

Capitolo 1 | Nozione e sviluppo storico del diritto internazionale privato

Sommario

1. L'espressione diritto internazionale privato. - 2. Il diritto internazionale privato dalle origini al XX secolo. - 3. Il diritto internazionale privato nel XX secolo. - 4. Il sistema italiano di diritto internazionale privato. - 5. Discipline affini e rapporti con il diritto internazionale pubblico. - 6. Il diritto internazionale privato convenzionale ed europeo.

1. L'espressione diritto internazionale privato

A) Origine e fondamento della disciplina

Il termine «*diritto internazionale privato*» (d.i.p.) indica il **complesso delle norme giuridiche dello Stato che regolano quei rapporti privatistici che presentano elementi di estraneità rispetto ad esso ovvero di transnazionalità**.

Non si tratta di una disciplina analoga al vero e proprio diritto internazionale, ma, piuttosto, di *norme* che, pur essendo destinate a disciplinare rapporti e fattispecie che hanno punti di contatto con altri paesi, *fanno parte dell'ordinamento giuridico di un determinato Stato ed hanno valore esclusivamente in esso*. In questo senso sarebbe, forse, tecnicamente più corretto parlare di **diritto privato internazionale** con l'avvertenza, peraltro, che, a seguito di accordi internazionali o dell'azione di fonti comunitarie, sempre più spesso tali norme hanno efficacia in più Stati.

La locuzione diritto internazionale privato (d.i.p.) fu elaborata per la prima volta dal giurista nordamericano J. Story nella sua opera «*Commentaries on the conflict of laws*» del 1834 e solo in un secondo momento tale espressione cominciò ad essere usata anche negli ambienti giuridici europei.

L'esigenza, avvertita in ogni Stato, di creare un sistema di d.i.p. nasce dall'esistenza di una serie di fatti e rapporti giuridici che appaiono collegati con una pluralità di ordinamenti. È il caso, ad es., di un matrimonio celebrato in Italia tra cittadini tedeschi ovvero di una compravendita immobiliare stipulata in Italia ma avente ad oggetto beni siti in Spagna. In presenza di rapporti di questo tipo si determina, inevitabilmente, un *potenziale concorso* tra le norme dei diversi ordinamenti giuridici che appaiono collegabili, per un verso o per l'altro, alla fattispecie.

Le norme di d.i.p. vengono definite, allora, come *quelle con cui ciascuno Stato risolve, a suo modo, tale conflitto*, stabilendo in quali casi il rapporto dovrà essere disciplinato dalle proprie norme e in quali, invece, dovranno essere applicate, ritenendosi *prevalente il collegamento* esistente tra il rapporto ed un altro paese, norme di un diritto straniero. In tale prospettiva, dunque, ben si comprende come talvolta, in luogo di d.i.p., si sia parlato, per designare la medesima disciplina, di «**conflitto di norme**» o, più propriamente, di «**norme di conflitto**».

B) Improprietà della locuzione

Ciò premesso, non sorprende che debba considerarsi *tecnicamente inesatta* la locuzione diritto *internazionale* privato, atteso che le *disposizioni che ne fanno parte sono*, in realtà, *norme di diritto interno* al pari di tutte le altre che ciascuno Stato emana in campo civile, penale, commerciale etc.

Le norme di d.i.p. si caratterizzano rispetto alle altre, infatti, non per origine o natura giuridica ma, piuttosto, per oggetto e funzione.

In questo senso una *connotazione di internazionalità* può essere individuata nella circostanza che *tali norme regolano soltanto fattispecie e rapporti* caratterizzati, come abbiamo già detto, da elementi di transnazionalità, ovvero *da punti di contatto* (cittadinanza, luogo di svolgimento del rapporto etc.) con *ordinamenti giuridici stranieri*.

Ciò non toglie, però, che si tratta comunque di *norme interne* emanate dal legislatore nazionale per disciplinare autonomamente determinate situazioni.

Né può considerarsi del tutto esente da critiche la locuzione, talvolta usata in alternativa a quella di d.i.p., di «**norme di conflitto**», in quanto le norme di d.i.p. sono emanate dal legislatore interno in base a considerazioni di opportunità economica, politica e sociale che nulla hanno a che vedere con la necessità di comporre un presunto conflitto tra la propria legislazione e quella di altri Stati che, in effetti, è soltanto apparente.

C) Le definizioni più corrette

Sembra più corretta, invece, quella definizione, particolarmente diffusa nella dottrina anglosassone, che nel definire le norme in questione, prende le mosse *dal particolare modo in cui le stesse operano*.

Sotto questo aspetto, infatti, esse si caratterizzano per ciò che, invece di regolare direttamente un rapporto, si limitano a designare quale legislazione, tra tutte quelle che presentano punti di contatto con la fattispecie, dovrà provvedere alla sua disciplina. Si parla, allora, di «**scelta di legge**» e di «**norme di scelta di legge**» proprio per sottolineare tale carattere (VITTA).

Altri ancora, forse più esattamente, parlano di **diritto interno in materia internazionale** per evidenziare che tali norme, interne dal punto di vista della fonte di produzione e dell'ambito di applicazione, *sono però destinate a regolare rapporti e fattispecie che sono in qualche modo collegati ad una pluralità di Stati*.

Ciò non toglie, comunque, che in considerazione del carattere tradizionale che, con l'uso costante, ha finito per assumere, si continui anche in dottrina a fare largo uso, pur nella consapevolezza della sua imprecisione, dell'espressione d.i.p.

2. Il diritto internazionale privato dalle origini al XX secolo

A) Origini del d.i.p.

Dal punto di vista scientifico di d.i.p. si comincia a parlare soltanto nel secolo scorso, grazie al contributo teorico di giuristi come lo Story, il Savigny e l'italiano P. Stanislao Mancini.

Ciò non toglie che l'esigenza di predisporre una disciplina giuridica speciale per quei rapporti economico-sociali che coinvolgevano soggetti e/o beni collocati nell'ambito di comunità politiche diverse si fosse già manifestata anche in epoche molto più remote.

Così, ad esempio, nel sistema del diritto romano, tale esigenza, ampiamente avvertita in considerazione del notevole volume dei traffici economici internazionali, venne soddisfatta attraverso l'elaborazione giurisprudenziale del cd. «*ius gentium*», ovvero di un sistema di regole destinate, per l'appunto, a disciplinare rapporti connotati da elementi di estraneità rispetto alla *civitas* romana. L'ambito di applicazione di tali norme era, peraltro, ristretto all'area dei rapporti commerciali.

B) Gli Statuti

Dopo la parentesi delle invasioni germaniche, caratterizzate dall'applicazione contemporanea di più leggi in funzione della stirpe di chi ne invocava l'applicazione, la funzione propria del d.i.p. viene svolta dal cd. *ius commune* inteso come sistema giuridico tendenzialmente universale *risultante dalla rielaborazione*, ad opera dei giuristi medievali, del *diritto romano giustiniano* e, in special modo, del *Corpus iuris civilis*.

È proprio grazie a tale rielaborazione (nella quale un ruolo di primissimo piano spetta ai giuristi italiani) che vengono risolti i problemi di coordinamento tra gli *statuti locali*.

Con la locuzione *statutum* si designava, a partire dall'XI secolo, *ogni norma giuridica emanata dall'organo* (in genere lo stesso sovrano) *dotato del potere legislativo*.

Si trattava, in sostanza, del diritto «nuovo» rispetto a quello intricato e pluristratificato sistema di regole giuridiche di origine tradizionale al quale si era soliti fare riferimento.

L'affermarsi del diritto statutario finì per avere una benefica influenza anche sull'elaborazione di regole di d.i.p.

Ciò avvenne per un meccanismo semplice ed inevitabile: a causa della frammentazione politica dell'epoca, gli statuti finivano spesso per divergere anche tra territori (o addirittura città) assai vicini e ciò fece rapidamente sorgere il problema del loro coordinamento che venne risolto grazie al ricorso allo *ius commune*.

In altre parole i giuristi, soprattutto italiani, tra i quali si ricordano Carlo Di Tocco, Accursio e Bartolo da Sassoferrato, individuaronero le *norme per risolvere i conflitti tra i diversi statuti* nel sistema del *Corpus iuris civilis*, fatto oggetto, per l'occasione, di interpretazioni assai libere e creative.

