



Appunti diritto internazionale privato e processuale

Diritto processuale civile (Università degli Studi di Firenze)



Appunti integrati di Diritto internazionale privato e processuale, prof. Lopes Pegna

Diritto Internazionale Privato E Processuale
Università degli Studi di Firenze
231 pag.

Diritto internazionale privato e processuale

Lezioni Prof.ssa Olivia Lopes Pegna

Università degli Studi di Firenze

a.a 2018-2019

INDICE DEGLI ARGOMENTI***Diritto internazionale privato - Le questioni generali***

Le fonti del diritto internazionale privato. La "comunitarizzazione" del diritto internazionale privato.

Il rapporto tra le fonti. Oggetto e funzione del diritto internazionale privato. Le norme di conflitto.

I criteri di collegamento. Concorso di criteri di collegamento. La qualificazione. La qualificazione dei criteri di collegamento. Il criterio della cittadinanza (e la sua qualificazione). Apolidi, rifugiati. Doppia cittadinanza e limiti all'applicabilità dell'art. 19, 2° comma, legge 218/1995 (Corte di Giustizia sentenza del 2 ottobre 2003 *Garcia Avello c. Belgio*). Le questioni preliminari (Tribunale di Milano 1997). Il rinvio (Tribunale Pordenone 2002). Gli ordinamenti plurilegislativi (Tribunale di Belluno 6 marzo 2009). Conoscenza, applicazione e interpretazione del diritto straniero. L'ordine pubblico (Cass. 15343/2016 matrimonio in forma telematica; Cass. 19599/2016 due madri). La questione della circolazione degli status acquisiti all'estero. Le norme di applicazione necessaria.

La legge applicabile alle obbligazioni contrattuali: il regolamento Roma I

Dalla Convenzione di Roma del 1980 al regolamento Roma I. Regolamento Roma I: ambito di applicazione e carattere "universale". La scelta di legge (art. 3). La residenza abituale (art. 19). La legge applicabile in mancanza di scelta (art. 4). Le norme di funzionamento, in particolare: norme di applicazione necessaria e ordine pubblico.

Giurisdizione

Regolamento n. 1215/2012 ("Bruxelles I-bis") ambito di applicazione. Il criterio generale (art. 4). Il foro dei contratti (art. 7 n.1) (CGUE, sentenza 25 febbraio 2010 *Car Trim*; Cassazione n. 6640/2012). Il foro degli illeciti (art. 7 n. 2). Il foro designato dalle parti: la proroga espressa e tacita (art. 25 e 26). Limiti alla deroga (cenni) - i fori speciali per i contratti di lavoro e con consumatori (Cassazione 7444/2008 clausola di proroga in formulario). I fori esclusivi e inderogabili (art. 24). Esame della competenza (art. 27 e 28). Proroga e deroga nella legge 218/1995 (art. 4) (Corte Cost. ordinanza n. 428/2000). La litispendenza nel Regolamento Bruxelles I-bis (art. 29 ss.) (Corte di giustizia sentenza *Gubish c. Palumbo*). Litispendenza nella legge 218/1995 (art. 7).

Legge 218/1995: i criteri posti dall'art. 3. Il problema dell'interpretazione dell'art. 3, comma 2. Il rinvio "in ogni caso" a Convenzioni internazionali (l'art. 57 legge 218/1995). Art. 3, 2° comma, ultima parte. Rilevabilità del difetto di giurisdizione (art. 11 legge 218/1995).

Efficacia delle decisioni straniere

Riconoscimento ed esecuzione delle decisioni nel Reg. Bruxelles I-bis. I motivi di rifiuto (art. 45). L'ordine pubblico processuale: il caso *Gambazzi* (Corte d'Appello 24 novembre 2010 *Gambazzi c. Daimles Chrysler Canada*). Riconoscimento delle decisioni ai sensi della Legge 218/1995 (art. 64). Riconoscimento di provvedimenti ai sensi dell'art. 65 legge 218/1995. Il rapporto fra art. 64 e art. 65. Il procedimento ex art. 67. Trascrizione e iscrizione nei pubblici registri (rifiuto di trascrizione di sentenza a favore di padre non biologico in caso di maternità surrogata: SS: UU. Cass. 12193/2019).

Il diritto Internazionale Privato è materia che riguarda i rapporti internazionali. La prima differenza fondamentale rispetto al diritto internazionale c.d. pubblico (proprio per distinguerlo da questa materia) è che questi rapporti internazionali riguardano i privati. Mentre il diritto internazionale disciplina tendenzialmente il rapporto tra stati, il diritto internazionale privato e processuale riguarda i rapporti, quindi quelli che comunemente nel diritto interno sono legati al diritto civile; si tratta però di quei rapporti che presentano un elemento di transnazionalità, quindi un elemento della fattispecie che si collega con almeno due diversi ordinamenti e che quindi, solo per questo fatto, fa nascere una serie di problemi che nel contesto interno non si pongono nemmeno. Questa è una descrizione a grandi linee e su ognuna di queste cose che ho accennato torneremo con calma; questa ricognizione serve a far capire di che cosa si andrà a parlare.

In questa materia si affrontano temi che non concernono la disciplina materiale dei rapporti, ma problematiche che nascono solo quando i rapporti hanno elementi transnazionali che durante il corso di diritto privato non sono affrontati.

Ad esempio, se noi riflettiamo sullo scioglimento del matrimonio, disciplinato dal diritto interno italiano, lo abbiamo visto pensando esclusivamente alla classica situazione di due italiani che risiedono in Italia, che si sono sposati in Italia e che sciogliono il loro matrimonio davanti a un giudice italiano. Una situazione come questa, detta "tutta interna a uno stato", non solleva le problematiche (che sono coperte dalla materia di diritto internazionale privato e processuale) che invece si sollevano quando la stessa fattispecie dello

scioglimento del matrimonio riguarda magari una moglie italiana che ha sposato il marito francese oppure due italiani che però risiedono da 20 anni in Inghilterra oppure un francese e la moglie tedesca che hanno vissuto per anni in Italia e si erano sposati alle Hawaii.

In questa fattispecie cosa è che cambia? Cambia che ci sono **una serie di elementi di contatto della fattispecie con un ordinamento diverso da quello italiano** e questo comporta che nascano problematiche diverse che altrimenti non si avrebbero.

Le problematiche sono ricollegabili a **tre grandi settori**, coperti tutti dal diritto internazionale privato e processuale, al cui interno analizzeremo tutti i problemi.

Sono:

La giurisdizione: quando è competente il giudice italiano e quando non è competente dato che la fattispecie presenta elementi di internazionalità?

Non sempre il giudice italiano è competente per qualunque fattispecie, ci devono essere degli elementi di collegamento con l'Italia.

L'attività giurisdizionale di ogni stato è attivata solo quando c'è un minimo di contatto della fattispecie con l'ordinamento. Altrimenti l'ordinamento non si presta a mettere in moto la macchina giudiziaria. Quindi la competenza giurisdizionale è stabilire quando può essere competente il giudice italiano e quando invece no.

La legge applicabile ad una determinata fattispecie: si pone solo quando la fattispecie presenta elementi di internazionalità. Una volta che si è deciso che il giudice italiano può occuparsi di quella fattispecie non va dato per scontato che poi la regoli sulla base del diritto interno italiano. Cioè quando le fattispecie presentano anche elementi di transnazionalità si pone anche un problema relativo a quale legge di quale ordinamento applicare. Proprio perché la fattispecie ha contatti con altri stati, gli ordinamenti ne tengono conto per scegliere di volta in volta se regolare quella fattispecie con il diritto interno o con il diritto di un altro stato. Noi vedremo come e quando, ma scopriamo che il giudice italiano potrebbe dover applicare la legge di un altro stato. Questo è sempre più frequente.

Mentre prima i fenomeni di rapporti fra più ordinamenti che riguardavano i rapporti privati erano prevalentemente nel campo economico e commerciale,

negli ultimi decenni è esploso anche il fenomeno di tantissimi rapporti familiari che presentano elementi di transnazionalità.

Ad esempio, se un giudice italiano si deve occupare di un divorzio, ma quel divorzio riguarda appunto la cittadina italiana e il cittadino francese che magari hanno risieduto per tantissimi anni in Inghilterra, non si può assolutamente dare per scontato che siccome si è visto che il giudice italiano è competente si applica il cc e la legge in materia di divorzio italiana. Bisogna prima stabilire qual è la regola che regola quella fattispecie, cioè quale legge di quale ordinamento regola quella fattispecie, potrebbe essere quella inglese, francese o italiana.

Collegati alla problematica della individuazione della legge ci sono tutta una serie di problemi, che vedremo, attinenti all'individuazione della legge applicabile.

Efficacia dei provvedimenti stranieri: l'efficacia delle sentenze straniere e degli atti pubblici stranieri. La famosa coppia che invece di chiedere il divorzio in Italia lo chiede in Inghilterra o ottiene il divorzio in Francia cosa fa? Quel divorzio produce poi effetti anche in Italia o vale solo nei confini francesi? Oppure, ottengo una condanna a risarcimento dei danni per un incidente avvenuto in Francia, la ottengo davanti al giudice francese ma poi il debitore ha vari beni in Italia e io voglio aggredire quei beni. Posso usare la sentenza di condanna ottenuta in Francia da far valere come titolo esecutivo in Italia o devo ricorrere a una nuova domanda perché le sentenze producono effetti solo sul territorio dello stato dove sono state emanate? Le sentenze circolano ma a delle condizioni e quindi esamineremo la disciplina di queste condizioni.

Queste sono le problematiche coperte da questa materia; sembra di parlare molto spesso di cose estremamente astratte quindi, per non correre questo rischio, sarà utile collegare i temi affrontati a esempi di fattispecie concrete. Questa in particolare è una materia che prevalentemente interessa le professioni legali, queste problematiche descritte, prevalentemente, si pongono o nelle aule di tribunale o negli studi legali o anche davanti ai notai. Un notaio fiorentino apre una successione di un *de cuius* inglese che viveva in

Italia e che ha lasciato un sacco di beni in Italia, già qui rileva un problema per capire qual è la legge che regola questa successione etc.

Su ognuna di tutte queste cose spiegate fino ad ora in maniera sommaria ritorneremo!

Illustriamo ora le principali fonti che andremo a esaminare e che disciplinano le questioni di diritto internazionale privato.

Abbiamo in questa materia 3 tipologie di fonti ma, in realtà, esamineremo nel dettaglio solo due tipi di fonti.

1) Abbiamo la legislazione nazionale che ogni ordinamento si dà per risolvere le questioni di diritto internazionale privato (nel nostro ordinamento è la legge n. 218 del 1995 che è una legge che ha voluto riunire nel suo testo tutte queste tre tematiche del diritto internazionale privato che vi illustravo). Quindi è una legge che riguarda sia l'individuazione di quando un giudice italiano è competente o meno in relazione alle fattispecie che presentano elementi di internazionalità, quindi la questione della giurisdizione, sia la questione della legge applicabile e la questione del riconoscimento delle sentenze.

Prima del 1995 non era così, cioè fino all'adozione di questa legge noi avevamo queste tre tematiche dislocate in fonti diverse del nostro ordinamento: avevamo le questioni attinenti alla giurisdizione disciplinate in alcuni pochi articoli del cpc., quindi nell'ambito delle norme di procedura civile c'erano anche delle norme che riguardavano la competenza del giudice italiano ad occuparsi di fattispecie con elementi di internazionalità.

Poi avevamo le questioni dell'individuazione della legge applicabile a fattispecie con elementi di internazionalità regolate da pochissime disposizioni preliminari al cc. (nemmeno nel cc ma nelle disposizioni preliminari!).

E poi l'efficacia delle sentenze straniere, di nuovo nel cpc.

Quindi avevamo questa frammentarietà di disciplina e il tutto disciplinato veramente in poche disposizioni.

Poi negli anni '90 si è voluto prendere in mano la materia e dare una disciplina unitaria in un unico testo normativo intitolato "riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato". E già subito con l'art. 1 "oggetto della legge" che si individua l'ambito del diritto internazionale privato. L'ambito delle tematiche. L'art. 1 dice che: *"la presente legge determina l'ambito della giurisdizione italiana, con i*

criteri per l'individuazione del diritto applicabile e disciplina l'efficacia delle sentenze e degli atti stranieri." Il tutto dando per appurato che questi tre problemi si pongono, ovviamente, in casi di fattispecie transnazionali.

Quando si parla di efficacia di sentenze straniere è già di fatto la problematica collegata con l'elemento di transnazionalità per il fatto che si tratta di una sentenza che è stata emessa da un giudice di uno stato estero. Il fatto che si tratti di una sentenza straniera mi suscita la problematica di capire se questa sia efficace o meno nel nostro ordinamento.

Ma quando si dice che la legge determina la giurisdizione italiana è evidente che il problema della giurisdizione i giudici se lo pongono solo quando la fattispecie evidenzia elementi di transnazionalità, cioè elementi di contatto con almeno un altro ordinamento oltre a quello italiano.

Come vi dicevo all'inizio, se la fattispecie è tutta interna e gli elementi rilevanti della fattispecie sono tutti collocati in Italia, il giudice italiano non si pone nemmeno il problema della giurisdizione, è evidente che ha giurisdizione, se invece cominciano a esserci punti di contatto di quella coppia con un altro ordinamento il problema si pone.

Quindi io di solito utilizzo questa immagine: scatta il campanellino di allarme se io vedo che c'è un elemento di contatto, se tale elemento di contatto non c'è il campanellino di allarme non scatta.

In particolare, quello di chiedersi se il giudice italiano è competente è un problema che prima di tutto se lo pone l'avvocato quando gli si rivolge un cliente con un caso con elementi di transnazionalità.

E pone i criteri per l'applicazione del diritto applicabile. Come si fa ad individuare la legge applicabile a quel determinato rapporto, nel senso la legge di quale stato si applica? Il diritto di quale ordinamento?

Quindi già nell'art. 1 troviamo il riferimento all'oggetto della legge e le tre tematiche coperte dalla materia del diritto internazionale privato.

Ogni ordinamento, e noi non lo andremo a studiare ma basta sapere questo, ha le proprie norme che regolano questi aspetti. Quindi anche l'ordinamento francese ha le proprie norme che riguardano la giurisdizione e l'efficacia delle sentenze.

Noi ci poniamo nell'ottica del diritto italiano e di come questo risolve queste problematiche. Quindi prima fonte fondamentale **l. 218/1995**.

2) Seconda tipologia di fonti; gli ordinamenti e gli Stati si rendono conto che non funziona il fatto che ogni stato disciplini questi aspetti isolatamente e dica con le proprie norme quando i giudici hanno competenza e quando no, qual è la legge che può regolare la fattispecie in certe circostanze etc.

Può crearsi quindi una situazione di conflitto o fra giurisdizioni o fra leggi. Nel primo caso ad esempio il giudice italiano ritiene di essere competente per quel determinato divorzio ma ritiene di essere competente anche il giudice newyorkese. Qui potremmo avere un **conflitto positivo** di giurisdizioni, due giudici che sono competenti. Oppure potremmo avere anche il caso di **conflitto negativo** di giurisdizione, non si riesce a trovare il giudice competente e di conseguenza gli stati hanno cercato *forme di cooperazione* attraverso convenzioni internazionali, trattati internazionali che vanno a regolare la giurisdizione dandosi criteri di giurisdizione uniforme.

Convenzioni in cui gli stati parte decidono i criteri di giurisdizione e quindi hanno, al loro interno, una sorta di suddivisione della giurisdizione tra di loro per evitare conflitti negativi e conflitti positivi.

La stessa cosa noi abbiamo per la legge applicabile. Noi italiani possiamo ritenere che una successione che riguarda un cittadino francese sia regolata da una legge francese, perché secondo l'ordinamento italiano la legge che meglio regola la successione è quella della nazionalità del soggetto *de cuius*.

Però magari in un altro ordinamento invece ritengono che sia meglio applicare un'altra legge, quella ad esempio del domicilio del *de cuius*. Si parla in questo caso di conflitto di leggi perché la stessa fattispecie, a seconda dell'ordinamento di riferimento, è disciplinato da leggi diverse.

Sono tutte cose che vedremo nel dettaglio.

Ci sono quindi esempi di convenzioni internazionali che hanno voluto regolare in modo uniforme la legge applicabile dandosi criteri uniformi per determinare nello stesso modo la legge applicabile a quella fattispecie.

3) Per lungo tempo l'unico modo per cooperare tra gli stati e darsi regole comuni per risolvere queste problematiche erano quelle compiute dalle

raccolte internazionali, quindi per lungo tempo le tipologie di fonti del diritto internazionale erano appunto il diritto interno o le convenzioni internazionali. Poi cosa è successo? È successo che a un certo punto ha acquisito *competenza* anche la comunità europea, oggi *unione europea*.

Inizialmente la comunità europea non aveva competenze in materia di diritto internazionale privato, però si prevedeva nel trattato sulla comunità europea la possibilità fra gli stati membri della comunità, di concludere tra loro convenzioni internazionali per regolare anche questioni di diritto internazionale privato. E noi parleremo della più significativa di queste convenzioni che è la convenzione di **Bruxelles del 1968** che riguardava la giurisdizione in materia civile; quindi gli stati si davano criteri comuni per individuare la competenza giurisdizionale nella materia civile e commerciale e l'efficacia delle decisioni tra gli stati parte della convenzione.

Convenzione di Bruxelles adottata nel 1968 fra gli stati, ai tempi, membri della Comunità europea e poi allargata via via nel suo ambito di applicazione con l'inserimento degli stati che sono entrati a far parte della comunità europea.

Poi cosa succede? Che con il **trattato di Amsterdam del 1997** avviene la c.d. comunitarizzazione del diritto internazionale privato, cioè la comunità acquista competenza anche a legiferare in materia di diritto internazionale privato. La conseguenza di questo qual è? È che subentra a questo punto una nuova tipologia di fonte della materia, la fonte di origine europea e in questa materia lo strumento che è stato sempre utilizzato perché è il migliore per ottenere il risultato voluto è il **regolamento**. Perché il regolamento? Perché questo raggiunge il massimo grado di uniformità nella disciplina, perché come voi sapete benissimo il regolamento non solo è immediatamente applicabile in tutti gli stati membri, ma anche senza che vi siano differenze tra i vari stati membri! Il fatto che ci sia una disciplina posta da un regolamento mi comporta che sia uguale e identica in tutti gli stati membri e che sia anche superiore alle fonti interne che regolano le stesse questioni perché il principio del primato del diritto dell'unione riguarda tutte le fonti, anche quelle che riguardano il diritto internazionale privato. Con la conseguenza che quando io ho un regolamento questo mi supera la normativa interna sul diritto internazionale privato. Ovviamente me la supera in relazione all'ambito di

applicazione del regolamento, ecco perché quando esamineremo i regolamenti il metodo che noi seguiamo per esaminare i regolamenti scelti è il metodo che dovrete applicare (anche in futuro se vi capiterà di applicare altri regolamenti).

Io devo partire sempre dallo stabilire qual è l'ambito di applicazione di quel regolamento perché solo così saprò che se la mia fattispecie è coperta da regolamento allora applicherò quel regolamento e non applicherò il diritto interno, invece se la fattispecie sta fuori applico il diritto interno che ormai ha valore residuale.

Siccome l'UE a partire dal 1997¹ ha acquisito questa competenza, ed è un settore in cui questa è stata esercitata tantissimo, in modo crescente negli anni, cosa è successo?

Che via via, ogni volta che i settori sono stati coperti da regolamenti dell'unione, questi regolamenti hanno *eroso pian piano l'ambito di applicazione della legge 218/1995* perché per ogni nuovo argomento, tema, materia disciplinata da un regolamento mi viene meno l'applicabilità della legge 218 perché questa è superata dal regolamento.

Quindi in questa tripartizione di fonti io devo anche sapere come regolarsi nel rapporto tra queste fonti e qui si seguono le regole già imparate in altre discipline e le applico.

Nei rapporti tra la legge 218 e le convenzioni, io dovrò cercare di dare prevalenza alle convenzioni internazionali perché l'ordinamento dovrà rispettare l'obbligo internazionale e allora questo me lo dice anche la stessa **legge 218 all'art. 2 "Convenzioni Internazionali"**: *"le disposizioni della presente legge non pregiudicano l'applicazione delle convenzioni internazionali in vigore per l'Italia"*. quindi la legge nasce già con l'intento di non voler pregiudicare in alcun modo l'applicazione delle convenzioni internazionali in vigore per l'Italia. se c'è una convenzione che regola una certa materia per gli aspetti internazionali privatistici io devo applicare la convenzione, non può essere la convenzione pregiudicata da quello che regola la legge interna.

La legge, essendo del 1995, può secondo voi dire qualcosa di analogo in relazione ai regolamenti dell'UE?

¹ Trattato Amsterdam 1997

Potrebbe, però non lo fa perché nel 1995 non si sapeva che la comunità avrebbe ampliato le competenze. Quindi nel 1995 si poneva solo un problema di rapporti tra questa legge e le convenzioni internazionali perché solo queste erano le fonti del diritto internazionale privato.

Nel 1997 acquista competenza l'UE e allora cosa poteva succedere, auspicabilmente, dal 1997 ad oggi? Il legislatore avrebbe potuto fare un intervento modificativo a questa legge che dicesse: bisogna tener conto anche che ci possono essere dei regolamenti nella materia. È chiaro che non c'è bisogno di dire che i regolamenti prevalgono perché noi lo sappiamo già in quanto sono i trattati a dirlo. Questa modifica magari potrebbe dire all'operatore giuridico di tener conto che molte di queste materie che disciplina la legge 218 e in realtà oggi non sono più disciplinate dalla legge 218 perché esistono dei regolamenti.

Il legislatore non ha mai fatto niente di tutto questo quindi qual è il problema principale e attuale di questa materia?

Che noi continuiamo ad avere una legge che continua a contenere disposizioni che riguardano materie che in realtà non sono più regolate da questa legge ma da dei regolamenti.

Quindi avvocato, giudice, notaio lo devono sapere in altro modo.

Es. In materia di successioni la legge 218 ha delle disposizioni specifiche che riguardano sia la giurisdizione, sia la legge applicabile e sia la successione. Quindi se io prendo in mano la legge 218 mi baso su questa per individuare quando il giudice italiano può occuparsi di una successione e per individuare qual è la legge che regola la successione. Ma nel frattempo è stato emanato il regolamento 250/2012 che disciplina in modo uniforme tra tutti gli stati membri dell'UE questi aspetti quindi prevale. Però che esiste questo regolamento la legge 218 non me lo dice e io lo devo sapere da solo.

Quindi nei rapporti tra le fonti abbiamo visto:

- Rapporto tra legge 218/1995 e convenzione internazionale;
- Rapporto tra legge 218 e regolamenti;
- Rapporto tra regolamenti e convenzioni: nella stessa materia ci può essere una sovrapposizione tra convenzione internazionale e regolamento dell'unione. In questi casi di solito è il **regolamento** che

nelle disposizioni finali contiene delle disposizioni che vanno a spiegare come si pone quel regolamento in rapporto con le convenzioni. Quindi non abbiamo una soluzione univoca per tutti ma dobbiamo vedere di volta in volta cosa dice il regolamento. Di solito cosa dice il regolamento? Di solito dice che nei rapporti con gli stati membri prevale rispetto alle convenzioni internazionali precedentemente conclusi.

Si parla quindi di invecchiamento della legge 218 perché si sono sovrapposti in molte materie i regolamenti dell'unione, perché in certi casi (e questo lo vedremo) continua a richiamare delle convenzioni che non sono più in vigore e che oggi sono superate da dei regolamenti.

Invecchiamento perché continua a dare molta rilevanza all'elemento di legame con l'Italia dato dalla *cittadinanza*, quando oggi molti settori si pensa che sarebbe più opportuno come criterio quello della residenza. E vi dico che gli unici interventi del legislatore per rimettere mano alla legge 218 sono stati in occasione di modifiche legislative nel contesto del diritto civile, cioè la riforma sulla filiazione, e quindi si sono modificate anche le norme di diritto internazionale privato sulla filiazione e le unioni civili che hanno introdotto gli art. 32 bis e ss. che hanno introdotto nuove norme. Per il resto il legislatore non è mai intervenuto.

Dopo la presentazione generale di quali sono gli argomenti coperti dal diritto internazionale privato e quali sono le principali fonti che coprono la materia e che noi incontreremo, iniziamo a esaminare nel dettaglio la materia. Riaffronteremo la materia del presupposto per cui si attivano queste problematiche di diritto internazionale privato: la **transnazionalità della fattispecie**.

Iniziamo ad affrontare la prima delle tre problematiche che abbiamo individuato.

Ricordiamo che le problematiche sono quelle della giurisdizione, della legge applicabile e dell'efficacia delle sentenze: teoricamente l'ordine in cui si pongono, se pensiamo ad un ipotetico procedimento civile, è questo, perché si pone prima una questione di giurisdizione e poi l'individuazione della legge applicabile...perché prima dobbiamo capire se il giudice italiano è competente e successivamente, individuata la competenza del giudice italiano, andremo a

vedere quale legge applicherà il giudice italiano a quella determinata fattispecie.

Nelle nostre lezioni partiamo però dalla **questione della legge applicabile** non seguendo quindi l'ordine in cui di solito sono trattate queste questioni perché le norme sulla giurisdizione che esamineremo sono prevalentemente quelle poste da uno stesso strumento giuridico che disciplina poi anche l'efficacia delle decisioni quindi affrontiamo prima tutta la parte della legge applicabile e poi giurisdizione ed efficacia delle decisioni insieme perché gli strumenti che disciplinano la materia molto spesso abbinano questi due aspetti.

Prima questione offerta dal diritto internazionale privato: come si fa ad individuare la legge applicabile

I seguenti casi descrivono situazioni ipotetiche in cui sorgono i problemi del diritto internazionale privato che fanno emergere anche quali possono essere, a livello di esemplificazione, quegli elementi di transnazionalità della fattispecie che pongono problemi di diritto internazionale privato. Troviamo ipotizzate tre situazioni tipo:

Società che ha sede in Italia che conclude con una società che ha sede in Francia un contratto per la prestazione di servizi che devono essere eseguiti ad opera della società italiana presso la società che ha sede in Francia. Vengono eseguiti questi servizi ma la società che ha ricevuto i servizi non paga il corrispettivo pattuito. Quali sono le principali domande che devono sorgere fin da subito per il fatto che esistono qui elementi di transnazionalità: il fatto che le due società hanno sede in due Stati diversi (una ha sede in Italia ed una in Francia), e già questo basterebbe, ma anche che la società italiana deve prestare servizio in uno Stato diverso rispetto a quello in cui ha la sede (Francia). Inoltre, possiamo anche complicare la fattispecie: potrebbe succedere che la società italiana deve prestare un servizio, ad esempio vendere un bene, alla società francese con l'impegno che quel bene deve essere consegnato in un ulteriore Stato poiché la società acquirente potrebbe avere una filiale in quello Stato. Quella nell'esempio è un'ipotesi in cui la fattispecie ha contatti significativi con soli due Stati (Italia e Francia), ma le fattispecie concrete potrebbero avere contatti più complicati con più di due Stati.

Quali sono le principali questioni che si pongono dal punto di vista internazionale-privatistico in una fattispecie di questo tipo? La questione che si pone è se il giudice italiano è competente o no.

La società italiana rivendica il pagamento e vuole agire contro la società francese ma dato che l'attore è italiano e il convenuto è francese non si può dare per scontato che si possa andare davanti al giudice italiano. Quindi si pongono problemi riguardo all'individuazione della giurisdizione competente, per capire se il giudice italiano è o meno competente e, se non lo è, capire quello competente.

Individuato il giudice competente c'è l'altro problema, ossia quello della legge applicabile. Individuato il giudice non devo dare per scontato che il giudice applicherà alla fattispecie il proprio diritto interno. Esistono le norme di conflitto, cioè quelle norme che servono per individuare la legge applicabile ad una fattispecie che presenta elementi di transnazionalità.

Infine, c'è una terza questione coperta dal diritto internazionale privato: se ipotizzo di fare causa in Francia, ottengo una condanna della società francese in Francia ma la società francese non paga spontaneamente e sono a conoscenza del fatto che ha dei beni in Italia. Posso eseguire in Italia la sentenza ottenuta in Francia? La sentenza che ottengo in Francia può produrre effetti in Italia e a quali condizioni?

Il secondo esempio è in ambito familiare ed è l'ipotesi di una cittadina americana residente a New York che è stata citata in giudizio in Italia dal marito italiano che si è trasferito di nuovo in Italia, a Firenze e chiede in Italia il divorzio citando la moglie cittadina americana e lì residente. I due hanno sempre vissuto a New York.

Qui abbiamo l'ipotesi di rapporto familiare con elementi di transnazionalità con elementi di contatto significativi tra due Stati (Italia e USA) che si collegano quindi alla fattispecie. In tale fattispecie contano elementi soggettivi quali la cittadinanza e la residenza, il luogo di celebrazione del matrimonio e, soprattutto, il luogo dove hanno vissuto per il maggior numero di anni prima della separazione.

Anche qui ci sono le stesse domande, e cioè: se il giudice italiano è competente, qual è la legge applicabile e se un eventuale divorzio ottenuto in uno Stato è riconoscibile anche in un altro Stato. Qui c'è un'altra problematica

e cioè che la signora potrebbe dire di voler fare domanda di divorzio a New York perché se il giudice di New York è competente può essere chiesto anche lì. Uno dei problemi che risolve il diritto internazionale privato è capire cosa succede quando ci sono due paralleli procedimenti in due Stati diversi.

La terza problematica è significativa perché è una casistica che negli ultimi anni è cresciuta moltissimo.

Ipotizziamo che Antonio, cittadino italiano, e John, cittadino americano, abbiano contratto matrimonio in Francia (abbiamo già 3 Paesi in contatto) dove risiedono da anni.

In Francia è ammesso il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Hanno avuto anche un figlio ricorrendo a tecniche di maternità surrogata in America dove è legittima a certe condizioni e disciplinata: normalmente negli Stati dove è legittima e regolamentata la maternità surrogata vengono anche emessi atti di nascita che indicano come genitori i committenti, quindi per l'ordinamento americano sono padri Antonio e John, entrambi indicati come padri nell'atto di nascita.

Se questi due soggetti decidono di trasferirsi in Italia, oppure hanno dei parenti in Italia che vogliono semplicemente frequentare in dei periodi, e magari lasciare con loro il minore, quali sono i problemi che si possono porre? Il matrimonio contratto in Francia quali effetti produce in Italia? È cambiato qualcosa da quando in Italia è stata adottata la legge sulle unioni civili? Vedremo cosa diceva la giurisprudenza fino alla legge sulle unioni civili, cosa dice la legge delle unioni civili ed abbiamo un caso che già ci dice cosa succede dei matrimoni celebrati all'estero dopo l'adozione della legge sulle unioni civili.

