono a ritenere che al riconoscimento di una sentenza straniera si opponga non solo l'esistenza di una sentenza italiana su una controversia identica (parti e *causa petendi*), ma anche un giudicato italiano logicamente in contrasto con essa.

La lettera f) richiede, inoltre, che «Non pend[a] un processo davanti a un giudice italiano per il medesimo oggetto e fra le stesse parti». Nell'ambito di questa disposizione (collegata all'ipotesi della litispendenza) si fa prevalere un dato cronologico: ossia che la medesima controversia sia stata anteriormente radicata davanti ad un giudice italiano. Si tratta di una soluzione, quella ora vista, che facendo perno su un elemento temporale mira ad evitare che la parte, rimasta soccombente di fronte al giudice straniero, possa radicare un giudizio in Italia nella prospettiva che la decisione venga ribaltata a suo favore.

Infine, la lettera g) condiziona il riconoscimento della sentenza straniera alla circostanza che «le sue disposizioni non producano effetti contrari all'ordine pubblico». Si tratta della previsione di uno strumento di carattere tipicamente "internazionalprivatistico", diretto ad impedire il riconoscimento in Italia di atti – nel caso di specie, di sentenze – recanti valori, regole ed interessi in contrasto con i valori fondamentali e prevalenti del nostro ordinamento e che ha le stesse caratteristiche di garanzia e applicazione dello stesso istituto posto a salvaguardia del nostro ordinamento nell'ambito della normativa relativa alla determinazione del diritto (straniero) applicabile. Valgono pertanto le stesse considerazioni svolte in quella sede, tanto con riguardo ai valori protetti quanto al gravoso compito del giudice circa l'individuarli e farli valere. Con riguardo piuttosto al tempo in cui l'ordine pubblico deve essere eccepito si ritiene questo debba essere⁶ quello del riconoscimento in Italia e non quello di emissione della sentenza nel Paese straniero. Si osserva in proposito la tendenza⁷ a ritenere che, contrari all'ordine pubblico italiano, non debbano essere tanto la sentenza (o l'attività processuale che ha condotto alla stessa), bensì *gli effetti* che questa produrrebbe in contrasto con i valori di fondo del nostro ordinamento. Peraltro, il contenuto di questa norma non autorizza il giudice italiano ad effettuare un riesame nel merito della sentenza straniera: nemmeno il regime precedente (l'abrogato art. 797 c.p.c.) autorizzava una tale attività giudiziaria.

Restano da affrontare le conseguenze relative alla rilevazione di uno dei difetti della sentenza straniera fin qui descritti. La rilevata mancanza anche solo di uno dei su elencati requisiti comporta che la richiesta di riconoscimento avanzata davanti al giudice italiano si chiuda con il *rifiuto*, da parte dello stesso, al riconoscimento; rifiuto che si formalizza in una *decisione* attestante, in modo preciso, l'assenza di uno dei requisiti richiesti.

In tal senso si usa dire che la sentenza straniera non può "svolgere i suoi effetti in Italia"⁸ per dire che essa non può ricevere applicazione nel nostro Paese e il suo dispositivo non può dar luogo alle conseguenze pratiche in essa previste. Per quanto concerne, poi, la fattispecie oggetto di contrasto fra le parti, posto che per l'Italia essa resta irrisolta, occorre che le parti instaurino un *nuovo* processo davanti al giudice italiano, rimettendo in discussione il merito della causa secondo le norme vigenti nell'ordinamento italiano, comprese quelle sulla giurisdizione italiana fin qui esaminate: affinché, infatti, il processo possa ra-

⁶ V. Cass. 5 maggio 1989, n. 2102.

⁷ V. App. Milano 28 dicembre 1999.

⁸ Su questi aspetti v. M. MARESCA, *Artt. 64, 65, 66*, in BARIATTI, *Legge 31 maggio 1995, n. 218. Commentario cit.*, p. 1460 ss.

dicarsi davanti al giudice italiano occorre, innanzitutto, che questi sia dichiarato competente alla luce e nei limiti delle disposizioni del d.i.pr. sulla determinazione della giurisdizione italiana.

4. Il riconoscimento di provvedimenti stranieri ai sensi degli artt. 65 e 66 della legge n. 218/1995

Il legislatore della legge n. 218/1995 disciplina il riconoscimento e l'attuazione di atti stranieri anche in due altri articoli: l'art. 65 e l'art. 66. A dire il vero la previsione di questi ulteriori articoli ha dato luogo a problemi di coordinamento normativo dovuti, non solo fra le due norme in oggetto ma, altresì, fra le stesse e l'art. 64 ad esse precedente nella legge italiana. È stato osservato che, a differenza dell'articolo precedente, gli artt. 65 e 66 fanno riferimento alla nozione di provvedimenti anziché di sentenze. Una tale circostanza quindi secondo una parte della dottrina, dovrebbe essere interpretata nel senso che il legislatore con il concetto di "provvedimento" abbia inteso fare riferimento tanto alle sentenze, quanto agli atti stranieri peraltro nel settore specifico della volontaria giurisdizione. Questa interpretazione tuttavia non fugava i dubbi relativi ad una sovrapposizione dell'ambito di applicazione delle norme in oggetto.

Per evitare questo inconveniente, potrebbe pertanto ritenersi che l'art. 66 miri specificamente a regolare il riconoscimento di "provvedimenti stranieri di volontaria giurisdizione". In altre parole, il modo di procedere del nostro legislatore (con l'adozione sia di ampie formule concettuali, sia di più norme) potrebbe essere stato dettato dall'esigenza di prevenire l'insorgere di difficoltà, in sede di riconoscimento, collegate ad una eventuale difformità, fra l'ordinamento del foro e quello del richiamo, in relazione alla nomenclatura e al contenuto del provvedimento di cui si chiede il riconoscimento. Si osservi altresì che l'art. 65 ha formalizzato una prassi già esistente in ambito interno, orientata a ritenere che le sentenze in materia di capacità delle persone, di rapporti di famiglia e di diritti della personalità siano riconosciute *automaticamente*, in virtù del richiamo operato dalle norme di conflitto italiane all'ordinamento straniero nel quale esse hanno efficacia, a patto che in quest'ultimo ordinamento esse siano state emesse o nello stesso siano state riconosciute qualora emanate dal giudice di un terzo Stato. Questa forma di automatismo, che ai fini del riconoscimento attua un'apertura nei confronti dello Stato straniero (operando come una sorta di rinvio), è subordinata all'esistenza di due condizioni che corrispondono a due dei requisiti elencati all'art. 64: che gli effetti derivanti dalla sentenza straniera non siano contrastanti con l'ordine pubblico italiano; che nel corso del

processo straniero siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa. A queste due condizioni la dottrina ne aggiunge una terza, facendo leva in tal senso su un esplicito riferimento testuale esistente nella Relazione ministeriale: cioè che si tratti di sentenze passate in *giudicato*, ossia che siano già definitive con la conseguenza che le delicate materie (attinenti alla volontaria giurisdizione) oggetto delle stesse, in relazione alle situazioni e relazioni giuridiche che esse costituiscono, possano essere certe e insuscettibili di essere rimesse in discussione.

Mette altresì conto, in questa sede, osservare la funzione complementare, anziché derogatoria, dell'art. 65 rispetto all'art. 64: la limitazione infatti della applicazione del primo articolo a casi, residuali rispetto a quelli dell'art. 64 relativi alla capacità e allo *status* personali, è resa evidente dal riferimento nello stesso ai soli provvedimenti, nella materia descritta, «pronunziati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge» ossia dalle nostre norme di conflitto. L'accelerazione delle operazioni di riconoscimento determinate dall'automatismo accolto nell'art. 65 appare dovuta al carattere degli atti di volontaria giurisdizione, e quindi alla necessità di produrre un immediato effetto costitutivo delle delicate situazioni giuridiche soggettive in essi previste.

Quanto al disposto previsto dall'art. 66, e alle ipotesi di sovrapposizione che la sua enunciazione prospetta, va detto che esso si differenzia dal disposto dell'art. 65, per la circostanza di ammettere, al suo ultimo inciso, l'automatico riconoscimento di provvedimenti stranieri di volontaria giurisdizione purché essi siano stati «pronunziati da un'autorità che sia competente in base ai criteri corrispondenti a quelli propri dell'ordinamento italiano»: circostanza, questa, che riecheggia il requisito indicato alla lettera a) dell'art. 64, relativo all'ipotesi che la sentenza, di cui si richiede il riconoscimento, sia stata adottata da un giudice straniero che, pur essendo privo di competenza «internazionale» ai sensi del proprio ordinamento, sia tuttavia competente ai sensi dell'ordinamento italiano. L'ulteriore, e più importante, differenza esistente fra i due articoli da ultimo menzionati (art. 65 e art. 66) riguarda la formula ampia dagli stessi utilizzata per qualificare i provvedimenti oggetto di riconoscimento: in particolare, lo stesso generico riferimento ai «provvedimenti di volontaria giurisdizione» suona come un espediente diretto a prevenire i casi di difformità, esistenti fra il nostro Paese e il Paese richiamato dalle nostre norme di conflitto, attinenti non solo alla *nomenclatura* utilizzata per qualificare gli atti di cui si disciplina il regime di riconoscimento ma, altresì, attinenti alla *portata* del concetto di «volontaria giurisdizione» che, a fronte delle *eventuali* differenze fra Stato e Stato, non appare limitato a quelli specificamente descritti all'art. 65 (che sono relativi «alla capacità delle persone, ai rapporti di famiglia e ai diritti della personalità»).

5. Efficacia delle sentenze e provvedimenti stranieri oggetto del riconoscimento e procedura di contestazione dello stesso

Se, alla luce dell'analisi fin qui svolta può affermarsi che la legge italiana ammette il riconoscimento della sentenza e del provvedimento straniero «senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento» (artt. 64 e 66), tuttavia, deve osservarsi che la stessa legge prende in considerazione l'ipotesi che il riconoscimento degli atti stranieri di cui si discute possa essere oggetto di contestazione. Una siffatta iniziativa, che può essere intrapresa da ciascuna delle parti interessate (sia quella che intenda avvalersi degli effetti dell'atto, sia quella nei cui confronti tali effetti si intendono fare valere) ed è regolata dall'art. 67 della legge n. 218/1995, viene a configurare un'azione di accertamento che ha ad oggetto la verifica della sussistenza dei requisiti del riconoscimento, stabiliti dal citato art. 64. La richiesta di intervento dell'autorità giudiziaria italiana, ai sensi dell'art. 67, comma 1, è eventuale con riguardo ai casi di «*mancata ottemperanza* o di *contestazione* del riconoscimento della sentenza straniera o del provvedimento di volontaria giurisdizione»; è, invece, obbligatoria nei casi di esecuzione forzata (ovvero di attuazione coattiva) della sentenza o provvedimento straniero. In quest'ultimo senso, infatti, lo stesso art. 67, comma 2 include il provvedimento del giudice italiano che accoglie la domanda di accertamento di cui al comma 1, fra i *titoli* (fra i quali, la sentenza o il provvedimento straniero contestati) necessari per procedere all'attuazione ed esecuzione forzata. Competente a conoscere della domanda di accertamento è, ai sensi dello stesso art. 67, comma 1, la «Corte d'Appello del luogo di attuazione» della sentenza o del provvedimento straniero. La normativa in esame, tuttavia, non disciplina le modalità di svolgimento della procedura di cui si tratta. Pertanto, deve ritenersi che al riguardo debba farsi riferimento alle norme del nostro codice di procedura civile relative al procedimento di cognizione e verosimilmente a quelle che regolano i procedimenti speciali in materia di famiglia e stato delle persone a seconda che l'accertamento verta, rispettivamente, su una sentenza straniera o su un provvedimento straniero di volontaria giurisdizione.

Nel caso in cui il giudice si pronunci negativamente, la decisione italiana concernente il mancato riconoscimento di efficacia e la sentenza straniera dichiarata priva di efficacia impediscono ogni altra delibazione successiva (così in base alla Relazione ministeriale relativa alla legge n. 218/1995).

Il comma 3 dell'art. 67, infine, disciplina l'ipotesi in cui la contestazione del riconoscimento di una sentenza o di un provvedimento straniero sia effettuata non in via principale, bensì in via incidentale, nell'ambito cioè dello svolgimento di un processo rispetto al quale l'azione di accertamento può esercitare

effetti che vengono ad incidere sulla soluzione della causa principale. Di tutta evidenza, la disposizione in esame ha la funzione di spostare (ovvero di “attrarre”, anche in deroga ai criteri di competenza fissati al comma 1 dell’art. 67) la questione preliminare nell’ambito della sfera di competenza del giudice della causa principale, con riferimento alla quale, peraltro, appaiono circoscritti gli effetti della decisione di accertamento.

Legittimata, infine, a sollevare la questione preliminare relativa alla validità del riconoscimento della sentenza o del provvedimento straniero, sarà la parte che ha interesse ad escluderne l’efficacia.

6. Segue: Trascrizione, iscrizione e annotazione in pubblici registri di sentenze straniere

Si è posto in dubbio che il meccanismo previsto dall’art. 67 fosse sempre e comunque applicabile e che, conseguentemente, si prospettasse la necessità di ricorrere, sempre e comunque, all’autorità giudiziaria nello stesso articolo indicata (Corte d’Appello) in tutte le ipotesi in cui una sentenza straniera dovesse essere eseguita nel nostro Paese tramite trascrizione, iscrizione e annotazione nei pubblici registri.

Un tale dubbio ha rinviiato, per lungo tempo, l’applicazione di tutto il Titolo IV della legge di riforma («Efficacia di sentenze ed atti stranieri») che è avvenuta soltanto il 31 dicembre 1996. Nelle more dell’applicazione delle norme della legge di riforma che qui vengono in rilievo, si è attesa invano l’adozione di un provvedimento legislativo che, nel novellare l’art. 67, comma 1, avvalorasse la tesi secondo cui l’ipotesi della trascrizione, iscrizione e annotazione nei pubblici registri fosse espressamente equiparata a quella relativa all’esecuzione forzata, con conseguente necessità di ricorrere all’autorità giudiziaria anche con riguardo alla prima. Per ragioni legate alla scadenza dei termini relativi ai rinvii, la parte della legge di riforma che qui interessa è entrata in vigore nella sua formulazione originaria senza che si fosse proceduto all’adozione del relativo progetto di modifica legislativa.

Successivamente, una circolare (lettera 7 gennaio 1997, n. prot. 1/50/FG/29) del Ministero della Giustizia ha fornito un’interpretazione dell’art. 67 del tutto opposta a quella accolta dal disegno di legge, dando vita ad una prassi che trova tuttora applicazione. Di conseguenza, la sentenza o provvedimento straniero devono essere presentati direttamente all’ufficiale di stato civile (u.s.c.), senza passare davanti all’autorità giudiziaria, per essere trascritti, iscritti o annotati nei pubblici registri (o archivi). Se l’u.s.c. riscontra la mancanza (o ne abbia an-

che solo il dubbio) di uno dei requisiti necessari per il riconoscimento ai sensi degli artt. 64, 65, 66 ne informa il Prefetto che, a sua volta, nel caso in cui non riscontri alcuna irregolarità, ordina all'u.s.c. la trascrizione, ecc. richiesta; nel caso contrario, invece, invita l'u.s.c. a comunicare l'irregolarità alla parte interessata. A questo punto, l'interessato potrà rivolgersi (come previsto dall'art. 67) alla Corte d'Appello affinché si pronunci sulla riconoscibilità o meno dell'atto straniero.

Nel silenzio della circolare ministeriale si ritiene⁹ che la soluzione seguita per i registri di stato civile possa essere estesa anche ai registri immobiliari: in tal senso, la richiesta di trascrizione di un provvedimento straniero potrà essere sottoposta direttamente al conservatore dei registri immobiliari e, solo in caso di un rifiuto da parte di quest'ultimo motivato dalla mancanza dei requisiti necessari, si potrà ricorrere alla Corte d'Appello.

⁹ V. MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto cit.*, p. 349.

PARTE SPECIALE

Il cittadino e lo straniero

Introduzione

Come si è avuto modo di accennare¹, i temi riguardanti la parte speciale del presente lavoro sono quelli relativi al trattamento giuridico del cittadino italiano e al trattamento giuridico dello straniero. Al riguardo va detto che, seppure la cittadinanza appaia nell'opinione di molti uno strumento un po' in crisi del diritto internazionale privato² essa, per contro, ha guadagnato nuovo slancio sia in seguito alla richiesta di naturalizzazione di cittadini stranieri che hanno fissato una stabile residenza nel nostro Paese, sia in seguito all'istituzione della cittadinanza europea che, pur essendo un istituto diverso da quello della cittadinanza nazionale, risulta a questa strettamente collegato. Anche al fine di vedere le implicazioni di questo rapporto, l'istituto della cittadinanza verrà esaminato, innanzitutto, nella sua valenza nazionale attraverso l'esame della disciplina per essa dettata dalla legge italiana; successivamente, si prenderanno in considerazione gli aspetti di "contiguità" e, semmai, di "evoluzione" che essa presenta sul piano europeo rispetto all'istituto della cittadinanza dell'Unione europea. In questo contesto, sarà interessante verificare, in particolare, se la cittadinanza comunitaria costituisca un nuovo "attacco giuridico" del singolo all'ordinamento giuridico assimilabile alla cittadinanza nazionale: si tratterà di un'occasione, quest'ultima, per ricollegarci alla problematica dei rapporti fra diritto statale e diritto comunitario esaminata nella Parte generale del presente lavoro, verificando, in tal senso, se la detta cittadinanza europea possa essere intesa come un indice della "statualità" dell'Unione europea. Attraverso un breve esame della giurisprudenza della Corte di giustizia nella materia, sarà altresì utile verificare il modo in cui questo istituto entra in rilievo nell'ambito dei meccanismi del d.i.pr.

Gli aspetti da ultimo indicati troveranno un ulteriore elemento di confronto nello studio del trattamento dello straniero in Italia: in questo senso, lo studio della legislazione in vigore sull'immigrazione sarà teso a verificare in che

¹ *Supra*, Piano di lavoro.

² Così TONOLO, *Il principio cit.*, p. 41.

modo e a quali condizioni la “cittadinanza europea” sia un istituto in grado di attenuare la condizione di “estraneità” dello straniero rispetto al nostro ordinamento e, quindi, di incidere sul trattamento giuridico ad esso destinato creando una distinzione, in tal senso, fra straniero comunitario e straniero extracomunitario³.

³ In argomento si v. A. ADINOLFI, *Diritto di soggiorno di cittadini di Stati terzi per rendere effettivo il diritto di soggiorno di cittadini dell'Unione nel loro Stato di cittadinanza*, in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 467 ss.

Capitolo I

Il cittadino italiano

La disciplina della cittadinanza italiana

SOMMARIO: 1. I profili internazionalprivatistici dell'istituto della cittadinanza. – 2. La normativa italiana in vigore sulla cittadinanza: la legge 5 febbraio 1992, n. 91. – 3. *Segue*: Le modifiche introdotte alla legge n. 91/1992 dalle norme del c.d. “pacchetto sicurezza” del 2009. – 4. I destinatari della legge 5 febbraio 1992, n. 91. – 5. *Segue*: La procedura di acquisto della cittadinanza italiana. – 6. Il recepimento del “principio di uguaglianza fra i sessi” nella trasmissione della cittadinanza. – 7. Il riconoscimento della doppia cittadinanza.

1. I profili internazionalprivatistici dell'istituto della cittadinanza

L'inclusione della cittadinanza nello studio dei “conflitti di leggi” si spiega, da un lato, col fatto che, pure dopo la riforma introdotta con la legge n. 218/1995, essa continua a rappresentare il criterio di collegamento più rilevante e significativo in molti settori del d.i.pr. e, in particolare, in quello relativo alla determinazione dello *status* e capacità delle persone⁴. Dall'altro, col fatto che la normativa in vigore sulla cittadinanza si articola in una serie di disposizioni materiali dirette a regolare situazioni connotate da estraneità rispetto al nostro Stato, in quanto predisposte a stabilire, in via diretta, il trattamento giuridico applicabile allo straniero nel nostro Paese in relazione alle diverse ipotesi di acquisto della cittadinanza italiana. Rinnovando, peraltro, una tradizione che era tipica della manualistica di d.i.pr. del passato in cui la cittadinanza italiana, accanto alla disciplina dello status dello straniero, godevano di una posizione di rilievo nello studio della materia, nelle pagine che seguono si esamineranno i modi di acquisto e perdita della cittadinanza italiana ai sensi della normativa in vigore nel nostro ordinamento.

⁴ Su questi aspetti v. S. BARIATTI, *Cittadinanza (diritto comparato e straniero)*, in *Enc. Giur. Treccani* (voce dell'), Roma, 1988, VI, p. 3 ss.; MENGOZZI, *Il Diritto*, cit., pp. 45-46.

2. La normativa italiana in vigore sulla cittadinanza: la legge 5 febbraio 1992, n. 91

L'istituto della cittadinanza è regolato nel nostro Paese dalla legge del 5 febbraio 1992, n. 91⁵ e dai due Regolamenti che hanno dato ad essa applicazione, adottati con d.p.r. n. 572 del 12 ottobre 1993⁶ e con d.p.r. n. 362 del 18 aprile 1994⁷. La legge n. 91/1992, a sua volta, ha sostituito la normativa precedentemente in vigore (da circa ottanta anni) che risultava contenuta nella legge 13 giugno 1912, n. 555⁸.

Il nuovo testo è nato con alcuni anacronismi che si manifestano, essenzialmente, nella presenza di alcuni principi normativi che riflettono la realtà tipica di un Paese di emigrazione e che, pertanto, si rivelano inadeguati a regolare il nostro contesto nazionale. L'Italia, infatti, ha da tempo invertito il suo *trend* in tema di flussi migratori – essendosi ormai trasformata da Paese di emigrazione in Paese di immigrazione – e si trova, pertanto, nella necessità di dover affrontare e risolvere i problemi relativi all'inserimento di quei cittadini stranieri che hanno scelto di vivere stabilmente nel suo territorio.

In ragione dei suddetti anacronismi, la legge n. 91/1992 conserva il criterio dello *ius sanguinis* ai fini dell'acquisto automatico della cittadinanza italiana, al momento della nascita o durante la minore età. La stessa legge limita l'acquisto della cittadinanza sulla base del principio dello *ius soli* (e cioè in virtù della nascita sul territorio italiano), solo al bambino figlio di ignoti o apolidi o nel caso in cui i genitori non trasmettano, secondo la legge del Paese di provenienza, la propria cittadinanza al figlio (art. 1, lett. b), o allorché non sia dimostrato il possesso da parte sua di altra cittadinanza (art. 1, lett. c). Si tratta, in-

⁵ G.U.R.I. n. 38 del 15 febbraio 1992.

⁶ G.U.R.I. n. 2 del 4 gennaio 1994.

⁷ G.U.R.I. n. 136 del 13 giugno 1994.