3. Il diritto internazionale privato nel XX secolo

È soltanto in epoca moderna, per effetto anche del fenomeno della codificazione giuridica, che il d.i.p. acquista, anche dal punto di vista scientifico-dogmatico, specificità ed autonomia rispetto agli altri settori del diritto.

Tra i giuristi che hanno dato un contributo decisivo allo sviluppo degli studi internazionalprivatistici, spiccano su tutti, sino quasi a meritare la qualifica di «padri fondatori» della disciplina, i nomi di **Story, Savigny e Mancini**.

Ad essi si riconducono tre diverse ricostruzioni del fenomeno del d.i.p.:

A) Posizione di STORY

La prima ricostruzione risale all'opera dello **Story**, al quale si deve la stessa denominazione «d.i.p.». Il giurista americano individua il fondamento di quella applicazione di norme straniera, che caratterizza il funzionamento del d.i.p., nella cd. **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.

B) Contributo del SAVIGNY

Notevolmente differente è l'atteggiamento della seconda corrente dottrinarica che fa capo al **Savigny**. Nella sua opera fondamentale «Sistema del diritto romano odierno» *c'è il tentativo di individuare un complesso di regole di validità universale grazie al quale risolvere ogni problema di coordinamento tra le diverse leggi nazionali*.

Si tratta, dunque, di un contributo assai più dogmatico e ambizioso di quello offerto dallo Story ed è caratterizzato dal rovesciamento della impostazione tradizionale del problema, risalente agli Statutari. Invece di determinare la sfera di applicazione di tutte le diverse norme di un ordinamento, il Savigny ritiene più utile determinare, in riferimento alle diverse tipologie di rapporti (matrimoni, contratti etc.), a quale legge essi debbano ricollegarsi. Occorre, cioè, stabilire il *criterio in funzione del quale i vari tipi di rapporto* possono essere ricondotti ad un sistema giuridico piuttosto che ad un altro.

È appena il caso di evidenziare come questa impostazione sia stata poi accolta dalla gran parte dei sistemi di d.i.p. vigenti.

C) La scuola italiana (P.S. MANCINI)

Anche per **Mancini**, padre della scuola italiana del d.i.p., il problema fondamentale della disciplina consiste nella ricerca di principi in base ai quali agevolmente si può decidere quale legislazione debba applicarsi «a ciascuna specie di rapporti di diritto».

Mancini, in particolare, individua *tre fondamentali criteri*:

- il *criterio della nazionalità*, per la disciplina dei rapporti di famiglia, della condizione delle persone e delle successioni;
- il *criterio di libertà*, per la disciplina di tutte le fattispecie rispetto alle quali il legislatore riconosce di non avere interesse ad introdurre, con proprie leggi, limitazioni all'esercizio della libertà «lecita ed inoffensiva» dello straniero;
- il *criterio di sovranità*, che opera quando gli stranieri, al pari dei cittadini, vengono assoggettati, ad esempio, alle leggi penali, di ordine pubblico ed a tutto il diritto pubblico dello Stato.

4. Il sistema italiano di diritto internazionale privato

A) Evoluzione storica e nuova legge

Il sistema italiano di diritto internazionale privato è stato costituito per lungo tempo, e fino alla approvazione della **legge 31 maggio 1995, n. 218**, da un numero piuttosto esiguo di disposizioni contenute in varie fonti normative.

Il nucleo fondamentale era rappresentato dagli artt. 17-31 delle disposizioni sulla legge in generale premesse al codice civile.

Altre disposizioni, peraltro, si ritrovavano nel codice civile, in quello di procedura civile e nel codice della navigazione (artt. 1-14).

Quanto ai contenuti ed ai principi informativi, inoltre, il sistema previgente di diritto internazionale privato appariva ancora fedele al modello, formulato da **Mancini** per il codice civile del 1865, caratterizzato da una parità tra diritto interno e diritto straniero temperata da numerosi eccezioni e, quanto alle regole per l'individuazione del diritto applicabile, dalla *prevalenza del criterio della nazionalità*.

Col tempo tale complesso normativo si è rivelato sempre più inadeguato a disciplinare e governare giuridicamente la tumultuosa crescita dei rapporti intersoggettivi, patrimoniali o meno, che presentano elementi di collegamento con una pluralità di paesi. Questo sia per l'eccessivo valore attribuito al criterio della nazionalità sia per l'estrema laconicità della disciplina positiva.

Basti pensare alla regolamentazione previgente delle obbligazioni contrattuali, tutte affidate ad una sola, scarna disposizione (art. 25 preleggi) che, oltretutto, nel privilegiare il criterio della nazionalità delle parti, se comune, ovvero quello del luogo di perfezionamento del contratto, irragionevolmente non prendeva in considerazione alcuna il luogo in cui doveva trovare prevalente esecuzione la prestazione.

In concreto

È il caso, ad esempio, del contratto concluso tra una potente multinazionale americana, con sede legale in Svizzera, e un fornitore italiano per la prestazione di materie prime (olio) destinate ad uno stabilimento industriale alimentare di prodotti indirizzati al mercato statunitense che, pur facendo capo alla predetta multinazionale, si trova in America Latina. Orbene, ai sensi dell'abrogata normativa, tale attività avrebbe dovuto essere regolata, in caso di proposta accettata dall'impresa italiana con un fax indirizzato alla sede legale della multinazionale, dal diritto svizzero ovvero dall'ordinamento di un paese totalmente estraneo in termini economici e sostanziali alla vicenda in esame.

A ciò si aggiunga che *alcune disposizioni delle preleggi* (artt. 18 e 20) *erano state dichiarate costituzionalmente illegittime* perché ispirate, per la prevalenza riconosciuta alla legge nazionale del marito, a principi incompatibili con il divieto di discriminazione sessuale e con la tutela dell'uguaglianza tra i coniugi (cfr. sentenze 71 e 477 del 1987 della Corte Costituzionale).

Per la perdurante assenza di un intervento legislativo organico, pure intensamente sollecitato da vasti settori della dottrina e degli operatori economici e del diritto effettivamente interessati a tale area di attività, una prima forma di arricchimento e rinnovamento del sistema di diritto internazionale privato italiano è passata soltanto attraverso il ricorso alle fonti convenzionali.

L'Italia, infatti, ha aderito a numerose convenzioni internazionali dirette a sostituire, nei rapporti tra le parti contraenti ed in specifiche materie, le norme di diritto internazionale privato dei rispettivi ordinamenti giuridici nazionali.

E, a tal proposito, proprio *in tema di obbligazioni contrattuali*, quello, forse, più insofferente al sistema di matrice ottocentesca previgente, si era registrata, con la *legge 18 dicembre 1984, n. 75*, l'adesione dell'Italia alla fondamentale **Convenzione di Roma del 19 giugno 1980**, che, *per la sua efficacia tendenzialmente universale* (cfr. Parte speciale Cap. VII, n. 1) aveva finito per sostituire ed abrogare, di fatto, quasi per intero, la norma dell'art. 25 delle preleggi. Non deve sorprendere, allora che, accanto alla moltiplicazione degli accordi internazionali di diritto internazionale privato, in questi anni molti ordinamenti giuridici abbiano riformato, in tutto o in parte, il loro sistema nazionale di diritto internazionale privato (ad es. Svizzera, Spagna, Portogallo etc.). Finalmente, proseguendo e portando a definitivo compimento un disegno di legge già presentato nel corso della precedente legislatura, si è pervenuti all'approvazione della **legge 218/1995** che, con i suoi 74 articoli, si pone come un vero e proprio codice, per la prima volta raccolto in unico testo di legge, del diritto internazionale privato e processuale italiano.

Infine, occorre ricordare le *convenzioni internazionali*, specifiche o generali, che contengono norme di conflitto (o *anche* norme di conflitto), insieme a norme di altro tipo.

La struttura della *legge fondamentale* del nuovo diritto internazionale privato italiano si articola in *quattro* gruppi funzionali di norme:

- il primo (Titolo I, artt. 1-2) stabilisce e delimita la sfera di operatività della legge che, fermo restando il rispetto delle eventuali diverse regole sancite da convenzioni internazionali alle quali l'Italia aderisce o aderirà, disciplina in modo organico ed esaustivo (finalmente) *sia il diritto internazionale privato* propriamente detto che il diritto processuale civile internazionale (cfr. Parte III, Cap. I).