Inoltre, spostandoci sul rapporto di filiazione...quel rapporto di filiazione può essere riconosciuto in Italia? Possono essere riconosciuti entrambi come padri? In queste situazioni, uno di loro è padre biologico e l'altro no: sicuramente il problema principale si pone rispetto al padre committente non biologico.

A queste domande risponde, con difficoltà, perché non abbiamo certezze su questi temi, il diritto internazionale privato.

In particolare, con riferimento alla competenza della Corte di Giustizia dell'UE, che ha acquisito dal 1997 competenza a statuire in materia di diritto

internazionale privato, l'articolo di ragguglio è l'art. 81 TFUE², in precedenza art. 75 del trattato sulla comunità europea, che fonda la competenza dell'UE in materia di diritto internazionale privato dove poi sono descritte le varie competenze e, per quel che ci interessa, vengono espressamente indicate, tra le competenze, le misure volte a garantire il riconoscimento reciproco delle decisioni. Alla lettera c troviamo la compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di legge e di giurisdizioni, quindi criteri uniformi di collegamento per determinare la legge applicabile e criteri uniformi di giurisdizione per determinare il giudice competente.

² Articolo 81

(ex articolo 65 del TCE)

1. L'Unione sviluppa una cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali, fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali. Tale cooperazione può includere l'adozione di misure intese a ravvicinare le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri.

2. Ai fini del paragrafo 1, 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:

- a) il riconoscimento reciproco tra gli Stati membri delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali e la loro esecuzione;
- b) la notificazione e la comunicazione transnazionali degli atti giudiziari ed extragiudiziali;
- c) la compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di giurisdizione;
- d) la cooperazione nell'assunzione dei mezzi di prova;
- e) un accesso effettivo alla giustizia;
- f) l'eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili, se necessario promuovendo la compatibilità delle norme di procedura civile applicabili negli Stati membri;
- g) lo sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie;
- h) un sostegno alla formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari.

3. In deroga al paragrafo 2, le misure relative al diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali sono stabilite dal Consiglio, che delibera secondo una procedura legislativa speciale. Il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo. Il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare una decisione che determina gli aspetti del diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali e che potrebbero formare oggetto di atti adottati secondo la procedura legislativa ordinaria. Il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo.

I parlamenti nazionali sono informati della proposta di cui al secondo comma. Se un parlamento nazionale comunica la sua opposizione entro sei mesi dalla data di tale informazione, la decisione non è adottata. In mancanza di opposizione, il Consiglio può adottare la decisione.

Nell'art.81 si evidenzia il fatto che *l'UE ha competenza di diritto internazionale privato anche in materia di famiglia*. Questo è un aspetto molto importante perché l'UE non ha competenza a disciplinare la materia della famiglia dal punto di vista del diritto sostanziale, cioè il diritto sostanziale in materia di famiglia è ancora di competenza degli Stati membri. L'UE ha però competenza nel disciplinare le questioni di diritto internazionale privato in materia di famiglia. Quando l'UE legifera in materia di diritto di famiglia in materia di diritto internazionale privato, lo deve fare con la procedura che richiede l'unanimità degli Stati, perché la famiglia è una materia dove ancora ci sono delle differenze tra gli Stati membri e quindi essi non hanno acconsentito a concedere una competenza all'UE dove potesse decidere a maggioranza in modo da garantirsi con tale procedura legislativa.

Cosa ha comportato questo? Alcuni regolamenti in materia di famiglia di diritto internazionale privato, dato che non si raggiungeva l'unanimità, sono stati adottati secondo la **procedura della cooperazione rafforzata**, cioè quella procedura prevista dal diritto dell'UE che consente ad alcuni Stati di avere una cooperazione tra loro escludendo coloro che non vogliono partecipare, proprio quando non si riesce a raggiungere l'unanimità. In certe materie, ad esempio separazione e divorzio, abbiamo un regolamento sulla legge applicabile in cui è stato adottato (primo caso in cui si è utilizzato il meccanismo della cooperazione rafforzata) questo strumento per il quale sono gli Stati membri a decidere se partecipare o meno: quelli che hanno deciso di partecipare sono soggetti al regolamento, mentre gli altri sono esclusi dall'applicazione del regolamento stesso.

C'è un'altra caratteristica che riguarda in generale tutta la materia del diritto internazionale privato di competenza dell'UE, ed è la posizione particolare riservata a **Regno Unito e Irlanda**, da un lato e alla **Danimarca**, dall'altro.

La Danimarca, secondo il Protocollo n°22 al Trattato, ha deciso di rimanere fuori da tutta la materia della cooperazione giudiziaria civile: tutte le volte in cui parliamo di un regolamento dell'UE rivolto agli Stati membri, bisogna sapere che riguarda tutti gli Stati membri *esclusa la Danimarca che è sempre fuori da tutti i regolamenti in queste materie*. È un particolare status riconosciuto alla Danimarca che ha scelto di rimanere fuori da tutta la sfera

della cooperazione giudiziaria civile ovvero dalla competenza del diritto internazionale privato.

La posizione di Regno Unito e Irlanda è diversa. Il regime del Regno Unito (fino a che non sarà operativa la Brexit) e quello dell'Irlanda è quello di decidere di volta in volta se stare dentro o fuori (regime di opt-in opt-out). Quindi se decidono di stare dentro, il regolamento è a loro applicabile, altrimenti sono esonerati dall'applicazione del regolamento. In realtà hanno partecipato a quasi tutti i regolamenti.

Partiamo dall'ipotesi in cui una fattispecie che presenta elementi di transnazionalità si presenta all'attenzione dell'operatore giuridico che deve stabilire qual è la legge che regola quella determinata fattispecie.

Il fatto che ci sia un contatto della fattispecie con almeno un altro Stato fa scattare questa problematica, cioè fa scattare il dubbio che non necessariamente quella fattispecie sarà regolata dal diritto nazionale. Questa problematica di stabilire qual è la legge che regola una fattispecie che presenta elementi di transnazionalità viene anche definita come **conflitto di leggi**, perché fa riferimento al fatto che la fattispecie che presenta contatti con più ordinamenti tendenzialmente potrebbe essere soggetta almeno alle leggi di questi ordinamenti con cui presenta dei contatti e quindi si potrebbe creare un conflitto tra gli ordinamenti che vogliono disciplinare la stessa fattispecie.

Tutti gli ordinamenti si danno delle regole per stabilire cosa succede quando si presenta una fattispecie con elementi di transnazionalità.

La soluzione più estrema potrebbe essere quella di dire che, indipendentemente dal fatto che la fattispecie presenti elementi di transnazionalità, il giudice applica sempre il proprio diritto interno: se è competente il giudice italiano questo applicherà sempre la sua legge, quella italiana. Questo meccanismo non è seguito dall'ordinamento italiano ma in altri ordinamenti è seguito. Viene anche definito come **sistema che fa coincidere forum e ius** (cioè foro e diritto), quindi il giudice competente con il diritto che si applica: una volta individuato il giudice sappiamo che applicherà il suo diritto nazionale.

È difficile che un ordinamento accolga sempre questa soluzione per tutte le fattispecie, ma alcuni ordinamenti, come quello anglosassone, per molte materie applicano questo criterio.

Bisognerà vedere, a seconda della materia, se viene seguito o meno questo criterio che, anche se estremo, è accolto in alcuni ordinamenti e talvolta anche in alcune Convenzioni internazionali.

Questa materia della legge applicabile può essere coperta anche da Convenzioni internazionali in cui gli Stati mettono in comune, e quindi decidono criteri comuni, per determinare la legge applicabile. Delle volte la stessa Convenzione disciplina giurisdizione e legge applicabile e in alcune Convenzioni, una volta individuato il giudice, viene detto che il giudice applicherà il suo diritto nazionale e in questo caso c'è coincidenza tra forum e ius.

È quindi una soluzione che può essere adottata o dagli ordinamenti singolarmente o dalle Convenzioni internazionali.

La maggior parte degli ordinamenti non segue questo criterio.

Perché? La materia si è sviluppata a partire dall'800 quando già ci si poneva la questione poiché si riteneva che era opportuno tener conto dell'elemento transnazionale della fattispecie e pertanto cercare la legge più indicata per disciplinare la fattispecie che poteva essere anche quella di un altro ordinamento.

L'idea che inizia a nascere quando si pongono questi problemi, era quella per cui il giudice potrebbe anche dover applicare la legge di un altro Stato perché magari è quella più adatta a disciplinare quella fattispecie, tenendo conto del suo carattere transnazionale.

Il metodo più seguito nelle norme di diritto internazionale privato degli ordinamenti, ed anche in quello italiano, è il cd. **metodo della localizzazione**, cioè individuare la legge applicabile attraverso l'individuazione di un elemento della fattispecie e vedere dove questo elemento della fattispecie è localizzato: andiamo ad individuare un elemento significativo, vediamo dove è localizzato e in base a questo si determina la legge applicabile. Questo è il metodo più seguito ed è il tipico metodo della norma di conflitto.

Accanto a questo metodo ci possono essere altri metodi che possono essere seguiti, anche se non sono mai seguiti in modo esclusivo in un ordinamento

ma eventualmente affiancano quello principale che è quello della localizzazione.

Questi altri metodi che possono essere seguiti, di cui troveremo degli esempi, sono:

metodo delle considerazioni materiali, cioè concepire la norma di conflitto in modo tale da raggiungere un certo risultato materiale;

un altro metodo che negli ultimi anni è stato concepito (soprattutto in dottrina) per risolvere un problema crescente degli ultimi anni, collegato alla maggiore mobilità delle persone, è quello della circolazione delle persone con il proprio status. Sono problematiche legate a persone che si spostano e che non sanno se nello Stato in cui si spostano verrà riconosciuto o meno lo stesso status familiare che hanno ottenuto in un altro Stato. Legato a questo problema si parla in dottrina di un metodo che potrebbe essere alternativo al metodo delle norme di conflitto localizzatrici che è il **metodo del riconoscimento**, cioè a partire dal presupposto secondo il quale se è stato ottenuto un certo status in uno Stato poi questo deve essere riconosciuto in tutti gli altri.

Il problema è che spesso questa questione è data per scontata: quando una coppia si sposa in Italia e successivamente si sposta, è dato per scontato che sarà considerata sposata anche in altri Paesi come il fatto che lo status di figlio sarà riconosciuto in tutti gli Stati. Fino a che le fattispecie sono di questo tipo è difficile che si pongano problemi, ma quando si parla di situazioni che non trovano discipline analoghe nei diversi Stati (matrimonio tra persone dello stesso sesso, filiazione ottenuta in modi non disciplinati in tutti gli Stati allo stesso modo) può crearsi il problema di uno *status* non riconosciuto nello stesso modo negli altri Stati. Si sta creando una teoria, teorizzata dalla dottrina ma si sta facendo strada anche in giurisprudenza, per cui dovrebbe esserci un riconoscimento degli status ottenuti all'estero bypassando le norme di diritto internazionale privato. Il metodo del riconoscimento è *tout court*, cioè senza andare a porsi questioni di legge applicabile.

NORME DI CONFLITTO

Il metodo prevalentemente utilizzato, sia dal legislatore italiano sia dal legislatore europeo, quando nei regolamenti dell'UE si va a disciplinare la

questione della legge applicabile, è quello di adottare **norme di diritto internazionale privato**, dette **norme di conflitto** perché risolvono un conflitto ipotetico di leggi.

Nel nostro ordinamento si segue prevalentemente il metodo della localizzazione, cioè una norma di conflitto che individua la legge applicata ad una fattispecie attraverso il collegamento di quella fattispecie con un certo Stato.

Come è strutturata la tipica norma di diritto internazionale privato? Abbiamo l'indicazione della fattispecie che si vuole andare a regolare, e qui vengono sfruttate le stesse fattispecie che il nostro ordinamento conosce a livello di diritto interno, di diritto civile...quindi avremo la norma di conflitto che **individua la fattispecie**, ad esempio: scioglimento del matrimonio, separazione, divorzio e annullamento, rapporti personali fra coniugi, rapporti patrimoniali tra coniugi, rapporto di filiazione, diritti della personalità. Abbinata alla fattispecie troviamo il **criterio di collegamento**, che è quell'elemento della fattispecie che serve per individuare la legge applicabile a quella fattispecie: la norma individua il criterio di collegamento e successivamente andremo a vedere dove è localizzato quell'elemento della fattispecie che prende come riferimento la norma e quello sarà l'ordinamento che disciplina la fattispecie.

La **legge n°218/1995** è così strutturata: all'inizio ci sono norme sulla giurisdizione e successivamente abbiamo la legge applicabile alla fattispecie: dall'art.13 all'art.19 abbiamo norme che riguardano le cd. questioni generali del diritto internazionale privato ("disposizioni generali"), che sono problemi che si pongono quando dobbiamo individuare la legge applicabile; dall'art.20 in poi troviamo le vere e proprie norme che riguardano il diritto applicabile, quindi le vere e proprie norme di conflitto suddivise per tipologie di fattispecie.

Prendiamo come esempio e come ipotesi effettiva e frequente i diritti della personalità **all'art. 24**.

I diritti della personalità sono la fattispecie astratta a cui si applica la norma di conflitto. L'art.24 dice che: «L'esistenza ed il contenuto dei diritti della personalità sono regolati dalla legge nazionale del soggetto», e questa è già una norma di conflitto elementare

perché abbiamo l'individuazione della fattispecie che vuole coprire questa norma, cioè *l'esistenza ed il contenuto dei diritti della personalità* che sono regolati con il *criterio di collegamento* dalla *legge nazionale del soggetto*: l'elemento di collegamento che sceglie il legislatore per andare ad individuare quale sarà la legge applicabile a quella fattispecie è la **nazionalità del soggetto**. Se dobbiamo stabilire in materia di diritti della personalità la legge applicabile andiamo a vedere la nazionalità del soggetto ed applichiamo quella legge. C'è quindi il **metodo della localizzazione** perché viene individuato un elemento di collegamento e questo elemento dirà qual è la legge applicabile a quella fattispecie.

Un altro esempio è **l'art.29** sui rapporti personali tra coniugi, cioè tutte quelle regole di diritti e doveri reciproci tra coniugi.

I rapporti personali tra coniugi sono la fattispecie astratta individuata dalla norma. L'art. 29 dice: «*I rapporti personali tra coniugi sono regolati dalla legge nazionale comune dei due coniugi*». Anche qui abbiamo un collegamento dato dalla **nazionalità** dei coniugi. Cosa succede quando i due coniugi hanno nazionalità diversa? L'art.29 va avanti con un istituto che riguarda **il concorso di criteri di collegamento** (cioè una stessa norma può porre più criteri di collegamento) dicendo che: «*I rapporti personali tra coniugi aventi diverse cittadinanze o più cittadinanze comuni sono regolati dalla legge dello Stato nei quale la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata*». Qui il criterio di collegamento è **la vita matrimoniale prevalentemente localizzata**.

I criteri di collegamento, normalmente, hanno una **funzione bilaterale** cioè sono espressi in modo tale che possono funzionare sia per individuare come applicabile la legge straniera sia per individuare come applicabile la legge italiana.

Il criterio di collegamento è formulato in un modo astratto che talvolta può condurre all'applicazione di una legge straniera e talvolta può condurre all'applicazione di una legge italiana.

Il primo comma dell'art. 29 ha il criterio della cittadinanza comune che funziona nello stesso modo sia se i due hanno la cittadinanza francese (in questo caso sarà da applicare la legge straniera) sia se i due hanno la cittadinanza italiana (ed in questo caso applico la legge italiana). Si parla di funzione bilaterale proprio perché porta ad applicare di volta in volta sia il diritto italiano che il diritto straniero. Addirittura, si parla di **bilateralità perfetta**

perché non c'è preferenza per l'applicazione del diritto italiano, ma diritto straniero e diritto italiano sono posti sullo stesso piano e sarà la fattispecie concreta che dirà di volta in volta se si applica il diritto straniero o quello italiano.

A questa modalità tipica della norma di conflitto bilaterale si contrappone la norma di conflitto che talvolta può avere **funzione unilaterale**: ad esempio, l'ordinamento può dire che i rapporti personali tra italiani sono regolati da legge italiana. In questo caso viene individuata una fattispecie ed è detto che è regolata dalla legge italiana quindi è una funzione unilaterale perché viene detto solo quando si applica la legge italiana e non dà la possibilità di applicare il diritto straniero. Nel nostro ordinamento non abbiamo norme di questo tipo, tranne qualche caso eccezionale in cui però l'individuazione della legge italiana è fatta come rimedio quando si vuole raggiungere un certo risultato che non si ottiene applicando la legge straniera: c'è un esempio che deriva da una delle norme introdotte per effetto della legge delle unioni civili. Quando è stata adottata la legge sulle unioni civili sono state adottate anche norme di conflitto specifiche che riguardano le unioni civili. Nell'**art.32-ter** della legge 218 viene detto che *<La capacità e le altre condizioni per costituire unione civile sono regolate dalla legge nazionale di ciascuna parte>* quindi i due soggetti aventi lo stesso sesso che vogliono costituire unione civile possono farlo, ma viene stabilito che le regole su capacità e su tutte le altre condizioni per contrarre unione civile sono regolate per ognuno dalla sua legge nazionale. Questa è una norma bilaterale perché viene verificata la nazionalità che delle volte porterà all'applicazione della legge italiana ed a volte della legge straniera. L'articolo va avanti dicendo però che *<se la legge applicabile non ammette l'unione civile tra persone maggiorenni dello stesso sesso si applica la legge italiana>*: questo è il **rimedio** a qualcosa che può succedere applicando la legge richiamata dalla norma di conflitto perché può succedere che il soggetto sia di nazionalità di un Paese che nega la possibilità di contrarre un'unione civile. Il nostro ordinamento quando ha deciso di disciplinare le unioni civili ha fatto un passo ulteriore perché non solo ha riconosciuto la possibilità di contrarre le unioni civili agli italiani ma ha dato questa possibilità anche al soggetto di nazionalità di un Paese che non consente di contrarre le unioni civili di applicare la legge italiana. Questo è un

esempio in cui viene indicato che si applica **direttamente** la legge italiana ma succede per effetto di una norma di conflitto bilaterale. Il nostro ordinamento utilizza talvolta come rimedio, per ottenere un risultato voluto, l'applicazione e l'indicazione della legge italiana.

Qual è l'oggetto del richiamo? Il legislatore italiano non "brilla" nella formulazione di queste norme perché abbiamo sia norme di conflitto che parlano di *diritto applicabile* sia di norme di conflitto che si riferiscono alla *legge applicabile*. Dobbiamo sapere che la norma di conflitto può talvolta riferirsi a diritto o legge applicabile ma è la stessa cosa e cioè: la **legge di un determinato ordinamento**.

Oggetto del richiamo, indipendentemente da termine utilizzato, è sempre **l'ordinamento statale richiamato**.

Cos'è il criterio di collegamento? **Il criterio di collegamento è quell'elemento della fattispecie che viene individuato dalla norma di conflitto per determinare la legge applicabile a quella fattispecie**. La norma di conflitto individua, tra i vari elementi che una fattispecie può avere, quello rilevante (scelta del legislatore) e dice che in base a dove è localizzato quell'elemento allora quella sarà la legge applicabile cioè quella di quell'ordinamento dove è localizzato.

Per un certo periodo di tempo, fino a non tanto tempo fa, si riteneva che queste norme di conflitto non potessero mai porre questioni di incostituzionalità o di discriminazione. Si riteneva che non potessero porsi in relazione alle norme di conflitto delle questioni attinenti a violazioni dei diritti umani, violazione del divieto di discriminazione o più in generale di incostituzionalità perché si riteneva che in fondo la norma di conflitto non disciplina in senso sostanziale la fattispecie ma si fermano nel dire in quale ordinamento cercare la disciplina sostanziale.

Inoltre, essendo per la maggior parte dei casi bilaterali, quando la norma è formulata non si può sapere quale sarà la legge applicabile alla fattispecie quindi veniva individuato un criterio che poteva portare caso per caso a leggi completamente diverse per la disciplina di quella fattispecie. Si diceva quindi che il diritto internazionale privato era *neutrale* e che non discriminava e non violava i diritti di nessuno dato che non disciplina niente. In caso sarà la legge

sostanziale individuata che discriminerà e non la norma di conflitto che è neutrale. Questo è quello che si è pensato per molto tempo.

Dopo è successo che in realtà ci si è resi conto che delle volte stabilire alcuni criteri di collegamento può avere delle ripercussioni e può creare delle discriminazioni fra soggetti. L'esempio si è posto anche in Italia con riferimento a delle norme previste nelle disposizioni preliminari al codice civile (prima del 1995 le questioni di diritto internazionale privato erano disciplinate da alcune disposizioni preliminari al codice civile con poche disposizioni con fattispecie molto ampie che dopo il 1995 sono state differenziate e le varie fattispecie sono state ristrette): **le disposizioni preliminari** al codice civile, agli articoli **18, 19 e 20**, prevedevano per i rapporti fra coniugi come criterio la legge nazionale del marito e come criterio per i rapporti fra genitori e figli la legge nazionale del padre. Erano norme che risentivano dall'impostazione patriarcale delle famiglie dell'epoca e quindi allora sembrava normale prevedere la legge nazionale del marito e del padre. Per molto tempo si è detto che non vi era discriminazione fra marito e moglie o fra padre e madre perché sarà la legge che si andrà ad applicare ad essere maggiormente vantaggiosa per l'uno o per l'altra.

Con il tempo ci si è resi conto che ciò non andava bene perché i criteri di collegamento hanno anche un'altra importante funzione che è quella di **poter prevedere qual è la legge che regolerà una certa fattispecie e conoscerla in anticipo**. Se viene detto che la legge è quella del marito in realtà si avvantaggia il marito perché si presume che egli conosca meglio la legge della propria nazionalità e quindi in un certo senso viene avvantaggiato. Si è fatto cadere il concetto della neutralità della norma di conflitto e si è detto che in un certo senso scegliere la legge di un soggetto a discapito dell'altro avvantaggia il soggetto non tanto nel contenuto materiale ma già nel fatto di sapere la legge che regolerà il rapporto.

Ci sono state delle pronunce della Corte costituzionale italiana che, facendo cadere la neutralità della norma di conflitto, hanno dichiarato incostituzionali le norme nella parte in cui individuavano applicabile la legge del marito e del padre ottenendo come risultato che nella legge n°218 non troviamo mai come applicabile la legge di uno dei due soggetti del rapporto. Per i rapporti personali si è creato un criterio di collegamento perfettamente equidistante

tra i due soggetti e che non esprime preferenza: legge nazionale comune o luogo dove hanno vissuto prevalentemente nella vita matrimoniale. Per i rapporti genitori-figlio non poteva essere scelta la legge del padre o della madre quindi si è scelta la legge nazionale del figlio che è perfettamente equidistante da entrambi i genitori: l'art.33 della legge n°218 dice che *<Lo stato di figlio è determinato dalla legge nazionale del figlio>*.

In generale, oggi il diritto internazionale privato deve rispettare non solo i principi fondamentali della Costituzione ma anche i diritti umani e quindi i principali strumenti volti alla tutela dei diritti umani ed in particolare la Convenzione europea dei diritti umani e, nell'ottica dell'UE, la Carta dei diritti fondamentali.

Il diritto internazionale privato, quando il legislatore individua le norme di conflitto e quando le applica, deve raggiungere un risultato compatibile con la tutela dei diritti umani. Ci sono degli istituti di diritto internazionale privato che servono per intervenire come rimedio quando, applicando la norma di conflitto, si dovesse arrivare ad una situazione contrastante con i diritti fondamentali. Il diritto internazionale privato non è più considerato neutrale ma deve essere soggetto, come tutte le altre discipline, ad un vaglio di compatibilità con la Costituzione e con gli strumenti principali di tutela dei diritti umani.

Le norme di diritto internazionale privato sono **norme giuridiche** come tutte le altre: sono anche queste norme soggette al principio per cui il giudice deve applicarle d'ufficio. Quando si presenta un caso davanti al giudice con elementi di estraneità, indipendentemente da come sono impostate le difese degli avvocati, il giudice stesso deve rendersi conto del problema relativo alla legge applicabile. Anche se gli avvocati hanno impostato i loro atti sulla base del diritto interno dando per scontato la sua applicazione, se il giudice nota un elemento di transnazionalità può, d'ufficio, andare a cercare la norma di conflitto e determinare il diritto applicabile.

L'operazione che porta da un caso concreto ad individuare la norma di conflitto è un'operazione in tutto simile a quella che si fa per una norma interna: il caso concreto deve essere calato nella fattispecie astratta prevista dalla norma di conflitto. Quando le norme di conflitto sono poste

dall'ordinamento italiano, questa operazione è più facile perché i concetti indicati dal legislatore italiano sono gli stessi che ha nel suo diritto interno. La qualificazione della fattispecie cioè l'individuazione di cosa ricopre quel determinato concetto giuridico indicato nella norma è fatto secondo l'ordinamento interno perché sono applicate norme di conflitto poste dal legislatore italiano. Questa è la cd. *prima qualificazione*: viene individuata la norma riconducendo il caso concreto alla fattispecie astratta nella norma di conflitto posta dall'ordinamento italiano. Ci sarà poi un secondo momento più complicato detta *seconda qualificazione* quando, per esempio, in materia di filiazione, lo stato di figlio è determinato dalla legge nazionale del figlio: in questa qualificazione dobbiamo cercare nell'ordinamento del figlio l'istituto assimilabile a quello indicato nella norma, in questo caso l'istituto più simile alla filiazione. Questa è un'operazione più difficile perché non sempre i concetti e gli istituti coincidono quindi si cercheranno quelli più simili a quello da cui si parte.

Esempi di criterio di collegamento

Il criterio di collegamento è quell'elemento della fattispecie che viene preso in considerazione dalla norma di conflitto per determinare la legge applicabile.

Si seguono delle classificazioni che possono sembrare teoriche ma servono per risolvere nello stesso modo dei problemi applicativi che possono riguardare la stessa categoria di criterio di collegamento:

Criteri di collegamento oggettivi o **criteri di collegamento soggettivi**.

Quelli **oggettivi** riguardano un elemento oggettivo della fattispecie, ad esempio quando prendiamo un elemento della fattispecie che non è legato ai soggetti ma ad un elemento concreto della fattispecie come il luogo in cui è situato l'immobile o luogo in cui è celebrato il matrimonio.

Quelli **soggettivi** riguardano una caratteristica personale, soggettiva, delle parti del rapporto. Li abbiamo incontrati quando abbiamo parlato della legge nazionale di un soggetto o dei coniugi ed è soggettivo perché è una caratteristica personale di una delle parti o di entrambe.

Criteri di collegamento costanti o **criteri di collegamento variabili nel tempo**.

Se ipotizziamo come criterio di collegamento il luogo dove è situato un immobile, questo è per eccellenza il criterio costante ed immutabile perché

l'immobile non può cambiare localizzazione quindi so per certo che se individuo come legge applicabile quella del luogo dove è situato, questo non cambierà mai.

Altri criteri possono cambiare, alcuni raramente mentre altri con più frequenza. Ad esempio, il criterio della legge nazionale del soggetto può cambiare anche se non molto frequentemente mentre il criterio della residenza è un criterio che ancor più è variabile nel tempo dato che il soggetto nella vita può cambiare tante volte residenza (rispetto allo Stato).

Quando il criterio è variabile, proprio per evitare che ci siano problemi di incertezza sulla legge applicabile, si seguono due metodi.

Si individua anche il momento rilevante quindi il legislatore non si limita a dire quale è il criterio ma dice anche il momento in cui andare ad individuare quel criterio, quel collegamento ed in questo modo viene fermato nel tempo perché ho fissato il momento rilevante in un momento unico immutabile che quindi non può cambiare. Un esempio è l'art.28 che dice < *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* > al momento della celebrazione....in tale momento: qui come criteri di collegamento individuiamo il *luogo di celebrazione* che è un criterio costante quindi non c'è bisogno di specificare; la *legge nazionale di uno dei due* che è un criterio variabile ed infatti il legislatore aggiunge *al momento di celebrazione* quindi anche se la nazionalità può cambiare più volte, nel momento in cui è stato celebrato il matrimonio era una determinata; la *legge nazionale di comune residenza al momento di celebrazione*.

Il legislatore non è sempre così accorto nel determinare il momento rilevante quindi resta come problema teorico quello di capire qual è il momento rilevante quando il legislatore non dice niente. Ad esempio, quando parla di rapporti personali dice che sono regolati dalla *legge nazionale comune* ma, dato che questo è un criterio variabile, quella di quale momento dato che non dice niente? Di solito si usa il criterio per cui se il legislatore non dice niente si valuta il criterio nel momento in cui dobbiamo determinare la legge applicabile quindi se c'è una fase contenziosa si applicherà quella al momento della domanda davanti al giudice perché altrimenti il legislatore avrebbe

esplicito il momento rilevante. Per i criteri variabili, se il legislatore non dice nulla di diverso, viene preso come riferimento il momento dell'**accertamento della legge applicabile** quindi, se c'è un contenzioso, al momento della domanda altrimenti nel momento in cui è posta la questione sulla legge applicabile.

Criteri di collegamento **rigidi** e criteri di collegamento **flessibili**.

Il criterio **rigido** è quello che fissa in modo astratto e sempre certo e nello stesso modo il collegamento della fattispecie per determinare la legge applicabile: la nazionalità del soggetto è un criterio rigido perché è certo cosa è la nazionalità del soggetto quindi andiamo a determinare la nazionalità che individuerà la legge applicabile.

I criteri **flessibili** sono quelli che cercano di individuare la legge attraverso una serie di fattori da valutare di volta in volta e caso per caso, lasciando maggiore flessibilità e discrezionalità all'operatore che va ad applicare il criterio. È un criterio che può portare ad avere soluzioni diverse in base al soggetto che applica quello stesso criterio quindi soggetti diversi possono applicare lo stesso criterio in modo diverso: ci sono dei criteri che per cercare di adattarsi maggiormente e di individuare meglio la legge in base a vari fattori della fattispecie lasciano più discrezionalità al giudice o all'operatore giuridico e quindi hanno l'aspetto positivo di adattarsi meglio alla fattispecie concreta ma l'aspetto negativo di essere meno prevedibili.

Un esempio di criterio flessibile è nell'art.29 quando dice che se i coniugi hanno cittadinanze diverse si applica la *<legge dello Stato nel quale la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata>*: è un criterio flessibile perché richiede di valutare caso per caso gli elementi della vita matrimoniale localizzati prevalentemente in un certo Stato e se sono coppie con una certa mobilità può iniziare ad essere difficile individuare tale fase e richiede di valutare una serie di fattori che porta a dire che non tutti i giudici potrebbero arrivare alla stessa soluzione.