⁸ Sulla normativa in vigore e quella ad essa previgente si v. R. CLERICI, *La nuova legge organica sulla cittadinanza: prime riflessioni*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992, p. 741 ss.; ID., *La cittadinanza nell'ordinamento giuridico italiano*, Padova, Cedam, 1993. Va osservato che leggi successive al 1992 hanno modificato l'accesso alla cittadinanza estendendolo ad alcune categorie di cittadini che, per ragioni storiche e collegate agli eventi bellici, ne erano rimaste escluse. Queste leggi più recenti sono: 1) la legge 14 dicembre 2000 n. 379 "Disposizioni per il riconoscimento della cittadinanza italiana alle persone nate e già residenti nei territori appartenuti all'Impero austro-ungarico e ai loro discendenti" (pubblicata in *Gazz. Uff.* 19 dicembre 2000, n. 295); 2) la legge 8 marzo 2006, n. 124 "Modifiche alla legge 5 febbraio 1992, n. 91, concernenti il riconoscimento della cittadinanza italiana ai connazionali dell'Istria, di Fiume e della Dalmazia e ai loro discendenti" (pubblicata in *Gazz. Uff.* 28 marzo 2006, n. 73).

vero, di ipotesi rare e comunque residuali. Ne discende, pertanto, che il bambino nato in Italia da cittadini stranieri non sia in grado di acquistare la cittadinanza italiana finché resta minorenni. Ancor meno è riconosciuta questa possibilità al bambino straniero che arrivi in Italia anche in età precocissima, prima dell'inserimento scolastico, per il quale non resta altra possibilità che quella di divenire cittadino al compimento della maggiore età, attualmente, peraltro, con prospettive assai incerte. Anche per gli adulti, in effetti, la normativa del 1992 limita notevolmente le possibilità di acquisto della cittadinanza (peraltro, con un regime peggiorativo rispetto a quello previgente): servono dieci anni per fare richiesta della cittadinanza (art. 9, lett. f); sono, a tal fine, conteggiati solo i periodi di residenza legale nel Paese perché non è sufficiente il solo possesso del permesso di soggiorno (art. 1, c. 2 del d.p.r. 12 ottobre 1993 n. 572); il procedimento amministrativo di concessione della cittadinanza ha una durata prevista di almeno 2 anni. In sostanza – anche nell'ipotesi più favorevole, in cui il rilascio del permesso e l'elezione della residenza siano contemporanei – oggi occorrono almeno dodici anni per avere la cittadinanza italiana.

Oltre ai rilevati anacronismi, tuttavia, la legge in vigore contiene anche principi aventi carattere innovativo rispetto alla previgente normativa relativi, in particolare, al definitivo riconoscimento dell'uguaglianza tra l'uomo e la donna; all'ammissione dei casi di doppia cittadinanza; all'attribuzione di rilevanza alla manifestazione di volontà della persona.

Le novità in questione saranno oggetto di specifica e approfondita analisi nelle pagine che seguono.

Occorre, invece, qui esaminare le modifiche che la disciplina sulla cittadinanza ha subito in seguito all'entrata in vigore di disposizioni ad essa successive e, nella specie, di quelle introdotte col c.d. pacchetto sicurezza del 2009. Si tratta di misure dirette a regolare un settore diverso da quello della cittadinanza italiana ma, che tuttavia, come vedremo nel prossimo paragrafo finiscono per incidere sul regime in vigore per la stessa.

3. *Segue*: Le modifiche introdotte alla legge n. 91/1992 dalle norme del c.d. "pacchetto sicurezza" del 2009

Nell'ambito delle iniziative normative promosse sulla scorta, da un lato, di un ulteriore ampliamento dell'Unione europea e dall'altro, da alcuni fatti di cronaca nera che hanno allertato l'opinione pubblica e alimentato un clima di incertezza, il Governo italiano ha adottato, a partire dal 2007, una serie di misure dirette a garantire e migliorare la sicurezza nel nostro Paese. Trattandosi

di misure di diversa portata ed attinenti a diversi settori normativi (codice penale, codice di procedura civile, codice della strada ecc.) del nostro ordinamento ma che, nondimeno, risultano accomunate dall'obiettivo di disciplinare in maniera organica e articolata la sicurezza pubblica nel nostro Paese, esse sono confluite in un provvedimento unitario e di ampio respiro, noto come "pacchetto sicurezza". Quest'ultimo, destinato a riferirsi ad un numero piuttosto elevato di soggetti, è stato adottato per la prima volta nel 2007 e, con le medesime finalità, anche recentemente nel 2009. In data 2 luglio 2009, infatti, è stato definitivamente approvato, in seconda lettura dal Senato, il ddl 733-bis contenente il c.d. "pacchetto sicurezza 2009". Il testo, suddiviso in tre macro-articoli, a loro volta composti da numerosi commi, è stato giudicato alquanto macchinoso e dal contenuto discutibile; esso è stato, altresì, adottato secondo la tecnica legislativa della decretazione d'urgenza che, nel caso di specie, è stata da più parti criticata in quanto ritenuta, per molti versi, ingiustificata. Il ddl 733-bis è stato convertito nella legge 15 luglio 2009, n. 94 "*Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*"⁹ ed entrata in vigore, a far data dall'08 agosto 2009. La legge n. 94/2009 introduce numerose e rilevanti novità in materia di sicurezza pubblica che finiscono per modificare altri settori del nostro diritto statale. Gli ambiti di intervento della legge n. 94/2009, pertanto, sono molteplici e toccano diverse materie del nostro ordinamento, fra cui l'anagrafe e lo stato civile. In particolare, essa ha introdotto alcune deroghe alla legge n. 91/1992 sulla cittadinanza italiana che, sostanzialmente, aggravano il regime in vigore relativamente alle condizioni di richiesta e ottenimento della cittadinanza italiana: in sintesi, per le domande di cittadinanza per matrimonio, è prevista l'estensione del periodo di residenza legale in Italia da sei mesi a due anni; lo scioglimento del vincolo matrimoniale sopravvenuto in pendenza della domanda di cittadinanza per matrimonio preclude l'accoglimento di quest'ultima; tanto per le domande per matrimonio quanto per quelle residenza, inoltre, viene richiesta la presentazione di documenti originali in aggiunta a quelli usualmente acquisiti (es. come ad es. l'attestazione di residenza legale in Italia o l'atto di matrimonio); viene, infine, introdotto il versamento di un contributo pecuniario per le nuove istanze. Prima dell'entrata in vigore della suddetta legge, il coniuge straniero o apolide di cittadino italiano, poteva presentare la richiesta di cittadinanza per matrimonio decorsi almeno sei mesi di residenza legale (e, quindi, di iscrizione anagrafica) dalla data di celebrazione del matrimonio. Inoltre, se successivamente interveniva la separazione dei coniugi, il riconoscimento della cittadinanza rimaneva comunque salvo, poiché era suffi-

⁹ G.U.R.I., 24 luglio 2009 n. 170, Suppl. ord. n. 128.

ciente, secondo le previsioni di legge, essere in possesso dei requisiti al momento della presentazione della domanda, la quale attribuiva una sorta di “diritto acquisito”.

Le nuove disposizioni introdotte dalla legge n. 94/2009 invece prevedono un allungamento del termine necessario per poter presentare la richiesta di cittadinanza per matrimonio da parte di cittadino straniero o apolide coniugato con un italiano. Si innalza, in tal modo, la durata minima del matrimonio, richiesta per la domanda di acquisto della cittadinanza, da sei mesi a due anni di residenza legale in Italia, che potranno essere ridotti della metà (1 anno) solo in caso di presenza di figli, anche adottivi. (oppure da tre anni se la residenza è all'estero); il coniuge straniero o apolide di un cittadino italiano potrà avere diritto all'acquisizione della cittadinanza italiana solo in caso di residenza legale di due anni nel nostro Paese.

Più in generale, il nuovo regime stabilito dalla legge n. 94/2009, in deroga all'art. 5 della legge n. 91/1992 in materia di cittadinanza, prevede che per acquisire il diritto a richiedere la cittadinanza italiana non sarà più sufficiente contrarre matrimonio, ma occorrerà altresì che il coniuge, straniero o apolide, di cittadino italiano risieda legalmente da almeno due anni nel territorio della Repubblica a far data dal matrimonio, oppure che siano trascorsi tre anni dalla data di celebrazione del matrimonio nel caso di residenza all'estero (art. 1 comma 11). Solo qualora vi siano dei figli nati dal matrimonio col coniuge italiano o con questo adottati, i termini previsti dovranno essere dimezzati (art. 1, comma 11 ddl). Deve altresì osservarsi che se, dopo la presentazione dell'istanza di riconoscimento della cittadinanza italiana alla Prefettura competente, interviene lo scioglimento del matrimonio o la separazione dei coniugi, l'istanza verrà rigettata poiché ai sensi delle nuove disposizioni introdotte dalla legge n. 94/2009 il rapporto di coniugio deve permanere fino all'adozione del provvedimento di riconoscimento da parte del Ministero dell'Interno.

Non sarà più possibile inoltre autocertificare lo stato di famiglia, la residenza, e comunque il possesso dei requisiti, ma dovrà essere allegata tutta la documentazione in originale a supporto della richiesta, pena l'irricevibilità della domanda da parte dell'ufficio (questo vale anche per i cittadini comunitari).

In ultimo, la richiesta di cittadinanza – così come pure le dichiarazioni di elezione, acquisto o riacquisto della stessa – (art 1, comma 11, punto 2) non sarà più gratuita, ma in ogni caso sarà soggetta al pagamento di un corrispettivo: la legge n. 94 del 2009 ha introdotto, infatti, il pagamento di un contributo in denaro per tutte le istanze di cittadinanza presentate a partire dalla data relativa alla sua entrata in vigore.

Allo stato attuale, dunque, con riguardo alle ipotesi di acquisto della cittadinanza qui segnalate, la legge n. 91/1992 risulta modificata nei termini sopra

descritti in concomitanza con le norme in vigore in materia di pubblica sicurezza.

4. I destinatari della legge 5 febbraio 1992, n. 91

La normativa sulla cittadinanza interessa: a) i figli nati da cittadini italiani; b) tutti coloro che, nati italiani, hanno perso la cittadinanza e intendono riacquistarla; c) i discendenti di cittadini italiani; d) gli stranieri che intendono acquistarla.

Queste diverse categorie di soggetti, menzionati dalla legge n. 91/1992, sono destinatari di un trattamento differenziato così come stabilito ai sensi della stessa legge.

Innanzitutto, possono acquistare automaticamente la cittadinanza italiana i figli di un cittadino italiano. La normativa in questione sembra sul punto essersi adeguata al principio di uguaglianza fra i sessi (e, quindi, fra i coniugi) e, pertanto, diventano cittadini italiani i figli di madre o padre cittadino italiano (art. 1, lett. a). Uguale trattamento giuridico a quello ora visto, riceve il bambino nato in Italia da genitori sconosciuti o apolidi, o il bambino che non ha diritto al conseguimento della cittadinanza ai sensi della legge nazionale dei suoi genitori.

La legge del 1992 ripropone altresì l'equiparazione tra i vari *status* di figlio, consentendo l'acquisto della cittadinanza italiana, in epoca successiva alla nascita ma sempre durante la minore età, ai figli naturali nei cui confronti sia intervenuto il riconoscimento privato o giudiziale *ex art. 250 ss. c.c.* o sia stato dichiarato il diritto al mantenimento *ex art. 279 c.c.* (art. 2, commi 1 e 3); e, inoltre, ai minori stranieri adottati da cittadini italiani (art. 3, comma 1).

Con riguardo, invece, al riacquisto, in linea generale esso è subordinato (art. 13) all'esistenza di un legame con l'Italia, che si può manifestare in un rapporto di servizio (civile o militare) con lo Stato o nello stabilire la residenza nel nostro Paese. Condizioni agevolate sono state previste (art. 17) per le donne italiane che, in applicazione della vecchia legge, avevano perduto la cittadinanza per matrimonio con uno straniero. L'art. 17, con una disposizione di carattere transitorio, ha anche permesso, fino al 31 dicembre 1997, di prescindere dal requisito della residenza ai fini del riacquisto.

La legge n. 91/1992 regola altresì, all'art. 4, comma 1, il caso di acquisto della cittadinanza da parte dei discendenti di ex-cittadini. Nel caso di specie, il riconoscimento è subordinato ad una delle situazioni di "attaccamento" allo Stato italiano descritte alle lettere a), b), c) dell'articolo citato. Il comma 2

dell'art. 4 regola altresì il caso dello straniero nato in Italia che, dalla nascita fino al compimento della maggiore età, abbia mantenuto legalmente e ininterrottamente la sua residenza nel nostro Paese stabilendo, altresì, che la richiesta della cittadinanza debba effettuarsi entro un anno dal compimento del 18° anno di età.

L'acquisto della cittadinanza italiana da parte dello *straniero* è disciplinato, a seconda delle situazioni, dagli articoli 4, 5 e 9.

Nel quadro di riferimento generale, il legislatore nazionale aveva previsto condizioni agevolate, innanzitutto, per: D₁) i *coniugi* di cittadini italiani. In proposito, il citato art. 5 della legge n. 91/1992 con riguardo ai requisiti necessari all'acquisto della cittadinanza, aveva previsto il periodo di sei mesi di matrimonio nell'ipotesi in cui lo straniero/a risiedeva in Italia; e di tre anni di matrimonio se lo straniero/a risiedeva all'estero. Questi requisiti, come si è visto *supra*, al par. 3, sono stati modificati dalla citata normativa adottata nel 2009 in tema di pubblica sicurezza che ha inteso così contrastare i c.d. "matrimoni di comodo" diretti ad acquisire più celermente la cittadinanza italiana. Ne deriva che, alla luce delle norme attualmente in vigore, uno straniero (cui è equiparato l'apolide) sposato con un cittadino italiano può richiedere la cittadinanza italiana una volta maturato il periodo di due anni di residenza legale in Italia o di tre anni di residenza all'estero, a decorrere dalla data del matrimonio.

Condizioni agevolate sono state previste, altresì, dalla legge n. 91/1992 per: D₂) i *discendenti* di ex-cittadini e per gli *stranieri nati* nel nostro Paese (artt. 4 e 9). I requisiti previsti dalla legge n. 91/1992 sono, in tal caso (art. 9): tre anni di residenza legale in Italia se il padre o la madre o uno degli ascendenti in linea retta di secondo grado dello straniero sono stati cittadini italiani per nascita (si tratta dell'ipotesi dello straniero che vuole vedere riconosciuto l'eventuale possesso della cittadinanza) o se lo straniero è nato nel territorio della Repubblica (salvo il caso previsto all'art. 4, comma 1 lett. c); cinque anni di residenza legale in Italia quando lo straniero maggiorenne sia stato adottato da un cittadino italiano e siano trascorsi cinque anni dall'adozione; cinque anni quando lo straniero ha prestato servizio, anche all'estero, alle dipendenze del nostro Stato; quattro anni di residenza legale in Italia ai cittadini dell'Unione europea; cinque anni di residenza legale in Italia quando si tratti di apolide; dieci anni di residenza legale in Italia quando lo straniero sia cittadino extracomunitario. Nel caso dei discendenti di ex-cittadini italiani va detto che il riconoscimento del possesso della cittadinanza è subordinato alla dimostrazione, da parte dell'interessato, che i suoi ascendenti in linea retta abbiano mantenuto la cittadinanza italiana senza interruzione.

5. Segue: La procedura di acquisto della cittadinanza italiana

La procedura di richiesta della cittadinanza cambia a seconda delle diverse situazioni disciplinate dalla legge in previsione dell'acquisto della cittadinanza italiana. Poiché queste sono numerose, come si è visto nel paragrafo precedente, conviene qui di seguito riassumerle brevemente, indicando per ciascuna di esse le modalità procedurali cui esse sono sottoposte ai fini dell'ottenimento della cittadinanza.

1) Si è visto, innanzitutto, che fra le fattispecie regolate dalla legge n. 91/1992, figura il caso del bambino nato da un genitore di nazionalità italiana: l'acquisto della cittadinanza in tal caso è sottoposto ad una procedura *automatica*. A questa ipotesi è assimilata quella del bambino nato in Italia da genitori sconosciuti o apolidi, o del bambino che non ha diritto al conseguimento della cittadinanza in base alla legge nazionale dei suoi genitori.

2) Si è altresì visto il caso dello straniero con un genitore o un nonno che alla nascita risultavano cittadini italiani: in tal caso, lo straniero può inoltrare richiesta della cittadinanza italiana in presenza di una delle condizioni legittimanti previste dall'art. 4 e, fra queste, quella di aver vissuto in Italia per due anni dopo il 18° compleanno.

Un bambino nato ai genitori stranieri in Italia non acquisisce automaticamente la cittadinanza italiana, ma ha il diritto di richiederla prima di compiere 18 anni entro un anno da tale data. Non è più necessario dover scegliere tra la nazionalità dei genitori e quella italiana, dato che l'Italia adesso riconosce la doppia cittadinanza.

Nei suddetti casi la cittadinanza si acquista, alle condizioni dettate dalla legge, con una dichiarazione che, a seconda del luogo di residenza, sarà resa all'Ufficio di Stato Civile del comune di residenza o all'autorità consolare territorialmente competente.

3) Si è altresì osservato che il riacquisto della cittadinanza è disciplinato dagli artt. 13-17 della legge n. 91/1992. Previa dimostrazione dei requisiti previsti dalla legge, il riacquisto si effettua con una dichiarazione resa dall'interessato all'autorità competente per il luogo di residenza (consolare se all'estero, comunale se in Italia).

4.a) Si è inoltre, preso in esame il caso dello straniero sposato con un cittadino italiano. Con riferimento alle modalità procedurali, che debbono necessariamente essere svolte per ottenere la cittadinanza italiana, nel caso di specie, occorre che la domanda sia inoltrata al Ministro dell'Interno, per il tramite dell'autorità preposta a ricevere l'istanza: si tratterà del Prefetto competente per il territorio (*ex art. 1 Decreto n. 362/94*) nel caso in cui il richiedente ab-

bia la residenza in Italia; si tratterà, invece, dell'Autorità diplomatica o consolare competente se il richiedente risiede all'estero.

4.b) Si è ulteriormente preso in esame il caso del residente straniero che non è sposato con un italiano. Si è visto in tal senso, che lo straniero può fare domanda per la cittadinanza italiana dopo aver risieduto nel Paese almeno dieci anni se extracomunitario o dopo quattro, se è un cittadino dell'Unione Europea, e cinque anni se si tratta di un apolide in Italia e di uno straniero che serve lo Stato italiano. La domanda dovrà essere indirizzata al Presidente della Repubblica, per il tramite dell'autorità preposta a ricevere l'istanza e, cioè, tramite il Prefetto competente per il territorio in caso di richiedente residente in Italia; all'Autorità diplomatica o consolare, nell'ipotesi relativa alla prestazione, all'estero, di servizio alle dipendenze dello Stato.

Ai fini dell'espletamento della procedura relativa all'acquisto della cittadinanza è previsto il pagamento di una tassa di concessione. La procedura termina col giuramento di lealtà da parte del candidato verso la Costituzione e le leggi italiane.

I documenti richiesti variano a seconda della situazione e a seconda della nazionalità del richiedente: possono essere richiesti fino a 12 documenti, molti dei quali devono essere fatti su carta ufficiale, tradotti da un traduttore ufficiale, autenticati o legalizzati. Un elenco dei documenti necessari è disponibile presso la prefettura. Dopo aver fatto la domanda, le autorità hanno 18 mesi per prendere una decisione.

Come si è visto, attualmente l'Italia ammette la doppia cittadinanza, sebbene nessuno di coloro che la possiede può arrivare o lasciare il Paese senza un passaporto o un documento d'identità italiano valido.

6. Il recepimento del “principio di uguaglianza fra i sessi” nella trasmissione della cittadinanza

Nelle pagine precedenti, si è avuto modo di sottolineare che la legge n. 91/1992 ha confermato il principio dello *ius sanguinis* così come esso era previsto dalla legge n. 555/1912 e, prima ancora, dall'art. 4 del codice civile del 1865.

Nel sancire il principio dello *jus sanguinis* il legislatore del 1992 ha altresì provveduto a dichiarare, esplicitamente, l'idoneità della madre a trasmettere la cittadinanza, dimostrando così di adeguare la normativa sulla trasmissione dello *status civitatis* ai principi fondamentali del nostro ordinamento e, in particolare, a quello che sancisce la parità tra uomo e donna, così come ordinato

dalla Corte costituzionale con la sentenza del 9 febbraio 1983 n. 30. Con questa sentenza, infatti, il Giudice delle Leggi aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 1 della legge precedente (la n. 555/1912) nella parte in cui non prevedeva che fosse cittadino italiano per nascita il figlio di madre cittadina. L'art. 1 della legge n. 555/1912, in effetti, considerava cittadino italiano dalla nascita solo il figlio di padre italiano, senza possibilità di estendere questo riconoscimento al figlio di madre italiana e padre straniero. E ciò non solo nel caso di donne che, pur avendo sposato uno straniero, avessero mantenuto la cittadinanza italiana; ma, altresì, nel caso in cui questa fosse l'unica cittadinanza posseduta, perché la legislazione del paese del marito non prevedeva l'acquisto automatico della nazionalità da parte della moglie.

Il figlio di madre italiana poteva considerarsi italiano solo nell'ipotesi in cui il padre fosse ignoto o apolide oppure se, in base alla legge vigenti nello Stato in cui il padre era cittadino, non potesse acquistare la cittadinanza di tale Stato.

È vero che già nel 1975, la legge sulla riforma del diritto di famiglia aveva introdotto il principio di uguaglianza tra uomo e donna nell'ambito dei rapporti familiari regolati dal Codice civile. Ciò, tuttavia, non ha prodotto l'automatico accoglimento del detto principio anche nell'ambito della legislazione sulla cittadinanza. A tal fine, si è dovuta attendere un'apposita pronuncia della Corte costituzionale (la citata sentenza del febbraio 1983 n. 30) che, dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 1 della legge del 1912 nella parte in cui non riconosceva la parità fra padre e madre nella trasmissione della cittadinanza ai figli, statuiva l'adeguamento della normativa italiana di settore al principio di uguaglianza fra uomo e donna.

Fu proprio sulla scorta di questa giurisprudenza costituzionale che veniva varata la legge 21 aprile 1983, n. 123¹⁰ "Disposizioni in materia di cittadinanza" (ormai abrogata) che all'art. 5 prescriveva "è cittadino italiano il figlio minore, anche adottivo, di padre cittadino o di madre cittadina".