Complementare a tale finalità di coordinamento e sintesi della materia è la disposizione dell'art. 73 che *prevede l'abrogazione di norme preesistenti* sparse tra le preleggi (artt. 17-31), il codice civile (artt. 2505 e 2509) e di procedura civile (artt. 2, 3, 4, 37 e 796-805);

- il secondo gruppo di norme (Titolo II, artt. 3-12) costituisce il *nuovo sistema del diritto processuale civile internazionale*.

Tali disposizioni, cioè, *disciplinano lo svolgimento del processo civile allorquando lo stesso coinvolge* persone (attore, convenuto), fatti, atti, beni o provvedimenti che presentano *elementi di estraneità* ovvero punti di contatto con ordinamenti giuridici diversi da quello in cui si svolge il processo (cfr. Parte III, Cap. I);

- un altro e più numeroso insieme di norme (Titolo III artt. 13-63) è quello costituito dalle norme di conflitto vere e proprie cioè quelle che, per le diverse tipologie di rapporti con elementi di estraneità, stabiliscono a quale ordinamento giuridico fare riferimento.

Quest'area corrisponde a quella storica e tradizionale del diritto internazionale privato;

- l'ultimo gruppo di norme (Titolo IV, art. 64/71) regola le condizioni e procedure alle quali è subordinato il riconoscimento dell'efficacia anche nel nostro paese di sentenze e atti stranieri.

B) Diritto transitorio

Al secondo gruppo, relativo al diritto processuale, devono funzionalmente ricondursi anche **le disposizioni transitorie** dell'art. 72, 2° comma, sulla disciplina dei procedimenti già pendenti. Proprio in riferimento al diritto transitorio, rispetto al quale sono sorti i primi problemi applicativi ed interpretativi della nuova legge, la Suprema Corte ha avuto modo di precisare che le norme del nuovo sistema di diritto internazionale privato trovano applicazione in tutti i giudizi iniziati successivamente all'entrata in vigore della legge 218/1995 anche se riferiti a rapporti giuridici di fatto sorti prima di tale epoca.

A tale principio di parziale *retroattività sostanziale* si deroga, con conseguente applicazione del vecchio sistema, solo in riferimento a situazioni giuridiche che possono dirsi «*esaurite*» che si identificano in quelle definitivamente accertate in sede giurisdizionale o in quelle che abbiano già compiutamente realizzato tutti i loro effetti (cfr. Cass., I sez., n. 12538 del 12-11-1999).

Così, ad esempio, i criteri di collegamento richiamati dall'art. 57 della legge 218/1995 troveranno applicazione anche ai contratti stipulati prima del 1996 purché essi debbano trovare, in tutto o in parte, esecuzione successivamente alla data di entrata in vigore della nuova legge ovvero sorga, in tale epoca, controversia giudiziaria.

5. Discipline affini e rapporti con il diritto internazionale pubblico

Al d.i.p. possono essere affiancate altre discipline giuridiche.

Vengono in considerazione, principalmente:

- il *diritto penale internazionale*;
- il *diritto amministrativo internazionale*;
- il *diritto processuale civile internazionale*.

Tutte queste discipline, insieme al d.i.p., costituiscono il cd. *diritto statale esterno* o, come anche si suole dire, il **diritto interno in materia internazionale**.

La differenza tra il d.i.p. vero e proprio e queste altre discipline sta in ciò che il *primo adotta*, per regolare i rapporti con elementi di estraneità, *un mezzo tecnico particolare, consistente nel rinvio* ad una serie indeterminata di ordinamenti giuridici, mentre le altre discipline sono costituite da *norme che provvedono direttamente a disciplinare* i rapporti che presentano, in materia penale, processuale, amministrativa etc., elementi di collegamento con altri ordinamenti giuridici.

Sono stati fatti numerosi tentativi per mettere le norme del d.i.p. in una qualche relazione con quelle di **diritto internazionale pubblico**.

Secondo alcuni, il legislatore statale, formulando le norme di d.i.p., svolge la stessa funzione di delimitazione dei vari sistemi giuridici nazionali che svolge il legislatore internazionale. Ne consegue che *alle norme di d.i.p. dovrebbe riconoscersi*, quantomeno sotto questo aspetto, *natura internazionale*.

La *prevalente dottrina*, peraltro, è del parere che *tra diritto internazionale pubblico e privato vi sia una sostanziale ed insopprimibile differenza*, riconducibile alla diversa funzione che le due discipline svolgono.

Il d.i.p. è costituito da un insieme di norme giuridiche che, in ciascuno Stato, individuano la legge applicabile alle fattispecie caratterizzate appunto da elementi di estraneità rispetto all'ordinamento statale in questione.

Il *diritto internazionale pubblico* è, invece, il *diritto della comunità degli Stati* ed è costituito da norme che si formano *al di sopra* (e non all'interno) degli Stati. Si tratta di disposizioni che, scaturendo dall'ordinamento dell'intera comunità internazionale, ciascun paese si impegna, con le proprie norme interne a rispettare, anche con norme di carattere costituzionale (cfr. ad es. art. 10 Cost. italiana).

Il diritto penale internazionale

Nell'ambito del diritto interno in materia internazionale una particolare considerazione deve essere riservata, per un duplice ordine di motivi, al *diritto penale internazionale* ovvero a *quelle norme del diritto penale interno che regolano le fattispecie criminose connotate da elementi di estraneità* (o meglio di collegamento con altri Stati) e la *collaborazione processuale penale tra più Stati*.

In primo luogo, questa particolare attenzione può dirsi giustificata dall'allarmante sviluppo della criminalità organizzata la cui attività sempre più spesso si sviluppa su scala internazionale o, addirittura, mondiale (ad es. traffico internazionale di armi o stupefacenti, centrali terroristiche etc.).

Inoltre, nel nostro paese, il sistema di diritto penale processuale internazionale ha ricevuto un nuovo e più moderno assetto con l'entrata in vigore il 24 ottobre 1989 del nuovo codice di procedura penale che, con le norme degli artt. 696 e seguenti del c.p.p., ha regolato le materie della estradizione, delle rogatorie, degli effetti delle sentenze penali straniere e dell'esecuzione all'estero delle sentenze penali italiane.

Il principio fondamentale cui si è ispirato il legislatore del nuovo codice è rimasto quello della *prevalenza* sulle norme del codice, delle *norme di origine internazionale*.

L'art. 696 c.p.p. stabilisce, infatti che le norme del codice trovano applicazione soltanto in via sussidiaria, quando cioè la materia non è regolata dalle norme della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia firmata a Strasburgo il 20 aprile 1959, dalle altre norme delle convenzioni internazionali in vigore per lo Stato e dalle norme di diritto internazionale generale. In effetti nell'ambito del diritto penale internazionale è possibile individuare due aree omogenee. Da un lato si pongono le norme che delimitano l'ambito di applicazione della legge penale sostanziale, definendo i criteri in base ai quali individuare la normativa (nazionale o straniera) applicabile ad attività criminose che presentano elementi di estraneità (ad es. omicidio di un cittadino italiano commesso da un cittadino francese in territorio statunitense).

Il principio fondamentale al quale si ispirano le norme del diritto penale internazionale sostanziale italiano è quello della *territorialità*, in forza del quale la legge penale nazionale si applica a tutti coloro, cittadini o stranieri, che commettono reati nel territorio dello Stato (art. 6 c.p.). Tale principio, che appare espressione dell'idea di sovranità territoriale dello Stato, viene però derogato, in alcuni casi, in ossequio ai principi della difesa dello Stato e dei suoi cittadini nonché delle altre comunità. Così, ad es., l'art. 10 c.p. consente la punizione secondo la legge italiana, a condizione che l'autore del fatto si trovi nel territorio dello Stato, del cittadino straniero che, al di fuori del territorio italiano, abbia commesso un delitto in danno di un cittadino italiano punito con la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel minimo ad un anno (ad es. rapina).

Dall'altro si possono raccogliere le disposizioni più strettamente processuali penali, che regolano la cooperazione tra gli Stati nella repressione dei reati (MANTOVANI).

A quest'ultimo gruppo debbono ricondursi le norme in materia di estradizione, rogatorie internazionali, riconoscimento di efficacia di sentenze pronunciate da giudici stranieri.