Nel criterio rigido non c'è margine di apprezzamento del giudice che deve solo applicare il criterio così come è stabilito dalla norma.

Iniziamo a vedere i vari criteri di collegamento più significati che possiamo incontrare sia nella legge n°218 che nei regolamenti dell'UE.

CRITERI di COLLEGAMENTO

Noi abbiamo già parlato, un po' in generale, del criterio di collegamento: abbiamo visto come si tratti di quell'elemento della fattispecie che la norma di conflitto identifica come determinante, per individuare la legge applicabile al particolare caso concreto. Ed abbiamo anche già visto come talvolta tale elemento possa condurre all'applicazione della legge straniera, e, in altri casi, all'applicazione della legge italiana:

ciò perché la norma di conflitto, di solito, ha valenza bilaterale, dal momento che pone legge italiana e legge straniera sullo stesso piano, dovendosi, dunque, esaminare il caso concreto, per capire quale legge applicare realmente nella circostanza. Abbiamo anche visto le classificazioni dei vari criteri di collegamento.

Adesso andiamo a vedere più nel dettaglio i principali criteri di collegamento che troviamo nella l. 218/1995 ed in alcuni regolamenti UE. Come premessa, però, bisogna fornire un chiarimento: il termine "criterio di collegamento" può essere utilizzato per indicare quell'elemento della fattispecie che crea un collegamento con un certo Stato (e che la norma di conflitto identifica come determinante):

non solo per individuare la legge applicabile al caso concreto, ma anche al fine di individuare la giurisdizione (dunque, il giudice competente).

Per questo motivo, onde evitare di fare confusione:

si parla di **criterio di collegamento in senso stretto** > con riferimento all'elemento utile per individuare la legge applicabile;

si parla di **criterio di giurisdizione (o di competenza)** > con riferimento all'elemento utile per individuare la giurisdizione. L'importante, però, è sapere che i meccanismi sono analoghi: c'è sempre l'individuazione di un elemento, che serve a localizzare la fattispecie, per collegarla con un certo ordinamento.

Tra l'altro, molti dei criteri di collegamento sono gli stessi, quindi quanto si dirà in proposito varrà, tendenzialmente, sia quando l'elemento sia individuato per stabilire la legge applicabile, sia quando esso sia individuato per stabilire la giurisdizione.

Quindi, quando affronteremo l'argomento della giurisdizione, non ci sarà bisogno di riprendere in mano questi criteri, ove siano analoghi.

Es. 1) cittadinanza; 2) residenza. Quanto si dirà a proposito di tali criteri di collegamento in relazione all'individuazione della legge applicabile, varrà, allo stesso modo, per l'individuazione della giurisdizione. Partiamo dall'esame dei principali criteri che impiega la l. 218/1995.

1) **Criterio della cittadinanza (o della legge nazionale del soggetto):** criterio più impiegato nella l. 218/1995, in particolare, per tutto ciò che riguarda diritti della persona (es. norme che riguardano: capacità; diritti della personalità) e per i rapporti personali. L'ampio impiego di tale criterio si deve al fatto che si risente di un'impostazione (che già c'era nell'ordinamento italiano quando ancora si applicavano le disposizioni preliminari al codice civile) che deriva dall'importante studioso del diritto ed internazional-privatista Mancini, che aveva sostenuto come fosse preferibile, in un contesto come quello italiano, applicare il criterio della cittadinanza.

Tale criterio si fonda sulla volontà di tenere legati i soggetti all'ordinamento di cui hanno la nazionalità, anche se magari non vivono più in tale paese.

L'idea è quella di continuare a disciplinare i diritti del soggetto od i rapporti personali che egli intrattiene secondo la legge del paese di cui è cittadino, indipendentemente dai suoi eventuali spostamenti. Secondo la logica bilaterale, di cui prima si è detto, ciò vale: sia per soggetti italiani residenti o domiciliati all'estero, cui si applica la legge italiana; sia per soggetti cittadini stranieri residenti o domiciliati in Italia, cui si applica la legge nazionale del soggetto (dunque: diversa da quella italiana).

La logica è quella di voler garantire una maggiore stabilità della legge applicabile, perché la nazionalità può cambiare più raramente rispetto al domicilio od alla residenza.

Un'altra ragione che portava a privilegiare il criterio della cittadinanza, seppure in un periodo storico diverso rispetto a quello attuale, consisteva nel fatto che i paesi che preferivano applicare il criterio della nazionalità erano quelli a maggiore emigrazione. Così facendo, essi intendevano mantenere un legame con i soggetti cittadini del paese emigrati all'estero. Tale atteggiamento, per l'Italia, sicuramente valeva negli anni in cui sono state concepite le prime norme di diritto internazionale privato, ma non vale più oggi; difatti l'Italia non può essere definito oggi come un paese "a forte emigrazione" ma come un paese "a forte immigrazione".

Ciò comporta che si stia mettendo in discussione che ancora abbia un senso applicare il criterio della nazionalità, soprattutto in situazioni in cui: stranieri, che risiedono da anni in Italia, per certi aspetti della loro vita, preferirebbero che fosse applicata la legge del luogo in cui vivono e non del paese di origine. In questo senso si sta pensando di rivedere la l. 218/1995 (per il momento si tratta di argomentazioni dottrinali, per cui si ritiene che, un domani, quando il legislatore dovesse pensare di modificare la l. 218/1995, si potrebbe ripensare l'idea di porre al centro, come criterio, quello della legge nazionale.

Tale criterio **non** è centrale nell'ambito della disciplina posta dai regolamenti dell'UE (ove prevalgono criteri che si legano alle nozioni: o di "domicilio" o di "residenza abituale").

A livello comparatistico ivi sussiste una contrapposizione tra: a) ordinamenti, come quello italiano, che applicano in modo ampio il criterio della nazionalità e b) altri ordinamenti che, invece, preferiscono criteri di natura domiciliare.

Ciò si scontra con le esigenze di uniformità, ricercate, dal diritto internazionale privato, la cui idea è quella per cui: dal momento che le persone circolano, non si può sempre imporre la legge di un certo paese, ma si deve tenere conto del contatto che una fattispecie può avere con un altro ordinamento.

Ci si scontra, però, col fatto che le norme di diritto internazionale privato non sempre sono le stesse: alcuni ordinamenti preferiscono applicare certi criteri di collegamento; altri ordinamenti ne applicano altri, determinandosi problemi applicativi.

Esempi di norme che adottano come criterio la legge nazionale del soggetto **SONO l'art. 20, l. 218/1995** (capacità giuridica delle persone fisiche): "*1. La capacità giuridica delle persone fisiche è regolata dalla loro legge nazionale. 2. Le condizioni speciali di capacità, prescritte dalla legge regolatrice di un rapporto, sono disciplinate dalla stessa legge.*";

2) art. 24, l. 218/1995 (diritti della personalità): "*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*".

Abbiamo anche visto, però, come, talvolta, il criterio della cittadinanza (nazionalità), quando la norma si riferisca, invece che ai diritti di un soggetto, ai rapporti tra due soggetti, possa riferirsi alla cittadinanza comune a tali due soggetti.

Es. art. 29, l. 218/1995 (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".

Anche quando si tratti di rapporti tra due soggetti, talvolta resta, come criterio di collegamento, il criterio di cittadinanza di ognuno dei due: in particolare, quando sia possibile applicare la legge in modo disgiunto, perché, magari, sono valutati elementi distinti per i due soggetti.

Es. Qual è la legge applicabile alle condizioni per contrarre matrimonio? Art. 27, l. 218/1995 afferma come: "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". In tale caso, si sta parlando di un rapporto (il futuro matrimonio), ma ci stiamo chiedendo quali siano le condizioni per contrarlo. Ad ognuno dei nubendi potrebbe applicarsi una legge diversa.

Es. età minima per contrarre matrimonio: le leggi dei vari ordinamenti statali possono prevedere statuizioni diverse.

Qui può valere in modo disgiunto la condizione del raggiungimento dell'età minima, in base alla propria legge nazionale. Ad esempio, nel caso di un matrimonio tra un'italiana e un francese: per il cittadino francese, per stabilire quali siano le condizioni per contrarre matrimonio, dovrà applicarsi la legge francese; per la cittadina italiana, varranno le condizioni stabilite dall'ordinamento italiano.

(Vedremo, poi, come ci siano, in realtà, anche delle condizioni che l'ordinamento italiano pone sempre per poter contrarre matrimonio in Italia, ma si tratta di un istituto diverso).

Quindi, nell'es. appena fatto, si ha il criterio della nazionalità, applicato in maniera disgiunta, a ciascuno dei due soggetti. È possibile una tale applicazione perché qui non si sta disciplinando un rapporto, ma le condizioni che lo precedono. Non potrebbe valere lo stesso meccanismo quando si parla della legge applicabile ai rapporti personali perché, in un simile caso, la legge applicabile disciplinante diritti e doveri può essere una sola. Sarebbe difficile pensare che ciascuno debba avere diritti e doveri sanciti dal proprio ordinamento: la situazione diverrebbe caotica.

Su tale criterio della cittadinanza torneremo, perché pone una serie di problemi che analizzeremo più nel dettaglio: come si determina la cittadinanza? Che succede quando un soggetto abbia più cittadinanze?

2) **criterio della residenza o del domicilio.** Questo è utilizzato spesso dalla l. 218/1995 a fianco di quello della cittadinanza, ma praticamente mai come criterio principale per la determinazione della legge applicabile.

Talvolta è utilizzato come criterio di giurisdizione (lo vedremo all'art. 3, l. 218/1995), però, in altri casi, compare il criterio della residenza del soggetto come criterio che si aggiunge ad altri nella stessa norma. Vedremo oggi la caratteristica delle norme di conflitto che pongono più criteri di collegamento nella stessa disposizione. L'importante è distinguere tra: quando la l. 218/1995 parla di "residenza" e quando i regolamenti UE parlano di "residenza abituale". Se per la l. 218 il criterio più importante applicato è quello della legge nazionale; nei regolamenti UE il criterio più importante applicato è quello della residenza abituale.

- Il **criterio della residenza abituale** non coincide né con il concetto di "residenza", come noi possiamo intenderlo ai sensi dell'art. 43, codice civile italiano; né con il concetto di "residenza anagrafica" (risultante dai registri anagrafici).

Per spiegare tale criterio, è necessario analizzare il contesto nel quale si è giunti all'elaborazione di tale concetto.

Prima che l'UE acquisisse competenza in materia di diritto internazionale privato, vi erano strumenti diversi, attraverso i quali gli Stati cooperavano per arrivare ad adottare norme uniformi di diritto internazionale privato: convenzioni internazionali (la cui stipula è possibile tuttora). Tuttora, sono negoziate ed adottate convenzioni di diritto internazionale privato nell'ambito della **Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato**.³

Inizialmente quest'ultima non aveva carattere permanente, ma, col tempo, è stata individuata come sede stabile di negoziazione di convenzioni nelle materie del diritto internazionale privato.

Tale **Conferenza** è aperta a tutti gli Stati che intendano parteciparvi (la tendenza, infatti, è quella di mirare a raggiungere un'ampia partecipazione, con

³ La Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato è un'organizzazione inter-governamentale con sede all'Aja. Istituita nel lontano 1893 al fine di trovare soluzioni uniformi a situazioni che presentano elementi di internazionalità, la Conferenza si è trasformata con il tempo sempre più in un centro di cooperazione giudiziaria ed amministrativa internazionale nel campo del diritto internazionale privato.

convenzioni "a vocazione universale") e, da un certo periodo di tempo, è possibile l'adesione a tale Conferenza anche da parte dell'UE.

Dunque, quando si negoziano, nell'ambito della Conferenza de l'Aia, convenzioni che toccano anche materie di competenza dell'UE, la stessa Unione Europea partecipa ai negoziati.

Quindi, quando la materia sia coperta interamente da una competenza dell'UE potranno aversi convenzioni concluse dall'UE in nome dei propri Stati membri;

quando, invece (più spesso), la materia sia solo in parte coperta dalla competenza dell'UE alla negoziazione delle convenzioni partecipano sia l'UE (nell'ambito delle materie di propria competenza);

sia i singoli Stati membri (nell'ambito delle materie di propria competenza esclusiva).

- Nella **Conferenza dell'Aia**, fin dagli inizi, aveva luogo uno scontro tra: quegli ordinamenti che sostenevano che il criterio migliore da applicare fosse quello della cittadinanza (nazionalità) del soggetto e quegli ordinamenti che privilegiavano criteri di natura domiciliare. Il problema consisteva nella necessità di raggiungere un accordo, in sede negoziale, sul criterio da adottarsi. Ad eccezione di certe materie, non vi è mai stata una prevalenza dell'uno schieramento o dell'altro, ma si è giunti ad una soluzione di compromesso, consistente nell'adottare il **criterio della residenza abituale**. Le convenzioni di diritto internazionale privato, negoziate in seno alla Conferenza dell'Aia, coprono una serie di materie: protezione di minori e maggiori d'età; obbligazioni alimentari; separazione e divorzio...

Con l'adozione del criterio della residenza abituale si è inteso far sì che fosse necessario accertare, caso per caso, in via fattuale (e non giuridica) il collegamento del soggetto interessato con un particolare Stato.

Mentre il criterio della nazionalità si fonda su un legame di natura giuridica, disciplinato dalle leggi relative alla cittadinanza; **il criterio della residenza abituale si fonda su un legame di natura fattuale**: dovranno valutarsi, di volta in volta, i fattori di collegamento del soggetto interessato con un certo ordinamento, che portano ad affermare che egli risieda abitualmente in quello Stato.

Tale criterio della residenza abituale è stato adottato anche in molti regolamenti dell'UE, con la caratteristica di non essere mai definito in maniera puntuale. La mancanza di una definizione *ad hoc*, tra l'altro, non è il frutto di un'omissione, ma di una scelta consapevole degli Stati aderenti, per la volontà di non ingabbiare tale formula ("residenza abituale") entro i confini di una certa nozione, preferendo che sia il giudice, di volta in volta, a determinare quale sia l'ordinamento nel quale il soggetto risiede abitualmente.

Ciò nonostante, una definizione risulta ricavabile dalla giurisprudenza che, nel tempo, si è trovata a dover applicare tale criterio. La giurisprudenza della CGUE (Corte di Giustizia dell'UE) definisce la "residenza abituale" di un soggetto **"il luogo in cui il soggetto abbia il centro: permanente od abituale dei propri interessi, con un voluto carattere di stabilità"**. Si sottolinea il "voluto" carattere di stabilità perché uno degli elementi da valutare è l'intenzione di stanziarsi in modo stabile in un certo ordinamento.

Dunque, sussistono: un elemento fattuale (il fatto che il soggetto abbia stabilito il centro dei propri interessi in quel particolare luogo, per un certo periodo di tempo) ed elementi che fanno desumere l'intenzionalità. Ciò può servire, soprattutto, quando sia da poco tempo che un soggetto si è trasferito in un certo Stato.

Il problema, infatti, si pone, o quando un soggetto si sposti spesso o quando debba determinarsi la "residenza abituale" del soggetto in un certo momento, ma questi si sia trasferito da poco in un certo Stato.

Ivi comincia ad avere rilevanza il carattere intenzionale: **es.** nonostante possa essere intervenuto da poco tempo il trasferimento, potrebbero sussistere elementi da cui sia desumibile l'intenzione del soggetto di adibire a "centro abituale dei propri interessi" il luogo in cui si è da poco spostato.

In fattispecie che riguardano i minori il criterio che si adotta è quello della residenza abituale del minore.

A tal proposito si è sviluppata una giurisprudenza, volta a chiarire cosa debba intendersi per "residenza abituale del minore", la quale prende in considerazione vari fattori: luogo di residenza dei genitori; luogo in cui il minore frequenta la scuola; luogo in cui il minore abbia le principali relazioni

nella propria vita di tutti i giorni; intenzionalità dei genitori nello spostare la propria residenza abituale in un certo Stato.

Tale definizione, fornita dalla **CGUE**, è stata anche ripresa dalla **sent. Cass. 3680/2010**, in cui si trattava di stabilire la residenza abituale della moglie, al fine di determinare la giurisdizione (non la legge applicabile, ma il concetto è lo stesso).

In tal caso, la moglie sosteneva di essersi trasferita in modo stabile in Italia ed intendeva citare il marito, con la domanda di divorzio in Italia; d'altra parte, però, il marito continuava a vivere all'estero e, come coppia, per la maggior parte del tempo, la convivenza coniugale aveva avuto luogo a Bruxelles.

La giurisprudenza ha valorizzato il fatto che la donna abbia trasferito la propria residenza in Italia, per seguire il figlio che si iscriveva all'università in Italia.

Dunque, la residenza abituale della donna, al momento della domanda di divorzio, doveva individuarsi in Italia.

In tale sentenza, la Cass., dopo aver affermato come debba applicarsi il criterio della "residenza abituale", ha ricalcato la definizione di "residenza abituale" fatta propria dalla CGUE, come "**luogo in cui l'interessato ha fissato, con carattere di stabilità, il luogo permanente ed abituale dei propri interessi**", aggiungendo come rilevi "il luogo del concreto e continuativo svolgimento della vita personale ed, eventualmente, lavorativa".

Si sottolinea, inoltre, come rilevi il legame **effettivo**: pertanto, deve analizzarsi la sua concreta esistenza; non è sufficiente lo spostamento della residenza anagrafica. Ove, infatti, la donna avesse continuato a vivere ed a lavorare a Bruxelles, nonostante avesse registrato anagraficamente la propria residenza in Italia, non avrebbe potuto prendersi come riferimento la residenza anagrafica per determinarne la residenza abituale.

Fino a poco tempo fa, la **l. 218/1995** non applicava mai il criterio della residenza abituale, quindi in passato si riteneva che il problema dell'individuazione della "residenza abituale" non si ponesse in relazione all'ambito di applicazione di tale legge, ma solo in relazione all'ambito di applicazione dei regolamenti europei.

In seguito, però, il legislatore italiano ha rimesso mano alla **l. 218/1995**, per introdurre alcune norme per le unioni civili (nel periodo di adozione della **legge Cirinnà l. 76/2016**) ovviamente, in relazione a quelle unioni civili che presentassero elementi di transnazionalità.

Art. 32-quinquies, l. 218/1995 afferma come "*L'unione civile od altro istituto analogo, costituiti all'estero tra cittadini italiani dello stesso sesso abitualmente residenti in Italia, produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana*". Ivi si utilizza la "**residenza abituale**" per identificare una fattispecie che il legislatore vuole comunque assoggettare all'applicazione della legge italiana. Il legislatore è come se dicesse: se si tratta di cittadini italiani, abitualmente residenti in Italia, quand'anche questi vadano all'estero per contrarre matrimonio (o per costituire un simile legame), si impone, comunque, l'applicazione della legge italiana.

In questo caso, quindi, anche nella **l. 218/1995** si ricorre al **criterio della residenza abituale**, per individuare la **legge applicabile al caso concreto**.

3) Criterio della volontà delle parti. Come abbiamo visto, tendenzialmente è il legislatore a stabilire le norme di conflitto ed a determinare la legge applicabile. Di solito sono tutte ipotesi in cui il legislatore, a priori, sulla base di un certo criterio di collegamento, determina la legge applicabile alla fattispecie concreta.

Ciò nonostante, talvolta, il legislatore può decidere di rimettere alle parti la facoltà di scelta della legge applicabile (non si tratta di un obbligo). Ciò rileva particolarmente perché il legislatore, in tali casi, prevede comunque un criterio residuale, che opera se le parti non compiano la scelta.

Non sempre, però, le parti sono libere di scegliere una qualsiasi legge da applicare al rapporto che le lega.

Si distinguono 2 ipotesi: 1) scelta illimitata; 2) scelta limitata.

1) Scelta illimitata si ha quando il legislatore lascia la possibilità di scelta alle parti, senza porre limiti (le parti possono scegliere di applicare al proprio rapporto la legge di qualsiasi ordinamento anche di un ordinamento che non presenti alcun collegamento con la fattispecie).

Tale ipotesi è prevista tipicamente **in materia contrattuale**. Studieremo la questione della legge applicabile ai contratti, disciplinata da un regolamento UE, e vedremo come il principale criterio adottato sia quello della "scelta illimitata" rimessa alle parti, in relazione alla legge applicabile al contratto che le lega.

Es. potrebbe aversi un contratto di compravendita concluso tra una società italiana ed una società tedesca, per cui la società italiana vende determinati beni, prodotti in Italia, alla società tedesca.

Le parti potrebbero stabilire come, nell'ambito di tale rapporto, debba applicarsi la disciplina contrattuale inglese, perché, magari, la legge inglese soddisfa maggiormente l'interesse di entrambe.

Dunque, nell'ambito della contrattualistica internazionale, si lascia un'ampia libertà di scelta alle parti circa la legge da applicare.

In altri contesti, invece, si rimette, comunque, alle parti la facoltà di scegliere la legge applicabile, ma la scelta è **limitata** a determinate leggi che presentino collegamenti con la fattispecie.

Es. in relazione ai rapporti patrimoniali tra coniugi (art. 30, l. 218/1995).

Tale norma, comunque, ha applicazione temporale limitata, perché via via gli ordinamenti degli Stati membri dell'UE dovranno conformarsi ad un regolamento europeo già in vigore.

Si è fatta, dunque, salva la portata intertemporale di alcune disposizioni nazionali.

Art. 30, c. 1, l. 218/1995 -> "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: (a) di cui almeno uno di essi è cittadino o (b) nel quale almeno uno di essi risiede [...]". I coniugi, quindi, per regolare i propri rapporti patrimoniali, non possono scegliere la legge di qualsiasi Stato. Es. due coniugi francesi residenti in Italia non possono scegliere di regolare i propri rapporti patrimoniali in base alla legge americana.

I coniugi hanno facoltà di scelta nell'applicare la legge dello Stato: di cui almeno uno di essi è cittadino (infatti potrebbe darsi il caso che i due abbiano nazionalità diversa) o nel quale almeno uno di essi risiede (infatti essi potrebbero risiedere in Stati diversi).

La scelta ha il vantaggio di rendere immutabile la legge applicabile alla particolare fattispecie.

Si è visto come alcuni criteri, per loro natura, individuano elementi della fattispecie che possono mutare nel tempo (es. cittadinanza). Una volta compiuta la scelta, la legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi rimarrà la medesima, indipendentemente da eventuali mutamenti dei suddetti elementi.

4) Criterio del collegamento più stretto (si troverà e si approfondirà in altri contesti).

Si tratta del tipico **criterio flessibile**, nel senso che lascia al giudice l'onere di stabilire l'ordinamento con cui la fattispecie presenta il collegamento più stretto. Una previsione, da parte del legislatore, dell'applicazione di tale criterio va a scapito della prevedibilità (diviene più difficile prevedere quale sarà la statuizione del giudice circa la legge concretamente applicabile, a seconda di quale sia l'ordinamento con cui la fattispecie presenti il collegamento più stretto), però ha connotazioni anche favorevoli, poiché riesce a far sì che si raggiunga realmente l'applicazione della legge maggiormente collegata con la fattispecie.

Nella **l. 218/1995** non è mai impiegato come criterio principale, ma come criterio aggiuntivo, che fornisce la soluzione in questioni problematiche relative alla legge applicabile.

Es. artt. 18 (ordinamenti plurilegislativi) e 19 (apolidi; rifugiati e persone con più cittadinanze), **l. 218/1995**.

5) Criterio del luogo in cui la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata

Trattasi di un **criterio flessibile**. **Art. 29, l. 218/1995 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".

Tale criterio nasce con la **l. 218/1995** (non era adottato in precedenza nell'ordinamento italiano e non è neanche diffuso negli ordinamenti di altri Stati) e cerca di applicare l'idea del collegamento più stretto, però nel contesto della vita matrimoniale dei coniugi.

Pertanto, non si valorizza qualsiasi elemento della fattispecie, ma solo quelli utili a determinare la localizzazione della vita matrimoniale.

Dunque, avrà un'importanza centrale il luogo in cui i coniugi risiedano e/o abbiano risieduto, ma la giurisprudenza esclude che vi sia necessariamente una coincidenza col luogo in cui la vita matrimoniale risulta prevalentemente localizzata, altrimenti il legislatore lo avrebbe appositamente previsto.

Trattasi di una di quelle valutazioni che il giudice deve compiere caso per caso, tenendo conto dei vari fattori rilevanti nell'intero arco della vita matrimoniale.

Tale criterio è stato ripreso dalle norme sulle unioni civili (art. 32-ter, c. 4, l. 218/1995), semplicemente mutando la terminologia: invece di parlare di "prevalente localizzazione della vita matrimoniale", si è parlato di "prevalente localizzazione della vita comune".

L'applicazione di tale criterio, in generale, risulta abbastanza residuale: infatti interessa essenzialmente i rapporti personali tra coniugi, ma si ricorre a criteri diversi per: rapporti patrimoniali; separazione e divorzio (la disciplina di tali istituti, infatti, si rintraccia in un regolamento UE).

Ciò nonostante, tale criterio riacquista vigore in relazione alle unioni civili (come detto, all'art. 32-ter, c. 4), rilevando ai fini della disciplina: sia dei rapporti personali; che di quelli patrimoniali ma solo ove disposto dal giudice, su richiesta di una delle parti [Altrimenti art. 32-ter, c. 4, 1o periodo:

"I rapporti personali e patrimoniali tra le parti sono regolati dalla legge dello Stato davanti alle cui autorità l'unione è stata costituita"].

Es. Sent. Cass. 2011 ha applicato a due soggetti la legge canadese, valorizzando elementi quali: il luogo in cui fossero stabiliti il centro principale degli interessi e degli affetti e la residenza familiare, valutati nell'intero arco della vita matrimoniale.

Criterio successivo, che si applica solo quando non possa operare il criterio principale della legge nazionale comune ai due coniugi⁴.

CRITERI MARGINALI:

⁴ *(vedi al paragrafo "norme di diritto internazionale privato che, al loro interno, contengono più criteri di collegamento", in materia di concorso successivo).

6) **legge del luogo di costituzione del rapporto** (criterio avente un impiego esiguo nella l. 218/1995).

N.B. non si applica, in relazione ai contratti, il criterio della legge del luogo di stipula (dunque, di costituzione del rapporto).

Tale criterio rileva:

a) in materia societaria art. 25, l. 218/1995 (società ed altri enti): valorizza espressamente il luogo di perfezionamento del procedimento di costituzione della società, come criterio per la determinazione della legge applicabile;

e b) con riferimento alle unioni civili art. 32-ter, c. 4, 1o periodo, l. 218/1995

(unione civile tra persone maggiorenni dello stesso sesso) valorizza il luogo di costituzione dell'unione civile, come criterio per la determinazione della legge applicabile, in relazione ai rapporti personali e patrimoniali.

7) **criterio della legge del foro** (criterio di coincidenza tra *forum* e *ius*)

non si rintraccia nella l. 218/1995, ma solo in convenzioni internazionali (in particolare quelle riguardanti la tutela dei minori, ove, in genere, il criterio centrale è quello della residenza abituale del minore ed il giudice applica la propria legge) e regolamenti UE.

Es. Se si è dinanzi al giudice italiano, si applica la legge italiana.

Tale criterio non è valorizzato nell'ordinamento italiano, a differenza di altri Stati.

Norme di diritto internazionale privato (di conflitto) che, al loro interno, contengono più criteri di collegamento

La coesistenza di più criteri di collegamento può sussistere: sia in norme relative alla legge applicabile;

sia in norme relative alla giurisdizione. Devono farsi considerazioni diverse, però, tra i due tipi di norme suddetti.

Infatti, per quanto attiene alle norme relative alla giurisdizione, può accadere che convivano diversi criteri e che l'attore sia libero di scegliere davanti quale giudice adire (tra i vari ritenuti competenti): "*forum shopping*" (formula usata per indicare la scelta, da parte dell'attore, di quale giudice adire, quando i criteri consentano di attribuire competenza giurisdizionale a giudici diversi).

Non può accadere la stessa cosa con riferimento alla legge applicabile!

Infatti, il criterio applicabile per la particolare fattispecie sarà uno ed uno solo, a meno che non si attribuisca facoltà di scelta alle parti (ma a quel punto, anche in quel caso, la scelta ricadrà su una sola legge applicabile).

Dunque, in relazione alla legge applicabile, alla fine, dovrà individuarsi una sola legge che disciplini il particolare rapporto.

Quando vi siano, all'interno di una stessa norma di conflitto, più criteri di collegamento si parla di **concorso di criteri di collegamento**. Si distinguono 2 diverse ipotesi, a seconda del rapporto esistente tra criteri di collegamento posti all'interno della medesima norma di conflitto:

1) concorso SUCCESSIVO; 2) concorso ALTERNATIVO.

1) Concorso SUCCESSIVO sussiste quando si abbia un criterio principale ed un criterio successivo, che opera solo nel caso in cui non possa operare quello principale.

Es. 1) Art. 29, l. 218/1995 (Rapporti *personali* tra coniugi):

criterio PRINCIPALE (c. 1) è dato dalla **legge nazionale comune ai due coniugi**;

criterio SUCCESSIVO (c. 2) è dato dal **luogo in cui la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata** (*).

Nel caso di specie, il criterio principale non può operare: a) quando i due coniugi abbiano più cittadinanze comuni o b) quando non abbiano alcuna cittadinanza comune.

In altri casi, il legislatore utilizza l'espressione "in mancanza [...]".

Riepilogando, ivi si ha una norma di conflitto, che presenta al suo interno due criteri e formulata in maniera tale da lasciar intendere come sussista un criterio principale ed uno subordinato (residuale), il quale troverà applicazione solo in caso di inapplicabilità del primo.

Es. 2) Art. 26, l. 218/1995 (Promessa di matrimonio):

" La promessa di matrimonio e le conseguenze della sua violazione sono regolate dalla legge nazionale comune dei nubendi, o, **in mancanza**, dalla legge italiana" (significato dell'espressione "in mancanza":

"quando non si possa applicare il criterio principale della legge nazionale comune").

In questo caso il criterio non è più perfettamente bilaterale, perché si dice "in mancanza, si applica la **legge italiana**".

2) **Concorso ALTERNATIVO** sussiste quando si abbiano più criteri di collegamento, ma tutti collocati sullo stesso piano, non essendovene uno principale ed uno subordinato.

Ci si potrebbe chiedere, allora, perché può darsi una simile ipotesi, se, poi, la legge applicabile deve essere una sola? Perché lo scopo, in tal caso, è quello di raggiungere un certo risultato. Purché tale risultato sia raggiunto, si può ricorrere all'uno od all'altro criterio tra quelli elencati dalla norma di conflitto (e, dunque, all'applicazione dell'una o dell'altra legge).