Al di là dei suoi meriti, tuttavia, la sentenza della Corte costituzionale ha dimostrato alcuni limiti dovuti al fatto che i suoi effetti si sono prodotti solo a partire dal primo gennaio 1948, data di entrata in vigore della Costituzione italiana, con conseguente esclusione dai suoi benefici di tutte le situazioni pregresse. In quest'ultimo senso, tassativo è apparso il parere espresso dal Consiglio di Stato (parere n. 105 del 15 aprile 1983) che ha sostenuto che l'efficacia della dichiarazione di incostituzionalità «... non possa in ogni caso retroagire oltre al momento in cui si è verificato il contrasto tra la norma di legge o di atto avente forza di legge anteriore all'entrata in vigore della Costituzione di-

¹⁰ G.U.R.I., 26 aprile 1983, n. 112.

chiarata illegittima, e la norma od il principio della Costituzione, cioè non possa retroagire oltre il primo gennaio 1948, data di entrata in vigore di quest'ultima».

Di conseguenza, la portata retroattiva della citata sentenza n. 30/1983 ha permesso di attribuire la cittadinanza italiana solo ai figli di madre italiana e padre straniero nati dopo il primo gennaio 1948, ma non anche ai figli di madre italiana e padre straniero nati anteriormente a quella data, che non possono usufruire di tale disposizione. Vittime di questa situazione sono, pertanto, le emigrate italiane che hanno mantenuto la cittadinanza italiana e che subiscono, proprio per questo, un trattamento discriminatorio nei confronti dei loro figli nati prima del 1948.

Un segnale di reazione (e in controtendenza all'inerzia delle nostre Istituzioni), benché episodico e insufficiente, si è potuto registrare alcuni anni fa. Nel mese di luglio del 1996, la Prima sezione civile della Corte di cassazione, con sentenza n. 6297/96, ha modificato radicalmente l'orientamento espresso dalla Corte costituzionale nella sua giurisprudenza a partire dal 1983. La Cassazione ha infatti deciso di accogliere il ricorso presentato da un cittadino argentino figlio di madre italiana contro il Ministero dell'Interno che, a suo tempo, aveva rigettato la sua richiesta di attribuzione della cittadinanza per linea materna proprio perché nato prima del 1948. In sostanza, la Corte di cassazione ha sostenuto che lo *status* di cittadino italiano "juris sanguinis" a seguito della sentenza della Corte costituzionale del 1983 deve essere riconosciuto anche al figlio legittimo di madre cittadina, nato in data anteriore all'entrata in vigore della Costituzione italiana. Si tratta di una sentenza di portata rivoluzionaria che ha riaperto le speranze a tanti figli di donne italiane emigrate all'estero.

La successiva circolare del Ministero dell'Interno del 10 dicembre 1996, pur riconoscendo valore risolutivo alla decisione della Corte di cassazione con riferimento al caso concreto, ha tuttavia sostenuto che essa si pone in contrasto con tutta la precedente giurisprudenza; essa, pertanto, deve considerarsi un caso isolato che non può estendersi a tutti i casi analoghi (se non nei limiti in cui essa lascia sperare nell'accoglimento di ricorsi analoghi davanti allo stesso organo giudicante). Si prospettava, così, l'ipotesi che solo un intervento legislativo *ad hoc* potesse essere risolutivo ed eliminare, una volta per tutte, la disparità di trattamento (inteso questo come deteriore o discriminatorio) tra cittadini, tuttora presente nel nostro ordinamento, che fino ad oggi ha negato l'eguaglianza tra uomo e donna. Malgrado i tentativi finora compiuti, non si è ancora giunti ad una definizione della materia che possa considerarsi in linea, non solo con la nostra Costituzione ma, altresì con tutti gli obblighi internazionali con cui il nostro Stato si è impegnato ad eliminare ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne e, per converso, di attribuire alle stesse uno statuto giuridico effettivamente ispirato al principio di uguaglianza.

Fra i tentativi di reagire allo *status quo* merita, comunque, di essere segnalata un'ulteriore sentenza del 18 novembre 1996, n. 10086/96 della Corte di cassazione che ha prodotto ulteriori progressi sulla via della realizzazione della parità uomo-donna. Tale sentenza riguardava il ricorso per il riconoscimento della cittadinanza italiana presentato dal figlio di un'italiana sposata con uno svizzero, la quale al momento del matrimonio aveva perso la cittadinanza italiana e non poteva quindi trasmetterla al figlio. A sostegno della sua decisione la Corte di cassazione, a sua volta, ha richiamato la sentenza n. 87 del 1975 con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 10, terzo comma della legge del 1912 perché questo, introducendo una disparità di trattamento tra uomini e donne nell'ipotesi di matrimonio con uno straniero, dava luogo ad una tipica discriminazione per ragioni di sesso in aperta violazione degli artt. 3 e 29 della Costituzione che sanciscono l'uguaglianza fra uomini e donne e fra marito e moglie. Ai sensi dell'art. 10 della legge 13 giugno 1912, n. 555, infatti, la cittadina italiana che, sposando uno straniero, ne acquista la cittadinanza, perde automaticamente la nazionalità italiana, mentre, al contrario, il cittadino che sposi una straniera mantiene la propria nazionalità¹¹. Facendo, dunque, leva su questa giurisprudenza costituzionale, la Corte di cassazione ha sostenuto e riconosciuto che la madre del ricorrente "... non ha mai perduto la cittadinanza italiana a seguito del suo matrimonio con il cittadino svizzero e dell'acquisto, *iure matrimonii* (anche) della cittadinanza svizzera"; posto, pertanto, che "... alla data di nascita del ricorrente, la madre era cittadina italiana *jure sanguinis* non può esservi dubbio che suo figlio legittimo ha acquistato, fin dalla nascita, (anche) la cittadinanza italiana per discendenza materna *jure sanguinis*".

7. Il riconoscimento della doppia cittadinanza

La possibilità di mantenere la doppia cittadinanza è, come si è detto, uno degli elementi innovativi della legge n. 91/1992. Essa risultava, peraltro, già

¹¹ Nella stessa sentenza n. 87 del 1975 la Corte costituzionale chiarisce che il regime dell'art. 10 legge n. 555/1912 integrerebbe anche un'altra discriminazione rispetto alla ipotesi di perdita della cittadinanza, contemplata dall'art. 8 della stessa legge 13 giugno 1912. Infatti, mentre per l'art. 8 il cittadino italiano che abbia acquisito la cittadinanza straniera perde la sua cittadinanza per esplicita dichiarazione di rinuncia e per trasferimento della residenza del cittadino all'estero, la donna che sposa uno straniero perde la cittadinanza italiana anche se in contrasto con la sua volontà e anche se non trasferisce all'estero la sua residenza.

presente nella precedente normativa che consentiva, per talune fattispecie, il mantenimento della titolarità dello *status civitatis* originario pur con l'acquisto di una nuova cittadinanza, con il chiaro obiettivo di consentire il mantenimento del legame con la madre patria al discendente nato all'estero da nostro connazionale ivi emigrato (cfr. art. 7 della legge n. 555/1912).

È proprio il fenomeno della emigrazione che, così come si è venuto storicamente delineando nel nostro Paese (con esiti diversi fra l'emigrazione dei primi anni del secolo e quella verificatasi nel secondo dopoguerra), ha permeato e condizionato anche le scelte operate dal Legislatore del 1992. La legge attuale, infatti, cerca di fornire una concreta risposta alle pressanti istanze provenienti dalle comunità dei nostri connazionali residenti in Paesi esteri di vecchia emigrazione (soprattutto Argentina e Brasile) che, in particolare nel corso degli anni '80, ma anche più recentemente, hanno visto nel rientro nel nostro Paese una via d'uscita al declino e alla precarietà delle condizioni economiche, sociali e politiche in cui versano oggi quegli Stati. Essi hanno, quindi, mobilitato le forze politiche del Paese di origine dei propri avi per rientrarvi a pieno titolo con i "diritti del cittadino" o comunque per riacquistarli anche senza fare ritorno in Italia.

La legge attualmente in vigore, pertanto, contiene diverse disposizioni che riflettono un certo favore per il riacquisto della cittadinanza italiana nei confronti dei nostri connazionali e, in particolare, nei confronti dell'ex cittadino o dello straniero discendente da italiani per nascita mediante naturalizzazione.

Peraltro, il Legislatore ha differenziato il periodo di residenza necessario per l'ottenimento della cittadinanza, tenendo conto dello *status* posseduto dal richiedente.

Così, da un massimo di dieci anni di residenza legale sul territorio dello Stato prevista per il cittadino non appartenente alla Unione Europea si è passati alla richiesta di un periodo minimo di tre anni per il discendente da cittadino italiano per nascita entro il secondo grado e per lo straniero nato in Italia. Naturalmente, l'acquisto della residenza (come sopra indicato) deve essere ottenuto conformemente alle norme previste per il soggiorno degli stranieri in Italia e di quelle in materia anagrafica, ovvero deve avere carattere di legalità.

Inoltre, anche per lo straniero o apolide coniugato con un italiano, la residenza deve rispondere alle medesime prescrizioni, finalizzate a rendere legali posizioni di irregolarità che, altrimenti, ostacolerebbero l'acquisto della cittadinanza.

La vigente legge, peraltro, pur essendo stata emanata nel 1992, risente in pieno del clima economico e sociale determinatosi nel decennio precedente, e ha recepito solo marginalmente il fenomeno, che già si andava delineando all'atto della sua promulgazione, rappresentato dall'immigrazione dall'estero di

consistenti flussi di stranieri che non potevano vantare alcun precedente legame con l'Italia.

Va da ultimo osservato che la normativa vigente nel nostro Paese in materia di cittadinanza, anche in raffronto a quelle degli altri Stati membri dell'Unione europea, per taluni aspetti non appare in grado di recepire pienamente la nuova domanda di integrazione derivante dall'imponente – e, per l'Italia, nuovo – fenomeno dell'immigrazione; essa, infatti, rimane saldamente ancorata alla piena ed incondizionata trasmissibilità della cittadinanza per il principio dello *ius sanguinis*, limitando solo ad ipotesi marginali l'acquisto del nostro *status civitatis* secondo il principio dello *ius soli*. È per questa ragione che nel corso di questa, e della precedente legislatura, sono stati proposti numerosi progetti di modifica della legge n. 91/1992 che – forse perché ispirati da motivazioni contingenti, forse perché prive di carattere organico – non hanno trovato finora formale accoglimento.

Capitolo II

Il cittadino comunitario

La disciplina della cittadinanza nell'Unione europea

SOMMARIO: 1. Le origini della cittadinanza dell'Unione europea. – 2. L'istituzione della cittadinanza nel Trattato di Maastricht del 1992 e i suoi sviluppi nei Trattati successivi. – 3. Il trattamento giuridico garantito dall'istituto della cittadinanza dell'Unione europea: i beneficiari. – 4. I doveri del cittadino dell'Unione europea. – 5. Il catalogo di diritti riconosciuto ai cittadini dell'Unione europea. – 6. *Segue*: Il diritto di libera circolazione e di soggiorno nel territorio degli Stati membri. – 7. *Segue*. Il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni municipali e del Parlamento europeo (anche) nello Stato di residenza. – 8. *Segue*: Il diritto alla protezione diplomatica e consolare delle autorità di ogni altro Stato membro. – *Segue*: 9. Il diritto di petizione al Parlamento europeo e di ricorso al Mediatore europeo. – 10. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di cittadinanza.

1. Le origini della cittadinanza dell'Unione europea

Uno degli aspetti più originali della costruzione europea riguarda, sicuramente, il ruolo importante che essa ha attribuito ai cittadini. Normalmente, nelle organizzazioni internazionali classiche, le questioni attinenti la cittadinanza rientrano nella sovranità esclusiva degli Stati e questi ultimi, pertanto, sono i soli soggetti competenti ad adottare misure concernenti il trattamento dei propri cittadini. Nell'Unione europea i cittadini ricevono un trattamento giuridico proprio, accanto a quello per essi previsto dagli Stati di rispettiva appartenenza. Alla cittadinanza del proprio Paese membro, dunque, oggi il cittadino si vede affiancata una cittadinanza dell'Unione europea¹.

¹ È interessante osservare che la disciplina della cittadinanza europea appare omai considerata contestualmente a quella della cittadinanza nazionale: si v. in proposito il sito del nostro Ministero degli affari interni v. www.1.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/temi/cittadinanza/sottotema0001.html.

Essa si iscrive nel metodo dei «piccoli passi»² adottato dai padri fondatori del processo di costruzione europea che trova, proprio, nell'istituzione della cittadinanza europea una dei suoi più significativi traguardi in chiave di approfondimento dell'integrazione politica fra gli Stati membri. Quest'ultima, infatti, non poteva limitarsi alla realizzazione di un grande mercato e alle prerogative economiche che in esso si sono sviluppate, ma doveva trovare il suo fondamento nell'evoluzione delle basi della cooperazione europea verso valori di unità politica, sociale e culturale. Il progetto relativo all'istituzione di una "cittadinanza europea" è, dunque, maturato nel corso di un lungo e graduale processo che ha avuto inizio con il Trattato di Roma del 1957 e si è realizzato attraverso gli sviluppi delle Comunità europee verso obiettivi che non fossero più solo quelli economici che ne avevano caratterizzato la sua connotazione originaria. Il Trattato di Roma del 1957 si limitava, infatti, a riconoscere i cittadini degli Stati membri come lavoratori, ossia come fattori di produzione nel quadro del mercato comune. Esso negava sicuramente ogni discriminazione basata sulla nazionalità ma, allo stesso tempo limitava il diritto di circolazione nel territorio della C.E.E. ai soli lavoratori, ricollegandolo in tal senso all'esercizio di una attività lavorativa. Nonostante fin dal Vertice di Parigi del 1974 si fosse parlato del problema della definizione dei "diritti speciali" da conferire ai cittadini della Comunità economica dell'epoca³, sono stati necessari circa trenta anni, per riconoscere – con l'Atto Unico Europeo del 1986 – la circolazione senza visti a tutte le persone all'interno del territorio europeo.

L'Atto unico europeo firmato nel 1986 ha modificato il Trattato di Roma precisando la volontà di creare uno spazio senza frontiere e di abolire i controlli alle frontiere interne sulle persone, a prescindere dalla loro nazionalità.

² L'Europa dei piccoli passi caratterizzò la celebre "Dichiarazione Schuman", la quale presentò al mondo intero un progetto ambizioso e lungimirante, ma al contempo realista e coerente. Tale metodo si condensava nel seguente passaggio della celebre dichiarazione: «L'Europa non potrà farsi una sola volta, né sarà costruita tutta insieme; essa sorgerà da realizzazioni concrete che creino anzitutto una solidarietà di fatto. L'unione delle nazioni esige l'eliminazione del contrasto secolare tra la Francia e la Germania: l'azione intrapresa deve concernere in prima linea la Francia e la Germania» (Robert Schuman, 9 maggio 1950).

³ La trasformazione dell'Europa comunitaria da un'organizzazione economica a una politica è apparsa legata al formarsi di una "coscienza europea" che si realizzò con l'intensificarsi del processo di integrazione europea in cui la comunità economica si orientò effettivamente verso una comunità politica tesa al riconoscimento dei diritti umani, civili e politici dei cittadini europei. Sul ruolo storico e il valore simbolico dell'istituto della cittadinanza europea nel processo di integrazione fra gli Stati membri v. A.M. DEL VECCHIO, *L'identità europea nella considerazione dei principi e dei valori affermati dalle istituzioni europee*, in Studi urbinati, vol. 58, fasc. 3, 2007, p. 285-386.

La creazione di tale spazio, però, non si era potuta realizzare, come previsto, entro la data del 31 dicembre 1992. Ciò aveva indotto il Consiglio a estendere il diritto di soggiorno anche alle persone che non esercitassero alcuna attività economica, a condizione che disponessero di risorse sufficienti e di una copertura sociale.

Questo diritto di circolare e di soggiornare, attribuito alle persone è stato consacrato dall'introduzione, nel Trattato sull'Unione europea firmato a Maastricht nel 1992, del concetto di cittadinanza dell'Unione. Essa si affianca ad un altro degli obiettivi più significativi realizzati dal Trattato di Maastricht che è quello relativo all'Unione monetaria, consistente nella creazione di una moneta unica europea⁴.

Nel 1997, con il trattato di Amsterdam, si è trovata una soluzione politica che ha consentito di progredire sul fronte della libera circolazione delle persone⁵, inserendo l'accordo di Schengen nel trattato sull'Unione europea (salvo per taluni Stati membri, che hanno preferito un regime diverso che consentisse loro di mantenere alcuni controlli alle proprie frontiere con altri Stati membri).

Essa è attualmente regolata dal Trattato di Lisbona del 2007⁶.

⁴ Il 3 maggio 1998, deliberando in conformità con l'art. 109 n. 4, il Consiglio, riunito nella composizione dei Capi di Stato e di Governo, decise le designazioni degli Stati membri dell'UEM, ammettendo 11 degli allora 15 membri della Comunità: Belgio, Germania, Spagna, Francia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Austria, Portogallo e Finlandia. Nella stessa decisione il Consiglio accertava che il Regno Unito e la Danimarca si erano avvalsi della facoltà di non passare alla terza fase dell'UEM. La Svezia e la Grecia non avevano ancora soddisfatto le condizioni necessarie. La Svezia ha poi respinto l'euro nel referendum del 14 settembre 2003. Sul'origine dell'euro e la sue prospettive future, anche in considerazione dell'ulteriore allargamento dell'Unione, vedi "L'euro: réussite ou échec, in *Questions internationales*, n. 17, *La documentation Française*". A partire dal 10 gennaio 2008 anche Malta e Cipro hanno adottato l'euro: la zona euro rappresenta ormai più del 70% del prodotto interno lordo dell'Unione europea. Il Regno Unito (come la Danimarca) beneficia di deroghe rispetto alla moneta unica europea. La politica comunitaria in materia verrà coordinata nell'ambito dell'Eurogruppo, che riunisce i ministri delle finanze e la cui esistenza è stata riconosciuta dal Trattato di Lisbona.

⁵ Sul punto si rinvia a B. NASCIBENE, *La libera circolazione dei lavoratori. Trent'anni di applicazione delle norme comunitarie*, Milano, 1998.

⁶ Così recita l'art. 20 TFUE: *Articolo 20 (ex art. 17 del TCE)*.

1. È istituita una cittadinanza dell'Unione. È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. La cittadinanza dell'Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non la sostituisce.

2. I cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti nei trattati. Essi hanno, tra l'altro: a) il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri; b) il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo e alle elezioni

Oggi, i cittadini dell'Unione costituiscono uno dei fattori in cui meglio si esprime il livello di democrazia e civiltà realizzato nell'ambito dell'Unione.

2. L'istituzione della cittadinanza nel Trattato di Maastricht del 1992 e i suoi sviluppi nei Trattati successivi

Al paragrafo precedente si è detto che l'introduzione dell'istituto della cittadinanza⁷ rappresenta una delle più importanti novità introdotte dal Trattato sottoscritto a Maastricht il 7 febbraio 1992⁸.

La definizione di cittadinanza⁹ è stata oggetto di discussioni che hanno portato ad una modifica della sua formulazione originaria: cosicché se, la ver-

comunali nello Stato membro in cui risiedono, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato; c) il diritto di godere, nel territorio di un paese terzo nel quale lo Stato membro di cui hanno la cittadinanza non è rappresentato, della tutela delle autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato; d) il diritto di presentare petizioni al Parlamento europeo, di ricorrere al Mediatore europeo, di rivolgersi alle istituzioni e agli organi consultivi dell'Unione in una delle lingue dei trattati e di ricevere una risposta nella stessa lingua.

Tali diritti sono esercitati secondo le condizioni e i limiti definiti dai trattati e dalle misure adottate in applicazione degli stessi.

⁷ Per alcune indicazioni bibliografiche relative alla cittadinanza istituita dal Trattato di Maastricht si v.: R. ADAM, *Prime riflessioni sulla cittadinanza dell'Unione*, in *RDI*, 1992, p. 622 ss.; C. CLOSA, *The Concept of Citizenship in the Treaty on European Union*, in *CMLR*, 1992, pp. 1137-1170; P. CLOSE, *Citizenship, Europe and Change*, London, 1995; J. D'OLIVEIRA, *European citizenship: Its meaning, its potential*, in J. MONAR, W. UNGERER, W. WESSELS (eds.), *The Maastricht Treaty on European Union*, 1993, pp. 126-146; R. KOVAR, D. SIMON, *La citoyenneté européenne*, in *CDE*, 1993, p. 286 ss.; M. LA TORRE, *European citizenship*, The Hague, 1993; A. LIPPOLIS, *La cittadinanza europea*, Bologna, 1994; E. MARIAS (ed.), *European Citizenship*, Maastricht, 1994; E. MEEHAN, *Citizenship and the European Community*, London, 1993; A. ROSAS, E. ANTOLA (eds.), *A Citizens'Europe. In Search of a New Order*, London, 1995; J. VERHOEVEN, *Les citoyens de l'Europe*, in *Annales de droit de Louvain*, 1993, n. 2, pp. 165-191; U. VILLANI, *La cittadinanza europea*, Bari, 1995.

⁸ L'art. 8 citato contenuto nella Parte II "Cittadinanza dell'Unione" del Trattato istitutivo della CE recitava:

1. È istituita una cittadinanza dell'Unione. È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro.

2. I cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti dal presente trattato.

⁹ La letteratura in tema di cittadinanza dell'Unione è vastissima. Fra le pubblicazioni più recenti, senza pretesa di completezza, si v.: M.C. BARUFFI (a cura di), *Cittadinanza e diversità*

sione accolta nel Trattato di Maastricht (1992) al suo art. 8 TCE si limitava a subordinare la cittadinanza dell'Unione al possesso della cittadinanza di uno degli Stati membri, sancendo che «è cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro»; successivamente il Trattato di Amsterdam (1997) (con una disposizione ripresa dal Trattato di Nizza (2001) all'art. 17 TCE) al suo art. 8 TCE ha ulteriormente rafforzato il rapporto fra cittadinanza europea e cittadinanza nazionale aggiungendo che «la cittadinanza dell'Unione costituisce un completamento della cittadinanza nazionale e non sostituisce quest'ultima». La formulazione più recente che, come si è detto, risulta accolta nell'art. 20 TFUE della Parte seconda del Trattato di Lisbona (2007) dedicata alla “Non discriminazione e cittadinanza” dispone infine, che «la cittadinanza dell'Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non la sostituisce». Proprio perché la cittadinanza europea completa la cittadinanza nazionale senza rimpiazzarla si dice che essa sia una cittadinanza di “superposizione”¹⁰. Ogni persona che sia anche cittadino di uno Stato membro, automaticamente

culturale nello spazio giuridico europeo, Padova, 2010; W. BARVER, *Citizenship, Nationalism and the European Union*, in *ELR*, 2002, p. 241 ss.; A. CELOTTO, *La cittadinanza europea*, in *DUE*, 2005, n. 2, pp. 379-390; M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIBENE, *Citizenship of the Union and free movement of persons*, Bruxelles, 2008; G. CORDINI, *Linee evolutive della cittadinanza europea: dai Trattati alla «Costituzione per l'Europa»*, in P.G. GRASSO (a cura di), *Europa e Costituzione*, Napoli, 2005, p. 260 ss.; P. DOLLAT, *La citoyenneté européenne*, Bruxelles, 2008; F. G. JACOBS, *Citizenship of the European Union-A Legal Analysis*, in *ELJ*, 2007, n. 5, pp. 591-610; S. KADELBACH, *Union Citizenship*, Jean Monnet Working Paper 9/03, 2003; D. KOSTAKOPOULOU, *The Evolution of European Union Citizenship*, in *European Political Science*, 2008, n. 7, pp. 285-295; A. LIPPOLIS, *Cittadinanza dell'Unione*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006, p. 925 ss.; P. MENGOZZI, *La cittadinanza dell'Unione e le libertà del mercato unico*, in ID., *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, 2006, Cap. VIII; C. MORVIDUCCI, *I diritti dei cittadini europei*, Torino, 2010; B. NASCIBENE, *Profili della cittadinanza dell'Unione europea*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1995, p. 247 ss.; L. PANELLA, *L'affermarsi della cittadinanza europea*, in C. ZANGHÌ, L. PANELLA (a cura di), *50 anni di integrazione europea. Riflessioni e prospettive*, Torino, 2007, pp. 221-225; L.S. ROSSI, *I cittadini*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, vol. XXVI, tomo I, Torino, 2004, p. 114 ss.; L. S. ROSSI, *La cittadinanza dell'Unione europea*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il processo di integrazione europea: un bilancio 50 anni dopo i Trattati di Roma*, Torino, 2008; E. TRIGGIANI, *La cittadinanza europea per la utopia sovranazionale*, in *Studi integr. eur.*, 2006, n. 3, pp. 435-477; U. VILLANI, *La cittadinanza europea*, in ID., *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2008, Cap. IV.