6. Il diritto internazionale privato convenzionale ed europeo

A) Il diritto privato convenzionale

Poiché ciascun ordinamento statale predispone, per proprio conto, un sistema autonomo di d.i.p., può ben accadere che, in alcune materie, i diversi ordinamenti statali adottino regole di risoluzione, dei problemi posti dalle fattispecie che presentano elementi di estraneità, differenti o, addirittura, contrapposte. Ciò è fonte di conflitti giurisdizionali gravemente pregiudizievoli per la certezza del diritto il cui valore va difeso anche sul piano dei rapporti privati che si collocano in più ambiti nazionali.

Non sorprende, quindi, che venga perseguito, con sempre maggiore intensità, l'obiettivo di pervenire ad una **unificazione convenzionale del d.i.p. degli Stati**.

Vengono cioè stipulati tra più Stati dei veri e propri *trattati internazionali aventi lo scopo di unificare*, in un determinato settore, le *norme di d.i.p.* degli Stati parti di tale accordo internazionale che hanno l'obbligo di emanare nel proprio ordinamento le norme di d.i.p. concordate.

È il caso, ad esempio, delle numerose convenzioni dell'Aja in materia di adozione (1965), testamento (1961), divorzio (1902 e 1971), protezione dei minori ed adozione internazionale (1961, 1980, 1993) nonché in materia di trust (1985), della Convenzione di Roma sulle obbligazioni contrattuali (1980). L'importanza, in vista dell'effettivo coordinamento tra i diversi ordinamenti giuridici, di tale tipo di convenzioni fu avvertita sin dal secolo scorso.

Di tale istanza fu convinto portatore anche il nostro Mancini. Ed, infatti anche al prestigio della sua figura, autorevolissima in ambito internazionale per la modernità ed apertura delle sue elaborazioni, si deve l'istituzione in Roma, nel 1926, di un'organizzazione intergovernativa, l'**UNIDROIT** (Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato), cui attualmente aderiscono oltre 60 Stati, la cui finalità istituzionale è, per l'appunto, di studiare, elaborare e predisporre regole sempre attuali e ampiamente condivisibili di diritto internazionale privato.

Tali regole saranno poi sottoposte agli Stati membri per il loro recepimento in trattati internazionali. A tale strumento, di recente, si è affiancata la trasmissione agli Stati di leggi modello che i singoli Paesi potranno prendere in considerazione all'atto dell'approvazione delle rispettive legislazioni nazionali in ciascuna specifica materia.

Un organismo analogo all'Unidroit è istituito in seno all'ONU (CNUDCI) ed ha assunto ugualmente carattere istituzionale e permanente La Conferenza dell'Aia di diritto Internazionale privato che, come già ricordato, ha prodotto numerosi e significativi trattati in materia (per un elenco pressoché completo delle Convenzioni Aja v. anche sezione seconda par. 2).

L'importanza del diritto internazionale privato convenzionale nel processo di armonizzazione dei diversi sistemi giuridici nazionale è sostenuta anche dall'art. 2 della legge 281/95 che — laddove stabilisce che le disposizioni della legge non pregiudicano l'applicazione delle convenzioni internazionali in vigore per l'Italia — ha, di fatto, ribadito il primato della normativa convenzionale su quella interna.

B) Il diritto internazionale privato europeo

Nel tempo è divenuto sempre più frequente, nel campo del diritto internazionale privato e processuale, l'intervento del legislatore comunitario.

Se, inizialmente, esso appariva circoscritto alle materie che potevano apparire più strettamente funzionali all'effettiva garanzia della libera circolazione dei beni e dei servizi, con la progressiva trasformazione dell'Unione Europea da mera Comunità economica e commerciale a vera e propria unione politica tra Stati sovrani, la competenza dell'Unione si è estesa grandemente.

Al processo di unificazione del d.i.p. a livello dell'Unione Europea si è data ulteriore accelerazione con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che modifica il trattato istitutivo della CE in trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE). L'art. 81 del TFUE, infatti, affida all'Unione il compito, non solo di sviluppare una cooperazione giudiziaria in materia civile fondata sul reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziarie, ma anche di *adottare misure intese a ravvicinare le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri*. A tale scopo lo strumento, più diretto ed efficace, è il **Regolamento**.

Come è noto tale tipo di provvedimento normativo, a differenza della direttiva, ha portata generale ed è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile nel territorio degli Stati membri, senza che sia necessaria alcuna attività di ratifica o recepimento del legislatore nazionale di ciascun paese.

Dal punto di vista della gerarchia delle fonti, inoltre, ai Regolamenti si riconosce, nelle materie riservate alla competenza dell'Unione dai Trattati istitutivi, forza di legge con prevalenza sulle leggi statali incompatibili ancorché successive (*cd. disapplicazione della normativa nazionale contrastante*).

Così, in breve tempo, sono stati emanati in tema di diritto internazionale privato, i seguenti Regolamenti:

- CE 1346/2000 in tema di procedure di insolvenza;
- CE 44/2001 sulla giurisdizione e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (*cd. Bruxelles I*);
- CE 2201/2003 in materia di competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di potestà sui figli (*cd. Bruxelles II*, che ha abrogato il Reg. CE 1347/2000);
- CE 805/2004 che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati;
- CE 1896/2006 istitutivo di un procedimento europeo di ingiunzione di pagamento;
- CE 861/2007 che istituisce un procedimento europeo per le controversie di modesta entità;
- CE 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (*cd. Roma II*);
- CE 1393/2007 relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile o commerciale (che ha abrogato il Reg. CE 1348/2000);
- CE 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (*cd. Roma I*);

- CE 4/2009 sull'esecuzione delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari (il provvedimento è destinato ad entrare in vigore il 18-6-2011);
- UE 1259/2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale.

Si ha notizia di ulteriori regolamenti in fase di elaborazione tra i quali spicca quello di revisione del Reg. 44/2001, cd. Bruxelles I, che dovrebbe approdare, almeno in alcune materie, alla totale eliminazione, in nome del rafforzamento dello spazio giuridico europeo, di ogni forma di *exequatur*, nemmeno nella forma del contraddittorio differito ed eventuale attualmente prevista (v. *infra* Parte III, Cap. IV), per la declaratoria di esecutività della sentenza emanata in un altro Stato membro.

È chiaro, in definitiva, che quello che è stato definito il **cd. diritto internazionale privato comunitario** (creato dalle norme dell'Unione europea) costituisce una realtà formidabile dalla quale nessun studioso della materia potrà mai più prescindere.

Per questo motivo la dottrina, già prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, parla di una vera e propria **comunitarizzazione** del diritto internazionale privato e processuale.

La più attenta e recente dottrina (BARIATTI), peraltro, non ha mancato di sottolineare come le più generali questioni del diritto internazionale privato finiscano per dover trovare, nel sistema del diritto comunitario, soluzioni peculiari che tengano conto delle specificità delle sue fonti e dell'irrompere sulla scena dell'interpretazione di nuovi organi giurisdizionali. Così, ad esempio, in tema di qualificazioni (sul quale v. *infra* Cap. III, par. 2, lettera E) è stato posto il problema di quale debba essere, nell'applicazione dei regolamenti comunitari di diritto comunitario, il parametro di riferimento alla stregua del quale dare significato alle nozioni utilizzate nella descrizione delle fattispecie. Analogamente occorre prendere atto della progressiva formazione di una giurisprudenza internazionale-privatistica non più affidata, come in passato, alle decisioni delle Supreme Corti nazionali ma alle decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che esercita, anche su tali fonti, le sue funzioni di garanzia di un'applicazione effettiva ed omogenea della normativa dell'Unione e di soluzione alle interpretazioni divergenti.

Anche il tema delle cd. norme di applicazione necessaria è espressamente regolato da alcune fonti del diritto internazionale privato europeo come i Regolamenti Roma I e II sulle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali (v. *infra* Cap. V, par. 3).

Questionario

1. Che cosa si intende con l'espressione **diritto internazionale privato**?

L'espressione diritto internazionale privato (d.i.p.) indica il complesso delle norme giuridiche con le quali un determinato Stato regola quei rapporti privatistici che presentano elementi di estraneità rispetto ad esso.

2. Come è **strutturata** la legge 28/1995?

La legge 218/95 con i suoi 74 articoli si pone come un vero e proprio codice del diritto internazionale privato italiano e si struttura in quattro gruppi fondamentali di norme.

Il primo (artt. 1- 2) stabilisce e delimita la sfera d'operatività della legge che, fermo restando il rispetto delle eventuali diverse regole sancite da convenzioni internazionali alle quali l'Italia aderisce, disciplina in modo organico e completo sia il diritto internazionale privato propriamente detto che quello processuale.