Tipico caso in cui il legislatore ricorre a tale tecnica è quando intenda garantire la validità formale di un certo atto.

Quindi deve ritenersi formalmente valido il particolare atto, ove sia considerato valido da una delle leggi degli ordinamenti menzionati nella norma (es. dello Stato X; dello Stato Y...).

Sarà sufficiente dimostrare la validità formale dell'atto in relazione alla legge di uno degli Stati elencati, per non dubitare più della sua validità in generale.

Es. Art. 28, l. 218/1995 (forma del matrimonio)

(una delle norme riguardanti la forma degli atti) " 1. Il matrimonio è valido, quanto alla forma, se è considerato tale: a) dalla legge del luogo di celebrazione (ipotesi più comune) o b) dalla legge nazionale di almeno uno dei coniugi al momento della celebrazione o c) dalla legge dello Stato di comune residenza in tale momento [...]".

L'intento del legislatore italiano, in questo caso, è quello di raggiungere il risultato della validità formale dell'atto matrimoniale. Dunque, ad es., quand'anche il matrimonio non fosse formalmente valido in relazione alla

legge del luogo di celebrazione dello stesso, è da considerarsi tale ove rispetti le norme: della legge nazionale di almeno uno dei coniugi al momento della celebrazione o della legge dello Stato di comune residenza in tale momento.

Sussiste un *favor validitatis*. È avvantaggiato chi voglia sostenere la validità formale.

Il coniuge che intenda dimostrare la validità formale del matrimonio è sufficiente che dimostri il rispetto delle disposizioni di una delle leggi menzionate nell'elenco di cui all'art. 28, l. 218/1995.

Diversamente, il coniuge che intenda dimostrare l'invalidità formale sopporterà un onere probatorio più gravoso, dovendo dimostrare la non validità dell'atto matrimoniale rispetto a tutte le ipotesi elencate allo stesso art. 28, l. 218/1995.

Lo stesso metodo (anche se non andiamo ad analizzarlo) segue il legislatore, ponendo sullo stesso piano più criteri (**concorso alternativo**) in materia di filiazione (artt. 33 e ss. l. 218/1995), per favorire lo stabilimento del rapporto di filiazione. Si va a ricercare una delle leggi indicate, purché garantisca di stabilire l'esistenza di un rapporto di filiazione, perché si ritiene più favorevole per l'interesse del figlio.

Altro es. in cui le leggi sono poste tutte sullo stesso piano si ha quando sia attribuita alle parti: facoltà di scelta limitata in relazione alla legge applicabile al rapporto che le lega.

CRITERIO di collegamento della CITTADINANZA

Proseguiamo con l'argomento trattato finora, concentrandoci in particolare sul criterio di collegamento relativo al **criterio della cittadinanza** e concentrandoci sulle problematiche che si legano all'utilizzo di questo criterio. Finora ho sempre trattato questioni molto teoriche, ora iniziamo a calare un po' le questioni anche negli aspetti un po' più pratici.

L'argomento centrale è la **questione del criterio della cittadinanza** soprattutto nelle ipotesi problematiche dell'applicazione di questo criterio, in particolare, con riferimento a **soggetti che non hanno una cittadinanza (apolidia)** o soprattutto (ed è qui che ci concentreremo maggiormente) nel **caso di doppia o plurima cittadinanza**.

Vedremo cosa succede e come si risolvono questi problemi.

Prima di parlare di questo, facciamo un passo indietro, riprendendo un aspetto già accennato che diventa importante ora con riguardo ai criteri di collegamento e che riguarda un po' più in generale l'opera che deve fare l'operatore giuridico che sia l'avvocato o che sia il giudice che si confrontano con una fattispecie che presenta elementi di internazionalità.

Abbiamo già visto che la prima operazione di qualificazione è quella di individuare la norma di conflitto e, quindi, da una fattispecie concreta che abbiamo in mano dobbiamo valutare quali sono gli elementi della fattispecie che ci servono per individuare la norma di conflitto.

È un'operazione che è del tutto analoga a quella che si fa con le norme di diritto sostanziale, del codice civile o di leggi speciali.

Quindi devo ricondurre la fattispecie concreta alla fattispecie astratta con la differenza che nella norma di conflitto la fattispecie astratta individuata nella norma di conflitto poi non è disciplinata nella sostanza, ma semplicemente c'è un criterio di collegamento che rinvia alla legge applicabile.

Questa operazione della qualificazione, ai fini dell'applicazione della norma di conflitto, deve essere fatta ovviamente quando si tratta di una norma di conflitto italiana posta in particolare nella l. n. 218/95. Si dovrà fare riferimento a come noi concepiamo quegli istituti nell'ordinamento italiano perché, per esempio, se la norma di conflitto italiana parla di rapporto personale tra coniugi o parla di matrimonio o di donazione ovviamente il concetto lo qualificherò come è qualificato nell'ordinamento interno perché è una norma di diritto internazionale privato posta dal legislatore italiano. Quindi, il legislatore italiano, quando parla di donazione, ne parla allo stesso modo di quando ne parla nelle norme di conflitto e di quando ne parla nel codice civile.

Ovviamente non dobbiamo ragionare così quando prendiamo, invece, norme di conflitto che non sono poste dal legislatore italiano, ma sono poste o in una Convenzione internazionale o in un regolamento.

Lì bisogna tener conto dell'origine internazionale della fattispecie, della norma e, quindi, quando una Convenzione internazionale parla di donazione, non posso dare per scontato che quel termine lo debba interpretare esattamente come noi lo interpretiamo. Questo argomento, che fa parte del diritto internazionale, rientra in quelle idee di interpretazione ed applicazione

delle Convenzioni internazionali; è un profilo applicativo di un qualcosa che avete già visto nel campo del diritto internazionale dove si dice che i termini utilizzati in una Convenzione internazionale non è che poi possono essere interpretati in modo unilaterale dagli Stati per cui, calandosi nella realtà del diritto internazionale privato, anche per le Convenzioni del diritto internazionale privato vale questa regola.

Perciò quando si parla di donazioni o successioni non è che ogni Stato può interpretare quel termine come lo interpretiamo all'interno dell'ordinamento perché andrebbe a discapito dell'uniformità della Convenzione, tant'è vero che per i termini un po' più controversi e complicati, di solito, le Convenzioni al loro interno danno delle definizioni, contengono delle disposizioni volte a dare la definizione dei termini proprio per evitare un'interpretazione disomogenea.

Venendo ai regolamenti, fonti che oggi ci troviamo più facilmente ad applicare, anche in essi vale la regola per cui noi dobbiamo seguire quella che è un'interpretazione finalizzata *all'applicazione uniforme* del regolamento e qui la Corte di giustizia ha sempre utilizzato il concetto di "*interpretazione autonoma*", cioè il termine impiegato in un regolamento va interpretato con un'interpretazione autonoma finalizzata all'applicazione del regolamento e quindi scollegata a quello che il termine può voler dire nei singoli ordinamenti degli Stati membri.

Esempi: quando i regolamenti e i vari atti dell'Unione parlano di "consumatore" noi abbiamo una interpretazione autonoma del consumatore ormai stratificata nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, quindi, sarebbe sbagliato andare nei vari ordinamenti a interpretare in modo difforme la nozione di consumatore; si deve prendere quella oramai data a livello di Unione Europea quando applico un atto dell'unione dove compare il riferimento al consumatore.

Questo vale anche per la nozione di "obbligazione alimentare" e abbiamo un regolamento in materia. Qui la giurisprudenza italiana all'inizio ha fatto un po' di confusione e abbiamo un problema: il regolamento disciplina gli alimenti, ma intendendo con il termine "alimenti" quello che nel nostro ordinamento è un concetto più ampio di obbligo di mantenimento.

Il concetto di alimenti in senso stretto nel nostro ordinamento è molto più restrittivo, si tratta proprio di garantire solo la sussistenza.

Ci interessa perché, esposto questo problema della qualificazione, se andiamo ad applicare il regolamento in materia di alimenti, dobbiamo andare a vedere cosa si intende con il termine alimenti o obbligazione alimentare ai fini del regolamento e non dare per scontato che voglia dire quello che nel nostro ordinamento vuol dire alimenti perché sarebbe un errore.

All'inizio, infatti, la giurisprudenza italiana aveva interpretato il termine in modo errato basandosi su quello che valeva nel nostro ordinamento.

Poi, una volta fatta l'operazione di qualificazione e individuata la norma di conflitto (su cui abbiamo visto come esempio il problema che riguarda i reciproci diritti e doveri dei coniugi, so che c'è una norma che riguarda i rapporti personali fra coniugi e faccio questa qualificazione per determinare quale è la norma di conflitto rilevante), abbiamo visto che lì c'è un criterio di collegamento che richiama una legge che potrebbe essere una legge straniera e allora lì si tratta di fare la **seconda qualificazione**, cioè andare a vedere in quell'ordinamento come quella fattispecie viene qualificata per andare poi a cercare la normativa di riferimento.

Queste sono cose già dette ma che riguardano la qualificazione della fattispecie ai fini dell'individuazione della legge applicabile.

Ora ci spostiamo su un altro tema che riguarda sempre un problema di qualificazione, ma del criterio di collegamento.

Abbiamo visto i principali criteri di collegamento e che questi criteri utilizzano dei concetti (di residenza, di domicilio, di cittadinanza). Anche per questi concetti si pone un problema di come qualificarli, in base a quale ordinamento qualificarli e anche qui ci dobbiamo basare su delle regole per cui, quando io ho un concetto espresso in una norma di conflitto italiana, vale anche per il criterio di collegamento quello che dicevo prima per l'individuazione della fattispecie: quando si parla di "residenza", intendo residenza come disciplinata dal codice civile; quando parlo di "domicilio" faccio riferimento a come mi definisce il domicilio il codice civile all'art. 43 cioè "*luogo in cui ha stabilito la sede principale dei suoi affari ed interessi*".

Questo modo di qualificare il criterio di collegamento, cioè fatto in base all'ordinamento nazionale perché si tratta di una norma di conflitto nazionale, viene identificato come **metodo della qualificazione in base alla *lex fori***, quindi il giudice che applica una norma di conflitto del foro, anche per i criteri di collegamento, utilizzerà la tecnica della qualificazione in base alla *lex fori*, cioè impiegando i termini per come sono interpretati nel foro.

Anche qui, quando andiamo invece ad applicare un regolamento dell'unione, anche nei criteri di collegamento non dobbiamo basarci sulla definizione che viene data all'interno dell'ordinamento, devo prima vedere cosa mi dice il regolamento. Abbiamo già visto ad esempio che la residenza abituale ha una sua connotazione, non trova una definizione da nessuna parte, ma io so che la devo interpretare come ormai la giurisprudenza applicativa sia delle Convenzioni sia dei regolamenti mi dice di applicare, diversamente dalla residenza anagrafica o dalla residenza come definita nel codice civile.

Per quanto riguarda il domicilio, i regolamenti talvolta (e vedremo il regolamento che impiega questo criterio, il regolamento del domicilio, in particolare il regolamento 1215 c.d. *Bruxelles 1*, in cui è utilizzato il criterio del domicilio, ma è il regolamento stesso che ci dirà come applicarlo) ci dicono come interpretare e applicare un criterio del genere. Se io voglio ricavare la regola comune questa non esiste, ma la regola è quella di vedere prima di tutto cosa dice il regolamento per le varie nozioni impiegate.

Arriviamo alla fine al **criterio della cittadinanza**. Perché tutta questa premessa?

Perché il criterio della cittadinanza fa regola a sé stante su queste regole della qualificazione perché l'ordinamento italiano mi può dire come intendere il domicilio, la residenza dando una loro definizione e poi io posso applicarla a qualunque soggetto.

Non posso fare questo ragionamento con il criterio della cittadinanza perché un ordinamento può solo dire chi ha o non ha la propria cittadinanza, ma non può dare i propri criteri, non può qualificare la propria cittadinanza imponendo la sua nozione e applicazione anche per determinare la cittadinanza in altri Paesi. L'ordinamento italiano mi può solo dire chi ha cittadinanza italiana e chi non ce l'ha.

Se poi per un soggetto devo andare a vedere se ha la cittadinanza di un altro Stato, dovrò stabilirlo in base alla legge di quello Stato. Quindi, non posso dare una definizione univoca di cittadinanza che possa poi applicare unilateralmente anche alle cittadinanze di altri Stati (come si può fare per il concetto di domicilio o di residenza). L'Italia non potrebbe dire "per me è cittadino italiano chi nasce da madre o padre italiani per cui chi nasce da madre o padre americani è cittadino americano", farebbe un errore clamoroso perché è la legge americana a stabilire chi è cittadino e con quali criteri.

Per il criterio di cittadinanza, la regola è che ogni ordinamento ha le sue leggi per attribuire la cittadinanza e che quando io devo determinare la cittadinanza di un soggetto lo devo fare di volta in volta in base a quello che mi dice quell'ordinamento di cui sto valutando se quel soggetto ha o no la cittadinanza.

L'ordinamento italiano quindi stabilisce dei criteri per attribuire la cittadinanza italiana. Se invece ho una fattispecie in cui un soggetto non ha la cittadinanza italiana, ma ha una cittadinanza straniera, spesso non è contesa questa questione, la si dà per provata con un qualsiasi documento probatorio che dimostra che quel soggetto ha la cittadinanza, ma se dovesse nascere una contestazione anche su quel punto, chiaramente lo si deve dirimere in base alla legge di cui io sto valutando la cittadinanza.

Due parole sulle regole principali che il diritto internazionale pone con riguardo alla cittadinanza: ogni Stato è libero di attribuire come meglio crede la cittadinanza, non ci sono regole di diritto internazionale per l'attribuzione o revoca della cittadinanza, quindi c'è la piena libertà della disciplina. Il diritto internazionale lascia completamente liberi gli Stati.

Spostandoci, invece, sul piano del diritto dell'Unione Europea, anche nel diritto UE è garantita la libertà degli Stati membri di disciplinare la cittadinanza come meglio credono e di attribuire in base ai criteri che decidono senza avere dei limiti/imposizioni; si fa sempre riferimento alla sentenza Micheletti del 1992 dove la Corte di Giustizia ha affermato in modo netto e chiaro la libertà degli Stati Membri di attribuire e disciplinare la cittadinanza come meglio credono.

Chiaramente poi ci sono i risvolti che comportano l'automatica acquisizione: una volta acquisita la cittadinanza di uno Stato membro, si acquisisce automaticamente la cittadinanza dell'Unione con tutti i diritti connessi.

In Italia, il criterio principale seguito è quello del c.d. *ius sanguinis*, cioè di acquisizione della cittadinanza per discendenza, quindi, si è cittadini italiani in quanto discendenti da cittadino italiano.

Ci sono ipotesi del tutto eccezionali per cui viene attribuita la cittadinanza per *ius soli*, cioè per nascita nel territorio italiano, ma sono ipotesi eccezionali che vanno di solito a rimediare al risvolto negativo che si potrebbe avere in certe circostanze nell'applicare il criterio dello *ius sanguinis*, cioè nei casi in cui si rischierebbe l'apolidia, in cui il soggetto rischia di non avere una cittadinanza per effetto del criterio dello *ius sanguinis* quindi sono ipotesi assolutamente residuali ed eccezionali che hanno questo scopo di evitare che il soggetto si ritrovi privo di cittadinanza.⁵

Quello che si cerca sempre di evitare è che il soggetto sia **apolide**, cioè che non abbia cittadinanza.

Può succedere con il gioco incrociato di leggi diverse per l'attribuzione della cittadinanza quando, per esempio, nasco da genitori di cui non acquisto la cittadinanza perché quell'ordinamento non attribuisce *ius sanguinis* (es. Stati Uniti), ma per il gioco per cui alcuni ordinamenti poi non mi attribuiscono la cittadinanza per il semplice fatto della nascita, rischio per questo incrocio di diverse legislazioni di non avere la cittadinanza né di un ordinamento né di un altro. Come si risolve?

Tutti gli ordinamenti adottano norme residuali che intervengono proprio per risolvere il problema e inoltre vi è una *Convenzione del 1961* volta proprio a ridurre i casi di apolidia, quindi gli Stati concordano tra loro delle regole per cercare di risolvere i problemi ed evitare i casi di apolidia.

⁵ C'era un disegno di legge presentato per favorire l'acquisto sulla base dello *ius soli*, in particolare pensando ai bambini, ai minori nati in Italia, per consentirgli di acquisire la cittadinanza; non è mai stato proposto uno *ius soli secco* nel senso che la nascita in Italia comporterebbe subito l'acquisizione della cittadinanza italiana. Si era proposto un c.d. *ius soli temperato*, nel senso di prevedere la possibilità di acquistare la cittadinanza con la nascita in Italia e dopo aver completato un certo percorso di studi.

In realtà, poi questi disegni di legge sono tutti naufragati e quindi ancora oggi la legge è quella del 1992 con alcune modifiche su alcuni aspetti.

Anche se gli Stati ci mettono la buona volontà, restano dei casi in cui vi è un soggetto apolide e allora noi andremo a vedere che succede quando il soggetto è apolide e il giudice si ritrova ad applicare la norma di conflitto che gli dice che "si applica la norma nazionale del soggetto", ma se questa non c'è come faccio?

Lo vedremo.

Altra circostanza che si può verificare è quella di avere più cittadinanze.

Qui a livello storico è interessante vedere la differenza: c'è stato un periodo in cui si cercava di evitare la doppia cittadinanza, cioè gli Stati adottavano delle misure per disincentivare il fenomeno della doppia cittadinanza; molto spesso gli Stati stabilivano una regola per cui se il soggetto avesse acquisito una cittadinanza di un altro ordinamento avrebbe perso quella originaria. Questa era una tipica regola avente proprio lo scopo di evitare la doppia nazionalità, non era ben vista. Anzi, anche in questo caso c'era una *Convenzione di Strasburgo del 1963*, in cui gli Stati concludono una Convenzione per eliminare o cercare di ridurre i casi di cittadinanza doppia o plurima.

Quindi, così come si è conclusa una Convenzione per evitare l'apolidia, si era conclusa anche una Convenzione per cercare di evitare i casi di doppia o plurima cittadinanza, però in questo, nel tempo, la percezione è cambiata: gli Stati hanno cominciato prima a tollerare le doppie cittadinanze e poi, soprattutto per venire incontro alle esigenze delle persone, è cambiata la percezione, per cui si è perso questo disvalore della doppia cittadinanza venendo oggi vista spesso come un vantaggio per il soggetto.

Inoltre, questa Convenzione ha visto nel tempo varie denunce di Stati che volevano o sottrarsi all'applicazione oppure, come nel caso dell'Italia, fare una denuncia (o recesso) parziale, cioè solo per escludere l'applicazione di alcune norme, tra cui quella dell'automatismo della perdita della cittadinanza.

Tutto questo per dire che sono sempre più frequenti i casi di cittadinanza doppia o plurima e questo inevitabilmente si pone come questione che un sistema di diritto internazionale privato deve porsi e risolvere, soprattutto un sistema che pone come al centro del suo ordinamento il criterio principale della legge nazionale del soggetto.

Allora andiamo a vedere intanto come si risolve la questione dell'apolidia e di una situazione assimilata, quella dei rifugiati e poi ci concentriamo sulla doppia cittadinanza.

Con riferimento alla l. n. 218, troviamo la questione relativa alle situazioni in cui diventa problematica l'applicazione del criterio della nazionalità all'art. 19 che, di fatto, conclude la parte sulle questioni generali del diritto internazionale privato.

Gli articoli dal 13 al 19 rientrano nelle disposizioni generali della l. n. 218 e riguardano la risoluzione di questioni problematiche che si possono porre in relazione all'individuazione della legge applicabile.

Che succede quando la legge richiama la legge nazionale di un soggetto e questa persona è apolide oppure è un rifugiato?

Mentre l'ipotesi dell'apolidia è abbastanza rara, è molto più probabile che nel nostro ordinamento si ponga la questione del rifugiato. Il rifugiato non è che non ha una nazionalità, non è assimilato alla situazione dell'apolide perché non ha una nazionalità, ce l'ha, ma l'ordinamento ritiene inopportuno applicare la legge nazionale di un soggetto che è fuggito ed ha quindi acquisito nel nostro ordinamento lo *status* di rifugiato proprio perché fugge da persecuzioni nel proprio ordinamento.

È un criterio di opportunità, cioè si ritiene inopportuno applicare la legge nazionale.

La soluzione è la stessa: applicare la legge dello Stato del domicilio o, in mancanza, la legge dello Stato di residenza.

Qui ci sono già cose che abbiamo detto: abbiamo un criterio che viene indicato da una norma in sostituzione di quello della legge nazionale che mi darebbe la norma di conflitto e il criterio è quello del domicilio, ma si dice anche che, in mancanza, vi è la legge dello Stato di residenza, quindi, ho un esempio di concorso successivo di criteri, prima valuto il criterio del domicilio, se non ha un domicilio o non posso determinarlo, criterio della residenza.

Questa soluzione è conforme anche a quello che dicono le convenzioni internazionali in materia di trattamento degli apolidi e dei rifugiati: *Convenzione di New York del '54* sullo status di apolidi e la *Convenzione di Ginevra del '51* sullo status di

rifugiati. In questi casi, in cui si dovrebbe dare rilevanza alla cittadinanza, si dà invece rilevanza al domicilio e alla residenza.

La Convenzione di New York darebbe anche una definizione di apolide come “colui che nessuno Stato considera proprio cittadino in applicazione delle proprie leggi”.

Una sentenza della Cassazione italiana del 2013 ha chiarito e ribadito un principio (che era già stato affermato sempre dalla Cassazione nel 2008) per cui, in realtà, non si deve guardare solo a chi ha perso la cittadinanza dal punto di vista formale, cioè non è necessario che ci sia stato per forza un provvedimento di revocazione della cittadinanza per avere lo status di apolide, ma può darsi anche che il soggetto sia di fatto *sostanzialmente apolide* perché egli è stato privato di tutta una serie di diritti con il risultato che di fatto è come se fosse stato privato della nazionalità.

C'è un caso del 2013 che riguardava un cittadino cubano che, in applicazione di una legge cubana che comportava la privazione di tutti i diritti connessi allo status di cittadino come conseguenza della emigrazione, perdeva tutti i diritti collegati a suo status di cittadino, quindi *formalmente* non era una privazione della cittadinanza, rimaneva formalmente cittadino cubano, ma gli venivano sottratti tutti i diritti connessi all'essere cittadino cubano, quindi la Cassazione sostiene che è come se gliel'avessero tolta la cittadinanza, quindi è apolide, di conseguenza si determinano tutte le conseguenze del caso.

Veniamo alla questione della **doppia o plurima cittadinanza**.

- Che succede quando applico i *regolamenti*?

Una regola generale è che ogni regolamento dell'Unione che regola la legge applicabile ha le sue norme applicabili sulle questioni generali, quindi quando pongo una questione generale di diritto internazionale privato, noi sappiamo che la l. n. 218 dà le sue soluzioni, i regolamenti danno le loro soluzioni.

Che succede in relazione alla cittadinanza? Qui i regolamenti hanno un atteggiamento non proprio lineare, è uno di quei casi in cui non si adotta sempre la stessa soluzione nei vari regolamenti. Intanto, bisogna dire che non tutti i regolamenti sulla legge applicabile adottano come criterio quello della cittadinanza e perciò, laddove un regolamento non adotta il criterio della cittadinanza, il problema della doppia cittadinanza non si pone. Ma **nei regolamenti in materia di famiglia e successioni** (regolamenti riguardanti

la legge applicabili a separazione e divorzio, obbligazioni alimentari, successioni, rapporti patrimoniali fra coniugi), **il criterio della cittadinanza comparare** e allora, laddove compare, bisogna sempre porsi il problema di capire cosa succede quando il soggetto ha doppia o plurima cittadinanza.

Qui dobbiamo distinguere: in generale, quando il criterio della cittadinanza si pone in relazione alla facoltà delle parti di scegliere una legge, di solito, non si pone proprio come vero e proprio problema perché si può dare ai soggetti la scelta dell'una o dell'altra cittadinanza.

Ad esempio, in materia di successioni, il *de cuius* può scegliere la legge applicabile alla sua successione e può scegliere la legge della propria nazionalità; la norma stessa dice che se ha più nazionalità può scegliere una o l'altra e la relativa legge.

Negli altri casi, quando si tratta di applicare un criterio relativo alla legge di cittadinanza, i regolamenti di solito, non hanno dato una soluzione al problema della cittadinanza doppia o plurima, ma hanno fatto rinvio alla legge interna del foro, del giudice dove si sta svolgendo il procedimento.

Quindi non si è riusciti ad adottare una soluzione uniforme/comune al problema della doppia cittadinanza, probabilmente perché gli Stati hanno soluzioni diverse e quindi non sono riusciti a mettersi d'accordo su una soluzione univoca e allora si dice che si adotta la soluzione che viene adottata nell'ordinamento nazionale del giudice, però nel pieno rispetto dei principi generali dell'Unione europea (questa specificazione è di importanza fondamentale per l'Italia perché abbiamo una disposizione che rischia di porsi in contrasto con il diritto dell'Unione, lo vedremo).

Qui, di fatto, vuol dire che ogni Stato membro applicherà le proprie regole su come risolvere il problema di doppia o plurima cittadinanza, ma sempre rispettando i principi del diritto dell'UE.

Questa soluzione, che troviamo in alcuni regolamenti, non è mai indicata in una disposizione vera e propria, ma nei *considerando* iniziali che sono un po' le promesse per applicare le norme dispositive.

Quindi, i regolamenti tendono a non fornire una definizione univoca per la risoluzione della problematica relativa alla doppia cittadinanza. La consuetudine è quella di prevedere la necessità di riferirsi alle leggi del foro del giudicante.

Per ribadire il criterio del foro leggiamo il *considerando* n. 22 di un regolamento che riguarda la legge applicabile in materia di separazione e divorzio che dice *“laddove, ai fini dell’applicazione della legge dello Stato, il presente regolamento si riferisce alla cittadinanza quale fattore di collegamento, la problematica dei casi di cittadinanza plurima dovrebbe essere disciplinata dalla legislazione nazionale nel pieno rispetto dei principi generali dell’Unione Europea”*.

Cosa vuol dire questo? Se io ho giudice italiano che sta applicando questo regolamento, trova una fattispecie in cui sarebbe applicabile il criterio della cittadinanza e il soggetto ha una cittadinanza plurima, dovrebbe risolvere la questione della cittadinanza plurima secondo quello che gli dice il proprio ordinamento perché il regolamento una regola uniforme non l’ha stabilita.

Gli dice di seguire quello che dice il suo ordinamento, quindi per il giudice italiano quello che gli dice l’ordinamento italiano, ma nel pieno rispetto dei principi del diritto dell’Unione Europea.

E così ci sono altri esempi di altri considerando di altri regolamenti che adottano sempre un po’ questo criterio. In realtà però non si dà una soluzione, si fa l’opposto di quando si diceva di fare il massimo per applicare in modo uniforme le norme; se però su certe questioni non si arriva a determinare una soluzione in modo uniforme, a quel punto il regolamento dice che ogni Stato risolverà il problema come gli viene dettato.

- Andiamo a vedere come disciplina la questione la *l. n. 218*.

L’art. 19, 2° comma non è una norma che in generale vuole risolvere i problemi della doppia cittadinanza, ma è una norma che risolve i problemi della doppia cittadinanza solo quando la norma di conflitto richiama come legge applicabile la legge nazionale del soggetto (quindi attenzione a non generalizzare la portata di questa norma).

Se io ho una fattispecie in cui ho un soggetto che ha doppia cittadinanza, ma è una fattispecie in cui il criterio di collegamento è il luogo in cui si è celebrato il matrimonio, a me non interessa se quel soggetto ha doppia cittadinanza, non vado a scomodare l’art. 19.

L’art. 19 ha una rilevanza solo per quella determinata fattispecie che sto prendendo in esame e il criterio di collegamento è quello della cittadinanza del soggetto. In tutti gli altri casi in cui il criterio di collegamento è diverso, non avrò problemi anche se il soggetto ha più cittadinanze. Se leggo solo il 2° comma dell’art. 19, rischio di non ricordarmi la premessa che è la stessa del

1° comma, cioè “nei casi in cui le disposizioni della presente legge richiamano la legge nazionale di una persona, se la persona ha più cittadinanza ecc.” cioè si è formulato il 2° comma senza riprodurre l’incipit del 1° comma, ma vale anche per il 2° comma. Il problema del 2° comma si ha solo quando il criterio di collegamento è quello della legge nazionale del soggetto.

Cosa mi dice l’art. 19, 2° comma?

“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...” per ora fermiamoci qui.

Qui compare un criterio che noi abbiamo visto, cioè il collegamento più stretto e, infatti, il collegamento più stretto lo troviamo nella l. n. 218, ma di solito è un criterio che subentra a risolvere dei problemi legati ad un altro criterio magari impiegato.

Qui la norma ci dice che tra le varie cittadinanze devo privilegiare quella in cui il soggetto presenta il collegamento più stretto, sarà quella legge di quell’ordinamento che si dovrà applicare.

Se, ad esempio, sto discutendo di un problema relativo ai diritti della personalità di un soggetto e sappiamo, in base all’art. 24, che i diritti della personalità sono disciplinati dalla legge di nazionalità, il soggetto ha la cittadinanza svedese e francese, ma io devo determinare una e una sola legge; come faccio? L’art. 19 dice che fra le due cittadinanze, devo andare a vedere quella con cui il soggetto presenta il collegamento più stretto. È un criterio flessibile che lascia discrezionalità al giudice che deve valutare tutta una serie di fattori, soppesarli, bilanciarli e stabilire con quale dei due ordinamenti il soggetto ha un maggior coordinamento. Alla fine della lezione vedremo un caso pratico in cui si fa proprio applicazione di questo bilanciamento per determinare la cittadinanza prevalente.

Quindi quella prevalente, a volte definita anche come “cittadinanza più effettiva”; si sceglie la norma dell’ordinamento con cui il soggetto è più collegato.

Proseguendo, come va avanti l’art. 19 2° comma?

Dopo aver detto che devo far prevalere la cittadinanza che presenta il collegamento più stretto, prosegue dicendo che “se, però, tra le cittadinanze vi è quella italiana, questa prevale”.

Quindi tra una cittadinanza francese e tedesca, russa e svedese ecc. prevale quella con cui il soggetto ha il collegamento più stretto, ma se invece tra le cittadinanze c'è quella italiana, prevale la cittadinanza italiana, quindi vuol dire che si applica la legge italiana (ricordiamoci che il tutto è fatto per determinare la legge applicabile). Quindi se ho due cittadinanze, italiana e francese, si applica la legge italiana, questo dice questa parte dell'articolo.