¹⁰ C. WIHTOL DE WENDEN, *Nationalité/citoyenneté: des relations complexes. Citoyen d'attribution et de superposition*, in *La citoyenneté européenne, Problèmes politiques et sociaux*, n. 901, 2004, La documentation Française, p. 37 ss. Vedi M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, in “Collana di testi e Documenti di diritto europeo” diretta da B. NASCIBENE, Milano, Giuffrè, 2003, p. 14.

è anche cittadino dell'Unione. Sebbene non sostituisca ma si aggiunga alla cittadinanza nazionale, tuttavia, la cittadinanza dell'Unione non dà luogo all'ipotesi della doppia cittadinanza.

L'attribuzione della cittadinanza dell'Unione europea viene, dunque, fatta dipendere dal possesso della cittadinanza di uno Stato membro; ogni Stato ha, quindi, piena discrezionalità in ordine alla determinazione dei criteri di attribuzione della propria cittadinanza e, di conseguenza, della cittadinanza dell'Unione europea. Questo porta a ritenere che la nozione di "cittadinanza europea" non abbia una rilevanza autonoma nel sistema dell'Unione europea, per cui le scelte degli ordinamenti nazionali sono suscettibili di incidere sul diritto dell'Unione in materia. È chiaro, perciò, che un punto assai dibattuto e controverso è quello relativo alle politiche nazionali in tema di cittadinanza. È stato detto, in proposito, che «tali politiche vanno rese compatibili con un tipo di identità "multiculturale", nella formazione di una "coscienza europea" aperta ad esperienze di relazioni internazionali condivisibili sul piano europeo» e che, pertanto, esse dovrebbero essere armonizzate¹¹. Ciò potrebbe realizzarsi solo ove gli Stati attribuissero – derogando alla situazione attuale – alle Istituzioni dell'Unione una competenza nella materia, rinunciando in tal senso ad un ulteriore ambito della loro sovranità. Un aspetto questo che, come vedremo, ha acquistato piena attualità in occasione di una recente pronuncia della Corte di giustizia relativa al caso "Rottman"¹².

3. Il trattamento giuridico garantito dall'istituto della cittadinanza dell'Unione europea: i beneficiari

La cittadinanza dell'Unione, al pari di qualsiasi altra normativa concordata sul piano internazionale, comporta una deroga alla *domestic jurisdiction* degli Stati (v. *supra*, Cap. I). Essa, tuttavia, nella sua formulazione attuale non costituisce una deroga a quella parte del diritto nazionale che regola il rapporto giuridico dell'individuo con il suo Stato (membro) (ossia quel rapporto che si definisce come cittadinanza nazionale); a ben guardare, infatti, essa deroga a

¹¹ DEL VECCHIO, *L'identità europea* cit., p. 49. I contenuti del concetto di cittadinanza europea, in mancanza di una "politica comunitaria" di armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia, sono ancora incompleti, ed in parte indefiniti, ferma restando la competenza nazionale in materia, che può trovare un limite nella esigenza del rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo.

¹² V. *infra*, in questo Capitolo, par. 10.

quel rapporto che ciascuno Stato membro stabilisce nei confronti degli “stranieri”, nel caso di specie i cittadini degli altri Stati membri. In altre parole gli Stati membri, in virtù della cittadinanza, si sono impegnati, reciprocamente, a garantire un certo trattamento giuridico di favore (dato dalla previsione di alcuni diritti) ai cittadini degli altri Stati membri.

Con l’istituzione della cittadinanza europea, l’Unione in parte, ha razionalizzato il sistema di diritti e libertà già previsti dai Trattati a favore dei cittadini degli Stati membri e, in parte, ne ha aggiunti di nuovi. Tuttavia, questa opera di codificazione non ha comportato il “trasferimento” in capo all’Unione di quel rapporto di diritto pubblico che si designa col concetto di cittadinanza nazionale. E ciò non sarebbe suscettibile di accadere nemmeno qualora le Istituzioni comunitarie diventassero competenti (secondo l’ipotesi accennata al paragrafo precedente) a regolare le modalità di acquisto e perdita della cittadinanza degli Stati membri¹³.

4. I doveri del cittadino dell’Unione europea

Prima di passare ad illustrare i diritti dei cittadini dell’Unione, va precisato che il par. 2 dell’art. 17 CE preveda, oltre che taluni diritti, anche alcuni doveri cui sono soggetti i detti cittadini. Questa disposizione, tuttavia, è una formula vuota che risponde più all’esigenza di riprodurre le formule enfatiche dello *status civitatis* previsto dagli Stati (che accanto a posizioni attive stabilisce anche posizioni passive in cui si esprimono i valori di solidarietà verso la comunità statale di appartenenza) che non a quella di fornire una descrizione effettiva del contenuto della cittadinanza dell’Unione.

Nessuna disposizione dei trattati, infatti, prevede l’indicazione di doveri che incombono al cittadino dell’Unione. Non sembrano, nella specie, potersi configurare in nessuna parte del diritto dell’Unione doveri ai quali tipicamente soggiace il cittadino nazionale nei confronti del proprio Stato, quali il dovere di fedeltà e il dovere di difesa. Una prospettiva questa, che sembra altresì caratterizzare la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, la quale nell’elencare i diritti della persona (e, quindi, del cittadino europeo) si limita ad accennare ai diritti senza accennare ai doveri, salvo che nel Preambolo in cui, genericamente si afferma che “il godimento di questi diritti fa sorgere re-

¹³ Sulla natura statale dei diritti individuali anche quando essi diventano oggetto di disciplina da parte di atti di diritto internazionale si rinvia a quanto detto *supra*, Parte generale, Cap. I.

sponsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future”.

Tuttavia, questa lacuna non è tale da incidere sulla qualità della cittadinanza europea. In altre parole non è la mancata previsione di doveri che impedisce alla cittadinanza europea di essere assimilata alla cittadinanza nazionale. Né, d'altro canto, quest'ultima circostanza viene a dipendere dall'incompletezza del catalogo di diritti attribuiti al cittadino europeo. A ben guardare, ciò dipende soltanto dai caratteri dell'Unione europea¹⁴ e della cooperazione fra gli Stati membri che essa incarna, i quali non consentono di configurare l'Unione oggi (come, del resto la Comunità nel passato) come un ente dotato delle caratteristiche proprie di uno Stato e come tale idoneo a dar vita a quel vincolo giuridico-politico che lo lega all'individuo che ad esso appartiene. Un'interpretazione della cittadinanza dell'Unione che sia alternativa a quella della cittadinanza nazionale è, dunque, quella di ricollegare un siffatto istituto a quello *status* tradizionale e proprio disciplinato dagli strumenti internazionali in materia di diritti dell'uomo, volto a circoscrivere i poteri dello Stato nei confronti dello straniero.

5. Il catalogo di diritti riconosciuto ai cittadini dell'Unione europea

Una volta accertato che la cittadinanza dell'Unione costituisce una deroga al trattamento garantito dal diritto dello Stato al «cittadino dello Stato membro» e che, quindi, esso sia un istituto distinto e diverso da quello della cittadinanza nazionale (e che, in tal senso, essa non è un vincolo fra l'Unione e il cittadino dello Stato membro) occorre ora esaminare quali sono quei diritti e quei doveri che, regolati nei trattati e nel diritto da essi derivato, siano ricollegati alla sua istituzione. Al riguardo, va detto che ogni cittadino di uno Stato membro, considerato perciò come cittadino dell'Unione, gode dei seguenti diritti:

- il diritto alla libera circolazione e il diritto di soggiorno nel territorio degli Stati membri;
- il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo e alle elezioni comunali nello Stato membro di residenza (se diverso da quello di appartenenza), alle stesse condizioni previste per i cittadini di quello Stato;

¹⁴ Su tali caratteri si v. R. CLERICI, P. FOIS, *I caratteri del diritto dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2007. Sulla natura “non statutale” dell'Unione europea si v. *supra*, Parte generale, Cap. I, par. 4.

– il diritto di beneficiare, sul territorio di uno Stato terzo (non appartenente all'UE) della protezione diplomatica delle autorità diplomatiche o consolari di un altro Stato membro (qualora il proprio Stato di origine non vi fosse rappresentato) nella stessa misura in cui tale protezione viene concessa ai cittadini dello Stato membro in questione;

– il diritto di petizione dinanzi al Parlamento europeo e il diritto di rivolgersi al Mediatore designato dal Parlamento europeo per denunciare casi di cattiva amministrazione nelle attività delle istituzioni o degli organi comunitari. Tali procedure sono disciplinate dagli artt. 194 e 195 del trattato CE;

– il diritto di scrivere alle istituzioni o agli organi comunitari in una delle lingue degli Stati membri e di ricevere una risposta nella stessa lingua (art. 21, comma 3, del trattato CE);

– il diritto di accesso ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, a determinate condizioni (art. 15 TFUE);

– il diritto a non essere discriminato per motivi riguardanti nazionalità, genere, razza, religione, disabilità, età o orientamento sessuale (principio di non discriminazione);

– il diritto di invitare la Commissione a presentare una proposta legislativa (iniziativa di proposta dei cittadini).

L'elenco di tali diritti non è inteso come tassativo (v. l'art. 20, n. 2, TFUE, che in proposito dice «tra l'altro») pertanto, nuovi diritti possono essere aggiunti – previa approvazione del Parlamento europeo – con delibera unanime del Consiglio, soggetta per la sua entrata in vigore alla «approvazione» degli Stati membri.

Il trattato di Lisbona sottolinea maggiormente i principali diritti dei cittadini dell'Unione enumerandoli all'art. 20, par. 2, del TFUE: si tratta, in buona sostanza, del 1) diritto di circolare liberamente e di soggiornare nel territorio degli Stati membri (art. 21 TFUE); 2) diritto di elettorato attivo e passivo nello Stato di residenza (se diverso da quello di appartenenza) per le elezioni del Parlamento europeo e per quelle comunali, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato (art. 22 TFUE); 3) diritto alla protezione diplomatica e consolare da parte di uno qualsiasi degli Stati membri, alle stesse condizioni dei cittadini di quest'ultimo, nei confronti di un Paese terzo in cui lo Stato della propria cittadinanza non sia rappresentato (art. 23 TFUE); 4) diritto di petizione al Parlamento europeo, di ricorso al Mediatore europeo (abilitato a ricevere denunce per casi di cattiva amministrazione) e di rivolgersi alle istituzioni e agli organi consultivi dell'Unione Europea in una delle lingue dei trattati e di ricevere una risposta nella stessa lingua (art. 20, n. 2, lett. d, TFUE). Conviene ora soffermarsi su questi primi quattro diritti, prendendo in esame, in tal senso, le norme del TFUE che ne hanno specificamente ad oggetto la loro disciplina.

6. Segue: Il diritto di libera circolazione e di soggiorno nel territorio degli Stati membri

Secondo l'art. 21 TFUE «ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel *territorio degli Stati membri*, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi» (corsivo aggiunto)¹⁵. La formulazione di tale disposizione, di tutta evidenza, lascia intendere che ai cittadini degli Stati membri è consentito l'ingresso e il soggiorno nel territorio di un qualsiasi Stato membro, *diverso* da quello della propria cittadinanza, con la sola condizione del rispetto delle regole al riguardo poste dal diritto dell'Unione. Nel senso indicato, occorre dire che oltre che un diritto in cui si estrinseca la cittadinanza dell'Unione, quello relativo alla circolazione e al soggiorno costituisce una condizione preliminare e costitutiva ai fini del riconoscimento dei benefici connessi alla stessa cittadinanza dell'Unione: l'attribuzione dello *status* di cittadino europeo, infatti, appare subordinata alla condizione che il cittadino di uno Stato membro abbia “circolato”, ossia fatto ingresso e stabilito la propria residenza in un altro Stato membro, *diverso* da quello di cui possiede la cittadinanza.

L'Unione ha adottato una direttiva sul diritto dei cittadini europei di circolare e soggiornare liberamente in tutta l'Unione. Si tratta della Direttiva 2004/38¹⁶ che raccoglie in un unico testo il complesso *corpus* normativo esistente nel settore del diritto d'ingresso e di soggiorno dei cittadini dell'Unione nel territorio degli Stati membri che prima della sua adozione risultava disciplinato da due regolamenti e nove direttive. Le misure con essa adottate sono finalizzate, soprattutto, a favorire l'esercizio del diritto dei cittadini europei di circolare e soggiornare liberamente, a ridurre allo stretto necessario le formalità amministrative, a definire meglio lo *status* dei familiari e a circoscrivere la

¹⁵ Su questo diritto v. E. GREPPI, *La libera circolazione delle persone fra diritto internazionale e diritto comunitario. Alcune considerazioni generali*, in B. NASCIBENE, *Da Schengen a Maastricht: apertura delle frontiere, cooperazione internazionale e di polizia*, Milano, 1995; P. BONETTI, *I profili generali della normativa italiana sugli stranieri dal 1998*, in B. NASCIBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri, Il diritto degli stranieri. Le norme nazionali nel quadro delle norme di diritto internazionale e comunitario*, in B. NASCIBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, CEDAM, Padova, 2004, p. 79.

¹⁶ Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE (in GUUE legge 158, 30 aprile 2004).

possibilità di rifiuto o revoca del diritto di soggiorno, introdurre un nuovo diritto di soggiorno permanente. La semplificazione che essa ha introdotto ha lo scopo di facilitare l'esercizio di tali diritti non solo per i cittadini, ma anche per le amministrazioni nazionali.

7. Segue: Il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni municipali e del Parlamento europeo (anche) nello Stato di residenza

L'art. 22 TFUE stabilisce al suo comma 1 che «ogni cittadino dell'Unione residente in uno Stato membro di cui non è cittadino ha il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni comunali nello Stato membro in cui risiede, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato»; al suo comma 2 prevede, inoltre, che «ogni cittadino dell'Unione residente in uno Stato membro di cui non è cittadino ha il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo nello Stato membro in cui risiede, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato». Analogamente, a quanto visto nel caso precedente, entrambi i diritti ora citati devono essere garantiti dallo Stato membro al cittadino di un *altro* Stato membro che abbia deciso di stabilire la residenza nel proprio territorio su un piano di parità rispetto ai propri cittadini.

I contenuti del diritto in esame sono attualmente soggetti alla Direttiva 93/109/CE del Consiglio, del 6 dicembre 1993¹⁷, che stabilisce le modalità dell'esercizio del diritto di voto e l'eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo per i cittadini dell'Unione che risiedono in uno Stato membro di cui non hanno la cittadinanza.

Tale Direttiva, esattamente, regola le modalità di esercizio del diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo per i cittadini dell'Unione europea (UE) residenti in un paese dell'UE di cui non sono cittadini. In tal senso, essa stabilisce le modalità secondo cui i cittadini dell'Unione Europea residenti nello Stato membro di cui non sono cittadini possono esercitarvi il diritto di voto attivo e passivo alle elezioni del Parlamento europeo.

I cittadini dell'Unione possono esercitare il loro diritto di voto e di candidatura nel proprio Paese di origine o nel Paese di residenza, quando questo è diverso da quello di origine.

La Direttiva in questione, infatti, non pregiudica i diritti dei cittadini di uno Stato membro in materia di diritto di voto attivo e passivo per le elezioni

¹⁷ GUCE legge 329, 30 dicembre 1993.

al Parlamento europeo nel proprio Stato, e ciò indipendentemente dal fatto che tali cittadini siano residenti in tale Stato: il suo scopo appare, piuttosto, quello di agevolare l'esercizio del diritto elettorale in uno qualunque degli Stati membri in cui abbia la residenza anche, cioè, se questo non è quello di origine.

La direttiva stabilisce, altresì, i requisiti che un cittadino di un altro Stato membro deve possedere al fine di esercitare il diritto di elettorato attivo e passivo nel Paese in cui ha la residenza. Nello specifico tale persona deve essere cittadino dell'Unione; essere residente nel paese dell'Unione in cui intende votare o candidarsi, soddisfare gli stessi requisiti di un cittadino di quel paese dell'Unione che intende votare o candidarsi in base al principio di non discriminazione tra elettori nazionali e non nazionali. Va, tuttavia, ribadito che spetta a ciascuno Stato membro stabilire quali persone debbano essere considerate suoi cittadini.

Nessun cittadino può votare più di una volta né essere candidato in più di uno Stato dell'Unione. Per evitare il doppio voto e la doppia candidatura, i Paesi dell'Unione devono scambiarsi informazioni sui cittadini iscritti nelle liste elettorali o che hanno presentato una candidatura.

L'elettore sarà iscritto nella lista elettorale del proprio paese di residenza soltanto se ne ha precedentemente espresso la volontà. L'elettore che sceglie di esercitare il diritto di voto nel proprio paese di residenza, rinuncia a esercitare tale diritto nel proprio paese di origine. Nei Paesi dell'Unione in cui il voto è obbligatorio, gli elettori non nazionali che chiedono di essere iscritti nella lista elettorale di questo Stato sono soggetti a tale obbligo.

Per poter essere iscritto nella lista elettorale, l'elettore non nazionale deve fornire le stesse prove di un elettore nazionale, oltre che informazioni supplementari mediante un'apposita dichiarazione formale.

Un candidato non deve essere stato privato dei propri diritti di voto nel paese di residenza né in quello d'origine. Quando presenta domanda per candidarsi, un cittadino dell'UE deve fornire la prova, rilasciata dal paese di origine, di aver diritto a candidarsi in quel paese.

Il paese UE di residenza può, se lo desidera, rifiutare di inserire elettori cui è stato negato il diritto di voto nel paese di origine.

La Direttiva, infine, stabilisce che i mezzi di ricorso previsti a favore degli elettori e dei candidati nazionali contro la violazione del diritto di cui si tratta, devono essere resi disponibili anche agli elettori e ai candidati non nazionali cui viene negata l'iscrizione nella lista elettorale o la cui domanda di candidatura viene rifiutata.

8. Segue: Il diritto alla protezione diplomatica e consolare delle autorità di ogni altro Stato membro

L'art. 23 TFUE recita che «ogni cittadino dell'Unione gode, nel *territorio di un paese terzo* nel quale lo Stato membro di cui ha la cittadinanza non è rappresentato, della tutela da parte delle autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato. Gli Stati membri adottano le disposizioni necessarie e avviano i negoziati internazionali richiesti per garantire detta tutela». Il diritto alla protezione diplomatica e consolare delle autorità di ogni Stato membro sorge nell'ipotesi in cui lo Stato di cui l'individuo è cittadino non è rappresentato in uno Stato terzo nel quale, al momento, si trova. Anche questo diritto impegna lo Stato membro interessato a riconoscere ai cittadini di un altro Stato membro un trattamento in condizioni di uguaglianza con i propri cittadini.

Nell'ambito di questa forma di protezione è stata adottata la Decisione 96/409/PESC dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio del 25 giugno 1996 relativa all'istituzione di un documento di viaggio provvisorio. Tale Decisione istituisce un modello standard di documento di viaggio provvisorio (DVP) come che viene rilasciato dietro apposita richiesta dall'interessato, ai cittadini dell'Unione europea per un solo viaggio verso il paese dell'UE di cui sono cittadini o verso il loro paese di residenza permanente o, eccezionalmente, verso un'altra destinazione (all'interno o al di fuori dell'Unione) nei casi in cui i documenti di viaggio originali siano stati perduti, rubati o distrutti o, comunque, siano temporaneamente indisponibili. Essendo quest'ultimo lo scopo della decisione, questa non si applica ai passaporti nazionali scaduti. Il DVP è rilasciato, dietro formale richiesta da parte dell'interessato, dalle ambasciate e i consolati dei paesi dell'Unione europea nei seguenti casi: nel caso in cui il beneficiario sia un cittadino dell'Unione il cui passaporto o documento di viaggio sia stato perduto, rubato o distrutto o, comunque, sia momentaneamente indisponibile; nel caso in cui il richiedente si trovi nel territorio di un Paese nel quale lo Stato di cui è cittadino non ha rappresentanza diplomatica o consolare accessibile che possa rilasciare un documento di viaggio o nel quale esso non sia altrimenti rappresentato; infine, se sia stata ottenuta l'autorizzazione delle autorità dello Stato membro d'origine della persona interessata.

9. Segue: Il diritto di petizione al Parlamento europeo e di ricorso al Mediatore europeo

L'art. 227 TFUE riconosce al cittadino europeo, individualmente o insieme ad altri cittadini, la possibilità di presentare petizioni al Parlamento Europeo¹⁸. Il diritto di petizione è, dunque, accessibile a tutti i cittadini dell'Unione, ma anche ad ogni persona fisica o giuridica che risieda o abbia sede statutaria in uno Stato membro, a titolo individuale o associativo. Per essere ricevibili, le petizioni devono riguardare argomenti rientranti nel campo di applicazione del diritto comunitario e devono riguardare direttamente i soggetti interessati alla loro presentazione. La procedura per la presentazione di una petizione è stabilita dal regolamento del Parlamento europeo, che designa la commissione parlamentare competente, attualmente la commissione per le petizioni. Esse devono rispettare alcuni requisiti formali (fra i quali quello di essere redatte in una delle lingue ufficiali dell'Unione europea, benché si tratti di un diritto riconosciuto anche a cittadini extracomunitari residenti stabilmente nel territorio di uno degli Stati membri) e sostanziali (dovendo riguardare uno dei campi di applicazione del diritto comunitario). Le petizioni che soddisfano questi requisiti sono deferite alla commissione per le petizioni che decide innanzitutto se la petizione è ricevibile. A tal fine, essa si accerta che l'oggetto rientri in un settore di competenza dell'Unione europea. In caso contrario, la petizione è dichiarata irricevibile. La decisione di irricevibilità deve essere motivata e viene notificata al firmatario e spesso è accompagnata dal suggerimento di rivolgersi ad un'altra autorità nazionale o internazionale.