Un secondo gruppo di disposizioni (artt. 3-12) costituisce il nuovo sistema italiano di diritto processuale civile internazionale. A questo gruppo devono ritenersi funzionalmente collegate anche le norme transitorie (art. 72) sulla disciplina dei procedimenti già pendenti.

Un terzo fascio di norme (artt. 13-63) raccoglie le norme di conflitto vere e proprie quelle, cioè, che, per le diverse tipologie di rapporti, stabiliscono a quale ordinamento fare riferimento.

Un ultimo insieme di norme è quello che regola le condizioni e procedure alle quali è subordinato il riconoscimento e l'efficacia anche nel nostro paese di atti e sentenze straniere (artt. 64 e ss.).

3. Che relazione c'è tra il diritto internazionale privato e quello **pubblico**?

Il rapporto è di sostanziale e insopprimibile differenza sia in ragione della diversa funzione svolta dalle norme che le costituiscono, sia in considerazione dei diversi soggetti cui sono destinate (soggetti privati, nel d.i.p., gli Stati nel diritto internazionale pubblico).

4. In cosa consiste il **diritto internazionale privato convenzionale**?

Il diritto internazionale privato convenzionale indica le norme di d.i.p. che, nel quadro di una sempre crescente unificazione delle regole tra i diversi Stati, sono adottate da più Stati in veri e propri Trattati internazionali.

Esse prevalgono, nei rapporti che coinvolgono gli Stati che hanno aderito alla convenzione, su quelle (eventualmente difformi) previste dalla normativa interna.

5. Perché si è parlato di **comunitarizzazione** del diritto internazionale privato?

Perché da tempo l'Unione Europea sta intervenendo a dettare, con lo strumento normativo del Regolamento — che ha portata generale, è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile nel territorio degli Stati membri — norme di diritto internazionale privato così uniformandone, in tutti i paesi membri, il contenuto.

In breve tempo sono stati emanati numerosi e fondamentali Regolamenti in questa materia tra i quali possiamo ricordare:

- CE 44/2001 sulla giurisdizione e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (cd. Bruxelles I);
- CE 2201/2003 in materia di competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di potestà sui figli;
- CE 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (cd. Roma II);
- CE 1393/2007 relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile o commerciale;
- CE 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (cd. Roma I);
- CE 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari.

6. Esistono norme di diritto internazionale privato italiano **diverse** da quelle della legge 218/1995?

Sì. Alcune disposizioni che svolgono funzione di norma di diritto internazionale privato sono contenute in corpi normativi diversi dalla legge 218/1995.

È il caso, ad esempio, della legge speciale sulle adozioni internazionali (legge 184/1983) ovvero dell'art. 5 del Codice della Navigazione.

Capitolo **2** | Nozione, oggetto e funzione del diritto internazionale privato

Sommario

1. I termini del problema. - 2. Il richiamo o rinvio. - 3. Carattere interno delle norme di d.i.p. - 4. Le fonti interne. - 5. Le fonti esterne: il d.i.p. convenzionale. - 6. Il diritto dell'Unione Europea. - 7. La prassi. - 8. La funzione delle norme di diritto internazionale privato. - 9. Valutazione critica e conclusioni.

1. I termini del problema

L'esperienza conferma che nell'ambito di tutti gli ordinamenti statali esistono *fatti e rapporti giuridici che non sono collegati esclusivamente con lo Stato, ma presentano elementi di estraneità rispetto ad esso* (ovvero con una definizione più moderna, di transnazionalità).

In concreto

È il caso, ad esempio, di un matrimonio celebrato in Portogallo tra cittadini italiani ovvero di una successione nel patrimonio di un cittadino tedesco in cui sono ricompresi beni immobili che si trovano in Italia.

In tutte le ipotesi di questo tipo vi sono, rispetto all'ordinamento giuridico italiano:

- *elementi di collegamento* (nel caso dell'esempio la cittadinanza dei nubendi o la sede degli immobili ricompresi nell'asse ereditario);
- *elementi di estraneità* (luogo di celebrazione del matrimonio o nazionalità del *de cuius*).

Altrettanto può dirsi, dal loro punto di vista, per l'ordinamento portoghese e tedesco.

Orbene in presenza di fattispecie di questo tipo l'ordinamento di uno Stato può atteggiarsi *in maniera diversa* a seconda della maggiore o minore rilevanza accordata all'elemento di estraneità:

- 1) in una *prima ipotesi*, l'ordinamento può considerare l'elemento di estraneità *così rilevante da disinteressarsi* completamente della regolamentazione giuridica del fatto.

Così, ad esempio, il nostro ordinamento non prenderà in alcuna considerazione la disciplina dei rapporti coniugali (salvo ipotesi di reato) di due turisti svedesi temporaneamente in Italia.

In questo caso l'*elemento di estraneità* rappresentato dallo svolgersi dell'attività in territorio estero è stato ritenuto *assorbente ed esclusivo* di ogni regolamentazione giuridica del nostro ordinamento.

- 2) Una *seconda* eventualità può realizzarsi, invece, quando l'*elemento di estraneità viene considerato di nessuna rilevanza* di guisa che il rapporto viene disciplinato interamente dall'*ordinamento* come se l'elemento predetto non esistesse affatto.

Tale situazione si realizza, ad esempio, nell'ipotesi di una successione ereditaria di un italiano in cui tutti gli eventuali elementi di estraneità che si possono presentare finiscono per non avere alcun rilievo atteso che la successione sarà comunque regolata dalla legge italiana così come lo sarebbe se tali elementi non sussistessero.

- 3) Può accadere, infine, che l'*elemento di estraneità agisca nel senso di determinare l'ordinamento ad assegnare al fatto una disciplina giuridica particolare*, diversa da quella comune, che il rapporto riceverebbe qualora il suddetto elemento non esistesse.

Pur essendo la scelta tra tali soluzioni apparentemente rimessa alla discrezionalità del legislatore nazionale, occorre considerare che è ormai acquisito, come vero e proprio principio ispiratore di tutte le legislazioni nazionali di diritto internazionale privato, quello del perseguimento degli obiettivi della **uniformità internazionale e prevedibilità delle soluzioni**.

Si tratta, in sostanza, di fare in modo che una determinata fattispecie sia ritenuta disciplinata, da giudici di Stati diversi eventualmente investiti della decisione, dallo stesso diritto e, quindi, di assicurare, ai soggetti privati interessati, fin dal primo momento, la conoscibilità delle regole giuridiche alle quali, nello svolgimento di un particolare rapporto con elementi transnazionali, debbono attenersi.

2. Il richiamo o rinvio

Allorquando si realizza quest'ultima ipotesi, quando cioè sorge l'esigenza di predisporre per la fattispecie in cui tale elemento si inserisce una disciplina giuridica specifica, il legislatore può scegliere ancora tra due strumenti giuridici diversi:

- 1) in primo luogo potrebbe *predisporre direttamente la disciplina materiale del fatto*, applicando, rispetto alla disciplina comune, gli adeguamenti resi necessari dagli elementi di internazionalità del rapporto.

È il caso delle norme degli artt. 8, 9 e 10 del codice penale che regolano direttamente la materia dei delitti commessi all'estero da cittadini italiani ovvero in danno di cittadini o dello Stato italiano.

- 2) In secondo luogo, ed è questo il meccanismo tecnico generalmente *praticato*, l'*ordinamento può*, anziché dettare l'esatta regolamentazione della fattispecie con elementi significativi di estraneità, *disporre l'applicazione delle norme* che, per quel determinato tipo di rapporto, *hanno vigore nell'ordinamento dello Stato este-*

ro con il quale la fattispecie si presenta collegata. È questo il caso della maggior parte delle norme di d.i.p. del nostro sistema.

Il problema della disciplina giuridica di questi rapporti con elementi di estraneità viene, in tale ultima ipotesi, risolto con un **richiamo** o **rinvio** a norme di altri ordinamenti statali.

Le norme che, in un certo ordinamento, al fine di regolare i fatti con elementi di estraneità, *provvedono al suddetto richiamo di norme di ordinamenti stranieri, costituiscono* quelle che si dicono *in senso stretto norme di d.i.p.* Nel nuovo sistema italiano di diritto internazionale privato si individuano nelle norme degli artt. 20-63 della legge 31 maggio 1995, n. 218.