Ovviamente ho una norma che è molto favorevole per i giudici e per gli avvocati perché chiaramente gli operatori giuridici, in presenza di elementi di transnazionalità, quando vedono che è applicabile la legge italiana, è indubbio che tirano un sospiro di sollievo perché non devono andarsi ad accertare da soli del contenuto della legge francese, cinese, indiana ecc. con tutte le loro problematiche.

È chiaro che questa è una norma di favore sia per dare rilevanza alla legge italiana, sia di favore per gli operatori giuridici italiani.

Questa prevalenza della cittadinanza italiana mi vale comunque e in ogni caso anche se non fosse quella con cui il soggetto ha un collegamento maggiore. Se c'è la cittadinanza italiana io non faccio più quel ragionamento che mi fa fare la prima parte del 2° comma, tengo conto solo della cittadinanza italiana e applico la legge italiana.

Che problema pone questa disposizione?

Questa disposizione si pone in contrasto con un principio molto importante dell'UE che è quello di *non discriminazione in base alla nazionalità*. Far prevalere la cittadinanza italiana su un'altra di un altro Stato membro è contrastante con il diritto dell'UE. Ora andremo a vedere che tutto questo l'ha detto la Corte di Giustizia, però intanto diciamo che la disposizione resta così e, ad oggi, la norma continua ad essere formulata così e continua ad essere applicata perché ci sono tante circostanze in cui il problema del contrasto col diritto dell'UE non si pone perché, se la cittadinanza che accompagna quella italiana è di uno Stato terzo, non ho problema di contrasto con il diritto dell'UE perché non è una prevalenza di una cittadinanza di uno Stato membro sull'altra di un altro Stato membro.

Quindi intanto ho una 1° ragione di questa disposizione; finché il legislatore non deciderà di abrogarla continua a poter essere applicata quando non si pongono problemi di contrasto con il diritto dell'UE per la fattispecie in sé e

poi perché non è la norma in sé che contrasta con il diritto dell'UE, ma è quando noi caso per caso lo andiamo ad applicare che si può vedere il contrasto con il diritto dell'UE, quindi qui si trova un tipico esempio in cui il giudice deve valutare la fattispecie, vedere quali conseguenze porta l'applicazione di questa disposizione e, se porta alla conseguenza che è contrastante col diritto dell'UE, non deve applicarla. Quindi la norma non è abrogata per il momento, ma è disapplicata di volta in volta quando contrasta con il diritto dell'UE.

Vediamo la fattispecie da cui si è arrivati ad una importantissima sentenza della Corte di Giustizia che ha dato questo chiarimento riguardo l'impossibilità di far prevalere una cittadinanza sull'altra con la conseguenza di considerare contrastante con il Trattato sulla Comunità europea (ancora si chiamava così) una prassi di questo tipo, cioè di far prevalere una cittadinanza su un'altra.

Partiamo dal caso. La sentenza è del 2 ottobre 2002 nel caso *Garcia Avello contro Belgio*.

Il fatto che sia contro il Belgio deriva dal fatto che si trattava di un caso in cui il Belgio applicava una norma identica a quella nostra di prevalenza, in quel caso, prevalenza della cittadinanza belga.

Il caso riguardava una coppia dove il marito, spagnolo, si chiama Garcia Avello e la moglie, belga, Weber. Nascono due figli che acquistano, per effetto delle rispettive leggi del Belgio e della Spagna, la doppia cittadinanza, cioè di entrambi i Paesi, quindi, i figli hanno cittadinanza belga e spagnola e sono residenti in Belgio con i genitori. Si pone un problema in relazione al loro cognome perché, seguendo l'ordinamento spagnolo, la coppia può attribuire ai due minori il 1° cognome del padre e il cognome della madre, quindi per l'ordinamento spagnolo i figli si possono chiamare Garcia Weber tant'è vero che questa coppia va nella sede dell'Ambasciata spagnola in Belgio e registra anagraficamente i figli con il cognome Garcia Weber secondo quello che prevede la legislazione spagnola.

Quando vanno, però, ad iscrivere i minori all'anagrafe belga succede che in Belgio la legge applicabile per determinare il cognome è la legge nazionale

del soggetto e, in caso di doppia cittadinanza, prevale la cittadinanza belga. C'è una regola uguale alla nostra.

L'ufficiale di stato civile, applicando questa regola, cosa fa? Siccome tra le due cittadinanze prevale quella belga, per l'attribuzione del cognome segue quello che dice la legge belga cioè cognome del padre.

È una situazione che poteva tranquillamente presentarsi in modo analogo in Italia, cosa che è successa infatti per alcuni casi analoghi e tutti poi conformati a quello che ha detto la Corte di Giustizia in questo caso. Quindi, i figli vengono iscritti all'anagrafe come Garcia Avello, quindi questi minori si trovano, per l'ordinamento spagnolo, a chiamarsi Garcia Weber, per l'ordinamento belga, dove vivono, Garcia Avello.

Capite che non è una cosa da poco, il tutto per un diverso gioco di leggi applicabili collegate alla cittadinanza. Ovviamente i due coniugi fanno tutta una serie di ricorsi interni fino ad arrivare alla Corte di Giustizia che afferma che *uno Stato membro non può privare di effetti la cittadinanza che un soggetto ha in relazione ad un altro Stato membro*, quindi, quello che ha fatto il Belgio per far prevalere la cittadinanza belga su quella spagnola, di fatto, ha privato di effetti di rilevanza l'altra cittadinanza di un altro Stato membro. Questo contrasta con due norme del trattato sulla Comunità europea:

- 1) il divieto di discriminazione in base alla nazionalità (attenzione: la sentenza fa riferimento all'allora art. 12 del Trattato sulla Comunità europea e non sull'odierno TFUE);
- 2) la norma che riguarda l'attribuzione della cittadinanza dell'Unione (allora comunità europea) e tutti i diritti collegati alla cittadinanza dell'Unione.

Da quel momento, nei vari casi che si sono presentati anche in Italia in particolare con soggetti con doppia cittadinanza di cui una spagnola (perché è la Spagna che dà la maggior parte di questi casi del doppio cognome), sono stati poi risolti nella prassi italiana adeguandosi in tutto e per tutto a quello che la Corte di Giustizia aveva detto nel caso Garcia Avello.

Poi nel 2008 si è andati anche oltre, in questo caso, dando rilevanza (in una fattispecie per certi aspetti analoga, ma per certi aspetti distinta) anche al diritto di libera circolazione perché si è detto che avere un nome diverso attribuito a Stati diversi ovviamente ha delle ripercussioni negative nella

libertà di circolazione delle persone e quindi violazione dell'art. 18 (oggi art. 21 TFUE).

In questo caso, nel 2008, non c'era un problema di cittadinanza plurima, ma soltanto di soggetti che vivevano in uno Stato diverso da quello della loro nazionalità ed ecco perché qui non entrava in gioco il problema della discriminazione in base alla nazionalità.

È il *caso Grunkin* del 2008. Vi è una famiglia che risiede in Danimarca, i figli sono nati in Danimarca, però la nazionalità di tutta la famiglia è tedesca. Succede che, in Danimarca, il cognome attribuito secondo la norma di conflitto e di conseguenza le leggi danesi, è Grunkin - Paul, invece, un diverso cognome viene attribuito in base all'ordinamento nazionale tedesco perché, quando si va ad iscrivere anche nei registri anagrafici tedeschi il doppio cognome, la Germania rifiuta l'iscrizione del doppio cognome, ma impone la scelta tra uno dei due. Anche qui, è una fattispecie assimilabile all'altra per il problema del doppio cognome che non viene riconosciuto in uno Stato, ma che viene riconosciuto in un altro, ma non c'è la questione della doppia cittadinanza perché questi di cittadinanza avevano solo quella tedesca, ma c'è un problema comunque in cui la Corte di Giustizia dice che è una forte limitazione alla libertà di circolazione quella di avere cognomi diversi in due Stati membri e quindi viola l'art. 18 del trattato sulla Comunità Europea la prassi che impedisce il riconoscimento del doppio cognome attribuito da un altro Stato.

La prassi italiana è andata anche oltre perché non soltanto applica in tutto e per tutto il principio Garcia Avello e quindi il doppio cognome attribuito da un altro ordinamento viene riconosciuto e iscritto anagraficamente (e questo non viene fatto solo in relazione a Stati membri, ma la giurisprudenza italiana ha esteso lo stesso principio anche quando lo stesso problema si pone in relazione ad uno Stato terzo).

C'è un caso ad esempio in cui il tribunale di Lamezia Terme ha applicato lo stesso principio quando il doppio cognome era stato attribuito ad una minore brasiliana, in virtù dell'ordinamento brasiliano e quindi ormai questo principio lo abbiamo esteso anche al di là della portata applicativa del diritto dell'UE.

Non si porrebbe in contrasto con il diritto dell'UE quando la fattispecie ha un collegamento tra uno Stato membro e uno Stato terzo, ma qui abbiamo esteso lo stesso principio, per uguaglianza.

Tornando al caso della doppia cittadinanza, tutto questo come si traduce nella soluzione del problema della doppia cittadinanza?

Continuiamo ad avere una norma che dice di far prevalere la cittadinanza italiana, ma devo sapere, quando la applico, che non potrò sempre applicare questa prevalenza della cittadinanza italiana perché, tutte le volte che mi imbatto nell'applicazione di questa disposizione, devo anche andare a verificare che questa applicazione non contrasti con il diritto dell'Unione. Quindi, in tutti quei casi in cui applicando questa norma dovessi far prevalere la cittadinanza italiana su quella di un altro Stato membro, il rischio è quello di contrastare con il diritto dell'Unione (divieto di discriminazione in base alla nazionalità) e quindi doverla disapplicare. Se la disapplico, come risolvo il problema? Se non posso applicare la regola che mi dice di far prevalere la cittadinanza italiana e ho un soggetto con due cittadinanze, che faccio?

Rimango sulla prima parte della norma, vado a scegliere la legge che presenta il collegamento più stretto.

Facciamo un passo indietro: che vuol dire quando i regolamenti dicono (come quel considerando che abbiamo letto prima) che si applicheranno le soluzioni date dalle leggi nazionali, ma nel principio della legge europea? Proprio questo, che sicuramente non potrò automaticamente sempre far prevalere la cittadinanza dello Stato del foro perché questo sicuramente è contrastante con i principi.

C'è un richiamo dell'Unione agli Stati. L'Unione dice agli Stati di continuare ad applicare le loro soluzioni, ma ricordandosi nel rispetto dei principi del diritto dell'Unione, quindi, tutte quelle soluzioni che possono comportare il divieto di discriminazione in base alla nazionalità o l'effetto di limitare la circolazione delle persone ecc. non possono essere applicate, ma vanno disapplicate.

Un altro caso interessante riguardante il nome è quello risolto dalla Cassazione italiana nel 2015, in cui si trattava di un divorzio in Italia dove,

però, la moglie era cittadina russa e svedese, quindi, abbiamo la moglie con doppia cittadinanza di cui nessuna italiana (qui il problema della cittadinanza italiana ce lo eliminiamo, non è quello). Ovviamente, la questione che qui si presenta al giudice di una normalissima domanda di divorzio in cui però la moglie è cittadina russa e svedese, subito fa saltare agli occhi l'elemento di transnazionalità, quindi ha dovuto stabilire la competenza giurisdizionale e poi, sulle varie questioni, la legge applicabile. Questo è un caso in cui si ponevano tutte le classiche questioni che si pongono in caso di divorzio, ma noi non le vediamo (pronuncia di scioglimento, l'affidamento dei figli, il mantenimento e tutte le classiche forme che riguardano un classico giudizio di divorzio) perché a noi interessa uno specifico punto. Qual era il problema interessante?

In base alla legge svedese, la signora aveva acquisito il cognome del marito per effetto del matrimonio sostituendolo al proprio (a differenza dell'aggiunta che avviene da noi in Italia).

Sempre in base alla legge svedese, quando il matrimonio si scioglie, la moglie se vuole può continuare a conservare quel cognome. La ratio è chiara: se questa donna per trent'anni l'hanno chiamata con il cognome del marito, ormai è quello il cognome che la identifica nella società, per cui la legge ti consente di conservare quel cognome.

Succede che nasce, su questo punto, una contestazione che arriva fino in Cassazione perché, se si applicasse la legge italiana, la signora dovrebbe riacquistare il suo cognome come conseguenza dello scioglimento del matrimonio, ma la signora insiste per applicare la legge svedese che le consente di conservare quel cognome. Qui la norma di conflitto rilevante individuata dalla Cassazione non è una norma della l. n. 218 (anche se comunque la cita nell'art. 24 che riguarda i diritti della personalità), ma la Corte di Cassazione richiama la *Convenzione di Monaco del 1980* sulla legge applicabile ai cognomi e ai nomi, in cui la Convenzione dice che *i cognomi e i nomi di una persona sono determinati dalla legge dello Stato di cui è cittadino*, quindi, per effetto di questa norma, secondo la Cassazione la legge che regola il cognome è quella svedese indipendentemente dal fatto che il problema sia stia ponendo in un contesto di separazione (perché qui avete il classico esempio di quando si pone anche un problema di qualificazione: capire quali sono le conseguenze sul cognome in

caso di divorzio è un problema di qualificazione, cioè lo intendo un problema legato alla separazione/divorzio e quindi vado a vedere le norme sulla separazione/divorzio o lo intendo come un problema legato al cognome, al nome, ai diritti della personalità?).

Questo è un tipico problema di qualificazione di cui vi parlavo all'inizio, ho un caso pratico: quando viene la signora e dice di essere svedese e di avere il cognome del marito che vuole tenere, il fatto che si tratti di un diritto della personalità è tutto un lavoro che deve fare l'operatore giuridico che deve razionalizzare, prendere la fattispecie e capire in quale norma di conflitto incasellarla.

Qui la soluzione a cui arriva la Cassazione è che sarebbe molto più complicato incasellare il caso nella l. n. 218, ma essendoci una Convenzione che prevale sulla l. n. 218, riguarda cognomi e nomi ed è sempre la legge nazionale del soggetto, quindi legge svedese.

Attenzione però, lei voleva che si applicasse la legge svedese, ma lei era anche russa e la Cassazione si pone anche il problema di dire che succede per il fatto che, oltre alla cittadinanza svedese, vi sia anche quella russa: applico l'art. 19, 2° comma solo nella prima parte perché non c'è la cittadinanza italiana di mezzo e allora io devo andare a vedere quella, fra le due cittadinanze, che presenta il collegamento più stretto.

Allora la Cassazione dice che, avendo i due coniugi celebrato il matrimonio in Svezia, essendo nato un figlio in Svezia ed avendo vissuto, per la maggior parte della loro vita matrimoniale, in Svezia, facilmente si deduce che tra le due cittadinanze quella che presentava il collegamento più stretto era quella svedese e, di conseguenza, si applica la legge svedese che consente alla signora di mantenere il cognome.

Questo caso ci interessa in modo particolare anche per un altro aspetto: la Cassazione si è pronunciata nel 2015, quindi ormai la casistica Garcia Avello e Grunkin era stata già digerita dai giudici italiani e, infatti, la Cassazione dice che questa regola della legge svedese, che consente di mantenere il cognome che è stato acquisito e che è stato per molti anni utilizzato, è perfettamente coerente con la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea nei casi Garcia Avello e Grunkin, per cui il cognome rappresenta uno degli

elementi che identifica la persona. Quindi, se la signora per anni è stata identificata con quel cognome, si violerebbe il diritto dell'Unione privando quel soggetto del cognome con cui era stato identificato. Pertanto, la signora l'ha avuta vinta e ha potuto continuare ad utilizzare il cognome.

Vedete che si arriva a soluzioni molto diverse in base alla legge che io vado ad applicare perché, se invece il giudice per altre vie arrivava a determinare che la legge applicabile era quella italiana, la signora perdeva il cognome. Vedete che il discorso di andare a cercare la legge applicabile poi ha delle ricadute pratiche importanti perché, a seconda della legge che si applica, la soluzione può essere molto diversa e anche radicalmente.

Questo esaurisce il problema della doppia cittadinanza e di come si applica il criterio della cittadinanza.

Andiamo avanti sempre con le c.d. **questioni generali**, questioni che riguardano l'individuazione della legge applicabile e che sono affrontate abbastanza all'inizio della legge 218 proprio prima che la legge 218 inizi poi ad affrontare, materia per materia, con le norme di conflitto nelle specifiche materie, l'individuazione della norma di conflitto e, attraverso questa, l'individuazione della legge applicabile. Sono problematiche trasversali che prescindono dalla materia di cui si discute.

La prima questione è capire che succede in relazione alle **questioni preliminari**, cioè a quelle questioni che si pongono in un giudizio come questioni che devono essere risolte prima di poter affrontare la questione principale.

Le questioni preliminari non sono un problema solo di diritto internazionale privato, in realtà, sono questioni che si affrontano anche in procedura civile, il concetto in sé è lo stesso che possiamo individuare nel diritto processuale civile e i problemi che possono porsi sono o quelli di competenza, quindi, capire se un giudice che si occupa della questione principale fino a che punto si può occupare anche della questione preliminare e con quali effetti - e questa è una questione tipicamente procedurale - mentre, dal punto di vista del diritto internazionale privato e processuale, si può porre anche la questione sulla legge applicabile, cioè se devo risolvere una questione

preliminare che mi serve poi per risolvere la questione principale, come affronto l'individuazione della legge applicabile per la questione preliminare? L'esempio classico che si fa al riguardo, perché è quello più immediato e più frequente e che rimane meglio in mente, è il caso in cui ci si stia occupando di una successione (questione principale), però, per individuare gli eredi c'è una contestazione sulla natura, sullo *status* di figlio di uno dei presunti eredi; oppure c'è un aspirante erede che sostiene di essere figlio del *de cuius* e gli altri eredi che contestano questa sua rivendicazione. La questione principale è la successione e l'individuazione degli eredi con tutte le conseguenze; la questione preliminare è stabilire se uno di questi soggetti che aspirano a essere eredi è davvero o no figlio del *de cuius*. L'accertamento del rapporto di filiazione diventa questione preliminare perché, solo dopo che avrò risolto la questione e stabilito se è o no figlio, potrò andare avanti con la questione principale riguardante la successione.

Dal punto di vista della legge applicabile, come possiamo individuare la questione?

Se io ho la questione principale, che è la questione della successione, ho le norme di conflitto che regolano la successione (prima le avevo nella *legge 218*, ora c'è un regolamento del 2012 che individua anche le norme di conflitto). Ma come e in base a quale norma di conflitto devo risolvere la questione preliminare? Quindi, nel nostro esempio, lo stato di figlio in base a quali norme di conflitto io lo determino?

E quindi, in base alla legge di quale ordinamento?

In astratto, sono possibili tre diverse soluzioni a questo problema, soluzioni che possono essere adottate e sono adottate in modo distinto negli ordinamenti. Quindi, non tutti gli ordinamenti scelgono per questo aspetto lo stesso modo di risolvere questa questione e, talvolta, anche nelle Convenzioni o nei regolamenti si può adottare una certa soluzione *ad hoc*. Quindi, resta sempre quello che tutte le volte vi dico e cioè che per le **questioni generali** dovete sempre fare riferimento al sistema normativo che sto applicando: se sto applicando la legge 218 perché è una materia coperta dalla legge 218 lo risolvo in base alla legge 218; se però sto applicando un regolamento perché è una materia soggetta a un regolamento guardo cosa dice il regolamento.

Quali sono in astratto le possibili soluzioni al problema dell'individuazione della legge applicabile alle questioni preliminari?

Soluzione dell'assorbimento: individuo, attraverso la norma di conflitto, la legge applicabile

alla successione, quindi individuo l'ordinamento nel quale cercare poi le norme di riferimento per regolare la questione principale e, per risolvere la questione preliminare, utilizzo la stessa legge di quell'ordinamento intesa come legge materiale/sostanziale.

Quindi, ad esempio, il *de cuius* ha residenza abituale in Inghilterra, il criterio è quello della residenza abituale per la successione, ho individuato l'ordinamento Inghilterra che mi serve ed è competente per disciplinare la successione, anche per stabilire se c'è o no un rapporto di filiazione mi fermo all'ordinamento inglese e applico le norme dell'ordinamento inglese. Perciò ritengo assorbita la questione della legge applicabile alla questione preliminare in quella principale.

Quindi l'assorbimento per questo, cioè non ho bisogno di andare a cercare in altro modo la legge applicabile alla questione preliminare, ma applico la stessa legge individuata per la questione principale.

Soluzione congiunta che è simile, ma diversa da quella dell'assorbimento.

Prendo sempre come riferimento l'ordinamento richiamato dalla norma di conflitto per la questione principale e poi, una volta che ho individuato l'ordinamento, risolvo la questione preliminare sulla base, però, anche delle norme di conflitto di quell'ordinamento. Rimanendo sullo stesso esempio della successione: il *de cuius* è abitualmente residente in Inghilterra, per risolvere la questione preliminare della filiazione, vado a cercare e a vedere le norme di conflitto dell'ordinamento inglese, quindi, vado a vedere quale legge applicherebbe l'ordinamento inglese alla filiazione. Però, come norma di conflitto di partenza, ho usato solo quella per la questione principale che mi ha richiamato un ordinamento e poi continuo a lavorare su quell'ordinamento richiamato con la differenza che qui tengo conto di quello che dicono le norme di diritto internazionale privato.

Capendo la terminologia si capisce il meccanismo/la ratio: viene chiamata congiunta perché questo è il metodo che garantisce maggiore armonia con l'ordinamento richiamato. Se dico che la successione deve essere regolata dall'ordinamento X faccio poi quello che farebbe l'ordinamento X per risolvere anche la questione preliminare, quindi diciamo che si vuole garantire il massimo di armonia con l'ordinamento richiamato per la questione principale.

Soluzione disgiunta: vuol dire che considero separatamente la questione preliminare e la questione principale e, per ognuna di queste questioni, ragiono autonomamente con le proprie

norme di conflitto. Quindi, per la successione vado a cercare le norme di conflitto in materia di successione e per la filiazione vado a cercare le norme di conflitto che disciplinano la filiazione.

Se è il giudice italiano che sta facendo questa operazione, per la successione avrà le norme di conflitto specifiche che riguardano la successione che prima erano dettate nella legge 218 e ora nel regolamento; per la filiazione la legge 218 e le norme di conflitto specifiche in materia di filiazione, articoli 33 e ss. Cioè le due questioni le considero completamente autonome e le risolvo con le proprie norme di conflitto. Quindi disgiunta per questo, perché le questioni le risolvo in modo disgiunto/separato.

Di solito, si dice che c'è eventualmente anche un'altra soluzione, ma questa effettivamente è la

meno ragionevole e, infatti, anche la meno impiegata, però giusto a titolo di completezza, a livello teorico, ci potrebbe essere anche un'altra soluzione per la questione preliminare, quella di **applicare la lex fori**, cioè la legge dell'ordinamento. Quindi, in Italia, per la questione successoria, applico le norme di conflitto, per la filiazione vado direttamente ad applicare il diritto materiale italiano.

Non si capisce bene perché ma diciamo che in alcuni manuali in via astratta è annoverata come una possibile soluzione e, ripeto, anche scarsamente impiegata.

Qual è la soluzione adottata o da adottare in relazione anche alla legge 218? Qual è il problema della legge 218? Che non ha una norma di riferimento per risolvere la questione appunto relativa alla legge applicabile alle questioni preliminari tra le norme che riguardano le altre questioni generali; cioè non c'è una soluzione, non c'è una norma che dice che si deve fare in questi casi. Potrebbe essere una lacuna, una dimenticanza? No, viene escluso che si tratti di una lacuna o di una dimenticanza, perché? Non per eccesso di fiducia nel legislatore, ma perché in realtà il legislatore, relativamente alle questioni preliminari, ha introdotto una norma nella legge 218, ma solo una norma che riguarda la giurisdizione/la competenza. Vi dicevo prima, che un problema tipico che si pone per le questioni preliminari, che si pone quindi a livello internazionale ma anche nei processi interni, dove non intervengono problematiche internazionali privatistiche, è proprio quella relativa alla competenza.

L'articolo 6 della legge 218 dice che *“il giudice italiano conosce, incidentalmente, le questioni che non rientrano nella giurisdizione italiana, ma la cui soluzione è necessaria per decidere sulla domanda proposta”*

quindi, è una norma che riguarda le questioni preliminari, ma solo relativamente alla competenza e dice che il giudice che è competente per la questione principale può conoscere anche della questione preliminare e può giudicare incidentalmente anche sulla questione preliminare anche se non avrebbe competenza su quella questione.

Nel nostro esempio, è competente sulle successioni, ma non avrebbe competenza sulla filiazione, ma siccome è questione preliminare può giudicare anche sulla questione preliminare.

Ecco, allora però da nessun'altra parte c'è una norma che invece mi dice come deve fare per individuare la legge applicabile a queste questioni preliminari. Proprio il fatto che quindi le questioni preliminari in realtà compaiono nella legge - ripeto fa escludere che quindi sia una semplice dimenticanza - allora fa propendere per quale soluzione? Per quella disgiunta.

L'interpretazione e la lettura della legge 218 è quella che prevalga la soluzione disgiunta, perché questo? Perché se il legislatore non dice nient'altro e non dice niente di diverso e dice *“per la successione devi fare così, per la filiazione devi fare così”* vuol dire che per il legislatore è irrilevante che la questione di filiazione, ad esempio, si stia ponendo come questione principale o come

questione preliminare: mi dà una norma di conflitto e io la devo applicare indipendentemente dal fatto che la questione sia preliminare o principale. Questa è la lettura diciamo che si dà della legge 218 ed è rafforzata anche dal fatto che garantisce anche una migliore armonia interna nel nostro ordinamento perché risolvo la questione della filiazione nello stesso modo, sia se si pone in un giudizio come questione preliminare, sia se in un altro giudizio si pone come questione principale: applico sempre la stessa norma di conflitto.

Quindi, siccome la soluzione disgiunta ha come effetto principale quello di garantire l'armonia interna dell'ordinamento dove si sta svolgendo il processo, viene privilegiata questa soluzione, però, ripeto, questa è la soluzione con cui viene letta la legge 218, ma negli altri strumenti bisogna di volta in volta andare a vedere che succede.

Ci sono delle indicazioni in alcuni regolamenti e, giusto a titolo esemplificativo anche per capire come si deve ragionare quando si va a prendere in mano un regolamento, vediamo ad esempio che nel regolamento che riguarda i regimi patrimoniali tra coniugi non c'è una norma specifica per risolvere il problema delle questioni preliminari, però, nei *considerando* si specifica che si lascia agli Stati membri la nozione di "matrimonio" (ora, stabilire se c'è o meno un matrimonio valido è questione preliminare per poi, in qualche modo, giudicare sui regimi patrimoniali, però, sul presupposto che negli ordinamenti fra gli Stati membri c'è differenza nella disciplina del matrimonio proprio in relazione al matrimonio tra persone dello stesso sesso, tutti i regolamenti non prendono posizione e neppure potrebbero, in realtà, perché l'Unione non può disciplinare, dal punto di vista sostanziale, la famiglia; non può dire cos'è matrimonio e cosa non è matrimonio perché è competenza degli Stati membri). Se quel matrimonio c'è o non c'è, è valido o non è valido, non lo può dire il regolamento, ma lo deve dire di volta in volta l'ordinamento e poi c'è il *considerando 21* che dice *"il presente regolamento non si dovrebbe applicare ad altre questioni preliminari quali l'esistenza, la validità, il riconoscimento di un matrimonio che continuano a essere disciplinate dal diritto nazionale degli Stati membri comprese le loro norme di diritto internazionale privato"*.

Quindi cosa dice il regolamento? (E altri regolamenti si regolano in modo analogo, anche quello su separazione e divorzio, per esempio).

Dice che la questione preliminare non è risolta dal regolamento, si continuano ad applicare le norme nazionali, ma quali norme nazionali? Del foro.

Per esempio, se è il giudice francese che si occupa della questione, egli risolve la questione preliminare con le proprie norme francesi, ma dice il regolamento "*comprese le norme di conflitto*", quindi, questo fa riferimento al fatto che si può applicare la soluzione disgiunta, cioè per la questione preliminare si farà riferimento alle norme di conflitto dell'ordinamento; in Italia si farà così di sicuro perché si accoglie appunto la soluzione disgiunta e quindi, tenendo conto delle norme di conflitto, si regoleranno le questioni preliminari.

Quando dico, però, che la questione preliminare è disciplinata dalla legge individuata con la norma di conflitto specifica per quella fattispecie, posso anche scoprire poi che, però, nell'ordinamento richiamato quella questione l'hanno già risolta, magari c'è già stata una sentenza. Noi questo lo studieremo meglio quando studieremo l'efficacia delle decisioni, però ora andiamo a vedere un caso dove si era posta questa questione della questione preliminare e dove proprio, per l'appunto, il giudice non ha dovuto *ex novo* rimettersi a determinare la filiazione perché c'era già stata una sentenza che aveva accertato la filiazione.

Caso di un tribunale di Milano del '97 che ci interessa per il principio enunciato, però, considerate che ancora, in quel procedimento, per effetto delle norme transitorie, non si applicava la legge 218, ma si applicavano ancora le disposizioni preliminari al codice civile quindi, in questa sentenza vi ritrovate richiamate norme che non sono quelle che studiamo noi, sono quelle che precedevano la legge 218, ma a noi non interessa la norma, bensì il principio ovvero la regola che ha applicato il tribunale per determinare la legge applicabile alla questione preliminare.

Il caso riguardava proprio una successione dove era messa in discussione la qualità di figlio di uno degli eredi e il *de cuius* era italiano, mentre, il presunto erede era tedesco.

In base alle vecchie norme che regolavano la successione, la legge applicabile alla successione era la legge nazionale del soggetto, quindi la legge italiana. Però qual era la legge applicabile alla questione del rapporto di filiazione? In

questa sentenza, il tribunale affronta questa particolare questione e non applica la legge italiana (come dovrebbe fare seguendo eventualmente la teoria dell'assorbimento), ma va a vedere per la questione della filiazione l'autonoma norma di conflitto relativa alla filiazione, che individuava la legge nazionale del figlio, quindi, la legge tedesca. Dunque, applicando autonomamente e risolvendo autonomamente in modo disgiunto, la questione preliminare con le proprie norme di conflitto arriva a individuare una legge diversa da quella che regola la successione. La filiazione è regolata dalla legge tedesca. Però la sentenza non si ferma qui perché, una volta che ha individuato che l'ordinamento di riferimento per determinare la filiazione era l'ordinamento tedesco (ovviamente sulla base della documentazione prodotta dalla parte interessata, in questo caso dal figlio naturale interessato a dimostrare che era figlio, quindi erede) cosa fa? Produce una sentenza di un giudice tedesco che aveva già accertato un rapporto di filiazione naturale tra l'aspirante erede e il de cuius, quindi, abbiamo un caso in cui il giudice non deve di nuovo individuare la legge tedesca, prendere il contenuto della legge tedesca e andare a stabilire se c'è o no un rapporto di filiazione in base all'ordinamento tedesco perché l'ordinamento tedesco ha già una sentenza che accerta lo status di figlio naturale e allora si prende il risultato di questa decisione e si considera accertato lo status di figlio. Quindi - con alcuni elementi che poi riprenderemo meglio quando parleremo di efficacia della sentenza - qui ci interessa il ragionamento che ha seguito il tribunale di applicare la soluzione disgiunta perché ha cercato la norma di conflitto indipendentemente per la questione della successione e l'altra norma di conflitto per la questione preliminare.