L'art. 228 TFUE prevede, invece, la possibilità di ricorso ad un organo stragiudiziale, il Mediatore europeo, il quale indaga in piena autonomia e talvolta anche di propria iniziativa, sui casi di cattiva amministrazione che si verificano nelle attività delle istituzioni o degli organi comunitari (fatti salvi il Tribunale di primo grado e la Corte di giustizia, nell'esercizio delle loro funzioni giurisdizionali).

Si tratta di un importante strumento messo a disposizione del cittadino europeo che si sostanzia in una forma di controllo democratico di quest'ultimo sull'operato delle Istituzioni europee, rendendo queste ultime più vicine ed aperte, alle esigenze dei cittadini. Come nel caso del diritto di petizione, oltre ai cittadini dell'Unione possono sporgere denuncia al Mediatore europeo anche le persone residenti in uno Stato membro. Possono altresì sporgere de-

¹⁸ Su questo diritto si v. A.P. MANIATIS, *Les règlements des pétitions au Parlement européen*, in *Riv. dir. Un. eur.*, 2002, p. 133 ss.

nuncia al Mediatore le imprese, le associazioni e altri soggetti che abbiano sede nell'Unione europea¹⁹.

10. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di cittadinanza

La sentenza *Rottmann*²⁰ può essere considerata una pietra miliare in materia di cittadinanza dell'Unione. La Corte di giustizia in questa sentenza ha affermato che uno Stato membro può, nell'esercizio della propria competenza in materia di cittadinanza, revocare ad un cittadino dell'Unione la sua cittadinanza, conferita per naturalizzazione, qualora questi l'abbia ottenuta in maniera fraudolenta. Ciò vale anche nel caso in cui tale revoca determini lo stato di apolidia per l'interessato, che in tal modo perde la cittadinanza di uno Stato membro e, quindi, anche la cittadinanza dell'Unione. La Corte precisa, tuttavia, che nell'esercizio di tale competenza lo Stato membro deve rispettare il principio di proporzionalità.

La Corte, in altre parole, riconosce la competenza degli Stati membri a definire le condizioni per l'acquisto e la perdita della cittadinanza, ma subordina l'esercizio di tale competenza al rispetto del diritto dell'Unione.

Il caso ha preso avvio dal rinvio pregiudiziale promosso da un giudice tedesco il quale ha posto alla Corte di giustizia la questione se il diritto dell'Unione, e segnatamente l'art. 17 TCE (attuale art. 20 TFUE), osti a che uno Stato membro revochi ad un cittadino dell'Unione la cittadinanza di tale Stato acquisita per naturalizzazione in maniera fraudolenta, qualora tale revoca privi l'interessato del suo *status* di cittadino dell'Unione e del godimento dei diritti

¹⁹ Sulla figura del mediatore europeo si v. M.P. CHITI, *Il Mediatore europeo e la buona amministrazione comunitaria*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2000, II, 303 ss.; A. DE MATTEIS, *Il Mediatore europeo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2003, V, 1191 ss.; G. FERRANTI, *I difensori civici nelle esperienze europee e nel Trattato di Maastricht*, in *Rivista diritto europeo*, 1995, II, 293 ss.; O. POLLICINO, *L'Ombudsman comunitario: limiti e potenzialità di un istituto nel quadro della "scommessa" della cittadinanza europea*, in *Diritto pubblico comparato europeo*, 2006, IV, 1746 ss.; M.R. SAULLE, *Il Mediatore europeo nel Trattato di Maastricht*, in *La comunità internazionale*, 1994, I, 17 ss. Per la letteratura straniera si vedano M.J. CHIDIAC., *Les Médiateurs, l'action administrative et l'éthique des services publics*, Bruxelles, 2000; E.A. MARIAS, *The European Ombudsman*, Maastricht, 1994; R. GIMENEZ, J. CATEDRICA, *El Defensor del pueblo en el Tratado de la Unión Europea*, Madrid, 1993.

²⁰ Corte di giustizia, del 2 marzo 2009, C-135/08, sentenza *Janko Rottman c. Freeistaat Bayern*, in *Raccolta*, p. I-6193.

ad esso correlati, rendendolo apolide, in quanto l'acquisizione per naturalizzazione della cittadinanza dello Stato membro suddetto aveva determinato, in capo alla persona interessata, la perdita della cittadinanza del suo Stato membro di origine.

Si tratta di una sentenza che ha fatto molto discutere²¹ per il modo in cui la Corte di giustizia ha affrontato il delicato tema del "dominio riservato" degli Stati membri. Non era però la prima volta che la Corte di giustizia si avventurava su un terreno giuridicamente così impervio, né era la prima che la Corte si pronunciava in materia di cittadinanza.

Nella sua precedente giurisprudenza nella materia, l'Unione europea aveva anzi mostrato di non discostarsi dalla soluzione adottata dal diritto internazionale generale, secondo cui i modi di acquisto e perdita della cittadinanza sono soggetti alla legge nazionale dello Stato interessato²². Già nella nota sentenza Micheletti²³ e poi nella sentenza Kaur²⁴ la Corte afferma che ciò formi oggetto di un "principio di diritto consuetudinario internazionale"²⁵. Tuttavia, essa ha anche affermato che nelle materie rientranti nell'ambito di applicazione del

²¹ Su questa sentenza v: M. CASTELLANETA, *Lo Stato deve valutare gli effetti sul cittadino del provvedimento di revoca della naturalizzazione*, in *Guida al Diritto*, 2010, n. 15, pp. 97-99; S. COPPOLA, *Cittadinanza europea e prestazioni sociali: commento alla recente sentenza Rottman*, 2010, in *www.europeanrights.eu*; J. HEYMANN, *De la citoyenneté de l'Union comme révélateur de la nature de l'Union européenne (à propos de l'arrêt Rottmann)*, in *Europe*, 2010, n. 6, pp. 5-8; N. LAZZERINI, *Cittadinanza dell'Unione: uno status derivato ... ma anche un po' autonomo. La sentenza della Corte di Giustizia nel caso Rottman*, in *Osservatorio sulle fonti.it*, fasc. 2/2010; L. MONTANARI, *I limiti europei alla disciplina nazionale della cittadinanza*, in *DPCE*, 2010, n. 3, pp. 848-954; E. NALIN, *Revoca della cittadinanza nazionale e perdita dello status di cittadino dell'Unione*, in *Sud in Europa*, 2010, n. 1.

²² Si osservi, peraltro, che pur dando atto dell'effettività di tale principio, in dottrina è stata sottolineata, fin dalla creazione della cittadinanza europea, la necessità di giungere all'armonizzazione o uniformazione delle legislazioni nazionali relative all'acquisto ed alla perdita della cittadinanza, per porre rimedio all'eterogeneità delle normative esistenti nell'ambito degli Stati membri: in tal senso, ad esempio, v. S. O'LEARY, *Nationality Law and Community Citizenship: a Tale of Two Uneasy Bedfellows*, in *Yearbook European Law*, 1992, p. 353 ss.

²³ Sentenza del 7 luglio 1992 nella causa C-369/90, *Mario Vicente Micheletti e altri c. Delegación del Gobierno en Cantabria*, in *Raccolta*, pp. I-4239. Per commenti, si vedano, tra gli altri, D. RUZIE, *Nationalité, effectivité et droit communautaire*, in *Revue générale de droit international public*, 1993, pp. 107-120; L. CARTOU, *La cour et une matière quelque peu sulfureuse: liberté de circulation et d'établissement et double nationalité*, in *Les petites affiches*, 1993, n. 1, pp. 18-19.

²⁴ V. sentenza 20 febbraio 2001, causa C-192/99, *Kaur*, in *Raccolta*, pp. I-1237, punto 20.

²⁵ Sentenze *Micheletti* cit., punto 10; 11 novembre 1999, causa C-179/1998, *Mesbah*, in *Raccolta*, pp. I-7955, punto 29, e 19 ottobre 2004, causa C-200/02, *Zhu and Chen*, in *Raccolta*, pp. I-9925, punto 37.

diritto dell'Unione, l'esercizio dei poteri esclusivi da parte degli Stati membri deve essere svolto nel rispetto di tale diritto dell'Unione²⁶.

Ulteriormente, nella sentenza Sala²⁷ la Corte ha sostenuto che l'istituzione della cittadinanza dell'Unione, sulla base di un fondamento giuridico autonomo, pone un importante limite al potere degli Stati membri di privare una persona della sua cittadinanza.

Nella sentenza Rottmann, tuttavia, la Corte adotta un altro approccio che si manifesta nel tentativo di influenzare, quanto meno, l'interpretazione da parte dei giudici nazionali del diritto vigente negli Stati membri in materia di cittadinanza nazionale, allorché essa non possa condizionare il medesimo diritto facendo leva sull'esistenza di una normativa propria e "superiore" dell'Unione, cui gli Stati devono adattarsi.

In tal modo, essa lascia ricadere sul giudice del rinvio l'onere di verificare se la decisione di revoca in questione nella causa principale rispetti il principio di proporzionalità per quanto riguarda le conseguenze che essa determina sulla situazione dell'interessato in rapporto al diritto dell'Unione, in aggiunta, se del caso, all'esame della proporzionalità di tale decisione sotto il profilo del diritto nazionale.

La Corte di Giustizia, sottolineata «l'importanza che il diritto primario annette allo *status* di cittadino dell'Unione» (par. 56 della sentenza), ritiene necessario, nell'esaminare una decisione di revoca della naturalizzazione, tener conto delle possibili conseguenze che tale decisione comporta per l'interessato ed, eventualmente, per i suoi familiari sotto il profilo della perdita dei diritti di cui gode ogni cittadino dell'Unione. A questo proposito, richiama l'attenzione sull'importanza che nell'ambito degli Stati membri deve rivestire la verifica diretta ad accertare se tale perdita sia giustificata in rapporto alla gravità dell'infrazione commessa dall'interessato e al tempo trascorso tra la decisione di naturalizzazione e la decisione di revoca, al fine di consentire all'interessato di recuperare la propria cittadinanza di origine.

²⁶ V., in tal senso, sentenze 24 novembre 1998, causa C-274/96, *Bickel e Franz*, in *Raccolta*, pp. I-7637, punto 17 (riguardo ad una normativa nazionale in materia penale e di procedura penale); 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Garcia Avello*, in *Raccolta*, pp. I-11613, punto 25 (in relazione a norme nazionali in materia di nome delle persone); 12 luglio 2005, causa C-403/03, *Schempp*, in *Raccolta*, pp. I-6421, punto 19 (relativamente a norme nazionali in materia di fiscalità diretta), e 12 settembre 2006, causa C-145/04, *Spagna/Regno Unito*, in *Raccolta*, pp. I-7917, punto 78 (riguardo a norme nazionali che individuano i titolari del diritto di elettorato attivo e passivo alle elezioni del Parlamento europeo).

²⁷ Sentenza 12 maggio 1998, Causa C-85/1996, *Maria Martinez Sala c. Freistaat Bayern*, in *Raccolta*, p. I-02691.

A ben guardare la Corte non giunge a violare l'ambito delle proprie competenze, posto che non esegue essa stessa il giudizio sul rispetto del principio di proporzionalità che spetta agli Stati membri, ma rimette tale compito nelle mani dei giudici nazionali. Sicuramente legittimo, per altro verso, appare l'obiettivo che ha mosso la Corte nella formulazione di questa sentenza che è quello di evitare ad una persona lo stato di apolide e, con esso, la perdita della protezione statale: in tal senso, peraltro la Corte mostra di allinearsi a quella tendenza che individua una serie di limiti, derivanti dal diritto internazionale sia generale che pattizio, alla potestà statale in materia di cittadinanza. In particolare, si tratta di limiti derivanti dalle numerose convenzioni internazionali che obbligano gli Stati a rispettare i diritti umani fondamentali in quanto espressione di una norma generale del diritto internazionale²⁸.

Ad ogni modo, non può non colpire l'"intraprendenza" mostrata dalla Corte, soprattutto avuto riguardo alle argomentazioni – in forma di condizionamenti – dalla stessa utilizzati, nell'affrontare una tema così delicato come quello relativo alla "riserva" delle competenze sovrane degli Stati.

²⁸ Sul punto v. L. PANELLA, *La cittadinanza e le cittadinanze nel diritto internazionale*, Napoli, 2008.

Capitolo III

Il cittadino extracomunitario

La disciplina italiana dello straniero immigrato

SOMMARIO: 1. Il trattamento giuridico degli stranieri nell'ambito degli ordinamenti interni degli Stati: norme di diritto pubblico e di diritto privato a favore degli stranieri. – 2. Esigenze di controllo del territorio statale e di conformità del diritto degli Stati agli obblighi internazionali vigenti in tema di trattamento dello straniero. – 3. L'immigrazione in Italia: caratteri generali e regime giuridico. – 4. *Segue*: Le leggi in materia di immigrazione in Italia nel periodo dagli anni '80 agli anni '90. – 5. *Segue*: La legislazione in vigore: la legge n. 189 del 2002. – 6. *Segue*: Le novità introdotte alla normativa vigente in materia di immigrazione dalla legge 15 luglio 2009, n. 94. – 7. *Segue*: Le misure di adeguamento dello Stato italiano alla cooperazione europea in materia di immigrazione clandestina. – 8. La politica comune di immigrazione dell'Unione europea – 9. L'art. 16 delle disposizioni sulla legge in generale.

1. Il trattamento giuridico degli stranieri nell'ambito degli ordinamenti interni degli Stati: norme di diritto pubblico e di diritto privato a favore degli stranieri

Non esiste alcun obbligo, come si è visto, che imponga agli Stati di adottare un sistema di d.i.pr. Né è vero che una tale normativa, nel caso sia adottata, debba necessariamente prevedere il trattamento giuridico riservato allo straniero da parte dell'ordinamento nazionale o che questo sia regolato a mezzo di norme di conflitto. Anzi, al riguardo, vale osservare che lo Stato non è affatto tenuto ad introdurre una disciplina dello *status* dello straniero; esiste, infatti, un obbligo internazionale a carico dello Stato di garantire allo straniero un trattamento giuridico adeguato, conforme ai principi dei popoli civili, tuttavia, questo non implica che un tale trattamento debba essere realizzato attraverso la predisposizione di apposite norme di conflitto e, più in generale, di norme di d.i.pr. Quanto, tuttavia, ciò accade la predisposizione di un regime di d.i.pr. nei confronti dello straniero concorre ad integrare il quadro normativo, predisposto dal diritto pubblico statale, al fine di regolare altri aspetti di *status* del

medesimo soggetto; *status* nell'ambito del quale le norme di dirpr. appaiono dunque, come una componente non sempre troppo sviluppata e, per molti versi, condizionata dal diritto pubblico.

2. Esigenze di controllo del territorio statale e di conformità del diritto degli Stati agli obblighi internazionali vigenti in tema di trattamento dello straniero

Il diritto che gli Stati adottano nell'ambito dei rispettivi ordinamenti, in materia di trattamento dello straniero, appare a tutt'oggi ispirato a due diversi principi:

1) in primo luogo, esso appare ispirato al *principio dell'indipendenza e sovranità* normativa dello Stato (*domestic jurisdiction*). Il diritto degli stranieri che si configura alla luce di un tale principio appare, dunque, come un diritto speciale, che contiene cioè un insieme di norme *specifiche* applicabili soltanto agli stranieri presenti nel territorio dello Stato volte a determinarne le condizioni per l'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento dal territorio nazionale. Si tratta, in altre parole, di un diritto "*derogatorio*" rispetto a quello generale o comune vigente per i cittadini (e cioè per quegli individui che appaiono collegati allo Stato attraverso quel peculiare legame o attacco sociale che è rappresentato dalla cittadinanza). In tal senso, il diritto degli stranieri costituisce una classica manifestazione della sovranità esclusiva dello Stato sul proprio territorio ed è spesso connotato da margini più o meno ampi di discrezionalità nei confronti delle *autorità* statali preposte all'applicazione delle misure di ingresso, soggiorno ed allontanamento dello straniero.

2) in secondo luogo, dal *principio della salvaguardia dei diritti umani fondamentali*. Il diritto statale in materia di trattamento dello straniero appare cioè fortemente condizionato dall'esistenza di obblighi internazionali e, in particolare, di quelli vigenti in materia di tutela della persona umana. Un siffatto principio si articola, specificamente, nel senso che, da un lato, lo Stato incontra un limite nel disciplinare la condizione dello straniero che si sostanzia nel divieto di imporre ad esso doveri che non si giustifichino con un sufficiente "attacco" dello stesso con la comunità territoriale. In altre parole, l'intensità del potere di governo sullo straniero e sui suoi beni deve essere proporzionata all'intensità del suo "attacco sociale" all'ordinamento dello Stato. Dall'altro, lo Stato è soggetto ad un obbligo di protezione dello straniero, che lo costringe a predisporre misure idonee a prevenire e a reprimere le offese contro la perso-

na o i beni dello straniero stesso, e la cui idoneità appare commisurata al trattamento che, di solito, si adotta per tutti gli individui (sudditi quindi compresi) in uno Stato civile, cioè in uno Stato “il quale provveda normalmente hai bisogni di ordine e sicurezza della società sottoposta al suo controllo”.

Se, è vero che nessun limite è previsto dal diritto internazionale *generale* per quanto riguarda l'ammissione e l'espulsione degli stranieri (essendo valida in pieno la norma sulla sovranità territoriale che permette allo Stato la piena libertà di stabilire la propria politica nel campo dell'immigrazione e di ordinare agli stranieri di abbandonare il proprio territorio); d'altro canto è anche vero che lo Stato incontra limiti particolari in tema di espulsione e di trattamento dello straniero derivanti dal diritto internazionale *convenzionale* (nella specie di quello adottato in materia di diritti umani), incluso quello adottato nell'ambito dell'Unione Europea.

Ai principi sopra illustrati, si ispira dunque la condotta degli Stati (e, dunque, dell'Italia) nell'ambito dei rispettivi ordinamenti, in tema di trattamento dello straniero. In particolare, il diritto degli stranieri nell'ordinamento giuridico italiano non può limitarsi ad essere uno strumento di manifestazione dell'*imperium* statale, perché il legislatore nel disciplinare la condizione giuridica dello straniero appare costituzionalmente vincolato al rispetto dei trattati internazionali e del diritto da questi derivato. Perciò l'ordinamento italiano, in materia di trattamento dello straniero non può basarsi esclusivamente su norme che siano la diretta espressione dei propri interessi interni, ma deve necessariamente includere anche le norme con le quali esso si conforma al diritto internazionale universale, vigente in materia di diritti umani.

Nel nostro ordinamento, tuttavia, la conciliazione di questi due diversi principi è apparsa spesso assai problematica; pertanto, il diritto degli stranieri è apparso oscillare, a seconda dei periodi storici e delle diverse contingenze economiche, politiche, sociali ecc., da un'ottica di integrazione dell'immigrato ad un'ottica di repressione e discriminazione dello stesso. In tal senso, uno dei due principi sopra elencati ha finito per prevalere a scapito dell'altro. Il rischio che sovente si corre è quello di lasciare spazio alla riaffermazione della *superiorità* degli interessi statali, dando luogo ad un diritto derogatorio in materia di trattamento dello straniero che non solo non si giustifica alla luce di una reale e obiettiva diversità dello straniero rispetto al cittadino ma, soprattutto che ha in dispregio quello *standard* minimo di diritti che il diritto internazionale *generale* pone a tutela della persona umana¹.

¹ Sul diritto dell'immigrazione v. B. NASCIBENE, *La Convenzione, la condizione dello straniero e la giurisprudenza*, in B. NASCIBENE (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano 2002, p. 154. Va detto,

E di questo occorrerebbe che gli Stati prendessero atto, non solo in sede di elaborazione dello *status* giuridico dello straniero, ma soprattutto in sede di interpretazione e riconoscimento dello stesso al fine di far sì che esso sia conforme agli *standard* internazionali e, fra questi, soprattutto a quelli stabiliti dal diritto internazionale consuetudinario.

Conviene, dunque, prendere in esame il regime giuridico cui è sottoposto attualmente in Italia lo straniero, passando in rassegna i singoli atti normativi che sono stati adottati nella materia.

3. L'immigrazione in Italia: caratteri generali e regime giuridico

L'immigrazione in Italia è un fenomeno abbastanza recente². Per oltre un secolo terra di emigrazione, il nostro Paese si trova oggi a misurarsi quotidianamente, con le manifestazioni tipiche della c.d. "società multietnica", con la questione della presenza sempre più massiccia di uomini e donne di culture, usi e religioni assai diverse tra loro.

I flussi migratori più significativi cominciano a registrarsi in Italia negli anni '70 in coincidenza della crisi del petrolio. L'Italia viene scelta dagli immigrati sia per la "*politica delle porte aperte*" praticata dall'Italia, sia per politiche di esclusione adottate dagli altri Paesi: in particolare, a causa delle misure restrittive e della chiusura delle frontiere da parte dei Paesi industrializzati dell'Europa centro-settentrionale, i flussi di stranieri cominciano a dirigersi verso l'Italia. Dalla seconda metà degli anni '80, l'Italia ha visto aumentare in maniera esponenziale il numero degli ingressi di cittadini stranieri; è in questo periodo che il problema comincia ad essere percepito dall'opinione pubblica e gli studiosi intraprendono ricerche più approfondite sulla condizione degli immigrati.

In questo contesto il nostro Paese si è trovato nelle condizioni di elaborare politiche sull'immigrazione; durante gli anni '70 e la prima metà degli anni '80,

però, che col Trattato di Amsterdam le materie dei visti, dell'immigrazione, dell'asilo e della libera circolazione delle persone sono state parzialmente comunitarizzate (titolo IV del Trattato CE artt. 61-69), cfr. B. NASCIBENE, *Il diritto degli stranieri. Le norme nazionali nel quadro delle norme di diritto internazionale e comunitario*, in B. NASCIBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004.

² Sul tema relativo alla condizione dello straniero B. NASCIBENE, *La Convenzione, la condizione dello straniero e la giurisprudenza*, in B. NASCIBENE (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano 2002, p. 154; ID., *Il diritto degli stranieri. Le norme nazionali nel quadro delle norme di diritto internazionale e comunitario*, in B. NASCIBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri cit.*, p. 79.

tuttavia, nessuna normativa in materia di immigrazione è stata adottata, così che si è lasciato libero gioco alle forze del mercato (che avevano pieno arbitrio nella regolamentavano dei flussi migratori), mentre agli enti locali ed alle organizzazioni assistenziali era lasciato il compito di affrontare, con mezzi improvvisati, le emergenze con centri di prima accoglienza, mense, dormitori.