Dottrina

Va evidenziato che secondo alcuni anche le norme con cui il legislatore provvede direttamente alla disciplina speciale delle fattispecie con elementi di estraneità (ad es. i già citati artt. 8, 9 e 10 c.p.) andrebbero ricomprese nell'ambito del d.i.p. in quanto pur sempre rivolte alla regolamentazione di situazioni con elementi di estraneità. In realtà sembra preferibile ritenere che queste norme, anche

se hanno ad oggetto lo stesso tipo di rapporti, non possono essere assimilate, per il diverso metodo utilizzato, alle vere e proprie norme di d.i.p. che, oltre che per gli elementi di estraneità delle fattispecie disciplinate, si caratterizzano anche per la particolare tecnica utilizzata per giungere a tale disciplina consistente nel *richiamo* alle norme di un determinato ordinamento.

3. Carattere interno delle norme di d.i.p.

Oggetto delle norme di d.i.p. è, dunque, la *regolamentazione dei fatti che presentano*, rispetto allo Stato, *elementi di estraneità*.

In considerazione di questo oggetto specifico, può apparire giustificato il qualificativo «internazionale» che compare nella locuzione «diritto internazionale privato».

Invero, i fatti regolati dalle norme in questione hanno *carattere di internazionalità* nel senso che appaiono collegati, oltre che con lo Stato in cui si pone il problema di regolarli con uno o più Stati stranieri.

Il «qualificativo» *non si giustifica*, invece, se con esso si intende riferirsi alla natura delle norme di d.i.p., attribuendosi tali norme al diritto internazionale in senso stretto (v. sopra Cap. I, par. 1) ovvero alle norme che regolano i rapporti tra gli Stati (MORELLI).

Le norme di d.i.p. restano, infatti, sotto ogni punto di vista, *norme di diritto interno*. Ciò non toglie, peraltro, che (v. Cap. I, par. 6) possa esistere un **diritto internazionale privato convenzionale**, *adottato*, cioè, *sulla base di accordi internazionali*, e quindi norme del diritto internazionale vero e proprio, in materia di d.i.p.

Anche in tal caso, comunque, il trattato impegna lo Stato ad emanare tali norme piuttosto che porsi esso stesso, direttamente, come fonte di d.i.p.

4. Le fonti interne

Se le norme del d.i.p. sono norme interne ben si comprende come le fonti del d.i.p. si individuino, in primo luogo, nelle *normali fonti di produzione del diritto proprie dell'ordinamento di cui si tratta*.

Nel nostro ordinamento la fonte principale del d.i.p., come degli altri rami del diritto, è rappresentata dalla **legge**.

Sono fonti interne, in particolare, la già ricordata legge 31 maggio 1995, n. 218 (v. Appendice legislativa) che rappresenta l'impianto fondamentale del sistema italiano di d.i.p. e le altre disposizioni legislative quali, ad esempio, gli artt. **5-14 del codice della navigazione**, gli artt. **115 e 116 cod. civ.** (v. Appendice legislativa).

Per quanto concerne il ruolo del diritto non scritto, ovvero della **consuetudine**, va evidenziato come, nel nostro ordinamento, *essa abbia*, nel d.i.p. come negli altri settori del diritto, una *rilevanza piuttosto modesta* a causa della presenza di un sistema di norme scritte notevolmente sviluppato.

In altri paesi, come quelli del cd. *Common law*, il sistema di d.i.p. è, invece, quasi interamente fondato su principi di carattere consuetudinario.



Esistono i principi generali del d.i.p.?

Dalle norme consuetudinarie vanno tenuti rigorosamente distinti i principii elaborati dalla *dottrina* e dalla *giurisprudenza* che, in materia di d.i.p., appaiono particolarmente significativi anche in considerazione della estrema sinteticità delle norme scritte almeno anteriormente alla riforma del sistema e della complessità dei rapporti offerti alla cognizione del giudice.

In questa prospettiva non si può trascurare la tendenza diffusa nella più autorevole dottrina, ad individuare dei veri e propri *principi generali del d.i.p.*, che funzionerebbero come punti di riferimento costanti dell'interprete per la risoluzione di ogni problema applicativo delle norme del d.i.p. scritto.

In particolare, WENGLER afferma che, come per ogni sistema di norme, anche nel d.i.p. esistono dei principi generali che possono rivelarsi di ausilio al giudice per il raggiungimento delle relative decisioni. Si tratta di principi deducibili per via di astrazione e generalizzazione dall'insieme dei sistemi di d.i.p. positivamente vigenti.

QUADRI, riprendendo tale concetto, preferisce far riferimento al concetto di «*criteri*» del d.i.p., che tenderebbero a consentire al d.i.p. stesso di assolvere la sua funzione.

Riguardo poi al *valore* dei principi generali nel sistema delle fonti del d.i.p., non si tratta né di norme né di principi assimilabili a quelli di cui all'art. 12 delle disp. prel., in materia di interpretazione delle leggi. Essi costituiscono piuttosto la «*concretizzazione in formule sintetiche di aspetti caratteristici di singoli sistemi di d.i.p.*» (VITTA). Non si tratta però di aspetti meramente particolari, ma di *valore generale*, che cioè informano di sé detti sistemi complessivamente considerati.

Essi, per il valore paradigmatico che li contraddistingue, possono costituire un valido strumento interpretativo a disposizione del giudice nell'individuazione del significato delle singole norme di conflitto da applicare.

5. Le fonti esterne: il d.i.p. convenzionale

Proprio perché si tratta di norme interne adottate autonomamente da ciascuno Stato vi è, in materia di d.i.p., il rischio che i diversi Stati accolgano regole di conflitto differenti se non addirittura incompatibili. Ciò determina, tuttavia, un significativo pregiu-

dizio ai principi dell'armonia o uniformità internazionale e della prevedibilità delle soluzioni di cui sopra.

Per ridurre tale rischio, specialmente in alcune materie in cui un contrasto risulterebbe particolarmente pregiudizievole (tutela dei minori, titoli di credito etc.), è stata elaborata una *seconda categoria di norme di d.i.p.* ovvero *norme di conflitto che vengono adottate in esecuzione di accordi internazionali* cui partecipano una pluralità di Stati che finiscono, in questo modo, per avere, in una determinata materia, norme di d.i.p. uguali. Si parla, con riferimento a questo tipo di disposizioni, di **d.i.p. convenzionale o speciale**.

Va ricordato che, in virtù del tradizionale criterio del *lex specialis derogat generali*, *le norme di d.i.p. che provengono dall'esecuzione di trattati e convenzioni internazionali vengono applicate a preferenza di quelle di carattere generale*.

Tale primato, già agevolmente desumibile per via sistematica, è stato, comunque, espressamente ribadito, in termini di diritto positivo, dall'art. 2 della legge di riforma. Tale norma precisa, infatti, che le disposizioni di legge non pregiudicano l'applicazione delle convenzioni internazionali cui l'Italia ha aderito.

Le convenzioni di d.i.p. di cui è parte il nostro paese, sono numerose e quasi tutte multilaterali, e tra le più significative si ricordano:

- 1) le *tre Convenzioni dell'Aja 12 giugno 1902* concernenti, rispettivamente, i *conflitti di legge in materia di matrimonio*, in materia di *divorzio e di separazione personale* ed in materia di *tutela dei minori* (rese esecutive con unica legge 7 settembre 1905, n. 523);
- 2) le *due Convenzioni dell'Aja 17 luglio 1905* concernenti, rispettivamente, i *conflitti di leggi in materia di effetti del matrimonio sui diritti e doveri dei coniugi nei loro rapporti personali e patrimoniali* e *l'interdizione e le altre misure di protezione* (L. 27 giugno 1909, n. 640);
- 3) la *Convenzione di Ginevra 7 giugno 1930* sui *conflitti di legge in materia di cambiale e di vaglia cambiario* (D.L. 25 agosto 1932, n. 1130, convertito in L. 22 dicembre 1932, n. 1946);
- 4) la *Convenzione di Ginevra 19 marzo 1931* sui *conflitti di legge in materia di assegno bancario* (D.L. 24 agosto 1933, n. 1077, convertito nella L. 4 gennaio 1934, n. 1007);
- 5) la *Convenzione dell'Aja 15 giugno 1955* sulla legge applicabile alle *vendite a carattere internazionale di beni mobili* (L. 4 febbraio 1958, n. 50);
- 6) la *Convenzione dell'Aja 24 ottobre 1956* sulla legge applicabile alle *obbligazioni alimentari nei confronti dei minori* (L. 4 agosto 1960, n. 918);
- 7) la *Convenzione dell'Aja 15 aprile 1958* sul *riconoscimento ed esecuzione delle sentenze in materia di obbligazioni alimentari verso i minori* (anch'essa resa esecutiva con L. 4 agosto 1960, n. 918);
- 8) la *Convenzione di Roma del 19 giugno 1980* sulle *obbligazioni contrattuali*, resa esecutiva in Italia con la L. 18-2-84 n. 875;
- 9) la *Convenzione dell'Aja 1° luglio 1985* relativa alla legge sui *trust* e il loro riconoscimento, ratificata con L. 16 ottobre 1989, n. 364;
- 10) la *Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993* sulla *tutela dei minori* e l'*adozione internazionale* resa esecutiva con la L. 476/1998;
- 11) la *Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996* sulla *competenza, la legge applicabile ed il riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti a favore dei minori*;
- 12) la *Convenzione dell'Aja del 13 gennaio 2000* sugli *istituti di protezione degli adulti*.