La soluzione congiunta garantisce la massima armonia con l'ordinamento richiamato perché faccio proprio quello che farebbe il giudice di quell'ordinamento: per andare a risolvere la questione preliminare tengo anche conto delle norme di conflitto, quindi, della legge che applicherebbe quel giudice.

Se io sto richiamando per la questione successoria l'ordinamento francese vedo cosa farebbe il giudice francese per disciplinare la questione di filiazione, anche tenendo conto, quindi, delle norme di conflitto

dell'ordinamento francese; invece, per quella dell'assorbimento, se io richiamo, per la questione principale, la legge francese direttamente considero applicabile la legge materiale dell'ordinamento francese in materia di filiazione. La differenza con quella disgiunta è che quella disgiunta favorisce l'armonia, ma dell'ordinamento del foro, non dell'ordinamento richiamato. Perché dell'ordinamento del foro?

Perché il giudice è quello italiano e la questione relativa alla filiazione si risolverà sempre nello stesso modo, sia se si pone come preliminare sia se si pone come principale, invece, se io seguo quella congiunta mi può cambiare l'esito a seconda del procedimento e della fattispecie in cui si pone la questione preliminare, perciò non garantisce sufficientemente una armonia interna, ma nell'ordinamento del foro, di quello dove il giudice sta decidendo la controversia.

Andiamo a vedere l'altra seconda questione che riguarda il c.d. rinvio e ora cerchiamo di capire cosa intendiamo per rinvio. Qualcosa è anche collegato con quello che abbiamo visto fin ora però è un'altra questione problematica che si può porre per individuare la legge applicabile.

Qui abbiamo anche una norma di riferimento, ma prima bisogna capire il problema.

Quando si parla del problema del rinvio bisogna fare subito una precisazione terminologica:

il rinvio, nel diritto internazionale privato, può essere usato in modo atecnico come sinonimo di "richiamo", quindi, la norma di conflitto mi richiama un certo ordinamento perciò rinvio come sinonimo di richiamo dell'ordinamento per individuare la legge applicabile.

Quando abbiamo visto, per esempio, che i "rapporti personali tra coniugi sono disciplinati dalla legge nazionale comune", se sono cittadini cinesi, la norma di conflitto mi richiama l'ordinamento cinese, ma posso anche dire mi rinvia all'ordinamento cinese.

Mentre, quando io parlo dell'istituto\del problema\ della questione del rinvio, faccio riferimento proprio ad un problema e quindi ad una "**questione generale**" del diritto internazionale privato che consiste nello stabilire se, quando la norma di conflitto richiama un certo ordinamento straniero, devo

tener conto anche delle norme di conflitto di quell'ordinamento straniero. Quando dico che la legge applicabile è la legge cinese perché i coniugi sono cinesi, il problema è: **prendo direttamente la legge materiale cinese che regola i rapporti personali tra coniugi o tengo conto anche delle norme di diritto internazionale privato cinese?**

Il problema è se tenere conto o no delle norme di conflitto che la maggior parte degli ordinamenti si danno, quindi, è un problema perché qualunque ordinamento io vada a richiamare mi si può porre la questione perché scopro che anche quell'ordinamento ha delle norme di conflitto. Ovviamente la questione si pone soprattutto quando le norme di conflitto dell'ordinamento richiamato adottano un criterio di collegamento diverso da quello di partenza. Nell'esempio, l'ordinamento di partenza è quello italiano, che ha richiamato quello cinese.

Il problema si pone se l'ordinamento cinese ha un criterio di collegamento diverso da quello italiano.

E nell'esempio concreto si capisce subito perché: se ho detto che l'ordinamento italiano per i rapporti personali indica la legge nazionale comune dei coniugi che sono cinesi, arrivo all'ordinamento cinese e, se l'ordinamento cinese, nelle proprie norme di conflitto dice la stessa cosa, cioè dice che la legge applicabile ai rapporti personali è quella di cittadinanza dei coniugi, siccome sono cittadini cinesi, mi fermo all'ordinamento cinese e si applica il diritto cinese, ma se invece l'ordinamento cinese mi dice che la legge applicabile ai rapporti personali è quella di residenza o è quella di domicilio e i coniugi sono residenti e domiciliati in Italia - perché se no, dubito che il giudice italiano potesse conoscere di quella questione - ecco dove nasce il problema: tengo conto o no del rinvio che l'ordinamento richiamato fa ad un altro ordinamento? La questione è: quando io ho individuato l'ordinamento competente a disciplinare una certa questione tengo conto o no del rinvio che le norme di diritto internazionale privato di quell'ordinamento fanno ad un altro ordinamento?

Fino al 1995 esisteva una norma molto chiara e semplice nelle disposizioni preliminari al codice civile che, in modo molto chiaro, diceva che non si tiene mai conto del rinvio, quindi, ci si fermava direttamente all'ordinamento richiamato.

Nell'esempio, legge cinese era la legge cinese, punto. Non andavo a chiedermi se le norme di conflitto cinesi rimandavano a un altro ordinamento: non si teneva mai conto del rinvio e delle norme di conflitto dell'ordinamento richiamato e la vita era più semplice indubbiamente perché individuavo l'ordinamento e applicavo la legge di quell'ordinamento.

Quando si è passati a introdurre la legge 218, la legge di riforma del sistema di diritto internazionale privato, c'è stata una lunga discussione sul rinvio, la norma è stata riformulata più volte e alla fine ci sono due orientamenti, quello favorevole al rinvio e quello contrario al rinvio:

L'ordinamento favorevole spinge nel fatto che il rinvio crea un maggiore coordinamento con l'ordinamento richiamato perché sarebbe una finzione dire che, individuato l'ordinamento richiamato mi fermo subito a quell'ordinamento, finzione nel senso che vorrei coordinarmi perché tutto il diritto internazionale privato ha come scopo quello di coordinarsi (se no, uno potrebbe dire perché complicarsi la vita? Applico sempre la legge del foro).

La logica è sempre quella di coordinarsi, ma forse tra due cinesi i rapporti personali è meglio coordinarli con la legge cinese (questa è l'idea) però, se mi voglio coordinare con l'ordinamento è una finzione non guardare a cosa farebbe il giudice cinese e non guardare alle norme di conflitto del giudice cinese; non coordino molto bene con quell'ordinamento. Quindi, il motivo per cui si doveva tenere in considerazione il rinvio era un maggiore coordinamento con l'ordinamento richiamato (sostenitori).

I contrari al rinvio, lo erano soprattutto per un'ottica di semplificazione perché era molto complicato il rinvio, ma soprattutto i contrari mettevano in evidenza che si può creare un circolo vizioso perché: l'ordinamento italiano richiama l'ordinamento cinese e le norme di conflitto dell'ordinamento cinese magari richiamano l'ordinamento italiano e qui si crea il cosiddetto ping-pong e dove mi fermo?

Io ho le norme di conflitto italiane che mi dicono vedi la legge cinese e l'ordinamento cinese dice vedi la legge italiana. Il ping-pong rende bene l'idea. Oppure, complicandoci la vita, mettiamo in gioco un terzo ordinamento: allora abbiamo l'ordinamento italiano che richiama l'ordinamento cinese e l'ordinamento cinese dice che la legge applicabile è quella di residenza dei

coniugi e magari non sono residenti in Italia, ma sono residenti in Inghilterra, allora c'è un altro rinvio all'ordinamento inglese e le norme di rinvio dell'ordinamento inglese magari mi rimandano all'Italia o mi rimandano di nuovo alla Cina e questo perché i criteri di collegamento sono gli stessi: o è quello di cittadinanza o è quello di residenza, a seconda delle fattispecie. Quindi la teoria contraria al rinvio è che, anche quando succede tra tre Stati, si può avere comunque un circolo vizioso in cui non si capisce quando fermarsi, è tutto un rinvio.

Allora si è adottato l'articolo 13 della legge 218 in cui si è deciso -da un lato- di tener conto del rinvio quindi si è invertita la direzione rispetto alle disposizioni preliminari al codice civile decidendo di tener conto anche delle norme di conflitto dell'ordinamento richiamato però - dall'altro lato - ecco perché si complica un po' la vita e poi andiamo a esaminare la norma nel dettaglio - si sono voluti mettere dei correttivi proprio per evitare il ping-pong e il circolo vizioso o l'eccessivo rinvio a troppi ordinamenti.

Quindi la soluzione è stata quella di tenere conto delle norme di conflitto dell'ordinamento richiamato, ma con dei limiti che servono proprio per risolvere quelli che erano i problemi principali applicativi del rinvio.

Articolo 13 comma 1 Legge 218

Andiamo a vedere come è disciplinato il rinvio nell'articolo 13 della legge 218: *“Quando negli articoli successivi è richiamata la legge straniera - ovviamente il problema si pone solo quando la norma di conflitto richiama la legge straniera perché se, applicando la norma di conflitto, vedo che la legge applicabile è quella italiana, non ho nessun problema. Abbiamo visto che le norme di conflitto per la maggior parte sono bilaterali, quindi, non lo so a priori se indica una legge straniera o se indica una legge italiana - quindi quando, per effetto di una norma di conflitto, devo applicare la legge straniera*

si tiene conto del rinvio operato dal diritto internazionale privato straniero alla legge di un altro Stato cioè si tiene conto delle norme di diritto internazionale privato di quell'ordinamento richiamato, si tiene conto del rinvio fatto ad altro Stato in due ipotesi (lett. a e lett. b).

L'articolo non dice che se ne tiene conto sempre, non c'è un accoglimento del rinvio generalizzato sempre, proprio perché abbiamo visto che si può creare sempre, ma il legislatore individua le due ipotesi in cui si tiene conto del rinvio, cioè il rinvio che le norme di conflitto dell'ordinamento richiamato fanno ad altro Stato. Vediamo quali sono le due ipotesi e partiamo dalla lettera b perché è più facile:

b. se si tratta di rinvio alla legge italiana.

L'ipotesi prevista dalla *lettera b* è quando le norme di conflitto dell'ordinamento richiamato rinviano alla legge italiana. Quindi, ad esempio, ho individuato come applicabile la legge francese: le norme di conflitto, le norme di diritto internazionale privato francesi adottano un diverso criterio di collegamento che mi rendono applicabile la legge italiana. Qui si può porre tantissime volte il caso in cui la legge italiana prevede come applicabile il criterio della legge nazionale del soggetto -che abbiamo visto che è molto utilizzato- e magari l'ordinamento richiamato individua, invece, come legge applicabile quella della residenza o del domicilio, molto probabilmente se ne sta occupando il giudice italiano è perché il soggetto è domiciliato o residente in Italia, quindi per effetto del rinvio, si rinvia all'ordinamento italiano e il legislatore mi dice bene qui ci si ferma e si applica la legge italiana (con sospiro di sollievo degli avvocati e dei giudici soprattutto). Quindi è un "**rinvio indietro**" (non lo dice la norma ma si chiama così, rinvio indietro all'ordinamento italiano, e si tiene conto di questo rinvio).

a. se il diritto di tale Stato - cioè dell'ulteriore Stato a cui rinvia il diritto internazionale privato dell'ordinamento richiamato - **accetta il rinvio**".

La *lettera a* riguarda il c.d. "**rinvio oltre accettato**". Rinvio "oltre" perché l'ordinamento italiano richiama un ordinamento (ordinamento A) e le norme di diritto internazionale privato dell'ordinamento A richiamano l'ordinamento B. Rinvio oltre, cioè ad un ulteriore altro Stato: l'Italia richiama l'ordinamento francese e le norme di conflitto dell'ordinamento francese richiamano l'ordinamento inglese.

Il legislatore si chiede: tengo conto di questo rinvio? Solo se è accettato. Che vuol dire accettato?

Che le norme di rinvio di questo ulteriore ordinamento richiamato, quindi dell'ordinamento inglese nell'esempio, accettano il rinvio. Detto in altre

parole, le norme di conflitto di quell'ordinamento indicano come applicabili le norme di quell'ordinamento. Quindi c'è uno stop, ci si ferma.

Immaginate schematicamente un cerchio che è il primo Stato, l'Italia, da cui si parte; è lo stato del foro in cui si sta ponendo la questione. La norma di conflitto questo ordinamento (Italia) → richiama un secondo ordinamento, la Francia. Le norme di conflitto dell'ordinamento francese → richiamano l'ordinamento inglese, terzo Stato. Quindi abbiamo tre cerchi e tre stati: 1 Italia, 2 Francia, 3 Inghilterra.

L'ordinamento italiano dice di tener conto di quel rinvio che la Francia fa all'Inghilterra, solo se le norme di conflitto dell'ordinamento inglese, in base al proprio criterio di collegamento, indicano come applicabile la legge inglese. Tutto questo risponde a quell'obiezione che, altrimenti, si avrebbe il circolo vizioso.

Ipotizzando la stessa situazione, ma dove l'ordinamento inglese, a sua volta, richiama come criterio quello che porta alla Francia oppure quello che porta all'Italia, non ci si ferma mai. Quando mi fermo? Questa era l'obiezione principale. Allora il legislatore ha trovato il modo per fermarsi e dice di tenerne conto solo se al terzo Stato mi fermo. Mi fermo non perché lo dico io, ma perché lo dicono le norme di conflitto dell'ordinamento richiamato, dell'ordinamento che è il terzo richiamato.

Per questo si parla di rinvio oltre accettato, cioè ho richiamato un ordinamento, che fa rinvio ad un altro ordinamento (quindi non fa rinvio indietro all'ordinamento italiano, ma ad un altro ordinamento) e quello accetta il rinvio.

Se uno legge la Legge 218 non glielo dice nessuno cosa vuol dire "accetta il rinvio", ma deve sapere in qualche modo cosa vuol dire; vuol dire che le norme di conflitto di quell'ordinamento ulteriore indicano come applicabili le norme di quell'ordinamento. Quindi, a quel punto, il diritto materiale di quell'ordinamento. È complicato perché gli ordinamenti adottano effettivamente criteri di collegamento diversi perché, se tutti gli ordinamenti avessero per la stessa fattispecie la stessa norma di conflitto, non si porrebbe mai il problema! Se tutti adottassero, per i rapporti personali, la legge nazionale come criterio, il rinvio sparirebbe dai manuali perché praticamente tutti applicherebbero sempre la stessa legge.

Infatti, quando gli Stati si danno norme comuni/uniformi per individuare la legge applicabile - come fanno gli stati membri dell'UE quando adottano un regolamento - dicono sempre che è escluso il rinvio (*tranne l'eccezione della legge dello stato terzo*) e sono molto ridotte le possibilità che si ponga un problema perché, quando la legge richiamata è quella di uno Stato membro, il criterio è lo stesso, quindi, non si pone un problema di rinvio.

Nei regolamenti si può porre un problema di rinvio solo quando, per effetto di una norma di conflitto, la legge richiamata è quella di uno Stato terzo.

Per esempio, quando vedremo il *Regolamento Roma I* (regolamento sulla legge applicabile), vedremo che tutti i regolamenti dell'UE adottano come soluzione che, la legge individuata, si applica sempre anche quando è quella di un ordinamento terzo, non membro. Allora ecco che devo dire qualcosa sul rinvio perché può darsi che **lo Stato terzo** abbia un criterio di collegamento diverso e infatti, di solito, non si tiene mai conto del rinvio, si intende richiamato **subito il diritto materiale**. Quindi i regolamenti semplificano molto, mentre, tra Stati membri il problema non si pone proprio perché avranno tutti lo stesso criterio e il problema del rinvio non si pone.

Non abbiamo finito perché dobbiamo capire quello che c'è scritto tra le righe di questo primo comma. Questo primo comma dell'art. 13 dice di tener conto del rinvio che le norme di diritto internazionale privato fanno ad un altro Stato in queste due circostanze: rinvio indietro e rinvio oltre accettato. Ma se io non sono in queste due ipotesi e non è né un rinvio indietro, né un rinvio oltre accettato, che succede? Se sono un giudice che si sta ponendo questa questione e scopro che le norme di conflitto dell'ordinamento richiamato, quello francese, rinviano ad un altro ordinamento, il quale rinvia ad un altro ordinamento, quindi, non è né rinvio indietro, né rinvio oltre accettato, che faccio?

La norma parla solo di cosa succede in positivo: si tiene conto del rinvio se siamo in queste due ipotesi. **Allora devo anche ricavare dalla norma cosa succede quando non sono in queste due ipotesi.**

Una prima risposta è che, se non si è in queste due circostanze, non si tiene conto del rinvio.

Applico la legge di quale ordinamento? Devo trovare l'ulteriore conseguenza: se non tengo conto del rinvio, quale legge applico? Una possibilità potrebbe essere quella di applicare la *lex fori* italiana oppure quella di applicare la legge direttamente dell'ordinamento richiamato senza tener conto delle norme di conflitto.

La soluzione è quest'ultima, cioè quando richiamo l'ordinamento straniero, non tener conto del rinvio vuol dire fermarsi direttamente all'ordinamento straniero, ma non è così immediato questo, perché la norma non lo dice, lo devo ricavare da una lettura al contrario della norma. **Quindi, continuo a considerare richiamato l'ordinamento straniero, cioè non si annulla tutto, si annulla solo il rinvio.**

Nell'esempio sull'ordinamento francese, se non sono nelle due ipotesi di rinvio indietro o di rinvio oltre accettato, allora applico la legge **materiale** francese.

Articolo 13 comma 2 Legge 218

Tra le principali obiezioni al rinvio, quindi dei sostenitori della tesi per cui non bisognava mai accogliere il rinvio, c'erano anche le obiezioni relative a certe circostanze, certe materie in cui non si presta ad essere accolto il rinvio. Allora chi si è messo a disegnare questa norma cercando di evitare tutti questi ostacoli, ha individuato al secondo comma delle fattispecie in cui non si tiene mai conto del rinvio.

La regola è quella del primo comma, ma ci sono dei casi dove non si tiene mai conto del rinvio.

Quando mi pongo il problema del rinvio devo leggere tutta la norma perché, se sono in una fattispecie coperta dal secondo comma, è inutile che faccia tutto quel lavoro del primo comma.

Quand'è che non si tiene mai conto del rinvio?

- *“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.”*

Quando, ai sensi della legge 218, la legge applicabile è quella scelta dalle parti.

Quando la legge 218 consente alle parti di scegliere la legge (in certe materie abbiamo visto che questo è previsto). Qual è la ratio? Non si tiene conto del

rinvio perché si presume che quando i soggetti scelgono la legge di un ordinamento scelgono direttamente la legge materiale di quell'ordinamento.

Ad esempio, se "i miei rapporti patrimoniali voglio che siano regolati dalla legge francese" presumo che volessero dire dalla legge francese e non anche dalle norme di conflitto che magari rinviano ad un altro ordinamento. Nel dubbio, il legislatore dice che, quando si sceglie un ordinamento, si sceglie la legge materiale di quell'ordinamento. Questo vuol dire non solo che io ne devo tener conto quando vado a pormi il problema del rinvio, ma anche quando vado a scegliere la legge, cioè l'avvocato che aiuta le parti nel determinare la legge di un certo ordinamento deve anche sapere che, quando le parti individuano la legge di un certo ordinamento, è direttamente quella legge lì non comprensiva anche delle norme di conflitto.

- ***"b. riguardo alle disposizioni concernenti la forma degli atti."***

Noi ci siamo imbattuti nelle norme sulla forma degli atti e abbiamo visto che sono norme dislocate qua e là nella legge 218 (in altri ordinamenti hanno un'unica norma che riguarda a forma degli atti in generale noi invece non abbiamo una norma di questo tipo, ma per i singoli atti abbiamo singole norme, quindi, abbiamo una norma sulla forma del matrimonio, una norma sulla forma della donazione, del testamento, etc.).

Abbiamo visto che le norme sulla forma avevano una caratteristica: "concorso alternativo di criteri di collegamento" per raggiungere l'obiettivo di favorire la validità dell'atto.

Allora, siccome ho più criteri di collegamento - ricordate, avevamo fatto l'esempio della forma del matrimonio e si è detto che secondo l'ordinamento italiano il matrimonio è valido, quanto alla forma, se è considerato valido 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, e avevamo detto perché più criteri e tutti posti sullo stesso piano? Perché basta che sia valido per una di queste leggi -

il legislatore dice "coerentemente con questa impostazione di queste norme, siccome io do già tutti questi criteri, praticamente tutti quelli astrattamente ipotizzabili perché il luogo dove è celebrato il matrimonio, cittadinanza, residenza sono tante possibilità, allora escludo il rinvio, non tengo conto del

rinvio fatto ad altri ordinamenti perché tanto molto probabilmente rimanderebbero sempre ad una di queste leggi, quindi, elimino il problema e dico che nelle norme sulla forma degli atti non tengo mai conto del rinvio perché sostanzialmente non c'è bisogno.

- **“c. in relazione alle disposizioni del Capo XI del presente Titolo.”**

Sarebbero le norme relative alle obbligazioni non contrattuali, per intendersi, la responsabilità da fatto illecito non contrattuale. La maggior parte di queste fattispecie oggi sono coperte da un regolamento, però, qualche residuo di applicazione ancora c'è. In ogni caso, il legislatore diceva che, in materia di responsabilità extracontrattuale, non si tiene mai conto del rinvio anche perché le norme erano basate su una parziale possibilità di scelta, quindi, c'è una sorta di sovrapposizione con la *lettera a*.

Articolo 13 comma 3 Legge 218

Nel terzo comma si adotta una soluzione particolare perché, in materia di filiazione, il legislatore non decide a priori se tener conto o non tener conto del rinvio, ma nell'ottica del *favor filiationis* (cioè di cercare di favorire il più possibile lo stabilimento del rapporto di filiazione) il legislatore dice **“si tiene conto del rinvio soltanto se esso conduce all'applicazione di una legge che consente lo stabilimento della filiazione.”** Quindi, non dà una soluzione a priori, ma dice che caso per caso bisogna vedere dove porta il rinvio e se ne tiene conto solo se la legge così individuata consente di stabilire la filiazione.

Quindi si rafforza questo *favor*.

Articolo 13 comma 4 Legge 218

“Quando la presente legge dichiara in ogni caso applicabile una convenzione internazionale si segue sempre, in materia di rinvio, la soluzione adottata dalla convenzione.”

Questo rinvio a richiamo a convenzioni applicabili in ogni caso è una tecnica che adotta il legislatore (e che noi vedremo in riferimento per esempio alle obbligazioni contrattuali) per estendere la portata delle convenzioni. Abbiamo delle norme, e noi vedremo un esempio, in cui il legislatore italiano ha deciso di disciplinare una certa materia estendendo l'ambito di applicazione di una convenzione internazionale.

Qui l'articolo 13 dice che quando io ho individuato come applicabile una convenzione internazionale estendendone la portata, per il rinvio seguo la soluzione che è prevista in quella convenzione internazionale.

E nei regolamenti che succede?

I regolamenti e anche le convenzioni, di solito, escludono il rinvio, cioè adottano quella soluzione che in Italia si adottava con le norme precedenti alla legge 218, cioè la soluzione più diffusa è quella di escludere sempre il rinvio.

Si può prendere come esempio il *regolamento in materia di separazione e divorzio, Regolamento Roma III*, che disciplina la legge applicabile a separazione e divorzio, all'art. 11 dice: *esclusione del rinvio* – già il titolo parla chiaro – “Quando prescrive l'applicazione della legge di uno Stato, il presente regolamento si riferisce alle norme giuridiche in vigore in quello Stato, ad esclusione delle norme di diritto internazionale privato.” Questo è tutto un altro modo per descrivere lo stesso problema.

Il regolamento lo formula in questi termini: quando si individua come applicabile la legge di un certo Stato, considero di dover applicare direttamente le norme giuridiche di quello Stato senza tener conto delle norme di diritto internazionale privato di quello Stato. È un altro modo per dire che non si tiene conto del rinvio che eventualmente le norme di conflitto di quello Stato fanno ad altro Stato.

Uno potrebbe chiedersi perché in un regolamento si è dovuto dire questo se si vanno a stabilire norme di conflitto uniformi? (per cui vuol dire che tutti i giudici degli Stati membri applicheranno lo stesso criterio di collegamento, allora se tutti applicano lo stesso criterio di collegamento, il problema del rinvio non si pone). Questa questione si combina con l'altra norma che c'è sempre nei regolamenti, nel c.d. “**carattere universale dei regolamenti**”, ma anche delle convenzioni che, detto in altro modo, vuol dire che la legge individuata attraverso le norme di conflitto poste dal regolamento o dalla convenzione si applica anche quando è la legge di uno Stato terzo.

Considerate che quando stabilisco un criterio di collegamento non posso sapere dove mi condurrà: non posso sapere se mi condurrà ad uno Stato membro o se mi condurrà ad uno Stato terzo.

Se dico “legge nazionale del soggetto” o “legge di residenza del soggetto” o “luogo di costituzione di una società”, a priori non posso sapere dov'è, quindi,

i regolamenti e le convenzioni devono ipotizzare che quel criterio di collegamento che individuano possa condurre ad uno Stato terzo e, di solito, dicono che è irrilevante che sia la legge di uno Stato terzo, va applicata, non è un problema.

Ecco però che diventa importante decidere che fare del rinvio perché lo Stato terzo potrebbe avere norme di conflitto diverse e adottare un criterio di collegamento diverso.

Una soluzione un po' diversa viene adottata soltanto nel regolamento in materia di successioni - non fa assolutamente parte del programma però giusto per sapere che per quando riguarda il rinvio non proprio tutti i regolamenti escludono il rinvio perché in materia di successione si è deciso di adottare un'altra soluzione che vi leggo perché per una volta si potrebbe dire che siamo arrivati prima noi del regolamento dell'Unione perché vedrete che è abbastanza simile a quello che dice il legislatore italiano dal '95 e questo è un regolamento del 2012.

L'articolo 34, norma sul rinvio nel regolamento in materia di successioni, dice *“quando il presente regolamento prescrive l'applicazione della legge di uno Stato terzo, (e perché dice Stato terzo ve l'ho già spiegato, perché negli Stati membri non c'è bisogno di disciplinare il rinvio), esso si riferisce all'applicazione delle norme giuridiche in vigore in tale Stato, comprese le norme di diritto internazionale privato, nella misura in cui tali norme rinviano alla legge di uno Stato membro (quindi il rinvio è alla legge di uno Stato membro, è un rinvio indietro ma non a quello del foro, ma a uno qualunque degli Stati membri, quindi un rinvio indietro visto nell'ottica dell'Unione) oppure alla legge di un altro Stato terzo che applicherebbe la propria legge (è un altro modo per dire rinvio oltre accettato).* Quindi, in sostanza, il regolamento in materia di successione ha deciso di tener conto del rinvio in circostanze abbastanza analoghe a quelle che adotta il legislatore italiano, cioè

- un rinvio indietro all'Unione, ad uno Stato qualunque, perché il criterio è lo stesso e darà poi lo stesso risultato pratico perché tutti adottano lo stesso criterio di collegamento
- oppure il rinvio ad un altro Stato terzo accettato.

Andiamo a vedere due esempi concreti di tutto questo gran discorso teorico: un caso in cui non si deve tener conto del rinvio e un caso dove si deve tener conto del rinvio.

1) Sentenza Cassazione 6622/2012

I casi di sentenze dove si discute e si parla di rinvio sono rarissimi perché spesso non ci si pone nemmeno il problema.

Questo è uno dei rari casi in cui il problema se lo sono posto e la fattispecie riguardava una donazione effettuata tramite deposito bancario su un conto corrente in Svizzera, quindi, a titolo di donazione, viene depositata la somma di denaro sul conto corrente in Svizzera. La donazione è una delle poche materie ancora regolate dalla legge 218 e la norma di riferimento della legge 218 è l'articolo 56.

Considerate che se la questione si pone oggi, tuttora applico queste come norme di riferimento perché ancora l'Unione Europea delle donazioni non se n'è occupata.

Art. 56 comma 1: *“le donazioni sono regolate dalla legge nazionale del donante al momento della donazione.”*

Tipica norma di conflitto dove il criterio di collegamento è la legge nazionale del donante.

Però, al comma 2: *“il donante può, con dichiarazione espressa contestualmente alla donazione, sottoporre la donazione stessa alla legge dello Stato in cui egli risiede.”*

Questa è una scelta di legge limitata perché dà già l'indicazione di quale altra legge può scegliere, ma non può scegliere qualunque legge di qualunque Stato, ma solo quella di residenza in alternativa a quella che si applicherebbe.

Arriviamo al comma 3: *“la donazione è valida, quanto alla forma, (quindi è una norma sulla forma della donazione) se è considerata tale dalla legge che ne regola la sostanza oppure dalla legge dello Stato nel quale l'atto è compiuto.”*

In questo ultimo comma ci sono due criteri di collegamento che sono tra loro in concorso alternativo perché ci aiuta il fatto che dice “oppure” e anche perché è una norma sulla forma, quindi, basta che sia valido quanto alla forma o per l'uno o per l'altro.

Qui la questione era che, quanto alla forma, la donazione era stata fatta secondo le forme seguite in Svizzera, quindi, se si fosse guardato alla legge svizzera, sarebbe stata valida; se si guardava alla legge applicabile alla

sostanza, che era la legge italiana perché il donante era italiano, la donazione non si poteva fare.

Quindi nella controversia sorge la questione perché, secondo la legge che regola la sostanza, quella donazione è invalida, secondo la legge svizzera è valida. Allora la parte interessata tira fuori l'asso e dice che le norme di conflitto dell'ordinamento svizzero rinviano all'ordinamento italiano, quindi, tenendo conto delle norme di conflitto dell'ordinamento svizzero, si dovrebbe guardare comunque alla legge italiana. La teoria di questa parte era "inutile dire che si applica la legge svizzera, tanto le norme di conflitto della legge svizzera comunque rinviano all'ordinamento italiano, è rinvio indietro quindi si applica la legge italiana".

La Cassazione dice che non si sta parlando di una questione di sostanza, ma di validità formale, quindi, quando si parla di una questione che riguarda la validità formale e vado ad applicare una norma che riguarda la forma dell'atto, c'è l'articolo 13 secondo comma legge 218 che dice che non si tiene mai conto del rinvio, anche se è indietro. Quindi, non si deve tener conto del rinvio, si applica la legge svizzera e ci si ferma all'ordinamento svizzero per il quale la donazione era valida.