La mancanza di una politica *ad hoc* ha subito manifestato i suoi effetti posto che l'accoglienza si è manifestata prevalentemente sotto forma di assistenza sociale e, inoltre, nell'espulsione dell'immigrato con il ritorno nel paese di origine.

Solo alla fine del 1986 abbiamo la prima legge in materia di immigrazione, periodo in cui si avverte la necessità di un intervento da parte dello Stato che esprima la volontà di regolarizzare i flussi migratori, tenendo conto anche dei diritti degli stranieri.

4. Segue: Le leggi in materia di immigrazione in Italia nel periodo dagli anni '80 agli anni '90

Le leggi che si sono avvicendate e accavallate in materia di trattamento dello straniero immigrato in Italia si sono contraddistinte per il diverso approccio ideologico e politico con la materia che avevano ad oggetto.

La legge del 30 dicembre 1986, n. 943 recante "*Norme in materia di collocamento e di trattamento dei lavoratori extracomunitari immigrati e contro le immigrazioni clandestine*" ha introdotto norme per i lavoratori extracomunitari e le loro famiglie, facendo riferimento unicamente al lavoro subordinato, senza alcun cenno al lavoro autonomo. Nella stessa legge sono state altresì precisate le condizioni per l'espulsione degli immigrati irregolari e le sanzioni per i datori di lavoro che non denunciano l'assunzione di lavoratori extracomunitari.

Con la legge del 28 febbraio del 1990, n. 39 di "*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 1989, n. 416, recante norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato. Disposizioni in materia di asilo*" (c.d. legge Martelli), si è proceduto al formale riconoscimento della presenza stabile di stranieri che vivevano e lavoravano in Italia. Con la stessa legge sono stati altresì attribuiti diritti agli immigrati non più legati solo al lavoro ma, più in generale, alla persona umana. In particolare, la legge in esame ha cercato, per la prima volta in Italia, di introdurre una programmazione dei flussi d'ingresso, oltre a costituire una sanatoria per quelli che si trovavano già nel territorio italiano: allo sca-

dere dei sei mesi previsti vennero regolarizzati circa 200.000 stranieri, provenienti principalmente dal Nord Africa.

La legge del 6 marzo 1998, n. 40 di “*Disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*” (c.d. legge Turco-Napolitano) è apparsa sostanzialmente tesa a favorire l’integrazione sociale e i diritti-doveri degli stranieri, facendo emergere la consapevolezza nella società contemporanea che non si può più ignorare questa realtà e che bisogna cercare nuovi strumenti per costruire un dialogo con le altre culture. Essa ha cercato di regolamentare ulteriormente i flussi in ingresso, cercando tra l’altro di scoraggiare l’immigrazione clandestina e istituendo, per la prima volta in Italia, i centri di permanenza temporanea per quegli stranieri “*sottoposti a provvedimenti di espulsione*”. Nella stessa legge sono inserite innovazioni importanti, per quanto concerne le misure d’integrazione, quale, ad esempio, la carta di soggiorno, un documento che permette di rimanere a tempo indeterminato dopo 5 anni di permanenza con regolare permesso di soggiorno. La medesima legge ha altresì previsto che l’espulsione possa essere disposta solo per gravi motivi di ordine pubblico e che lo *status* di titolare di carta di soggiorno si estenda anche al coniuge e ai figli minori conviventi.

Nella legge n. 40 del 1998 il ricongiungimento familiare viene garantito e si allarga la sfera dei parenti che ne può usufruire. Quanto all’assistenza sanitaria, lo straniero regolarmente soggiornante ha parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti e doveri rispetto ai cittadini italiani. Ai minori presenti sul territorio, regolari e clandestini, tra le altre forme di tutela è esteso l’obbligo scolastico. Infine, la legge n. 40 del 1998 prevede a favore di tutti gli stranieri l’esercizio di un’azione civile contro qualsiasi atto di discriminazione per motivi razziali, etnici o religiosi. Il Governo italiano, in ottemperanza a quanto contenuto nella delega prevista all’art. 47 comma 1 della legge n. 40/1998, ha emanato il d.lgs. n. 286/1998, contenente il “*Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*”.

5. Segue: La legislazione in vigore: la legge n. 189 del 2002

La legge 30 luglio 2002, n. 189 “*Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo*”³ (c.d. legge Bossi-Fini) modifica in molte parti la legge n. 40/1998 che, come si è detto, è stata successivamente recepita nel Testo Unico

³ Pubblicata nella *Gazz. Uff.* n. 199 del 26 agosto 2002 - Suppl. ord.

n. 286/1998 e costituisce attualmente la disciplina generale in vigore in materia di immigrazione.

La legge n. 189/2002, di cui si tratta, ha introdotto un regime normativo decisamente più restrittivo, sotto molti aspetti, di quello riservato allo straniero dalla legge c.d. Turco-Napolitano: ciò, in particolare, sotto il profilo dei visti d'ingresso, del permesso di soggiorno, della carta di soggiorno, dell'espulsione, del ricongiungimento familiare, dell'accesso dello straniero ai diritti sociali, del diritto di asilo. In conseguenza di questa legge l'ingresso in Italia è divenuto alquanto difficoltoso, come del resto più problematica è diventata la permanenza regolare nel nostro Paese; per effetto della stessa sono state accelerate e semplificate le procedure per l'espulsione dei "clandestini": essa, in tal senso, ha previsto la possibilità dell'espulsione immediata dei clandestini da parte della forza pubblica; in virtù della legge medesima sono state altresì limitate le possibilità di ricongiungimento familiare e ridotta la concreta praticabilità del diritto di asilo.

Di seguito, si fornirà una sintetica analisi della normativa italiana vigente in materia di immigrazione, che appare costituita dalle disposizioni del citato T.U. sull'immigrazione e sulla condizione dello straniero (approvato con il decreto legislativo n. 286/1998) da ultimo modificate dalla legge n. 189/2002 (c.d. Bossi-Fini).

Il T.U. in questione conferma, innanzitutto, la *distinzione* tra stranieri regolarmente soggiornanti e stranieri non regolari. In sostanziale conformità con gli orientamenti della giurisprudenza costituzionale, il T. U. conferma, dunque, che le posizioni giuridiche soggettive di cui è titolare lo straniero in Italia vengono a dipendere, con un'ampiezza progressivamente crescente, dall'appartenenza dello straniero ad una delle diverse categorie disciplinate dalla legge, a loro volta determinate in relazione alla *durata e alla qualità dell'attaccamento dello straniero al territorio dello Stato*. In tal senso, l'atto in questione prevede:

- a) situazioni giuridiche soggettive (diritti e doveri) attribuite agli stranieri presenti alla frontiera e agli stranieri comunque presenti nel territorio dello Stato (siano essi in regola o no con le norme sull'ingresso e sul soggiorno degli stranieri);
- b) situazioni giuridiche soggettive che sono attribuite soltanto agli stranieri regolarmente soggiornanti;
- c) diritti fondamentali riservati soltanto agli stranieri titolari di carta di soggiorno o di determinati tipi di permessi di soggiorno di lunga durata;
- d) diritti attribuiti soltanto agli stranieri titolari di carta di soggiorno (e i figli minori conviventi in essa iscritti);
- e) ulteriori e diverse situazioni giuridiche più favorevoli per i cittadini extracomunitari si possono ricavare da eventuali disposizioni di accordi internazionali.

Data la complessità del suo contenuto, conviene di seguito segnalare gli aspetti normativi in relazione ai quali la legge Bossi-Fini ha introdotto modifiche al T.U. in esame.

In relazione ai “visti di ingresso” la novità consiste nel fatto che le Autorità Consolari italiane, alle quali viene chiesto il rilascio del visto d’ingresso nel nostro Paese, possono negarlo anche con atto non motivato, per motivi di sicurezza.

Con riguardo al “permesso di soggiorno” è previsto che al momento della richiesta del suo rinnovo, lo straniero sarà sottoposto a rilievi fotodattiloscopici. Nel caso di permesso di soggiorno per motivi di lavoro, prima di chiedere il permesso, lo straniero deve aver già stipulato il “contratto di soggiorno”, un contratto cioè tra lo straniero stesso ed il suo datore di lavoro, con il quale quest’ultimo garantisce la disponibilità di un alloggio per il lavoratore e si impegna a pagare le spese necessarie per il suo ritorno nel Paese di provenienza. Il contratto di soggiorno dovrà essere stipulato entro otto giorni dall’ingresso in Italia, presso lo Sportello Unico per l’immigrazione della Provincia nella quale risiede lo straniero. Lo Sportello Unico per l’immigrazione è un nuovo organo istituito dalla legge Bossi-Fini presso ogni Prefettura e che ha competenza in ordine a tutta la procedura di assunzione del lavoratore straniero.

Sono stati modificati anche i tempi del permesso di soggiorno, il quale ha la stessa durata del contratto di soggiorno e non può essere superiore a nove mesi per lavoro stagionale, un anno per lavoro subordinato a tempo determinato e due anni per lavoro subordinato a tempo indeterminato e per ricongiungimento familiare.

Per quanto riguarda invece la “carta di soggiorno”, l’unica modifica prevista riguarda il periodo di permanenza regolare in Italia necessario al fine di ottenere la carta stessa: era di cinque anni con la legge n. 40/98, mentre è passato a sei con l’attuale normativa.

L’“espulsione amministrativa” degli stranieri che non sono in regola con il permesso di soggiorno è eseguita sempre con accompagnamento coattivo alla frontiera, tranne che si tratti di espulsione dello straniero che non ha chiesto il rinnovo del permesso di soggiorno entro i termini previsti dalla legge.

La disciplina dei “centri di temporanea permanenza e assistenza”, e cioè di quell’istituto giuridico creato specificamente per gli immigrati, ha sollevato numerosi dubbi di legittimità costituzionale, in quanto prevede una limitazione della libertà personale disposta con provvedimento amministrativo, in contrasto con l’art. 13 della Costituzione che consente una tale ipotesi solo “per atto motivato dell’autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge”. Gli immigrati in attesa di espulsione, invece, sono costretti a stare in questi centri, per accertamenti relativi all’identità, anche se non hanno commesso alcun reato.

Con riguardo, invece, ad un altro istituto, quello del “ricongiungimento familiare” ne viene ridimensionata la cerchia dei familiari chiamati ad usufruirne e, quindi, che possono ricongiungersi allo straniero regolarmente soggiornante in Italia. Ferma restando tale possibilità per il coniuge e per i figli minorenni, i figli maggiorenni potranno ricongiungersi solo qualora non possano, per ragioni oggettive, provvedere al loro sostentamento per motivi di salute che comportino invalidità totale. I genitori, poi, potranno ricongiungersi solo qualora non abbiano, nel paese di origine, altri figli. I genitori ultrasessantacinquenni potranno invece ricongiungersi qualora gli eventuali altri figli non siano in grado di provvedere al loro sostentamento per documentati gravi motivi di salute.

Per ciò che riguarda i “contributi previdenziali”, il lavoratore straniero, che faccia ritorno nel proprio Paese, potrà godere dei diritti previdenziali maturati in Italia soltanto dopo aver compiuto il sessantacinquesimo anno di età.

In relazione all’ulteriore aspetto relativo al “diritto all’abitazione”, la legge Bossi-Fini prevede che lo straniero regolarmente soggiornante in Italia potrà concorrere all’assegnazione di alloggi di edilizia popolare in condizioni di parità con i cittadini italiani, solo se titolare di carta di soggiorno o permesso di soggiorno almeno biennale.

Relativamente al “diritto di asilo politico” la legge di cui si tratta ha previsto che il richiedente potrà essere trattenuto nei centri di identificazione tutte le volte che sarà necessario per verificarne l’identità o la nazionalità, se non è fornito di documenti di viaggio o di identità, oppure per verificare gli elementi su cui si basa la domanda di asilo. Inoltre il trattenimento dovrà essere disposto quando il richiedente asilo abbia tentato di sottrarsi ai controlli di frontiera ovvero sia uno straniero già soggetto a provvedimento di espulsione.

Infine, per quanto riguarda i “profili penali”, la legge n. 198/2002 ha stabilito misure di carattere penale alcune delle quali introducono nuovi reati (per esempio falsificazione di permessi, contratti, carte di soggiorno) o aumentano le pene per quelli già previsti nella legge Turco-Napolitano; altre, invece, prevedono procedure semplificate per espellere gli stranieri accusati di aver commesso reati.

Sono altresì previste aggravanti specifiche per chi favorisce l’immigrazione clandestina; allo stesso tempo, però, sono previsti sconti di pena per i “trafficienti” che collaborano con la polizia.

Se, inoltre, viene arrestato uno straniero destinatario di un provvedimento di espulsione, il giudice, in sede di convalida dell’arresto pronuncia, “sentenza di non luogo a procedere” e lo straniero viene espulso con accompagnamento alla frontiera, con la conseguenza che lo straniero non sarà sottoposto al processo e non potrà, quindi, difendersi per i reati contestati.

Ancora, lo straniero non in regola con il permesso di soggiorno, che deve

scontare una pena detentiva inferiore ai due anni, verrà espulso con accompagnamento alla frontiera.

Infine, si dispone che il giudice comunichi al Questore e all'Autorità Consolare i provvedimenti di custodia cautelare o le sentenze di condanna nei confronti degli stranieri condannati per un reato per il quale è previsto l'arresto, al fine di facilitarne l'espulsione una volta usciti dal carcere.

6. Segue: Le novità introdotte alla normativa vigente in materia di immigrazione dalla legge 15 luglio 2009, n. 94

In sede d'esame della normativa sulla cittadinanza italiana, si è avuto modo di accennare alle misure che il nostro Stato, sulla scorta di una serie di vicende interne e internazionali, ha adottato in materia di pubblica sicurezza. In tal senso, si è detto che l'8 agosto 2009 è entrata in vigore la legge 15 luglio 2009, n. 94 "*Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*" (integrativa del c.d. "pacchetto sicurezza 2009").

Tale legge, per la sua ampia portata normativa, tale da investire numerosi settori del diritto statale aventi significativi risvolti sulla sicurezza pubblica, ha introdotto misure idonee ad introdurre modifiche al regime di immigrazione vigente nel nostro Paese ai sensi del Testo Unico n. 286 del 1998 come modificato dalla legge "Bossi-Fini".

Fra le numerose novità che, dunque, la legge n. 94/2009 introduce nella materia relativa all'immigrazione che qui interessa, figurano:

– il reato di immigrazione clandestina con la previsione di un'ammenda da 5.000 a 10.000 euro per lo straniero che entra illegalmente nel territorio dello Stato;

– le c.d. ronde: la possibilità, cioè, per i sindaci di avvalersi della collaborazione di associazioni (formate principalmente da *ex* appartenenti alle forze dell'ordine) di cittadini non armati in grado di segnalare casi di disagio sociale o che rechino pregiudizio alla sicurezza (c.d. ronde cittadine);

– l'estensione della permanenza nei c.p.t. (ribattezzati "centri di identificazione ed espulsione" dal Decreto legge 23 maggio 2008) fino ad un massimo di 180 giorni.

La legge n. 94/2009 costituisce l'ultimo segmento di un processo normativo volto ad introdurre norme a tutela della sicurezza dei cittadini, in attuazione del programma di Governo: pertanto, anche nel suo contenuto, la legge in questione si riaggancia al d.l. n. 92 del 2008 che conteneva la prima risposta alla situazione di emergenza creatasi nel nostro Paese e che, proprio

per questo, recava il titolo “*Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*”.

Accanto al d.l. n. 92/2008, poi convertito con numerose modifiche nella legge n. 125/2008 che conteneva solo le misure ritenute più urgenti e si limitava perciò ad una decina di articoli, il Governo presentò un disegno di legge (Atto Senato n. 733) di più ampio respiro, composto da ben 66 articoli e con disposizioni di vario genere in tema di lotta all’immigrazione, alla violenza alle donne, mafia, sicurezza urbana, etc.

L’iter parlamentare si rivelò più tortuoso del previsto e così all’inizio dell’anno si è ricorso ad un altro decreto legge, il decreto legge 23 febbraio 2009, n. 11 (convertito nella legge 23 aprile 2009, n. 38) che ha introdotto proprio alcune delle misure originariamente previste nel disegno di legge n. 733, da cui ha preso spunto la legge in esame.

Con la legge n. 94/2009 viene data definitiva approvazione a quel pacchetto di misure presentato all’inizio della legislatura e che nell’intenzione del legislatore dovrebbero costituire un passo decisivo nella lotta alla criminalità, in particolare all’immigrazione clandestina e, quindi, a garanzia della sicurezza dei cittadini.

Il testo è suddiviso in tre corposi articoli, il primo dei quali contiene principalmente disposizioni in tema di immigrazione, il secondo norme in tema di contrasto alla criminalità mafiosa ed il terzo con numerosi interventi in materia penale e di sicurezza pubblica.

Fra i provvedimenti più noti ed emblematici, la legge n. 94/2009 annovera quelli relativi ai reati di ingresso e soggiorno illegale dei migranti. A seguito della modifica introdotta dalla legge in questione, nel d.lgs. n. 286/1998 (T.U. sulla immigrazione e la condizione dello straniero) è stato, dunque, introdotto l’art. 10 *bis* che prevede due tipi di condotta illecita:

- l’ingresso sul territorio in violazione delle norme del T.U.;
- la permanenza sul territorio in violazione delle stesse norme.

In realtà, si tratta di due condotte che danno vita ad un unico reato (quello appunto di immigrazione clandestina) rispetto al quale il reo potrà essere punito alternativamente per una delle due condotte e non congiuntamente per entrambe.

Quella relativa all’“immigrazione clandestina” è una figura di reato già prevista negli ordinamenti giuridici di altri Stati europei quali ad esempio Gran Bretagna, Francia e Germania, tuttavia con alcune sostanziali differenze. Negli Stati citati, infatti, la pena stabilita per tale reato prevede, infatti, anche la detenzione che in Italia, invece, è prevista solo in caso di recidiva (dopo il pagamento di una sanzione pecuniaria e, più esattamente, di una contravvenzione, dai 5000 ai 10.000 euro); negli ordinamenti francese e britannico inoltre, a differenza dell’Italia, non esiste l’obbligatorietà dell’azione penale. Il reato avvia

una procedura processuale anche se vige sempre la possibilità di una espulsione immediata.

Quello introdotto con la legge n. 94/2009 costituisce un provvedimento molto discusso, in virtù del quale l'Italia è stata l'unico Paese europeo chiamato in audizione alla 98a conferenza internazionale del lavoro dell'ILO (*International Labour Organization*) per fornire chiarimenti sulla sua legislazione interna nella materia. Il provvedimento ha suscitato notevoli critiche anche in Italia. Numerosi sono i politici, gli organi della Chiesa cattolica, gli intellettuali, i giuristi che hanno adottato iniziative e firmato appelli contro tale iniziativa. Ciò nonostante, l'innovazione legislativa ha resistito ed è tuttora in vigore nei termini qui descritti.

Fra l'altro, se i profili di incompatibilità con il diritto comunitario sono stati eliminati, *ab origine*, dallo stesso legislatore nazionale che ha limitato l'ipotesi di reato in esame ai soli stranieri extracomunitari, è opinione diffusa che la legge sul reato di clandestinità sia nata con «rilevanti dubbi di legittimità costituzionale». Molti sono, pertanto, i giudici di primo grado che hanno sospeso i propri giudizi sul reato di clandestinità dopo aver adito la Corte costituzionale. Fra questi il tribunale di Pesaro, di Torino, Bologna, Agrigento, Trento che hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10 *bis* D.L.vo n. 286 del 1998 (T.U. sull'immigrazione) così come modificato dalla legge n. 94/2009. I ricorsi hanno avuto ad oggetto la questione di legittimità costituzionale della norma relativa all'«immigrazione clandestina» tanto come fattispecie autonoma di reato, tanto come aggravante della fattispecie di un reato. In tal senso, le motivazioni alla base della decisione di sottoporre il complesso di norme varate in materia di soggiorno illegale al vaglio della Corte costituzionale erano diverse: esse, fra l'altro, facevano leva sulla disparità di trattamento che la legge introduce nei confronti degli stranieri già presenti sul territorio italiano prima dell'entrata in vigore del nuovo reato. Si è sostenuto, infatti, che questi venissero a trovarsi in condizioni di illegalità per una situazione pregressa e non potessero essere trattati allo stesso modo degli stranieri entrati in Italia successivamente all'8 agosto 2009 e che, dunque, erano consapevoli che l'azione che stavano compiendo costituisse un reato penale ai sensi del nostro ordinamento. Oltre a ciò, si è sostenuto che la legge n. 94/2009 fosse idonea ad introdurre una discriminazione fra gli immigrati irregolari, a seconda che essi fossero cittadini comunitari o cittadini extracomunitari: ci si domandava, in sostanza, perché a parità di illegale presenza sul territorio italiano (si pensi, ad es., alla situazione di due persone entrate in Italia in violazione di un precedente provvedimento di espulsione/allontanamento) il reato commesso dall'extracomunitario dovesse essere considerato più grave di quello commesso dallo straniero comunitario.

La Corte costituzionale si è pronunciata nella materia con sentenza del 5 luglio 2010, n. 249 con la quale ha dichiarato illegittima l'aggravante della clandestinità (che aumentava le pene per qualsiasi reato, se commesso da un clandestino, fino ad un terzo; art. 61, n. 11 *bis* del codice penale) sotto il profilo del principio di uguaglianza e del principio di responsabilità personale penale e di ragionevolezza.

Ha sostenuto, in tal senso, la Corte che “comportamenti pregressi dei soggetti non possono giustificare normative penali che attribuiscono rilevanza – indipendentemente dalla necessità di salvaguardare altri interessi di rilievo costituzionale – ad una qualità personale e la trasformino, con la norma considerata discriminatoria, in un vero “segno distintivo” delle persone rientranti in una data categoria, da trattare in modo speciale e differenziato rispetto a tutti gli altri cittadini”. “Non potrebbe essere ritenuta ragionevole e sufficiente, d'altra parte, la finalità di contrastare l'immigrazione illegale, giacché questo scopo non potrebbe essere perseguito in modo indiretto, ritenendo più gravi i comportamenti degli stranieri irregolari rispetto ad identiche condotte poste in essere da cittadini italiani o comunitari. Si finirebbe infatti per distaccare totalmente la previsione punitiva dall'azione criminosa contemplata nella norma penale e dalla natura dei beni cui la stessa si riferisce, specificamente ritenuti dal legislatore meritevoli della tutela rafforzata costituita dalla sanzione penale”.

In conseguenza di questa pronuncia, oltre all'art. 61, numero 11-bis, del codice penale la Corte dichiara, in via consequenziale, “anche l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica) e [...] dell'art. 656, comma 9, lettera a), del codice di procedura penale, limitatamente alle parole «e per i delitti in cui ricorre l'aggravante di cui all'art. 61, primo comma, numero 11 *bis*), del medesimo codice»”.