Si noti, altresì, che l'Italia ha partecipato ad alcune convenzioni relative agli atti dello stato civile sotto qualche aspetto connesse al d.i.p.

6. Il diritto dell'Unione Europea

Il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1 dicembre 2009, ha eliminato la distinzione tra Comunità europea e Unione europea facendo riferimento ad un unico soggetto: l'**Unione europea**. Ciò al fine di rafforzare la partecipazione democratica in Europa e la capacità dell'UE di promuovere gli interessi dei propri cittadini. Per rendere possibili questi obiettivi il Trattato di Lisbona ha provveduto alla riorganizzazione delle sue istituzioni attraverso la modifica dei due Trattati fondamentali dell'UE: il Trattato sull'Unione europea (TUE) e il Trattato che istituisce la Comunità Europea ora denominato Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

Per quanto riguarda in particolare il d.i.p. l'art. 81 del TFUE attribuisce all'Unione il compito di adottare misure intese a ravvicinare le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri.

Gli organi dell'Unione europea hanno facoltà di adottare atti normativi, alcuni dei quali, come i **regolamenti, le decisioni e le direttive** hanno efficacia giuridica vincolante per gli Stati membri.

Nell'ambito degli stessi una forza cogente più diretta ed immediata deve essere riconosciuta ai regolamenti che hanno portata generale, sono obbligatori in tutti i loro elementi e sono direttamente applicabili nel territorio di tutti gli Stati dell'Unione Europea. I diritti da essi sanciti sono, in altri termini, azionabili da ogni persona e tutelabili in sede giurisdizionale al pari di quelli sanciti dalle leggi statali.

Orbene, negli ultimi anni, come già ricordato (*v. supra*), i competenti organi comunitari (il Consiglio o la Commissione) hanno adottato numerosi regolamenti in materia di diritto internazionale privato e processuale come il fondamentale Reg. CE 44/2001 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. Un ruolo altrettanto fondamentale deve essere riconosciuto ai regolamenti sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (cd. Roma II) e contrattuali (cd. Roma I) adottati dal Parlamento Europeo e dal Consiglio dell'Unione europea, rispettivamente, l'undici luglio del 2007 (Reg. CE 864/2007) ed il 17 giugno del 2008 (Reg. CE 593/2008).

Tali disposizioni, **sia pure con esclusivo riferimento ai rapporti riconducibili agli ordinamenti di Stati aderenti alla UE**, proprio per il loro valore cogente diretto, che le colloca a pieno titolo tra le fonti del diritto di ciascun paese, entrano a far parte del nostro sistema di diritto internazionale privato prevalendo, in virtù del principio di specialità, su quelle, eventualmente incompatibili, della L. 218/1995.

In altre occasioni è stato utilizzato lo strumento della Direttiva. È il caso, ad esempio, della direttiva 2001/24/CE, attuata in Italia con la legge 3-2-2003, n. 14, sulla crisi degli enti creditizi che contiene, insieme ad altre, norme di diritto internazionale processuale intese ad assicurare immediata efficacia in tutti gli Stati membri delle decisioni adottate, per il risanamento e la liquidazione dell'azienda di credito in crisi, dall'autorità giudiziaria dello Stato membro di origine ovvero quello in cui è stata rilasciata la prima autorizzazione all'esercizio del credito.

Un'ulteriore iniziativa normativa attuata con lo strumento della direttiva è quella rappresentata dalla direttiva 2008/122/CE del 14 gennaio 2009 che ha integrato la direttiva 1994/47/CE sulla cd. multiproprietà per regolare nuove figure di godimento di beni e servizi con finalità turistiche quali i contratti di rivendita e di scambio vacanze. La direttiva (che gli Stati membri dovranno adottare entro il 23 febbraio 2011), peraltro, non è stata ancora recepita nel nostro ordinamento.

A ciò si aggiunga che, per effetto del recepimento delle norme comunitarie anche nei sistemi nazionali di diritto internazionale privato ovvero della riproduzione del loro contenuto in accordi internazionali di diritto uniforme estesi anche a paesi extracomunitari, è lecito affermare che il diritto internazionale privato classico è in via di superamento anche per la regolamentazione di fattispecie che presentano collegamenti a Stati terzi.

7. La prassi

È sempre più frequente, in dottrina, l'inserimento nel panorama delle fonti del diritto internazionale privato di regole di tipo consuetudinario.

Ci si riferisce, in particolare, alla cd. **lex mercatoria** (v. infra Cap. V, par. 6).

Tale espressione definisce un sistema di norme e regole nate spontaneamente per regolare, in alcuni settori commerciali (ad es. credito, trasporti, assicurazioni), i rapporti economici con elementi di internazionalità.

Si tratterebbe, secondo l'efficace e sintetica definizione del BATTIFOL e LAGARDE di *una sorta di diritto spontaneo della società internazionale dei mercanti*.

La natura di fonte di produzione normativa di tali comportamenti è, tuttavia, discussa. Oltre alla forza derivante, come per tutte le prassi giuridiche, dalla uniforme e costante applicazione, tali regole hanno trovato nuovo impulso dalla diffusione, in molti casi, di sistemazioni scritte organiche e dettagliate elaborate a cura di autorevoli e competenti organismi internazionali di categoria cui aderiscono i più importanti operatori di un determinato settore.

È il caso, ed es, delle norme sul contratto di trasporto elaborate dai vettori aerei aderenti all'IATA.

Va, peraltro, sottolineato come di regola, al fine di garantire la loro effettiva coerenza e la loro pacifica applicazione, anche in caso di contenzioso, i soggetti interessati abbiano cura di richiamare, con apposite clausole negoziali, tali regole.

Ed, infatti, non è mancato chi (PAGANO) ha evidenziato che il nostro sistema di diritto internazionale privato non conferisce alcuna rilevanza a queste regole se non nella misura in cui consente alle parti del contratto, nell'esplicazione della loro autonomia negoziale, di farvi riferimento.

Tali considerazioni, per quanto sostanzialmente condivisibili, andrebbero, tuttavia, rivalutate alla luce del contenuto di alcune disposizioni comunitarie (come tali valide ed efficaci, secondo la loro natura, anche nel nostro paese) che, nell'affrontare il delicato problema della regolamentazione giuridica dell'E commerce (v. infra Parte II), hanno esplicitamente richiamato codici di condotta elaborati dalle associazioni di categoria unitamente alle associazioni dei consumatori (Direttiva 2000/31/CE, attuata in Italia con D.Lgs. 70/2003) così consacrando, almeno in ambito comunitario, il valore normativo della prassi commerciale internazionale.

8. La funzione delle norme di diritto internazionale privato

Se l'oggetto della disciplina apprestata dalle norme di d.i.p. può essere pacificamente individuato nei rapporti caratterizzati dalla presenza di elementi di estraneità rispetto all'ordinamento, non è altrettanto sicura la determinazione della **funzione delle norme di d.i.p.**

A) Concezione bilaterale

Secondo un primo orientamento, poiché le norme del d.i.p. hanno lo scopo di determinare la legge applicabile ad una determinata fattispecie concreta e poiché tale legge può tanto essere quella nazionale quanto quella di uno Stato estero, la *funzione delle norme di d.i.p. è duplice consistendo:*

- 1) nel delimitare l'ambito di applicazione del diritto interno;
- 2) nel richiamare, se del caso, norme del diritto straniero.