È un esempio in cui non si tiene conto del rinvio perché la questione era di validità formale dell'atto.

2) Sentenza tribunale di Pordenone del 2002

Altro esempio in cui, invece, entra in gioco il rinvio è una sentenza del 2002 del tribunale di Pordenone in cui la questione oggetto della controversia riguardava la richiesta di dichiarazione di interdizione o inabilitazione, quindi, un procedimento che andasse a privare di capacità una signora, in quanto si riteneva che non fosse più in condizioni di poter curare i propri interessi ed era la figlia che chiedeva l'interdizione o l'inabilitazione, però, questa signora era cittadina argentina.

L'elemento di transnazionalità è la cittadinanza argentina del soggetto di cui si chiede l'interdizione o l'inabilitazione ed è quel campanello di allarme che fa scattare le problematiche di diritto internazionale privato (per la stessa domanda proposta dalla figlia italiana della cittadina italiana residente da sempre in Italia, il giudice non se lo va a porre il problema internazionale

privatistico). Siccome la cittadinanza è argentina, il giudice deve porsi la questione di diritto internazionale privato.

Nella sentenza c'è tutta una premessa in cui si dice che la fattispecie presenta numerosi elementi di transnazionalità, per cui il giudice accerta intanto di avere competenza giurisdizionale e poi va a individuare la norma di conflitto che riguarda la fattispecie.

Noi non abbiamo, nella legge 218, una norma *ad hoc* che riguarda l'interdizione o l'inabilitazione; la legge 218 è molto specializzata, cioè contiene tante norme per tante materie, ma è chiaro che io non posso presumere che qualunque fattispecie trovi la sua precisa norma di conflitto, allora c'è un problema di qualificazione: la domanda di interdizione o inabilitazione come la qualifico per andare quindi a ricondurla a una norma di conflitto?

Potevano essere due (e il tribunale le prende in considerazione tutte e due) le possibili qualificazioni per stabilire qual era la norma di riferimento. Il tribunale dice che potrebbe essere l'articolo 23 che riguarda la capacità d'agire: io devo pronunciarmi privando della capacità di agire oppure l'articolo 43, protezione degli incapaci e faccio rientrare la fattispecie nella nozione di protezione degli incapaci.

Il tribunale se la cava bene perché dice che non ha necessariamente bisogno anche di stabilire qual è la norma giusta perché il criterio è sempre lo stesso: la legge nazionale del soggetto.

Quindi non ho margine di errore, sia che la qualifichi in un modo che nell'altro, arrivo sempre a individuare, come legge applicabile, la legge nazionale del soggetto, quindi la legge argentina.

Il tribunale però va a vedere cosa dice l'ordinamento argentino e il *Codice Civile Argentino*, richiamato nella sentenza, dice che per disciplinare questioni che riguardano la capacità etc. si deve applicare la legge del domicilio del soggetto, quindi, le norme di conflitto dell'ordinamento argentino rinviano alla legge del domicilio, all'Italia. Questo è un rinvio indietro all'ordinamento italiano e, essendo un rinvio indietro, è un esempio in cui si tiene conto del rinvio.

(In sentenza c'è tutta una seconda parte dove il giudice fa un'operazione non richiesta e anzi sbagliata, quindi noi ci fermiamo qui, a noi la sentenza

interessa fino a qui perché il giudice, che si è fatto un po' prendere la mano dal diritto internazionale privato, dice che bisogna andare a vedere se, per l'ordinamento argentino, la legge italiana è contraria all'ordine pubblico.)

Nel prosieguo studieremo l'ordine pubblico, ma già si può capire che è un limite che impedisce l'applicazione di una legge, se contrasta con i valori fondamentali dell'ordinamento.

Ma è l'ordinamento del foro che si pone il problema chiedendosi se, dovendo applicare la legge argentina, questa non sia chiaramente contrastante con i valori fondamentali dell'ordinamento, altrimenti non può essere applicata. Nella sentenza in esame, invece, il giudice fa una cosa che non è richiesta da nessuna parte e cioè dice "l'ordinamento argentino richiama la legge italiana, ma un giudice argentino andrebbe anche a stabilire se la legge italiana è contrastante con l'ordine pubblico argentino e va a fare questa valutazione". Di questo non ne tenete conto, perché non è un'operazione da fare, quindi, la sentenza ci interessa solo per il fatto che c'era un rinvio indietro e, di conseguenza, il giudice considera applicabile la legge italiana per effetto del rinvio indietro.

Un'ulteriore problematica posta dal diritto internazionale privato è quella di **cd. ordinamenti plurilegislativi**.

L'ipotesi è sempre creata solo nel caso in cui la norma di conflitto mi richiami un ordinamento straniero (chiaramente quando io vedo che dalla norma di conflitto si applica la legge italiana, non si parla di problemi).

Quando applico una norma di conflitto, individuo uno stato, posso scoprire che quello stato non ha un solo ordinamento/sistema legislativo, ma più. Quindi un ordinamento che ha al suo interno più sistemi legislativi, che possono suddividersi come **più sistemi**:

a base territoriale: consiste in un ordinamento che ha al suo interno una suddivisione territoriale secondo cui ogni unità territoriale ha una propria competenza normativa in quella determinata materia.

Quindi ad esempio mi sto occupando di matrimonio e divorzio e scopro che l'ordinamento richiamato non ha una sola legislazione sul matrimonio e una sola sul divorzio, ma siccome è suddivisa in unità territoriale, ogni unità territoriale ha la sua competenza normativa a riguardo.

I tipici esempi sono uno stato federale (Stati Uniti), allora magari la materia di cui mi sto occupando, la norma di conflitto mi richiama gli Stati Uniti ed io scopro che i vari stati hanno su quella determinata materia competenza legislativa quindi magari in quella materia non trovo solo una legge, ma ogni stato ha una sua legge e quindi il problema sta nel determinare quale legge devo applicare.

Lo stesso può succedere in Svizzera, dove quella determinata materia non è di competenza generale, ma di competenza dei vari cantoni.

Oppure ordinamenti suddivisi a base regionale e quella determinata materia è di competenza separata in regioni.

o a base personale /soggettiva: si ha quando sempre per la stessa materia si hanno più sistemi legislativi suddivisi in virtù delle caratteristiche soggettive delle persone, come ad esempio l'appartenenza ad una confessione religiosa. Quindi in uno stato dove coesistono più confessioni religiose alcune materie possono essere soggette a leggi diverse a seconda della confessione religiosa di competenza.

Il **problema** dal punto di vista del diritto internazionale privato qual è?

Una volta che ho applicato la norma di conflitto, individuato il criterio di collegamento che mi ha richiamato questo ordinamento, devo capire quale legge poi, materiale, applicare a quella particolare fattispecie e come risolvere il problema quando ho più legislazioni in quella materia in quel determinato ordinamento.

Quali possono essere in via astratta le possibili **soluzioni** che sono anche seguite nei vari sistemi:

Alcune volte io posso considerare richiamato direttamente un **sottosistema normativo**. Questo è possibile quando io ho il criterio di collegamento di tipo territoriale che mi consente di individuare direttamente il sottosistema, la singola unità territoriale.

Ad esempio, se il criterio è quella della residenza o del domicilio, io posso considerare la persona residente negli Stati Uniti, anche nel singolo stato, quindi il criterio lo posso applicare localizzando direttamente la fattispecie nella singola unità territoriale.

Quindi ci sono criteri come la residenza abituale, criterio del collegamento più stretto (applicato in alcuni casi come la materia contrattuale), ma anche il criterio del luogo in cui è prevalentemente localizzata la vita matrimoniale.

Questi sono criteri che io riesco a localizzare in ogni singola unità territoriale, quindi teoricamente sono criteri che mi consentono già di individuare i sottosistemi.

Ovviamente questo soltanto per ordinamenti plurilegislativi a base territoriale. Sistema dove è localizzata la vita matrimoniale mi dice poco della suddivisione a base personale, come la confessione religiosa.

Se un sistema adotta come criterio principale quello della localizzazione, per gli ordinamenti su base territoriale teoricamente è possibile l'individuazione del sottosistema normativo.

seconda soluzione: è quella di considerare richiamato l'ordinamento nel suo complesso e poi andare ad applicare la soluzione di ripartizione che si trova in quel sistema. Quindi intendo richiamato l'intero sistema (Stati Uniti) e poi vado a vedere quali criteri di ripartizione e suddivisione utilizza lo stato.

Basarsi sui criteri adottati da quell'ordinamento richiamato per poi andare ad individuare un sistema normativo da applicare.

Sono due soluzioni che in astratto possono essere adottate e che, anche a seconda del contesto normativo, troviamo adottate.

La **soluzione** che da la **l. 218** vale come soluzione solo quando sto applicando norme di conflitto che ho individuato nella l.218.

Le questioni generali seguono il sistema normativo che io sto applicando.

Quando invece vado ad applicare un regolamento vado a vedere che soluzione da il regolamento alle questioni che stiamo esaminando, cioè in particolare il problema degli ordinamenti pluri-legislativi.

Art 18: *“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 criteri utilizzati da quell'ordinamento.”*

Quindi tra le due opzioni, il legislatore italiano segue in tutti e due i casi (ordinamento plurilegislativo a base territoriale o base personale) sempre la stessa soluzione, ed è quella di andare a vedere quali sono i criteri utilizzati nell'ordinamento richiamato (quindi richiama gli Stati Uniti, poi si va a vedere come all'interno di essi effettuano la ripartizione).

Però il legislatore tiene in considerazione anche il fatto che delle volte non si possono individuare criteri di ripartizione e quindi quando diventa impossibile applicare quello che dice il 1 comma subentra il secondo comma che dice che quando tali criteri non possono essere individuati, si applica il sistema normativo con il quale il caso di specie presenta il collegamento più stretto.

Quando abbiamo parlato di questo criterio, nella l. 218 non è mai utilizzato come criterio principale, come primo criterio, come criterio di collegamento per individuare la legge applicabile, ma lo troviamo in alcune norme per risolvere problemi attinenti a questioni generali. Quindi mi subentra un altro criterio, io rimango all'interno dell'ordinamento richiamato, non privo di efficacia la norma di conflitto in quanto l'ho già applicata, ho individuato l'ordinamento e poi per individuare il sottosistema normativo individuo tramite il collegamento più stretto.

Questo criterio mi vale sia quando l'ordinamento plurilegislativo è a base territoriale che quando è a base personale.

I **pro** di questa impostazione sono di dare un'unica soluzione che vale per tutti i casi e di dare una soluzione in modo che si arrivi sempre alla determinazione di una legge applicabile. Non avrò mai una situazione in cui il giudice non saprà come fare ad individuare una legge perché alle brutte applica il 2 comma e la soluzione la trova per forza.

contro: critiche che si muovono è che forse sia una soluzione troppo semplicistica. Nel senso che per voler dare una stessa soluzione per due tipologie di ordinamenti che sono tra loro diversi, non da sempre una soluzione ottimale, perché alcune volte ci sono dei criteri, adottati anche nella l.218, che consentirebbero di individuare direttamente il sottosistema normativo. Ed allora è una forzatura andare ad applicare quello che mi dice l'art 18, cioè individuare l'intero sistema e poi andare ad applicare i criteri di quel sistema.

Es: quando la l. 218 individua come criterio (non è principale, ma di solito successivo) la vita matrimoniale prevalentemente localizzata, quindi luogo dove è localizzata la vita matrimoniale, è un criterio che quando io mi rapporto con un sistema normativo come quello degli Stati Uniti, mi consentirebbe di applicare direttamente il sottosistema.

Parliamo di una coppia che è sempre vissuta e lavorata, con propri figli in Texas e il criterio che deve applicare è quello del luogo prevalentemente localizzato della vita matrimoniale, perché magari non posso applicare il criterio della cittadinanza comune, verrebbe da sé di dire che il luogo della vita matrimoniale è localizzato in Texas, individuo subito il sistema normativo. Invece l'art 18 dice che comunque devo considerare richiamati gli Stati Uniti, e quindi andare a vedere quell'ordinamento quali criteri da per individuare il sottosistema. È una forzatura.

Invece è adeguato questo criterio quando il criterio di collegamento non si presta a individuare il sottosistema (es: criterio della cittadinanza l.218).

Quando ho un criterio come questo richiamo l'intero ordinamento e mi devo basare su quei criteri dell'ordinamento per individuare il sottosistema normativo.

I regolamenti come si comportano?

Se io sto applicando un certo regolamento in materia contrattuale anche per quanto riguarda il problema dell'ordinamento plurilegislativo, devo andare a vedere cosa mi dice il regolamento. E in questo caso nel **Regolamento Roma I** la soluzione data dall'**art 22** è più semplice per il fatto che in materia contrattuale non si individuano stati che abbiano una pluralità legislativa a base personale, quindi il legislatore europeo si è dovuto preoccupare soltanto di ordinamenti plurilegislativi a base territoriale. La materia contrattuale non è una materia in cui si va a distinguere a seconda di criteri soggettivi, confessionali, ecc..

Il regolamento parla solo di sistemi con più unità territoriali e dato che utilizza tutti i criteri che consentono di individuare la sotto-unità territoriale, mi dice che si intende sempre richiamata direttamente la sotto-unità territoriale.

Si fanno tante premesse, cioè può adottare in questo contesto questa soluzione perché si occupa solo degli ordinamenti plurilegislativi su base territoriale e perché il regolamento adotta solo criteri che contengono l'individuazione di sotto-unità territoriale.

Ad esempio, la residenza abituale è sempre un criterio che mi consente di individuare il sottosistema oppure il collegamento più stretto, che anche qui mi consente di individuare il sottosistema.

Di fatto il criterio di collegamento e la norma di conflitto la leggo pensando già direttamente al sottosistema.

Se penso agli Stati Uniti richiamo direttamente l'unità territoriale del singolo stato.

Mentre invece ci sono soluzioni più complesse, perché la ratio è necessariamente diversa.

Un sistema complicato è adottato nel regolamento che disciplina la legge applicabile alla separazione e divorzio **259/2012** perché adotta una serie di criteri, tra cui anche in certi casi la cittadinanza.

Quindi motivi per cui la soluzione è più complessa:

primo motivo ci sono anche dei criteri adottati nel regolamento che non consentono l'individuazione del sottosistema.

Secondo motivo nella materia matrimoniale, in particolare la disciplina che riguarda lo scioglimento del matrimonio, ci sono anche sistemi normativi che al loro interno adottano più legislazioni che si differenziano tra loro su base personale (ad esempio per la confessione religiosa).

In questo regolamento il legislatore ha adottato due norme distinte:

Una norma che riguarda i sistemi plurilegislativi a base territoriale **art 14**

E una norma che riguarda sistemi plurilegislativi a base personale **art 15**.

Il legislatore ha dato specifiche soluzioni mirate a seconda della diversa ipotesi e a seconda del criterio di collegamento che vado ad utilizzare. Sono molto dettagliate queste norme.

Questo è un metodo seguito, ed è opposto a quello adottato dal legislatore italiano che ha messo insieme i due tipi di ordinamento e ha voluto dare una

soluzione unica che non ha voluto tenere conto del criterio di collegamento di volta in volta impiegato.

Il legislatore europeo ha fatto l'opposto: ha separato i due sistemi dando anche soluzioni diverse a seconda del criterio di collegamento di volta in volta che si va ad adottare.

Impieghi opposti e tecniche per risolvere lo stesso problema.

Un esempio che dimostra come la situazione si può presentare, in questo caso si è presentata al **Tribunale di Belluno** che ha risolto la questione nella **sentenza del 2009** che riguardava un divorzio tra cittadini indiani.

In questo caso si individuava l. 218, non era ancora applicabile il regolamento dell'unione in materia divorzile.

Criterio applicabile in base alla l. 218 per regolare il divorzio era la cittadinanza comune.

I soggetti erano cittadini indiani che risiedevano regolarmente in Italia, quindi era competente il giudice italiano.

Il giudice poteva sciogliere un matrimonio tra cittadini indiani perché residenti, ma quando va ad individuare la norma di conflitto scopre che la legge applicabile era la legge indiana.

Quando va a cercare la legge indiana scopre che non c'è solo una legge sul divorzio in India, ma ci sono più sistemi normativi che dipendono dalla confessione religiosa. A seconda del rito con cui si è celebrato il matrimonio, anche lo scioglimento del matrimonio è regolato da quella stessa legislazione in materia di matrimonio.

Esiste l'atto normativo che riguarda il matrimonio hindu, ma esiste anche l'atto normativo che riguarda il matrimonio cattolico e di altre confessioni.

Quindi non c'è un'unica legge normativa sul divorzio.

Quale applico allora per sciogliere il matrimonio di questi cittadini indiani?

Il tribunale prende **l'art 18** e applica il criterio di collegamento ricavato dalla l.218, quindi la questione generale la risolve in base a quello che le dice l'art 18, che dice: "devi considerare richiamato l'ordinamento nel suo complesso e poi andare a vedere come è ripartita all'interno, quali sono i criteri dati in quell'ordinamento".

In india che criterio adottano per capire la legge sul divorzio?

Il criterio che seguono è quello di vedere la religione delle parti data dal rito religioso che hanno seguito per contrarre in matrimonio.

Secondo questi criteri adottati dall'ordinamento indiano, il Tribunale di Belluno ritiene applicabile l'*Hindu marriage act* perché i coniugi si erano sposati sotto questo rito.

E quindi va a vedere a quali condizioni può pronunciare il divorzio secondo quella normativa.

Scopre poi (si parla ancora del periodo in cui in Italia la separazione era ancora prevista per 3 anni, non si poteva pronunciare prima divorzio, ora invece possono essere sufficienti 6 mesi) che la legge indiana specifica, quella che ha già individuato come applicabile, consente a certe condizioni, se c'è la volontà di entrambi i coniugi, lo scioglimento immediato senza il periodo di separazione. Quindi può pronunciare direttamente il divorzio nonostante sia un tribunale italiano che sta pronunciando una sentenza di divorzio in relazione a due cittadini indiani, e siccome li voglio applicare la legge indiana, si può farlo e pronunciare il divorzio senza breve periodo di separazione, come sarebbe richiesto in base alla legge italiana (quindi non è imposto a tutti).

Quindi sulla base delle condizioni previste dalla legge indiana si pronuncia il divorzio.

Questo è un esempio di un ordinamento plurilegislativo a base personale, a base soggettiva, legata alla confessione religiosa delle parti.

L'accertamento del contenuto del diritto straniero

Riprendiamo un argomento che era rimasto in sospeso; esso riguarda l'accertamento del contenuto del diritto straniero una volta che si è individuato, attraverso la norma di conflitto, che la legge applicabile è quella dell'ordinamento straniero.

Quindi materialmente come si va a ricercare questo contenuto della legge straniera?

Prima dell'adozione della legge 218, nel nostro ordinamento, c'erano stati orientamenti giurisprudenziali contrastanti già a monte sulla questione di capire se:

fosse un'operazione da compiere d'ufficio da parte del giudice. E quindi il diritto straniero è da considerare diritto alla pari del diritto interno, quindi vale il **principio iura novi curia per cui il giudice d'ufficio deve conoscere il contenuto del diritto straniero**

fosse onere della parte produrre il contenuto del diritto straniero. E quindi il diritto straniero è qualcosa di diverso dal diritto interno e quindi è da considerare come un fatto, come la parte deve provare i fatti che fondano la domanda/le eccezioni ecc. **la parte deve anche provare il contenuto del diritto straniero**

Queste erano le due visioni.

Per un certo periodo ha prevalso la visione del diritto straniero come fatto, quindi rimesso all'onere della prova e addirittura si arrivava a dire che non si poteva ricorrere in Cassazione per il solo motivo che fosse stato applicato male o quello sbagliato, essendo la Cassazione (ai tempi) solo giudice del diritto.

Già prima dell'adozione della legge 218 era cambiato questo orientamento, quindi prevaleva l'altro orientamento cioè di considerare il diritto straniero equivalente al diritto interno anche dal punto di vista del principio iura novi curia per cui si rimetteva all'accertamento d'ufficio del diritto straniero, con un onere di collaborazione delle parti ma senza un vero e proprio onere della prova.

Con la legge 218 si volle chiarire definitivamente questo problema, senza lasciare alla giurisprudenza la risoluzione di esso; quindi con la legge 218 si è adottato l'**art 14** che esplicitamente stabilisce che è il giudice che deve accertare d'ufficio il contenuto della legge straniera richiamata.

Vediamo il primo comma: *"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."*

Come si compone questa norma?

Innanzitutto, è affermato che per il diritto straniero **vale il principio iura novi curia** alla stessa stregua del diritto interno. Questo non significa che il giudice deve conoscere prima il diritto di tutti gli stati, sarebbe impossibile. Ma nel momento in cui, attraverso la norma di conflitto, si realizza che la legge applicabile è quella dell'ordinamento straniero x, è il giudice che deve andare

ad accertare il contenuto materiale della legge nella materia specifica che serve a regolare la fattispecie.

Abbiamo fatto l'esempio del giudice che scopre di dover applicare la legge indiana al divorzio, quindi è il giudice stesso che deve andare a cercare nell'ordinamento indiano, qual è la norma di riferimento che regola lo scioglimento del matrimonio in India.

La norma va avanti un po' a tranquillizzare gli operatori giuridici, in particolare il giudice, su quali sono alcuni strumenti (non è un elenco tassativo, il giudice può usare qualunque mezzo che ritenga opportuno) che possono essere utilizzati dal giudice in questa operazione:

- Un primo strumento è quello di fare una **richiesta al Ministero della giustizia**. Nel tempo si sono affinate le tecniche, per cui si sono create delle competenze specifiche e degli uffici;
- L'altra strada, utilizzata abbastanza spesso, è quella di **nominare un consulente d'ufficio per conoscere il contenuto del diritto straniero** ai fini della soluzione della controversia.

Solitamente sono interpellati consulenti di diritto comparato (es. se si deve accertare il diritto cinese, si nominerà un esperto nella materia).

Inoltre, ci possono essere altri canali, in particolare una Convenzione europea del '68 crea una rete di collaborazione tra Stati: ogni Stato parte ha nominato un'autorità centrale che serve per dare informazioni ad un'altra autorità centrale di un altro Stato.

Se il giudice italiano ha un dubbio, può interpellare l'autorità centrale italiana (cioè il Ministro della giustizia) ed essa contatta la rispettiva autorità centrale che l'altro Stato, di cui si vuole applicare il diritto, avrà nominato a questo proposito.

Il fatto che l'operazione avvenga tramite autorità centrali, da un lato semplifica il canale e, dall'altro, tendenzialmente l'operazione dovrebbe non avere costi, tranne quando anche l'autorità centrale richiesta dell'informazione debba a sua volta chiedere ad un esperto del proprio Paese.

Poniamo che il quesito sia stato posto all'autorità centrale tedesca, ma essa non sappia rispondere direttamente e deve chiedere ad un proprio esperto tedesco, allora ci possono essere delle spese che ricadono sulle parti del

processo. Questo è un canale per cercare di avere informazioni in modo sicuro e velocemente.

Si fa abbastanza ricorso a questi strumenti perché è difficile fare questa operazione di reperimento del diritto straniero, soprattutto rispetto ad ordinamenti molto diversi dal nostro.

Però la norma va avanti: *“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.”*

Ovviamente, il Legislatore tiene conto anche di **quelle ipotesi in cui non si riesce ad accertare il contenuto del diritto straniero.**

La norma ci dice che intanto compare la **collaborazione delle parti**. Infatti, le parti possono produrre la normativa di riferimento, ma il giudice non si dovrebbe fermare a questo, cioè deve essere sicuro che quello che è stato prodotto sia davvero il reale contenuto della legge straniera; i giudici si fidano un po' di più quando c'è l'accordo delle parti cioè quando esse abbiano prodotto autonomamente lo stesso contenuto della legge da applicare.

Ma anche quando, nonostante la collaborazione delle parti, non si riesca ad accertare la legge indicata, bisogna che esso possa risolvere la controversia.

A questo proposito abbiamo un doppio passaggio:

- prima bisogna vedere se quella norma di conflitto prevede un **altro criterio di collegamento.**

Nelle norme di conflitto in cui c'è un concorso di criteri di collegamento, di solito quando il concorso è successivo il criterio di collegamento successivo interviene quando non può operare il primo, ma di fatto aggiunge un'altra ipotesi: il criterio di collegamento successivo interviene quando il primo criterio può operare ma il giudice non riesce ad accertare il contenuto della legge di quell'ordinamento.

- Questo però non è sempre risolutivo perché magari il criterio successivo mi riporta sempre al medesimo ordinamento.

Pensiamo alla norma che mi dice: *“i rapporti personali tra coniugi sono regolati dalla legge nazionale comune, in mancanza si applica il criterio di dov'è prevalentemente localizzata la vita matrimoniale”*; SE la legge richiamata dal primo criterio mi risulta impossibile da accertare, vado ad applicare il secondo e magari scopro che è sempre lo stesso.

Allora ho bisogno di un ulteriore criterio residuale, ultimo perché qui ci si ferma di sicuro perché **si applicano le norme della legge italiana**.

Perché non si è detto subito che si applica la legge italiana? Si è voluto scoraggiare un'applicazione troppo facile della legge italiana da parte dei giudici, cioè si è voluto evitare che il giudice, vista la difficoltà di accertare la legge straniera, applicasse subito la legge italiana visto che la conosce meglio.

Mentre tutto ciò riguarda la fase dell'accertamento del contenuto del diritto straniero, è importante sapere che l'art 15 dà indicazioni su come va **interpretato ed applicato il diritto straniero**.

È una norma di tipo pedagogico, cioè doveva essere così indipendentemente dall'esistenza di questa norma, quindi l'art 15 ricorda al giudice che se si applica la legge straniera bisogna tener conto dei criteri propri dell'ordinamento di provenienza della norma, **bisogna tener conto dei criteri applicativi ed interpretativi dell'ordinamento di provenienza**.

Ad esempio, riguardo ad una successione di leggi nel tempo, ci sono leggi successive in quella materia, il giudice deve guardare i criteri di quell'ordinamento cioè se si applica quella successiva, qual è il rapporto tra di loro ecc. Alla base di tutto questo c'è la ratio del diritto internazionale privato, cioè se io applico una legge straniera è perché voglio coordinarmi con l'ordinamento straniero, quindi mi coordino fino in fondo e faccio cosa farebbe il giudice di quell'ordinamento.

Questa operazione il giudice la fa ogni volta che deve applicare una legge straniera, ci sono anche delle sentenze in cui il giudice si dilunga sugli articoli 14 e 15, però sono poche perché si compie direttamente l'accertamento.

Il limite dell'ordine pubblico

A questo punto siamo arrivati in una fase in cui abbiamo anche accertato il contenuto della legge da applicare.

Partiamo dall'esempio che abbiamo visto ieri. Il giudice arriva a ritenere applicabile la legge indiana al divorzio tra due cittadini indiani.

Ricordiamoci che quello era un caso in cui si applicava ancora la legge 218, oggi in un caso del genere, per effetto del Regolamento in materia, sarebbe applicabile la legge di residenza abituale, quindi è più facile che si applichi la legge italiana visto che sono residenti in Italia; poi c'è una norma sulla scelta di legge, quindi può darsi che le parti, se gli conviene, decidano di scegliere concordemente la legge di cittadinanza (scelta limitata) quindi quella indiana. Infatti, talvolta può capitare che la legge di un altro ordinamento sia più favorevole allo scioglimento rispetto a quella italiana, ad esempio perché ammette il divorzio immediato. Ora questa differenza è sentita meno, prima si dovevano attendere i tre anni di separazione, quindi magari i coniugi litigano su altro ma trovano l'accordo sulla legge che consente lo scioglimento immediato del matrimonio.

Il caso in questione, però, poneva un altro dubbio al giudice: cioè se quella legge potesse essere o meno applicata per l'eventuale contrasto con l'ordine pubblico del nostro ordinamento.

In cosa consiste il **limite dell'ordine pubblico**? Consiste nella possibilità che una legge straniera individuata come applicabile ad una certa fattispecie, si possa invece non applicare; quindi costituisce un limite all'applicazione della legge straniera in virtù della protezione che si vuole dare a certi valori fondamentali del nostro ordinamento, che sarebbero in qualche modo minati applicando quella determinata legge straniera. In ragione della volontà dell'ordinamento di proteggere certi valori fondamentali, noi da un lato apriamo in generale la possibilità di applicare la legge straniera ma mettiamo anche dei *limiti difensivi*: non si può applicare qualunque legge straniera visto che facciamo delle scelte su determinati valori (soprattutto sociali ed etici) e sarebbe assurdo che applicando la legge straniera si potessero aggirare questi valori fondamentali. Tutti gli ordinamenti conoscono questo limite all'applicazione della legge straniera.

Quando si parla del limite dell'ordine pubblico nel diritto internazionale, bisogna avere chiaro di cosa si parla perché qualche volta c'è un fraintendimento di tipo terminologico. In generale l'ordine pubblico come limite all'applicazione della legge straniera è individuato con l'ulteriore aggiunta del riferimento all'ordine pubblico internazionale, contrapposto all'ordine pubblico interno. Perché c'è

un fraintendimento? Perché nel tempo si sono accavallate due nozioni diverse, purtroppo si continua a vedere un'errata applicazione di questi due concetti.

Una certa visione che oltre ad essere sbagliata, non è pienamente condivisa, fa equivalere la distinzione tra ordine pubblico interno e internazionale dicendo che:

- **l'ordine pubblico interno** corrisponde solo ai valori del nostro ordinamento
- **ordine pubblico internazionale** vuole dire che oltre ai valori interni si devono proteggere valori che derivano dall'ordinamento internazionale.

È vero che quando si va a tutelare l'ordine pubblico, non bastano solo i valori interni ma si tiene conto anche dell'appartenenza all'ordinamento internazionale che ha dei valori che concorrono a formare l'ordine pubblico; ad esempio: i trattati che tutelano i diritti umani.

Ma solitamente quando si parla di **ordine pubblico internazionale** si fa riferimento a quando il limite scatta in relazione a fattispecie che presentano elementi di internazionalità e quindi riguarda tutti quei valori, di derivazione interna o internazionale, che si vogliono proteggere nel momento in cui si va ad applicare una legge straniera.

In questa nozione, allora, l'ordine pubblico interno vuol dire un'altra cosa: si sta parlando di fattispecie tutte interne e che per esse ci sono comunque alcune norme che sono inderogabili e che si devono comunque applicare. Quindi la nozione di **ordine pubblico interno** viene riferita a quelle norme che sono inderogabili quando la fattispecie che sono tutte interne all'ordinamento.