In altre tre successive sentenze la nostra Corte costituzionale prende altresì in esame la legittimità costituzionale delle disposizioni che definiscono il reato di ingresso e/o soggiorno illegale (art. 10 *bis* d.lgs. 286/1998). La Corte al riguardo respinge, per infondatezza o per inammissibilità, tutte le censure esaminate. La più interessante di queste sentenze – la sentenza dell'8 luglio 2010, n. 250 – dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione all'art. 10 *bis* del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), aggiunto dall'art. 1, comma 16, lettera a), della legge 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica)”.

Fra l'altro, osserva la Corte “l'analisi comparatistica rivela [...] come norme incriminatrici dell'immigrazione irregolare di ispirazione simile, talora

accompagnate dalla comminatoria di pene anche significativamente più severe di quella prevista dalla norma scrutinata, siano presenti nelle legislazioni di diversi Paesi dell'Unione europea: e ciò tanto nell'ambito dei Paesi più vicini al nostro per tradizioni giuridiche (quali la Francia e la Germania), che fra quelli di diversa tradizione (quale il Regno Unito)". In proposito, secondo la Corte "non è superfluo [...] aggiungere che l'assoggettamento a sanzioni pecuniarie dei fatti di immigrazione irregolare è anch'esso tutt'altro che ignoto all'esperienza comparatistica (pene pecuniarie, alternative o congiunte alla pena detentiva, sono previste, ad esempio, dalle legislazioni tedesca, francese e del Regno Unito; mentre la legge spagnola contempla, per il soggiorno irregolare, la sola sanzione amministrativa pecuniaria)".

7. Segue: Le misure di adeguamento dello Stato italiano alla cooperazione europea in materia di immigrazione clandestina

Oltre alle iniziative nazionali, che dirette ad accrescere la sicurezza nazionale fossero altresì idonee a contrastare l'immigrazione clandestina, il nostro Paese ha adottato, in collaborazione con altri Paesi, misure di carattere internazionale dirette a conseguire i medesimi obiettivi. In tal senso, l'Italia ha aderito al Trattato Prüm che deriva il suo nome dalla cittadina tedesca nella quale è stato sottoscritto il 27 maggio 2005 da sette Stati membri dell'Unione Europea (Germania, Spagna, Francia, Austria, Belgio, Paesi Bassi e Lussemburgo). Esso è stato ratificato dal Senato della Repubblica il 24 giugno 2009 ed è entrato in vigore con la pubblicazione della legge 30 giugno 2009, n. 85 nella Gazzetta ufficiale del 13 luglio 2009 con un ampio consenso da parte delle forze politiche presenti nel nostro Parlamento. Tale Trattato rappresenta una sorta di cooperazione rafforzata fra alcuni degli Stati dell'U.E., sebbene il testo stesso dell'accordo indichi che l'obiettivo sia quello di farlo diventare parte *dell'acquis comunitario*. La finalità di questo Trattato (rinominato Schengen II) è quella di aumentare le misure di coordinamento in materia di indagini giudiziarie e prevenzione dei reati. Il principale settore in cui l'accordo interviene è quello dello scambio dei dati relativi al DNA e impronte digitali, di informazioni su persone inquisite e condannati per reati sul territorio dei paesi aderenti. Questa norma, che non è prevista dal Trattato di Schengen (I), amplia la quantità e la tipologia di informazioni che possono essere scambiate tra le forze di polizia. Esso rende altresì possibile l'impiego di *sky marshall* a bordo di aerei e contiene disposizioni sui rimpatri congiunti, sulla falsificazione di documenti e sui pattugliamenti congiunti di frontiera. Ma l'accordo, tuttavia, non si limita

solo a questi obiettivi. Altri settori coperti sono lo scambio più approfondito di informazioni sui sospettati, sugli autoveicoli, e sulla falsificazione dei documenti. Inoltre è prevista la possibilità di creare squadre internazionali di polizia per pattugliare le zone frontaliere. In questo contesto, di rafforzamento della iniziative di cooperazione di polizia, il Trattato Prüm si occupa altresì di lotta al terrorismo, alla criminalità transfrontaliera e all'immigrazione clandestina elencando una serie di disposizioni dirette a facilitare l'identificazione e il rimpatrio delle persone senza permesso di soggiorno e per prevenire il fenomeno collaborando con i Paesi di origine. Al di là del Trattato Prüm (e del precedente Trattato di Schengen), vale osservare che lo Stato italiano è tenuto altresì al rispetto di tutto il diritto derivato dell'U.E che ha attinenza ai fenomeni di cui si tratta: nella specie, alle Direttive in materia di libera circolazione, alle quali sarebbe certamente auspicabile che l'Italia si adeguasse completamente posto che le stesse, altrove, hanno permesso la certa e celere identificazione del reo e, quindi, la sua espulsione immediata. Un procedimento questo che, tuttavia, pare abbia bisogno di tempo e denaro per essere integralmente attuato nel sistema giudiziario italiano come, del resto, anche in altri sistemi nazionali.

8. La politica comune di immigrazione dell'Unione europea

L'Unione europea ha varato una "politica comune di immigrazione europea"⁴ che deve fornire un contesto flessibile che prenda in considerazione le singole situazioni dei Paesi dell'Unione europea stessa e deve essere il risultato di una collaborazione tra i Paesi membri e le istituzioni dell'Unione Europea. Ciò è quanto, molto sinteticamente, risulta espresso nella Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni del 17 giugno 2008 su «Una politica d'immigrazione comune per l'Europa: principi, azioni e strumenti»⁵. Tale Comunicazione prevede i 10 principi fondamentali della politica comune di immigrazione e illustra le azioni necessarie per la loro attuazione. Tali principi

⁴ Su tale politica dell'Unione europea si v. A. ADINOLFI, *La politica dell'immigrazione dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2011, p. 13 ss. Per alcuni spunti in merito al confronto fra il trattamento concesso al cittadino dell'Unione e quello previsto per il cittadino extracomunitario v. ID., *La libertà di circolazione delle persone e la politica dell'immigrazione*, in *Diritto dell'Unione europea*, Parte speciale, Torino, 2010, pp. 64-158.

⁵ COM(2008) 359 def. (Testo non pubblicato sulla Gazzetta ufficiale).

mirano a garantire che l'immigrazione legale contribuisca allo sviluppo socio-economico dell'UE, che le azioni dei Paesi membri siano coordinate tra loro, che si rafforzi ulteriormente la cooperazione con i Paesi che non fanno parte dell'UE e che l'immigrazione illegale e la tratta di persone siano combattute efficacemente.

È nell'ambito di questa politica comune che sono state adottate recentemente due direttive: si tratta della Direttiva 2009/50/CE del Consiglio del 25 maggio 2009 sulle condizioni di ingresso e di soggiorno di cittadini di paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati⁶; e della Direttiva 2009/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2009 che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare⁷.

La Direttiva 2009/52CE si inserisce nel quadro delle iniziative dell'Unione dirette a contrastare l'immigrazione illegale. In tal senso, essa prevede un generale divieto di assunzione di cittadini di Stati terzi il cui soggiorno nel territorio dell'Unione sia irregolare (art. 3), nonché una serie di obblighi a carico dei datori di lavoro, volti a verificare che il lavoratore assunto non si trovi in posizione di irregolarità nello Stato ospitante.

Agli Stati membri è fatto obbligo di prevedere sanzioni pecuniarie efficaci, proporzionate e dissuasive per le ipotesi di violazione del divieto introdotto dalla Direttiva, in particolare, l'entità della sanzione deve aumentare in relazione al numero dei lavoratori assunti in una posizione irregolare e, nel caso in cui si proceda al rimpatrio degli stessi, deve includere le spese di rimpatrio. Nell'ipotesi in esame, peraltro, gli Stati membri devono garantire che il datore di lavoro provveda alla corresponsione di ogni retribuzione arretrata ai cittadini di Paesi terzi assunti illegalmente, nonché al pagamento di un importo pari a tutte le imposte e i contributi previdenziali che il datore di lavoro avrebbe dovuto pagato in caso di assunzione legale. A tal fine, gli Stati membri sono tenuti a mettere in atto meccanismi che garantiscano ai cittadini di paesi terzi assunti illegalmente la possibilità di avviare le procedure di recupero delle retribuzioni arretrate.

Gli altri obblighi previsti a carico degli Stati membri riguardano la persecuzione, la sanzione e la prevenzione del reato di assunzione illecita dei cittadini di Paesi terzi. A tale scopo, si prevede altresì che gli Stati membri effettuino periodicamente delle ispezioni efficaci ed adeguate sul proprio territorio atte a prevenire il fenomeno di cui si tratta.

⁶ GU legge 155 del 18 giugno 2009, pp. 17-29.

⁷ GU legge 168 del 30 giugno 2009, pp. 24-32.

La Direttiva 2009/50/CE sulle ingresso e soggiorno di cittadini extracomunitari che intendano svolgere lavori altamente qualificati, invece, mira a favorire l'integrazione dei cittadini di Stati terzi nel territorio dell'Unione europea. In tal senso essa stabilisce le condizioni e le procedure di ammissione dei cittadini di paesi terzi altamente qualificati. Essa istituisce una Carta blu, che consente ai cittadini stranieri, titolari della stessa di entrare, rientrare e soggiornare nello Stato membro che l'ha rilasciata, nonché di far valere i diritti previsti dalla direttiva in esame, per tutto il periodo della sua validità. La Direttiva stabilisce delle deroghe quanto alla applicazione nei confronti dei titolari di Carta blu delle direttive 2003/86/CE sul ricongiungimento familiare e 2003/109/CE sullo *status* di soggiornante di lungo periodo dei cittadini di paesi terzi; inoltre, si disciplinano i termini di ingresso e circolazione nel territorio di Stati membri diversi da quello del rilascio della Carta. In particolare, dopo diciotto mesi di soggiorno legale nello Stato membro che ha rilasciato la Carta blu, la persona interessata ed i suoi familiari si possono spostare in uno Stato membro diverso ai fini dello svolgimento di un'attività lavorativa altamente qualificata.

9. L'art. 16 delle disposizioni sulla legge in generale

Nell'ambito della questione relativa al trattamento giuridico dello straniero un posto a sé occupa l'art. 16 delle Disposizioni sulla legge in generale (comunemente dette "preleggi").

Così recita l'articolo in questione: "*Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità e salve le disposizioni contenute in leggi speciali. Questa disposizione vale anche per le persone giuridiche straniere*".

Nella Parte generale a queste sentenze, si è accennato ai dubbi circa la validità di questa norma nel quadro dell'attuale sistema di d.i.pr. italiano.

In questa sede occorre completare quei riferimenti, accennando al fatto che in tema di responsabilità extracontrattuale, e risarcimento del danno in genere, si sia fatto riferimento a questa norma per risarcire, o tentare di risarcire, in maniera minore alcuni soggetti stranieri, sul presupposto del mancato rispetto in taluni paesi della condizione di reciprocità.

Recentemente, con la sentenza del 7 maggio 2009, n. 10504 la Cassazione ha affermato che: "L'art. 16 preleggi sulla condizione di reciprocità è applicabile solo in relazione *ai diritti non fondamentali della persona*; poiché i diritti fondamentali come quelli alla vita, all'incolumità, ed alla salute, in quanto ricono-

sciuti dalla Costituzione, non possono essere limitati da detto articolo; e la relativa tutela va quindi assicurata, senza alcuna disparità di trattamento, a tutte le persone, indipendentemente dalla cittadinanza (italiana, comunitaria od extracomunitaria)”.

Quindi, in caso per esempio di risarcimento del danno da lesione dell'integrità psico-fisica non sono ammesse riduzioni basate sul mancato rispetto della condizione di reciprocità.

La stessa sentenza stabilisce altresì che il principio di reciprocità di cui all'art. 16 delle preleggi *non* possa trovare applicazione nei casi di richiesta di risarcimento del danno a carico del Fondo di garanzia per le vittime della strada, da parte di un cittadino straniero non comunitario in seguito al decesso di un familiare a causa di un incidente stradale con un veicolo non identificato. Trattandosi, infatti, di un risarcimento del danno legato alla tutela di diritti fondamentali come quelli alla vita, all'incolumità e alla salute, esso va assicurato *senza alcuna disparità di trattamento*, a tutte le persone, indipendentemente dalla cittadinanza comunitaria o extracomunitaria.

Normativa

Legge 31 maggio 1995, n. 218. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato (*in Suppl. ord. Gazz. Uff. Serie gen. 128 del 3 giugno 1995*)

TITOLO I DISPOSIZIONI GENERALI

Art. 1

Oggetto della legge

1. La presente legge determina l'ambito della giurisdizione italiana, pone i criteri per l'individuazione del diritto applicabile e disciplina l'efficacia delle sentenze e degli atti stranieri.

Art. 2

Convenzioni internazionali

1. Le disposizioni della presente legge non pregiudicano l'applicazione delle convenzioni internazionali in vigore per l'Italia.

2. Nell'interpretazione di tali convenzioni si terrà conto del loro carattere internazionale e dell'esigenza della loro applicazione uniforme.

TITOLO II GIURISDIZIONE ITALIANA

Art. 3

Ambito della giurisdizione

1. La giurisdizione italiana sussiste quando il convenuto è domiciliato o residente in Italia o vi ha un rappresentante che sia autorizzato a stare in giudizio a norma dell'art. 77 Cod. Proc. Civ. e negli altri casi in cui è prevista dalla legge.

2. La giurisdizione sussiste inoltre in base ai criteri stabiliti dalle Sezioni 2, 3 e 4 del Titolo II della Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale e protocollo, firmati a Bruxelles il 27 settembre 1968, resi esecutivi con la L. 21 giugno 1971, n. 804, e successive modificazioni in vigore per l'Italia, anche allorché il convenuto non sia domiciliato nel territorio di uno Stato contraente, quando si tratti di una delle materie comprese nel campo di applicazione della Convenzione. Rispetto alle altre materie la giurisdizione sussiste anche in base ai criteri stabiliti per la competenza per territorio.

Art. 4

Accettazione e deroga della giurisdizione

1. Quando non vi sia giurisdizione in base all'art. 3, essa nondimeno sussiste se le parti l'abbiano convenzionalmente accettata e tale accettazione sia provata per iscritto, ovvero il convenuto compaia nel processo senza eccepire il difetto di giurisdizione nel primo atto difensivo.

2. La giurisdizione italiana può essere convenzionalmente derogata a favore di un giudice straniero o di un arbitrato estero se la deroga è provata per iscritto e la causa verte su diritti disponibili.

3. La deroga è inefficace se il giudice o gli arbitri indicati declinano la giurisdizione o comunque non possono conoscere della causa.

Art. 5

Azioni reali relative ad immobili siti all'estero

1. La giurisdizione italiana non sussiste rispetto ad azioni reali aventi ad oggetto beni immobili situati all'estero.

Art. 6

Questioni preliminari

1. Il giudice italiano conosce, incidentalmente, le questioni che non rientrano nella giurisdizione italiana e la cui soluzione è necessaria per decidere sulla domanda proposta.

Art. 7

Pendenza di un processo straniero

1. Quando, nel corso del giudizio, sia eccepita la previa pendenza tra le stesse parti di domanda avente il medesimo oggetto e il medesimo titolo dinanzi a un giudice straniero, il giudice italiano, se ritiene che il provvedimento straniero possa produrre effetto per l'ordinamento italiano, sospende il giudizio. Se il giudice straniero declina la propria giurisdizione o se il provvedimento straniero non è riconosciuto nell'ordinamento italiano, il giudizio in Italia prosegue, previa riassunzione ad istanza della parte interessata.

2. La pendenza della causa innanzi al giudice straniero si determina secondo la legge dello Stato in cui il processo si svolge.

3. Nel caso di pregiudizialità di una causa straniera, il giudice italiano può sospendere il processo se ritiene che il provvedimento straniero possa produrre effetti per l'ordinamento italiano.

Art. 8

Momento determinante della giurisdizione

1. Per la determinazione della giurisdizione italiana si applica l'art. 5 Cod. Proc. Civ. Tuttavia la giurisdizione sussiste se i fatti e le norme che la determinano sopravvivono nel corso del processo.

Art. 9

Giurisdizione volontaria

1. In materia di giurisdizione volontaria, la giurisdizione sussiste, oltre che nei casi specificamente contemplati dalla presente legge e in quelli in cui è prevista la competenza per territorio di un giudice italiano quando il provvedimento richiesto concerne un cittadino italiano o una persona residente in Italia o quando esso riguarda situazioni o rapporti ai quali è applicabile la legge italiana.

Art. 10

Materia cautelare

1. In materia cautelare, la giurisdizione italiana sussiste quando il provvedimento deve essere eseguito in Italia o quando il giudice italiano ha giurisdizione nel merito.

Art. 11

Rilevabilità del difetto di giurisdizione

1. Il difetto di giurisdizione può essere rilevato, in qualunque stato e grado del processo, soltanto dal convenuto costituito che non abbia espressamente o tacitamente accettato la giurisdizione italiana. È rilevato dal giudice d'ufficio, sempre in qualunque stato e grado del processo, se il convenuto è contumace, se ricorre l'ipotesi di cui all'art. 5, ovvero se la giurisdizione italiana è esclusa per effetto di una norma internazionale.

Art. 12

Legge regolatrice del processo

1. Il processo civile che si svolge in Italia è regolato dalla legge italiana.

**TITOLO III
DIRITTO APPLICABILE****CAPO I****Disposizioni generali**

Art. 13

Rinvio

1. Quando negli articoli successivi è richiamata la legge straniera, si tiene conto del rinvio operato dal diritto internazionale privato straniero alla legge di un altro Stato: a) se il diritto di tale Stato accetta il rinvio; b) se si tratta di rinvio alla legge italiana.

2. L'applicazione del comma 1 è tuttavia esclusa: a) nei casi in cui le disposizioni della presente legge rendono applicabile la legge straniera sulla base della scelta effettuata in tal senso dalle parti interessate; b) riguardo alle disposizioni concernenti la forma degli atti; c) in relazione alle disposizioni del Capo XI del presente Titolo.

3. Nei casi di cui agli artt. 33, 34 e 35 si tiene conto del rinvio soltanto se esso conduce all'applicazione di una legge che consente lo stabilimento della filiazione.

4. Quando la presente legge dichiara in ogni caso applicabile una convenzione internazionale si segue sempre, in materia di rinvio, la soluzione adottata dalla convenzione.

Art. 14

Conoscenza della legge straniera applicabile

1. L'accertamento della legge straniera è compiuto d'ufficio dal giudice. A tal fine questi può avvalersi, oltre che degli strumenti indicati dalle convenzioni internazionali, di informazioni acquisite per il tramite del Ministero di grazia e giustizia; può altresì interpellare esperti o istituzioni specializzate.

2. Qualora il giudice non riesca ad accertare la legge straniera indicata, neanche con l'aiuto delle parti, applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa. In mancanza si applica la legge italiana.

Art. 15

Interpretazione e applicazione della legge straniera

1. La legge straniera è applicata secondo i propri criteri di interpretazione e di applicazione nel tempo.

Art. 16

Ordine pubblico

1. La legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico.

2. In tal caso si applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa. In mancanza si applica la legge italiana.

Art. 17

Norme di applicazione necessaria

1. È fatta salva la prevalenza sulle disposizioni che seguono delle norme italiane che, in considerazione del loro oggetto e del loro scopo, debbono essere applicate nonostante il richiamo alla legge straniera.

Art. 18

Ordinamenti plurilegislativi

1. Se nell'ordinamento dello Stato richiamato dalle disposizioni della presente legge coesistono più sistemi normativi a base territoriale o personale, la legge applicabile si determina secondo i criteri utilizzati da quell'ordinamento.

2. Se tali criteri non possono essere individuati, si applica il sistema normativo con il quale il caso di specie presenta il collegamento più stretto.

Art. 19

Apolidi, rifugiati e persone con più cittadinanze

1. Nei casi in cui le disposizioni della presente legge richiamano la legge nazionale di una persona, se questa è apolide o rifugiata si applica la legge dello Stato del domicilio, o in mancanza, la legge dello Stato di residenza.

2. Se la persona ha più cittadinanze, si applica la legge di quello tra gli Stati di appartenenza con il quale essa ha il collegamento più stretto. Se tra le cittadinanze vi è quella italiana, questa prevale.

CAPO II

Capacità e diritti delle persone fisiche

Art. 20

Capacità giuridica delle persone fisiche

1. La capacità giuridica delle persone fisiche è regolata dalla loro legge nazionale. Le condizioni speciali di capacità, prescritte dalla legge regolatrice di un rapporto, sono disciplinate dalla stessa legge.

Art. 21

Commorienza

1. Quando occorre stabilire la sopravvivenza di una persona ad un'altra e non consta quale di esse sia morta prima, il momento della morte si accerta in base alla legge regolatrice del rapporto rispetto al quale l'accertamento rileva.

Art. 22

Scomparsa, assenza e morte presunta

1. I presupposti e gli effetti della scomparsa, dell'assenza e della morte presunta di una persona sono regolati dalla sua ultima legge nazionale.

2. Sussiste la giurisdizione italiana per le materie di cui al comma 1: a) se l'ultima legge nazionale della persona era quella italiana; b) se l'ultima residenza della persona era in Italia; c) se l'accertamento della scomparsa, dell'assenza o della morte presunta può produrre effetti giuridici nell'ordinamento italiano.

Art. 23

Capacità di agire delle persone fisiche

1. La capacità di agire delle persone fisiche è regolata dalla loro legge nazionale. Tuttavia, quando la legge regolatrice di un atto prescrive condizioni speciali di capacità di agire, queste sono regolate dalla stessa legge.

2. In relazione a contratti tra persone che si trovano nello stesso Stato, la persona considerata capace dalla legge dello Stato in cui il contratto è concluso può invocare l'incapacità derivante dalla propria legge nazionale solo se l'altra parte contraente, al momento della conclusione del contratto, era a conoscenza di tale incapacità o l'ha ignorata per sua colpa.

3. In relazione agli atti unilaterali, la persona considerata capace dalla legge dello Stato in cui l'atto è compiuto può invocare l'incapacità derivante dalla propria legge nazionale soltanto se ciò non rechi pregiudizio a soggetti che senza loro colpa hanno fatto affidamento sulla capacità dell'autore dell'atto.

4. Le limitazioni di cui ai commi 2 e 3 non si applicano agli atti relativi a rapporti di famiglia e di successione per causa di morte, né agli atti relativi a diritti reali su immobili situati in uno Stato diverso da quello in cui l'atto è compiuto.

Art. 24

Diritti della personalità

1. L'esistenza ed il contenuto dei diritti della personalità sono regolati dalla legge

nazionale del soggetto; tuttavia i diritti che derivano da un rapporto di famiglia sono regolati dalla legge applicabile a tale rapporto.