In altri termini, l'efficacia delle norme di diritto internazionale privato può spiegarsi *tanto in direzione interna*, determinando l'applicazione della **lex fori**, cioè della legge nazionale, *quanto in direzione esterna*, giustificando l'applicazione di norme di altri Stati.

Questa concezione cd. **bilaterale** delle norme di d.i.p. è condivisa da vasti settori della dottrina più recente (VITTA, CONFORTI) ed appare inoltre più coerente al tenore delle codificazioni moderne di d.i.p. (compresa quella italiana) che appaiono largamente ispirate al principio dell'eguaglianza tra diritto statale e diritto straniero (BALLARINO).

Così, ad es., l'art. 46 della legge 218/1995, che risolve il problema della disciplina delle successioni *mortis causa*, può avere tanto la funzione di escludere l'applicazione del diritto italiano per giustificare quella di leggi straniere quanto quella di statuire l'osservanza dello stesso diritto italiano.

B) Concezione unilaterale

Secondo un'altra **concezione cd. unilaterale**, la *funzione della norma di d.i.p. è unica*, nel senso che l'efficacia di tali norme si esplica esclusivamente in una direzione.

A questo proposito occorre distinguere *due ulteriori posizioni* dottrinali:

- in una prima prospettiva (MORELLI) si sostiene che, poiché l'applicazione del diritto interno non ha bisogno di una particolare giustificazione avendo luogo di per sé stessa in virtù di un principio di naturale effettività dell'ordinamento, l'unica *funzione della norma di d.i.p. consiste nel richiamo o rinvio agli ordinamenti stranieri* per la disciplina delle fattispecie con elementi di estraneità (**concezione unilaterale estroversa**);
- una differente articolazione della concezione unilaterale è offerta dal QUADRI secondo il quale le norme di d.i.p. avrebbero la *funzione non già di rinviare al diritto straniero ma, al contrario, di delimitare l'ambito di applicazione dell'ordinamento interno* (**concezione unilaterale introversa**).

In questa prospettiva, ad es., l'art. 20 della legge 218/1995 avrebbe soltanto lo scopo di individuare quali soggetti siano sottoposti, in materia di stato e capacità personale, alla legge italiana, nulla stabilendo, invece, per coloro che (i non cittadini) vi si sottraggono.

Dottrina

Secondo QUADRI l'applicazione del diritto straniero a determinati rapporti non sarebbe il risultato del funzionamento delle norme di d.i.p. (che operano soltanto in direzione interna) ma di un *principio generale di coordinamento con gli ordinamenti stranieri* ovvero di un principio fondamentale, fondato sulla buona fede, la cui *ratio* consiste nella necessità di garantire la continuità ed uniformità della vita giuridica.

Sviluppando tale impostazione fino alle sue estreme conseguenze QUADRI giunge ad affermare che nella scelta dell'ordinamento straniero l'interprete non deve sentirsi vincolato dal criterio di collegamento contenuto nella norma di d.i.p. (ad

es. cittadinanza nell'art. 20). Tale criterio opera solo allorché si tratta di decidere l'applicabilità o meno del diritto interno, ma non in sede di scelta del diritto straniero nella quale occorre fare riferimento essenzialmente alla volontà dello stesso ordinamento straniero di essere applicato a quel determinato fatto (cd. *autocollegamento*). Tale volontà è desumibile dal tenore delle sue norme di d.i.p.: così, ad esempio, in materia di capacità di un cittadino inglese non domiciliato in Inghilterra, il giudice italiano non potrebbe applicare il diritto inglese giacché le norme di d.i.p. del Regno Unito escludono l'applicazione del diritto inglese a chi non sia ivi domiciliato.

9. Valutazione critica e conclusioni

Non è agevole stabilire *quale ricostruzione sia*, dal punto di vista dogmatico-astratto, *preferibile*, certo è, però, che in termini di diritto positivo *le tesi unilaterali sono contraddette dalla formulazione tipicamente bilaterale delle nostre norme di d.i.p.*

Né si può trascurare come anche in altri Stati (ad es. la Francia), in cui talune norme di d.i.p. erano state legislativamente congegnate in modo unilaterale, la giurisprudenza abbia finito, in sede applicativa, per bilateralizzarle tutte.

Da ultimo va sottolineato come il nostro legislatore *pur eliminando il divieto assoluto di tener conto delle norme di diritto internazionale privato dell'ordinamento straniero*, già contenuto nell'art. 30 delle preleggi (cd. *divieto del rinvio oltre o indietro*, v. *infra*), non sempre tiene conto del criterio di collegamento prescelto dal diritto straniero richiamato. Così, ad esempio, in materia di forma degli atti, la scelta effettuata dalla regola di diritto internazionale privato italiana deve essere comunque osservata, anche se si traduce nel richiamo ad un diritto straniero che ritiene la fattispecie, alla stregua delle proprie disposizioni di diritto internazionale privato, non di suo interesse.

Ne consegue che deve continuare ad affermarsi la non perfetta aderenza alla realtà del diritto vigente del cd. principio di autocollegamento.

In definitiva, per tutte le ragioni su esposte nonché per la maggior aderenza anche al più comune atteggiamento giurisprudenziale, appare preferibile la concezione bilaterale che porta a identificare la funzione delle norme di d.i.p. nella *scelta della disciplina applicabile alla fattispecie* con elementi di estraneità *attuata attraverso l'applicazione dello stesso diritto interno*, o, in alternativa, *grazie al rinvio ad ordinamenti stranieri*.

Non pare dubbio, del resto, che la legge di riforma del 1995, nello stabilire l'applicabilità alle norme straniere del principio «*iura novit curia*», v. *infra* Cap. IV, par. 2, e nel precisare, all'art. 15, che esse vanno riconosciute e interpretate alla luce del sistema giuridico in cui sono inserite, ha dato autorevole fondamento di diritto positivo alla struttura bilaterale delle norme italiane di d.i.p.

Questionario

1. In che cosa consiste il meccanismo del **richiamo o rinvio**?

Esso indica il modo più tipico di funzionamento della norma di diritto internazionale privato che, di fronte ad una fattispecie con elementi di estraneità, richiama, per la sua regolamentazione giuridica le norme di un ordinamento straniero.

2. Qual è l'**oggetto delle norme di diritto internazionale privato**?

Oggetto delle norme di diritto internazionale privato è la regolamentazione dei fatti che presentano, rispetto allo Stato, elementi di estraneità.

3. Quali sono le **fonti del diritto internazionale privato**?

Si possono distinguere, nell'ambito delle fonti del diritto internazionale privato, fonti interne, internazionali e comunitarie.

Nel nostro ordinamento la fonte interna principale è rappresentata, come per tutti gli altri rami del diritto, dalla legge. La legge di sistema del diritto internazionale privato italiano è la legge 31 maggio 1995, n. 218. Le fonti di diritto dell'Unione Europea sono costituite dai numerosi Trattati internazionali, cui l'Italia ha aderito, che dettano regole uniformi di diritto internazionale privato. Le fonti comunitarie sono rappresentate dai Regolamenti con i quali l'Unione Europea sta dettando, con l'efficacia diretta ed erga omnes caratteristica dello strumento normativo utilizzato, norme uniformi di diritto internazionale privato e processuale.

Un certo ruolo viene, infine, riconosciuto anche alle fonti di tipo consuetudinario (v. domanda 5).

4. Esiste una **gerarchia delle fonti del diritto internazionale privato**?

Sì. La stessa legge 218 del 1995, infatti, prevede, all'art.2, la prevalenza, su quelle interne, delle norme contenute nelle Convenzioni internazionali in vigore per l'Italia. La prevalenza delle norme dell'Unione Europea è, invece, diretta conseguenza dello strumento normativo utilizzato che è quello del Regolamento.

5. Che cosa si intende per **lex mercatoria**?

Con l'espressione *lex mercatoria* si definisce un sistema di norme e regole nate spontaneamente per regolare, in alcuni settori commerciali (ad es. credito, trasporti, assicurazioni) i rapporti economici con elementi di internazionalità.

6. Quale **funzione** può essere assegnata alle norme di diritto internazionale privato?

Secondo l'orientamento più convincente (Teoria bilaterale) la funzione della norma di d.i.p. è duplice consistendo:

- nel delimitare l'ambito d'applicazione del diritto interno;
- nel richiamare, se del caso, norme del diritto straniero.