2. Le conseguenze della violazione dei diritti di cui al comma 1 sono regolate dalla legge applicabile alla responsabilità per fatti illeciti.

CAPO III

Persone giuridiche

Art. 25

Società ed altri enti

1. Le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione. Si applica, tuttavia, la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti.

2. In particolare sono disciplinati dalla legge regolatrice dell'ente: a) la natura giuridica; b) la denominazione o ragione sociale; c) la costituzione, la trasformazione e l'estinzione; d) la capacità; e) la formazione, i poteri e le modalità di funzionamento degli organi; f) la rappresentanza dell'ente; g) le modalità di acquisto e di perdita della qualità di associato o socio nonché i diritti e gli obblighi inerenti a tale qualità; h) la responsabilità per le obbligazioni dell'ente; i) le conseguenze delle violazioni della legge o dell'atto costitutivo.

3. I trasferimenti della sede statutaria in altro Stato e le fusioni di enti con sede in Stati diversi hanno efficacia soltanto se posti in essere conformemente alle leggi di detti Stati interessati.

CAPO IV

Rapporti di famiglia

Art. 26

Promessa di matrimonio

1. La promessa di matrimonio e le conseguenze della sua violazione sono regolate dalla legge nazionale comune dei nubendi o, in mancanza, dalla legge italiana.

Art. 27

Condizioni per contrarre matrimonio

1. La capacità matrimoniale e le altre condizioni per contrarre matrimonio sono regolate dalla legge nazionale di ciascun nubendo al momento del matrimonio. Resta salvo lo stato libero che uno dei nubendi abbia acquistato per effetto di un giudicato italiano o riconosciuto in Italia.

Art. 28

Forma del matrimonio

1. Il matrimonio è valido, quanto alla forma, se è considerato tale dalla legge del luogo di celebrazione o dalla legge nazionale di almeno uno dei coniugi al momento della celebrazione o dalla legge dello Stato di comune residenza in tale momento.

Art. 29

Rapporti personali tra coniugi

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

Art. 30

Rapporti patrimoniali tra coniugi

1. I rapporti patrimoniali tra coniugi sono regolati dalla legge applicabile ai loro rapporti personali. I coniugi possono tuttavia convenire per iscritto che i loro rapporti patrimoniali sono regolati dalla legge dello Stato di cui almeno uno di essi è cittadino o nel quale almeno uno di essi risiede.
2. L'accordo dei coniugi sul diritto applicabile è valido se è considerato tale dalla legge scelta o da quella del luogo in cui l'accordo è stato stipulato.
3. Il regime dei rapporti patrimoniali fra coniugi regolato da una legge straniera è opponibile ai terzi solo se questi ne abbiano avuto conoscenza o lo abbiano ignorato per loro colpa. Relativamente ai diritti reali su beni immobili, l'opponibilità è limitata ai casi in cui siano state rispettate le forme di pubblicità prescritte dalla legge dello Stato in cui i beni si trovano.

Art. 31

Separazione personale e scioglimento del matrimonio

1. La separazione personale e lo scioglimento del matrimonio sono regolati dalla legge nazionale comune dei coniugi al momento della domanda di separazione o di scioglimento del matrimonio; in mancanza si applica la legge dello Stato nel quale la vita matrimoniale risulta prevalentemente localizzata.
2. La separazione personale e lo scioglimento del matrimonio, qualora non siano previsti dalla legge straniera applicabile, sono regolati dalla legge italiana.

Art. 32

Giurisdizione in materia di nullità, annullamento, separazione personale e scioglimento del matrimonio

1. In materia di nullità e di annullamento del matrimonio, di separazione personale e di scioglimento del matrimonio, la giurisdizione italiana sussiste, oltre che nei casi previsti dall'art. 3, anche quando uno dei coniugi è cittadino italiano o il matrimonio è stato celebrato in Italia.

Art. 33

Filiazione

1. Lo stato di figlio è determinato dalla legge nazionale del figlio al momento della nascita.
2. È legittimo il figlio considerato tale dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino al momento della nascita del figlio.

3. La legge nazionale del figlio al momento della nascita regola i presupposti e gli effetti dell'accertamento e della contestazione dello stato di figlio. Lo stato di figlio legittimo, acquisito in base alla legge nazionale di uno dei genitori, non può essere contestato che alla stregua di tale legge.

Art. 34

Legittimazione

1. La legittimazione per susseguente matrimonio è regolata dalla legge nazionale del figlio nel momento in cui essa avviene o dalla legge nazionale di uno dei genitori nel medesimo momento.

2. Negli altri casi, la legittimazione è regolata dalla legge dello Stato di cui è cittadino, al momento della domanda, il genitore nei cui confronti il figlio viene legittimato. Per la legittimazione destinata ad avere effetto dopo la morte del genitore legittimante, si tiene conto della sua cittadinanza al momento della morte.

Art. 35

Riconoscimento di figlio naturale

1. Le condizioni per il riconoscimento del figlio naturale sono regolate dalla legge nazionale del figlio al momento della nascita o, se più favorevole, dalla legge nazionale del soggetto che fa il riconoscimento, nel momento in cui questo avviene.

2. La capacità del genitore di fare il riconoscimento è regolata dalla sua legge nazionale.

3. La forma del riconoscimento è regolata dalla legge dello Stato in cui esso è fatto o da quella che ne disciplina la sostanza.

Art. 36

Rapporti tra genitori e figli

1. I rapporti personali e patrimoniali tra genitori e figli, compresa la potestà dei genitori, sono regolati dalla legge nazionale del figlio.

Art. 37

Giurisdizione in materia di filiazione

1. In materia di filiazione e di rapporti personali fra genitori e figli la giurisdizione italiana sussiste, oltre che nei casi previsti rispettivamente da gli artt. 3 e 9, anche quando uno dei genitori o il figlio è cittadino italiano o risiede in Italia.

CAPO V

Adozione

Art. 38

Adozione

1. I presupposti, la costituzione e la revoca dell'adozione sono regolati dal diritto nazionale dell'adottante o degli adottanti se comune o, in mancanza, dal diritto dello Stato nel quale gli adottanti sono entrambi residenti, ovvero da quello dello Stato nel quale la loro vita matrimoniale è prevalentemente localizzata, al momento dell'ado-

zione. Tuttavia si applica il diritto italiano quando è richiesta al giudice italiano l'adozione di un minore, idonea ad attribuirgli lo stato di figlio legittimo.

2. È in ogni caso salva l'applicazione della legge nazionale dell'adottando maggiorenne per la disciplina dei consensi che essa eventualmente richieda.

Art. 39

Rapporti fra adottato e famiglia adottiva

1. I rapporti personali e patrimoniali fra l'adottato e l'adottante o gli adottanti ed i parenti di questi sono regolati dal diritto nazionale dell'adottante o degli adottanti se comune o, in mancanza, dal diritto dello Stato nel quale gli adottanti sono entrambi residenti ovvero da quello dello Stato nel quale la loro vita matrimoniale è prevalentemente localizzata.

Art. 40

Giurisdizione in materia di adozione

1. I giudici italiani hanno giurisdizione in materia di adozione allorché: a) gli adottanti o uno di essi o l'adottando sono cittadini italiani ovvero stranieri residenti in Italia; b) l'adottando è un minore in stato di abbandono in Italia.

2. In materia di rapporti personali o patrimoniali fra l'adottato e l'adottante o gli adottanti ed i parenti di questi i giudici italiani hanno giurisdizione, oltre che nelle ipotesi previste dall'art. 3, ogni qualvolta l'adozione si è costituita in base al diritto italiano.

Art. 41

Riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di adozione

1. I provvedimenti stranieri in materia di adozione sono riconoscibili in Italia ai sensi degli artt. 64, 65 e 66.

2. Restano ferme le disposizioni delle leggi speciali in materia di adozione dei minori.

CAPO VI

Protezione degli incapaci e obblighi alimentari

Art. 42

Giurisdizione e legge applicabile in materia di protezione dei minori

1. La protezione dei minori è in ogni caso regolata dalla Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961, sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori, resa esecutiva con la L. 24 ottobre 1980, n. 742.

2. Le disposizioni della Convenzione si applicano anche alle persone considerate minori soltanto dalla loro legge nazionale, nonché alle persone la cui residenza abituale non si trova in uno degli Stati contraenti.

Art. 43

Protezione dei maggiori d'età

1. I presupposti e gli effetti delle misure di protezione degli incapaci maggiori di età, nonché i rapporti fra l'incapace e chi ne ha la cura, sono regolati dalla legge nazionale

dell'incapace. Tuttavia, per proteggere in via provvisoria e urgente la persona o i beni dell'incapace, il giudice italiano può adottare le misure previste dalla legge italiana.

Art. 44

Giurisdizione in materia di protezione dei maggiori d'età

1. La giurisdizione italiana in materia di misure di protezione degli incapaci maggiori di età sussiste, oltre che nei casi previsti dagli artt. 3 e 9, anche quando esse si rendono necessarie per proteggere, in via provvisoria e urgente, la persona o i beni dell'incapace che si trovino in Italia.

2. Quando in base all'art. 66 nell'ordinamento italiano si producono gli effetti di un provvedimento straniero in materia di capacità di uno straniero, la giurisdizione italiana sussiste per pronunciare i provvedimenti modificativi o integrativi eventualmente necessari.

Art. 45

Obbligazioni alimentari nella famiglia

1. Le obbligazioni alimentari nella famiglia sono in ogni caso regolate dalla Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari, resa esecutiva con la L. 24 ottobre 1980, n. 745.

CAPO VII

Successioni

Art. 46

Successione per causa di morte

1. La successione per causa di morte è regolata dalla legge nazionale del soggetto della cui eredità si tratta, al momento della morte.

2. Il soggetto della cui eredità si tratta può sottoporre, con dichiarazione espressa in forma testamentaria, l'intera successione alla legge dello Stato in cui risiede. La scelta non ha effetto se al momento della morte il dichiarante non risiedeva più in tale Stato. Nell'ipotesi di successione di un cittadino italiano, la scelta non pregiudica i diritti che la legge italiana attribuisce ai legittimari residenti in Italia al momento della morte della persona della cui successione si tratta.

3. La divisione ereditaria è regolata dalla legge applicabile alla successione, salvo che i condividenti, d'accordo fra loro, abbiano designato la legge del luogo d'apertura della successione o del luogo ove si trovano uno o più beni ereditari.

Art. 47

Capacità di testare

1. La capacità di disporre per testamento, di modificarlo o di revocarlo è regolata dalla legge nazionale del disponente al momento del testamento, della modifica o della revoca.

Art. 48

Forma del testamento

1. Il testamento è valido, quanto alla forma, se è considerato tale dalla legge dello Stato nel quale il testatore ha disposto, ovvero dalla legge dello Stato di cui il testatore, al momento del testamento o della morte, era cittadino o dalla legge dello Stato in cui aveva il domicilio o la residenza.

Art. 49

Successione dello Stato

1. Quando la legge applicabile alla successione, in mancanza di successibili, non attribuisce la successione allo Stato, i beni ereditari esistenti in Italia sono devoluti allo Stato italiano.

Art. 50

Giurisdizione in materia successoria

1. In materia successoria la giurisdizione italiana sussiste: a) se il defunto era cittadino italiano al momento della morte; b) se la successione si è aperta in Italia; c) se la parte dei beni ereditari di maggiore consistenza economica è situata in Italia; d) se il convenuto è domiciliato o residente in Italia o ha accettato la giurisdizione italiana, salvo che la domanda sia relativa a beni immobili situati all'estero; e) se la domanda concerne beni situati in Italia.

CAPO VIII

Diritti reali

Art. 51

Possesso e diritti reali

1. Il possesso, la proprietà e gli altri diritti reali sui beni mobili ed immobili sono regolati dalla legge dello Stato in cui i beni si trovano.

2. La stessa legge ne regola l'acquisto e la perdita, salvo che in materia successoria e nei casi in cui l'attribuzione di un diritto reale dipenda da un rapporto di famiglia o da un contratto.

Art. 52

Diritti reali su beni in transito

1. I diritti reali su beni in transito sono regolati dalla legge del luogo di destinazione.

Art. 53

Usucapione di beni mobili

1. L'usucapione di beni mobili è regolata dalla legge dello Stato in cui il bene si trova al compimento del termine prescritto.

2. I diritti su beni immateriali sono regolati dalla legge dello Stato di utilizzazione.

Art. 55

Pubblicità degli atti relativi ai diritti reali

1. La pubblicità degli atti di costituzione, trasferimento ed estinzione dei diritti reali è regolata dalla legge dello Stato in cui il bene si trova al momento dell'atto.

CAPO IX

Donazioni

Art. 56

Donazioni

1. Le donazioni sono regolate dalla legge nazionale del donante al momento della donazione.

2. Il donante può, con dichiarazione espressa contestuale alla donazione, sottoporre la donazione stessa alla legge dello Stato in cui egli risiede.

3. La donazione è valida, quanto alla forma, se è considerata tale dalla legge che ne regola la sostanza oppure dalla legge dello Stato nel quale l'atto è compiuto.

CAPO X

Obbligazioni contrattuali

Art. 57

Obbligazioni contrattuali

1. Le obbligazioni contrattuali sono in ogni caso regolate dalla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali resa esecutiva con la L. 18 dicembre 1984, n. 975, senza pregiudizio delle altre convenzioni internazionali, in quanto applicabili.

CAPO XI

Obbligazioni non contrattuali

Art. 58

Promessa unilaterale

1. *La promessa unilaterale è regolata dalla legge dello Stato in cui viene manifestata*

Art. 59

Titoli di credito

1. La cambiale, il vaglia cambiario e l'assegno sono in ogni caso regolati dalle disposizioni contenute nelle Convenzioni di Ginevra del 7 giugno 1930, sui conflitti di legge in materia di cambiale e di vaglia cambiario, di cui al R.D.L. 25 agosto 1932, n. 1130, convertito dalla L. 22 dicembre 1932, n. 1946, e del 19 marzo 1931, sui conflitti di legge in materia di assegni bancari, di cui al R.D.L. 24 agosto 1933, n. 1077, convertito dalla L. 4 gennaio 1934, n. 61.

2. Tali disposizioni si applicano anche alle obbligazioni assunte fuori dei territori degli Stati contraenti o allorché esse designino la legge di uno Stato non contraente.

3. Gli altri titoli di credito sono regolati dalla legge dello Stato il cui titolo è stato emesso. Tuttavia le obbligazioni diverse da quella principale sono regolate dalla legge dello Stato in cui ciascuna è stata assunta.

Art. 60

Rappresentanza volontaria

1. La rappresentanza volontaria è regolata dalla legge dello Stato in cui il rappresentante ha la propria sede d'affari sempre che egli agisca a titolo professionale e che tale sede sia conosciuta o conoscibile dal terzo. In assenza di tali condizioni si applica la legge dello Stato in cui il rappresentante esercita in via principale i suoi poteri nel caso concreto.

2. L'atto di conferimento dei poteri di rappresentanza è valido, quanto alla forma, se considerato tale dalla legge che ne regola la sostanza oppure dalla legge dello Stato in cui è posto in essere.

Art. 61

Obbligazioni nascenti dalla legge

1. La gestione di affari altrui, l'arricchimento senza causa, il pagamento dell'indebito e le altre obbligazioni legali, non diversamente regolate dalla presente legge, sono sottoposti alla legge dello Stato in cui si è verificato il fatto da cui deriva l'obbligazione.

Art. 62

Responsabilità per fatto illecito

1. La responsabilità per fatto illecito è regolata dalla legge dello Stato in cui si è verificato l'evento. Tuttavia il danneggiato può chiedere l'applicazione della legge dello Stato in cui si è verificato il fatto che ha causato il danno.

2. Qualora il fatto illecito coinvolga soltanto cittadini di un medesimo Stato in esso residenti, si applica la legge di tale Stato.

Art. 63

Responsabilità extracontrattuale per danno da prodotto

1. La responsabilità per danno da prodotto è regolata, a scelta del danneggiato, dalla legge dello Stato in cui si trova il domicilio o l'amministrazione del produttore, oppure da quella dello Stato in cui il prodotto è stato acquistato, a meno che il produttore provi che il prodotto vi è stato immesso in commercio senza il suo consenso.

TITOLO IV

EFFICACIA DI SENTENZE ED ATTI STRANIERI

Art. 64

Riconoscimento di sentenze straniere

1. La sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento quando:

a) il giudice che l'ha pronunciata poteva conoscere della causa secondo i principi sulla competenza giurisdizionale propri dell'ordinamento italiano;

b) l'atto introduttivo del giudizio è stato portato a conoscenza del convenuto in conformità a quanto previsto dalla legge del luogo dove si è svolto il processo e non sono stati violati i diritti essenziali della difesa;

- c) le parti si sono costituite in giudizio secondo la legge del luogo dove si è svolto il processo o la contumacia è stata dichiarata in conformità a tale legge;
- d) essa è passata in giudicato secondo la legge del luogo in cui è stata pronunciata;
- e) essa non è contraria ad altra sentenza pronunciata da un giudice italiano passata in giudicato;
- f) non pende un processo davanti a un giudice italiano per il medesimo oggetto e fra le stesse parti, che abbia avuto inizio prima del processo straniero;
- g) le sue disposizioni non producono effetti contrari all'ordine pubblico.

Art. 65

Riconoscimento di provvedimenti stranieri

1. Hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità quando essi sono stati pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge o producono effetti nell'ordinamento di quello Stato, anche se pronunciati da autorità di altro Stato, purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa.

Art. 66

Riconoscimento di provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria

1. I provvedimenti stranieri di volontaria giurisdizione sono riconosciuti senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento, sempre che siano rispettate le condizioni di cui all'art. 65, in quanto applicabili, quando sono pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle disposizioni della presente legge, o producono effetti nell'ordinamento di quello Stato ancorché emanati da autorità di altro Stato, ovvero sono pronunciati da un'autorità che sia competente in base a criteri corrispondenti a quelli propri dell'ordinamento italiano.

Art. 67

Attuazione di sentenze e provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria e contestazione del riconoscimento

1. In caso di mancata ottemperanza o di contestazione del riconoscimento della sentenza straniera o del provvedimento straniero di volontaria giurisdizione, ovvero quando sia necessario procedere ad esecuzione forzata, chiunque vi abbia interesse può chiedere alla Corte d'Appello del luogo di attuazione l'accertamento dei requisiti del riconoscimento.

2. La sentenza straniera o il provvedimento straniero di volontaria giurisdizione, unitamente al provvedimento che accoglie la domanda di cui al comma 1, costituiscono titolo per l'attuazione e l'esecuzione forzata.

3. Se la contestazione ha luogo nel corso di un processo, il giudice adito pronuncia con efficacia limitata al giudizio.

Art. 68

Attuazione ed esecuzione di atti pubblici ricevuti all'estero

1. Le norme di cui all'art. 67 si applicano anche rispetto all'attuazione e all'esecuzione forzata in Italia di atti pubblici ricevuti in uno Stato estero e ivi muniti di forza esecutiva.

Art. 69

Assunzione di mezzi di prova disposti da giudici stranieri

1. Le sentenze e i provvedimenti di giudici stranieri riguardanti esami di testimoni, accertamenti tecnici, giuramenti, interrogatori o altri mezzi di prova da assumersi nella Repubblica sono resi esecutivi con decreto della Corte d'Appello del luogo in cui si deve procedere a tali atti.

2. Se l'assunzione dei mezzi di prova è chiesta dalla parte interessata, l'istanza è proposta alla Corte mediante ricorso, al quale deve essere unita copia autentica della sentenza o del provvedimento che ha ordinato gli atti chiesti. Se l'assunzione è domandata dallo stesso giudice, la richiesta deve essere trasmessa in via diplomatica.

3. La Corte delibera in camera di consiglio e, qualora autorizzi l'assunzione, rimette gli atti al giudice competente.

4. Può disporsi l'assunzione di mezzi di prova o l'espletamento di altri atti istruttori non previsti dall'ordinamento italiano sempreché essi non contrastino con i principi dell'ordinamento stesso.

5. L'assunzione o l'espletamento richiesti sono disciplinati dalla legge italiana. Tuttavia si osservano le forme espressamente richieste dal l'autorità giudiziaria straniera in quanto compatibili con i principi dell'ordinamento italiano.

Art. 70

Esecuzione richiesta in via diplomatica

1. Se la richiesta per l'assunzione di mezzi di prova di atti di istruzione è fatta in via diplomatica e la parte interessata non ha costituito un procuratore che ne promuova l'assunzione, i provvedimenti necessari per questa sono pronunciati d'ufficio dal giudice procedente e le notificazioni sono fatte a cura del cancelliere.

Art. 71

Notificazione di atti di autorità straniera

1. La notificazione di citazioni a comparire davanti ad autorità straniera o di altri atti provenienti da uno Stato estero è autorizzata dal pubblico ministero presso il tribunale nella cui giurisdizione la notificazione si deve eseguire.

2. La notificazione richiesta in via diplomatica è eseguita, a cura del pubblico ministero, da un ufficiale giudiziario da lui richiesto.

3. La notificazione avviene secondo le modalità previste dalla legge italiana. Tuttavia si osservano le modalità richieste dall'autorità straniera in quanto compatibili con i principi dell'ordinamento italiano. In ogni caso l'atto può essere consegnato, da chi procede alla notificazione, al destinatario che lo accetti volontariamente.

TITOLO V
DISPOSIZIONI TRANSITORIE

Art. 72

Disposizioni transitorie

1. La presente legge si applica in tutti i giudizi iniziati dopo la data della sua entrata in vigore, fatta salva l'applicabilità alle situazioni esaurite prima di tale data delle previgenti norme di diritto internazionale privato.

2. I giudizi pendenti sono decisi dal giudice italiano se i fatti e le norme che determinano la giurisdizione sopravvengono nel corso del processo.

Art. 73 (*)

Abrogazione di norme incompatibili

1. Sono abrogati gli articoli dal 17 al 31 delle disposizioni sulla legge in generale premesse al Codice Civile, nonché gli artt. 2505 e 2509 Cod. Civ. e gli artt. 2, 3, 4 e 37, secondo comma, gli articoli dal 796 all'805 Cod. Proc. Civ. sono abrogati a far data dal 31 dicembre 1996.

(*) Articolo da ultimo così sostituito dall'art. 10 D.L. 23 ottobre 1996, n. 542, convertito con modificazioni nella L. 23 dicembre 1996, n. 649.

Art. 74 (*)

Entrata in vigore

1. La presente legge entra in vigore il primo settembre 1995; gli articoli dal 64 al 71 entrano in vigore il 31 dicembre 1996.

(*) Articolo da ultimo così sostituito dall'art. 10 D.L. 23 ottobre 1996, n. 542, convertito con modificazioni nella L. 23 dicembre 1996, n. 649.

Finito di stampare nel mese di ottobre 2012
nella Stampatre s.r.l. di Torino – Via Bologna, 220