L'esempio del divorzio chiarisce subito questa differenza: se io devo applicare una legge straniera che non prevede periodo di separazione ad una fattispecie che prevede elementi di transnazionalità, la giurisprudenza consolidata mi dice che non c'è contrasto con l'ordine pubblico cioè non rientra tra i valori fondamentali del nostro ordinamento quello di prevedere un periodo di separazione prima del divorzio. La legge straniera che prevede il divorzio immediato non contrasta con l'ordine pubblico internazionale.

Ma se la fattispecie è tutta interna all'ordinamento italiano, il previo periodo di separazione per una fattispecie italiana appartiene alle norme inderogabili e quindi non si può aggirare la sua applicazione.

Quello che rileva dal punto di vista del diritto internazionale privato è quello dell'ordine pubblico internazionale, quello che mira a tutelare i valori fondamentali dell'ordinamento.

Problema: non c'è scritto da nessuna parte il contenuto dell'ordine pubblico, quali sono questi valori fondamentali. Si dice che le caratteristiche dell'ordine pubblico sono quelle della:

indeterminatezza, perché non ho un contenuto scritto da qualche parte e devo di volta in volta accertarlo;

variabilità nel tempo, perché ci sono dei valori e dei principi di natura etico-sociale che possono cambiare nel tempo. Quindi il limite dell'ordine pubblico va accertato nel momento in cui si fa la valutazione, non è detto che su certi temi oggi si arrivi alle stesse soluzioni alle quali si arrivava 20/30 anni fa. Su certi temi questo cambiamento è stato rapido, anche a causa di una spinta verso l'ammettere l'ingresso di certi istituti che fino a qualche anno fa non si pensava fosse possibile ammettere.

Questa indeterminatezza e questa variabilità cosa comportano? Che è compito del giudice verificare di volta in volta se la legge straniera che deve applicare produce effetti contrari all'ordine pubblico.

Si dice sempre che non è tanto la legge in sé in astratto che si va a giudicare, ma **gli effetti** che quella legge produrrebbe nell'ordinamento.

Quindi devo valutare le conseguenze e gli effetti di quella legge, non tanto la legge nel suo contenuto. Non si va a giudicare l'opera legislativa altrui ma gli effetti che essa produce nel nostro ordinamento.

Opera che il giudice deve compiere d'ufficio, quindi anche se le parti invocano la legge straniera e magari sono d'accordo, il giudice deve fare comunque questo vaglio di conformità all'ordine pubblico italiano.

Le legge 218 ci dice tutto questo però non ci dà il contenuto, l'art 16 dice che "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."

Quindi ci dice che **non si applica la legge straniera che produce effetti contrari all'ordine pubblico.**

Ma anche qui il giudice deve sapere che fare: quello che si vuole evitare è arrivare al diniego di giustizia, cioè in una circostanza in cui il giudice non può risolvere la fattispecie.

Quindi si dà al giudice la stessa soluzione del caso in cui il giudice non riesca ad accertare la legge straniera perché anche qui si vuole evitare di arrivare ad applicare direttamente la legge italiana. Si vuole scoraggiare che il giudice sia troppo facilmente tentato di esaltare i limiti dell'ordine pubblico per poi applicare solo la legge italiana.

Anche qui si dice che prima si vede se c'è un **altro criterio di collegamento** che porta ad applicare la legge di un ordinamento diverso e poi come ultima ratio si applica la **legge italiana**.

Questa soluzione adottata dal legislatore non è sempre adottata, in molti ordinamenti stranieri se scatta il limite dell'ordine pubblico si applica la lex fori.

Se vogliamo andare a dare un **contenuto** al limite dell'ordine pubblico, a quali valori dobbiamo pensare e dove li andiamo a ritrovare? Qui c'è stato un grosso cambiamento a partire dal 2016. Vediamo qual era il contenuto dell'ordine pubblico prima e poi vediamo la sentenza che ha segnato la storia dell'istituto.

Prima della sentenza del 2016⁶, la tesi tradizionale era che i valori di un certo ordinamento fossero riscontrabili sicuramente nella Costituzione (una legge straniera che nella sua applicazione dovesse produrre effetti contrastanti con i valori espressi nella nostra Costituzione è chiaro che scatterebbe il limite dell'ordine pubblico).

Inoltre, si è sempre considerato che alcuni valori fondanti dell'ordinamento potessero essere anche espressione del potere legislativo. Quando è il Legislatore a scegliere e scegliere in un certo modo, anche quello può rappresentare in quel momento storico un principio fondamentale che si vuole tutelare e che fa parte del limite dell'ordine pubblico. Ovviamente si deve trattare di temi che abbiano un minimo di rilevanza cioè devono rientrare fra i temi che incidono sui valori fondamentali dell'ordinamento. Fino a che il Legislatore dice qualcosa su certi temi, anche quella scelta può fondare il limite dell'ordine pubblico.

A ciò vanno aggiunti i valori che derivano dall'appartenenza all'ordinamento internazionale, quindi sicuramente quei valori che derivano dall'Unione europea sia, più in generale, da quei trattati che incidono sui valori e quindi prevalentemente i

⁶ La sentenza di riferimento è la n° 19599 del 2016.

Trattati a tutela dei diritti umani, come la Convenzione europea dei diritti umani e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani.

Le cose cambiano *dopo la sentenza del 2016*. Una sola sentenza può cambiare la concezione dell'ordine pubblico? Sicuramente questa sentenza ha ristretto l'ambito dell'ordine pubblico e ha dato il via a sentenze anche in altri settori che, basandosi su questa nuova concezione, hanno sostanzialmente aperto a certi valori su cui era più discutibile che in passato si potesse dare il via libera.

Va fatta però una premessa: il limite dell'ordine pubblico vale come limite all'applicazione della legge straniera ma vale anche negli stessi termini per l'efficacia delle sentenze straniere, cioè anche per l'ingresso di una sentenza straniera c'è questo stesso limite. Quando io dico che non posso applicare una legge straniera se gli effetti contrastano con l'ordine pubblico, allo stesso modo non posso dare effetti ad una sentenza straniera se essi contrastano con l'ordine pubblico.

La stessa cosa vale per tutti gli atti stranieri che possono essere trascritti nei nostri registri, per esempio nei registri dello stato civile. Se per esempio andiamo a chiedere la trascrizione di un atto di nascita ottenuto all'estero o un atto di matrimonio avvenuti all'estero, anche in questo caso è previsto il limite dell'ordine pubblico. L'ufficiale di stato civile può rifiutare la trascrizione di un atto straniero se ritiene che contrasti con l'ordine pubblico.

Alcune delle sentenze di cui parleremo, non riguardavano l'applicazione della legge straniera ma o una sentenza o un atto straniero.

Cos'è cambiato nel concetto di ordine pubblico? Questo è quello che ha detto la **Cassazione** al momento; può però darsi che essa cambi orientamento visto che l'art 16 non mi dice nulla su quali sono concretamente i valori.

La **sentenza di riferimento** è la n° 19599 del 2016.

La fattispecie riguarda una tipologia di casistica che sta diventando sempre più frequente: una cittadina spagnola e una italiana vivono in Spagna e si sposano nel 2009 in Spagna, dove è consentito il matrimonio tra persone dello stesso sesso. In virtù del progetto genitoriale comune decidono di fare ricorso, sempre in Spagna dove la legislazione sulla procreazione assistita è molto

favorevole e libera, alla inseminazione artificiale e anche alla donazione di un ovocita da parte della donna non gestante.

Quindi le due donne, come succede molto spesso per risultare entrambe madri biologiche, sono: una la gestante e l'altra la donatrice dell'ovocita, in più c'è la donazione eterologa (da parte di un uomo).

In questi casi l'atto di nascita in Spagna e per legge, fa risultare entrambe come madri.

Quindi tutto è stato fatto in regola con la legislazione spagnola, che consente tutto questo e poi prevede che l'atto di nascita preveda direttamente l'iscrizione di entrambe le donne come madri.

Per poter concedere al figlio anche la cittadinanza italiana (il figlio sicuramente aveva la cittadinanza spagnola, ma per avere quella italiana si doveva stabilire che fosse il figlio anche della donna italiana visto che in Italia vige il diritto dello *ius sanguinis*) viene chiesta la trascrizione dell'atto di nascita in Italia che viene rifiutato per contrasto con l'ordine pubblico.

L'ufficiale di stato civile rifiuta, per primo, la trascrizione perché sostiene che dato che la legge italiana sulla procreazione vieta queste tecniche a cui hanno fatto ricorso le donne in Spagna, e ciò unitamente al fatto che nel nostro ordinamento non è previsto che possano risultare due genitori dello stesso sesso, vi è contrasto con l'ordine pubblico.

Dopo vari passaggi processuali, si arriva in Cassazione.

La Cassazione, in questa sentenza, dice che **il contenuto dell'ordine pubblico non dipende anche dalla scelta del Legislatore fatta in quel determinato momento storico.**

Cioè restringe la portata del limite dell'ordine pubblico *soltanto* ai valori fondanti espressi in Costituzione e dagli altri valori che possono derivare dall'Ue e dai trattati sui diritti umani.

Tutto quello che il Legislatore oggi disciplina in un modo, ma che un domani potrebbe essere disciplinato in un altro modo, non fa parte dei valori fondanti tali da essere posti come limite all'ordine pubblico.

Quando io ho una certa posizione assunta dal Legislatore su un certo tema, secondo la Cassazione il giudice dovrebbe andare a valutare: se il Legislatore un domani dovesse andare a disciplinare in un altro modo questo tema, contrasterebbe con la Costituzione? Se un'eventuale disciplina si ponesse in contrasto con la Costituzione, allora anche quel valore espresso nella legge lo posso considerare contenuto dell'ordine pubblico, altrimenti no.

Quindi se noi caliamo questo ragionamento in relazione alla procreazione medicalmente assistita, tutto quello che oggi è disciplinato in un modo ma che un domani potrebbe essere disciplinato in un altro, non è ordine pubblico.

Resta nel nucleo dell'ordine pubblico solo quello che oggi è disciplinato in un certo modo e che dovrà essere disciplinato così anche un domani perché espressione fondante della Costituzione.

Viene quindi ristretto molto il limite dell'ordine pubblico dando molto meno valore alle scelte contingenti del Legislatore.

Le scelte del Legislatore valgono, ma per le situazioni tutte interne all'ordinamento italiano. Quando vado a confrontarmi con la legge straniera o, come in questo caso, con un atto che si è formato in un ordinamento in cui il Legislatore dice qualcosa di diverso, io devo solo pormi la questione se questo qualcosa di diverso produce effetti che contrastano con la Costituzione, non anche con il nostro dato normativo.

Quindi ciò porta la Cassazione a dire che non c'è contrasto di questa specifica fattispecie con l'ordine pubblico.

L'altro elemento fondamentale che interviene quando c'è di mezzo un minore, c'è un principio sancito nella Convenzione di New York del 1979 che ha sancito alcuni diritti sul fanciullo, tra cui la **prevalenza dell'interesse del minore su tutte le altre considerazioni**: tutte le volte in cui un'autorità pubblica deve accertare un provvedimento che riguarda un minore, l'interesse del minore deve essere preminente.

Come si rapporta questo al limite dell'ordine pubblico? Quando vado a fare questa valutazione sul contrasto con l'ordine pubblico devo anche, quando il provvedimento riguarda un minore, tener conto di questo superiore interesse del minore.

La dottrina è divisa su come concepirlo ma il risultato è sempre lo stesso, perché deve essere sempre data prevalenza a questo interesse. L'interesse del minore può essere visto come:

- uno dei valori da bilanciare quando si va a fare l'operazione di applicazione del limite dell'ordine pubblico perché di solito quando si fa ciò ci sono più interessi in gioco; se c'è il minore il suo interesse deve essere sempre preminente;
- controlimite cioè concepirlo come qualcosa che può contrastare l'effetto del limite dell'ordine pubblico. Magari potrei considerare la fattispecie delle due madri che hanno fatto ricorso a quelle tecniche di procreazione come contrastanti rispetto all'ordine pubblico, ma siccome c'è un minore io devo

dare prevalenza all'interesse del minore io controbilancio e faccio scattare il controlimite e quindi non faccio scattare il limite dell'ordine pubblico. Il risultato è lo stesso.

In questa fattispecie la Cassazione tiene conto anche dell'interesse del minore, è nel suo interesse che sono state considerate entrambe madri perché l'ordinamento italiano considera madre solo quella che ha partorito; è nell'interesse del minore che venga considerata madre anche l'altra perché ciò ha tutta una serie di conseguenze, **COME**: l'acquisto della cittadinanza, la possibilità di circolare più facilmente e di avere un secondo genitore che diritti e doveri nei suoi confronti.

Questa sentenza ha dato il via ad altre sentenze in altri settori, dove questa nozione più ristretta di ordine pubblico ha aperto la strada a fattispecie che magari avevano più difficoltà in passato.

Vediamo degli **esempi in cui si è posto il problema dell'ordine pubblico** e come è stato risolto:

Un altro esempio abbastanza recente che aveva dato luogo in passato ad una giurisprudenza contrastante e poi siamo arrivati alla sentenza delle **Sezioni unite del 2017 (n° 16601)** è quella che riguarda i **danni punitivi**. Essi sono quella voce di danno che in alcuni ordinamenti (statunitense, anglosassone, inglese) consentono di aggiungere alla normale voce di danno materiale effettivamente subito, quindi risarcitori in senso stretto, anche queste voci di danno che hanno una **funzione sanzionatoria** perché vogliono andare a colpire la condotta di chi commette il comportamento illecito. Tanto è vero che porta a cifre molto elevate perché sono anche commisurate al reddito del soggetto che si vuole sanzionare.

Ad esempio, risarcimenti miliardari ottenuti contro case farmaceutiche o contro industrie del tabacco se i danni sono derivati o da certi medicinali messi in commercio che si sapeva che avevano certi effetti o sigarette messe in commercio senza l'avvertimento che fanno male.

Nel nostro ordinamento i danni punitivi non sono previsti come espressa voce di danno **quando si va a calcolare il risarcimento** (ci sono di danni materiali, morali ma non quelli punitivi).

Il problema di diritto internazionale privato è capire cosa succede o quando devo applicare una legge straniera o più spesso devo far produrre effetti ad

una sentenza straniera che ha condannato il debitore al risarcimento del danno comprensivo di danni punitivi. C'è contrasto con l'ordine pubblico o no?

Fino alla sentenza del 2017, ci sono stati dei casi in cui si è stabilito il contrasto dei danni punitivi con l'ordine pubblico. Quindi si riconoscevano gli effetti della sentenza straniera ma solo per le voci di danno che corrispondevano ad una funzione risarcitoria.

Però proprio perché la giurisprudenza non era univoca si è arrivati alle *Sezioni unite* che nel 2017, in un caso che riguardava una sentenza statunitense in cui era condannato il debitore sia a voci di danni risarcitori che punitivi, ha affermato che non vi è contrasto con l'ordine pubblico anche nella voce di danni punitivi, mettendo dei paletti cioè a condizione che siano previsti dalla legge ed ogni caso abbiano un certo grado di proporzionalità rispetto al danno causato e alla gravità del fatto compiuto.

Le Sezioni unite hanno detto ciò ricostruendo tutto il nostro ordinamento, quindi andando a valutare che, sempre che si rispettino questi due presupposti, il nostro ordinamento non è completamente estraneo al fatto che ci possano essere delle funzioni punitive di certi istituti.

Quindi alcuni istituti del nostro ordinamento hanno una funzione assimilabile a quella sanzionatoria.

Anche questa sentenza, che per alcuni ha seguito la scia della sentenza del 2016 e per alcuni no, è stata vista come un'ulteriore conferma del fatto che con il tempo queste differenze tra ordinamenti vanno via via a diminuire, quindi va a diminuire la possibilità di applicare il limite dell'ordine pubblico.

C'è quindi una **crescente contaminazione tra gli ordinamenti** per cui il limite dell'ordine pubblico progressivamente va scomparendo nell'utilizzazione.

Un altro filone che ha dato luogo alla giurisprudenza relativa al limite dell'ordine pubblico riguarda **alcuni istituti di matrice islamica** che contrastano con alcuni valori fondamentali del nostro ordinamento.

Anche qui il tempo ha sanato le cose.

Fino a qualche decennio fa si faceva come tipico esempio per contrasto con l'ordine pubblico l'istituto del **ripudio**, istituto che esisteva in alcuni ordinamenti e che consisteva nella possibilità per il marito di sciogliere il legame per la sua semplice volontà e quindi in condizioni di disparità rispetto alla moglie.

Tutt'ora, se in un ordinamento straniero si dovesse riscontrare un vero e proprio ripudio, si potrebbe dire che c'è contrasto con l'ordine pubblico.

Cos'è cambiato? Cambiano gli altri ordinamenti, infatti alcuni di essi piano piano hanno cambiato le loro legislazioni ed hanno attenuato questa forte disparità tra marito e moglie; hanno introdotto delle legislazioni che sono andate un po' incontro ai diritti della moglie.

Sono altre le condizioni che si vanno a valutare, come per esempio se la situazione della moglie è stata valutata correttamente dal punto di vista economico e quindi, valutare da quel punto di vista se contrasta con l'ordine pubblico e nel caso se poter disporre sul mantenimento anche se non lo ha fatto la decisione straniera.

C'è una sentenza del 2014 del Tribunale di Reggio Emilia che ha considerato riconoscibile il divorzio pronunciato in Marocco, valorizzando il fatto che il Marocco ha modificato la propria legislazione in materia di famiglia e che nella sostanza era rispettata l'uguaglianza tra i coniugi e quindi non c'era contrasto con l'ordine pubblico.

In passato delle sentenze avevano considerato contrastanti con l'ordine pubblico dei ripudi che erano stati pronunciati sulla base della precedente legislazione marocchina, a conferma della variabilità nel tempo.

Riguarda sempre casi di ordine pubblico, ad esempio, la poligamia perché è considerata contrastante con l'ordine pubblico. Gli ordinamenti di solito seguono il principio per cui viene considerata moglie la prima e nel momento in cui si vuole far riconoscere il secondo atto di matrimonio, esso non verrà considerato valido. Ai fini del ricongiungimento veniva adottato un escamotage per cui la prima moglie entrava come tale, la seconda facendola passare come badante.

Altri esempi che si possono indicare come contrastanti con il limite dell'ordine pubblico hanno riguardato fattispecie sul licenziamento. Ciò accadeva negli Stati Uniti, anche se l'orientamento della giurisprudenza è un po' cambiato visto che oggi non tutte le ipotesi di licenziamento negli USA sono contrastante con l'ordine pubblico; questo perché i principi vengono ricavati non solo da quello che dice espressamente il Legislatore, ma anche da quello che dice espressamente la Costituzione. Quindi il fatto di poter licenziare *ad nutum*, senza giusta causa e senza preavviso, come prevede la legislazione statunitense, è stato considerato dalla giurisprudenza contrastante con l'ordine pubblico.

C'è stato un caso in cui non è stata applicata la legge argentina ad un contratto; essa consentiva la trasformazione del contratto da tempo determinato a indeterminato di un impiegato presso il consolato italiano in Argentina, quindi ente pubblico italiano a cui si può accedere tramite concorso. Quindi questo passaggio senza concorso è stato considerato contrastante con l'ordine pubblico.

Altri esempi in cui l'ordine pubblico ha una particolare connotazione riguardano quei casi in cui non si vuole impedire un certo effetto, anzi per promuovere un certo risultato.

L'ordine pubblico può anche essere utilizzato per impedire l'applicazione della legge straniera perché non consente di produrre un risultato che invece noi vogliamo favorire. In questo caso si parla di **ordine pubblico positivo**.

Ad esempio, casi che si sono avuti di **richiesta di autorizzazione di cambiamento di sesso** dove però se si andava ad applicare la legge richiamata dalle norme di conflitto, cioè la legge nazionale del soggetto (in un caso era la legge brasiliana e una quella peruviana), essa non consentiva il cambiamento di sesso. Quindi attenendosi alla legge applicabile bisognava negare l'autorizzazione. I Tribunali hanno detto che contrasta con l'ordine pubblico la non autorizzazione al cambiamento di sesso, in Italia questo è un diritto e quindi non applico la legge straniera ma quella italiana che lo consente.

In questi casi si è arrivati all'applicazione della legge italiana per garantire un certo risultato e ci si è arrivati per il limite dell'ordine pubblico.

Invece più recentemente, il Legislatore italiano, in certe circostanze **ha previsto direttamente nelle norme di conflitto** che se un certo risultato non è ottenibile applicando la legge straniera, allora si applica quella italiana. Ciò me lo dice già la norma. Vediamo due esempi.

1. Ci sono delle legislazioni, di matrice islamica, in cui non è prevista la filiazione al di fuori del matrimonio, quindi non è previsto **l'istituto del riconoscimento del figlio naturale**. Il nostro ordinamento, nel momento in cui si è trovato ad applicare la legge di un ordinamento che non consentiva il riconoscimento ed in particolare in un caso svoltosi in Cassazione nei confronti della legge egiziana, cos'ha fatto? La Cassazione, prima della riforma della filiazione, aveva detto: applico il limite dell'ordine pubblico in senso positivo, visto che per l'ordinamento italiano bisogna riconoscere il rapporto di filiazione al di fuori dal matrimonio applico la legge italiana e non quella egiziana.

Questo principio è stato trasposto dal Legislatore nel momento in cui ha riformato la filiazione, poiché ha anche riformato le norme di diritto internazionale privato sulla filiazione; infatti, all'art 33 viene affermato che, quando la legge individuata sulla base della norma di conflitto non permetta l'accertamento o la contestazione dello stato di figlio, si applica la legge italiana. Il giudice oggi non ha più bisogno di invocare l'ordine pubblico se deve applicare una legge straniera che non consente l'accertamento dello stato di figlio naturale perché ha una norma che gli dice direttamente di applicare la legge italiana se questo risultato non è consentito dalla legge straniera. Questa norma è stata vista come una norma sull'ordine pubblico in positivo.

Più recentemente, il Legislatore quando ha adottato le norme in relazione alle unioni civili, siamo passati dall'essere un ordinamento che non disciplinava in alcun modo le unioni civili tra persone dello stesso sesso (infatti la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato l'Italia per questo), all'adozione della legge Cirinnà e le relative norme di conflitto (artt 32 bis e ss.) e siamo arrivati addirittura a concepirlo come un diritto fondamentale, sulla scia anche di quello che ha detto la Corte EDU, con la conseguenza che se la legge nazionale del soggetto che vuole costituire un'unione civile in Italia non gli consentirebbe di farlo, allora ignoriamo la legge nazionale e gli consentiamo comunque di costituire l'unione civile.

L'unione civile è un diritto che noi garantiamo anche a chi proviene da un ordinamento che non consente questa possibilità.

Siccome le condizioni per costituire l'unione civile sono istituite dalla legge nazionale di ciascuno dei due, potrebbe capitare che magari (ad es. un italiano che vuole costituire l'unione civile con un egiziano) la legge nazionale non consente la costituzione del rapporto. Allora la norma ci dice che se la legge applicabile non ammette l'unione civile, si applica quella italiana. Anche in questo caso si ha una norma positiva.

In relazione al matrimonio tra persone dello stesso sesso, c'è stato un solo caso in cui alla richiesta di trascrizione del matrimonio celebrato in Olanda di una coppia di italiani di Latina, viene rifiutata la trascrizione.

Davanti al Tribunale di Latina si dice che il matrimonio tra persone dello stesso sesso è contrario all'ordine pubblico (era circa il 2000). Il limite dell'ordine pubblico si è posto solo davanti al Tribunale, già in Corte d'appello cambia l'atteggiamento anche se si arriva a

negare la trascrizione per altri motivi. Viene addirittura considerato offensivo che il matrimonio fosse considerato contrario all'ordine pubblico.

Per concludere l'argomento in merito alle questioni generali che si possono porre, innanzitutto si deve fare un ultimo cenno alla questione del limite dell'ordine pubblico.

Ci siamo soffermati su questo concetto un po' più restrittivo che ha dato la Cassazione nella sentenza che riguardava le due madri; inoltre necessariamente in queste tematiche ha una connotazione particolare il **superiore interesse del minore**. Quello che volevo aggiungere è che, **mentre** in alcuni strumenti, sia in alcune convenzioni de l'Aja, sia anche nei regolamenti che riguardano i minori, quindi in particolare quello in materia matrimoniale che riguarda anche la responsabilità genitoriale (quindi i provvedimenti che riguardano l'affidamento dei minori, la tutela dei minori), in questi strumenti noi troviamo talvolta esplicitata la valutazione del superiore interesse del minore che deve essere fatta nel valutare il limite dell'ordine pubblico.

Quindi la formula che viene utilizzata, sia per il riconoscimento delle sentenze, ma anche per la legge applicabile è quella di una tipica clausola del limite dell'ordine pubblico, come si trova in tutti gli strumenti, però poi si dice *"tenuto conto del superiore interesse del minore"*.

Cosa vuol dire? Lì chiaramente, a maggior ragione chi applica la norma e valuta il limite dell'ordine pubblico, il legislatore gli ricorda che deve tener conto del superiore interesse del minore. **Però le altre norme non vanno lette in senso diverso:** anche quando si applica una norma che in modo più generico fa riferimento semplicemente al limite dell'ordine pubblico, come nel caso dell'art 16 della legge 218/95, che fa riferimento solo al fatto che se la legge straniera è contrastante con l'ordine pubblico si può non applicare, questo non vuol dire niente di diverso dalle altre formule in cui si richiama il superiore interesse del minore. Perché? Perché il fatto di dover tenere conto del superiore interesse del minore deriva da **obblighi internazionali**, in particolare deriva dalla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, all'art 3 che dice che **in qualunque decisione che riguardi un minore deve avere la prevalenza (quindi deve essere preminente) la valutazione del superiore interesse del minore. La valutazione dell'interesse del minore deve essere superiore a qualsiasi altra valutazione.**

Quindi questo obbligo vale sempre, vale ogni qualvolta la pronuncia vada ad incidere sul minore, quindi anche quando applico norme che non lo dicono

nello specifico si ha comunque questo obbligo, che deriva dalla Convenzione, di cui la maggior parte degli stati è parte, anche l'Italia; e deriva anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, che anche se nella convenzione europea dei diritti umani non c'è scritto mai in modo esplicito (anche perché questa formula del superiore interesse del minore nasce nell'89 nella convenzione di New York ed invece la CEDU è precedente), la giurisprudenza della corte EDU ha fatto in modo di adeguare via via l'applicazione delle norme, inserendo e inglobando il superiore interesse del minore.

Tra l'altro proprio in questi mesi è uscito in tema un parere della corte europea dei diritti umani che ora, vista l'entrata in vigore del protocollo numero 16 della Convenzione, ha anche questa funzione ulteriore di poter emettere pareri su richiesta dei giudici degli stati parte sulla falsariga di quello che è il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'UE.

La corte di cassazione francese aveva chiesto un parere proprio in materia di maternità surrogata e la corte ha reso questo parere che incide in particolare sul caso di specie oggetto del rinvio, ma influisce anche sulla giurisprudenza degli stati parte della Convenzione Europea, perché ha dato un'interpretazione che deve essere tenuta in conto da parte degli altri stati, per non incorrere in violazioni analoghe.

Oltre alla sentenza sulle due madri, c'è un'altra sentenza che riguarda teoricamente il limite dell'ordine pubblico ma in senso negativo, cioè il giudice arriva a dire che non c'è contrasto con l'ordine pubblico. Nella sentenza vi è l'applicazione concreta di quella regola per cui un matrimonio è valido se è valido secondo la legge del luogo in cui è stato celebrato.

In questo caso, si trattava di capire se il matrimonio concluso con una forma che in Italia non sarebbe ammessa, potesse essere considerato valido. Viene ritenuta **non contrario** all'ordine pubblico quella legge straniera che permette la celebrazione del matrimonio nelle forme diverse da quelle italiane, in particolare in via telematica.

In questo caso, era stato contratto matrimonio in via telematica secondo la legge pakistana che lo consente: i due nubendi esprimevano il proprio consenso, alla presenza di testimoni, attraverso meccanismi telematici quindi

via internet. La valutazione è quella di dire che si rispetta la legge pakistana che non è contrastante con l'ordine pubblico, quindi si fanno una serie di valutazioni nel senso di dire che non viola nessun principio fondamentale del nostro ordinamento il fatto di ammettere il matrimonio in questa forma, purché si accerti che il consenso sia stato reso dalle due parti in modo libero, incondizionato etc.

Passando all'ultimo istituto di parte generale, riguardante le norme relative alla legge applicabile, esaminiamo un istituto assimilato al limite dell'ordine pubblico, anche se poi opera in modo diverso. Viene assimilato all'ordine pubblico perché è un meccanismo che analogamente al limite dell'ordine pubblico, **impedisce l'applicazione della legge straniera**. Però questo è un limite che viene definito **preventivo, perché?** Perché mentre il limite dell'ordine pubblico è **successivo**, cioè opera solo dopo l'individuazione della legge straniera da applicare, quindi si deve aver compiuto quell'operazione di individuare la norma di conflitto, applicare il criterio di collegamento, individuare la legge, se la legge è straniera e questa contrasta con i principi fondamentali dell'ordinamento, allora scatta questo limite (quindi successivo a tutta l'operazione). Invece, ci sono dei casi in cui su alcuni argomenti il legislatore stabilisce delle norme che si chiamano **norme di applicazione necessaria**. Queste sono delle norme che vogliono *imporre* una certa tutela, un certo valore, vogliono tutelare un certo interesse statale, ma lo fanno imponendo l'applicazione in certe circostanze di quella determinata norma a qualunque situazione, anche alle situazioni che presentano elementi di estraneità. Quindi il limite è detto preventivo perché queste norme si applicheranno indipendentemente da quale sarà la legge applicabile a quella fattispecie. La formula che si impiega di solito è quella di dire che è una norma che si applica nonostante sia richiamata una legge straniera per quella determinata fattispecie.

Anche sul piano dei **valori**, bisogna fare una distinzione rispetto all'ordine pubblico, a maggior ragione adesso, dopo che la Cassazione ha ristretto il contenuto del limite dell'ordine pubblico, concentrandolo prevalentemente sui valori costituzionali e quelli di derivazione internazionale, si nota **la differenza**. Perché? Mentre l'ordine pubblico si limita a questi valori fondamentali, al nucleo, al nocciolo duro di questi valori, il legislatore invece nello stabilire norme di applicazione necessaria può anche perseguire interessi pubblici

diversi che non necessariamente corrispondono a valori costituzionalmente garantiti. Si fa un esempio tipico a riguardo: il legislatore che impone degli orari di apertura e chiusura dei negozi, non sta difendendo un valore fondamentale tutelato dalla costituzione, però può voler tutelare questo interesse in modo tale da imporsi indipendentemente da quale sia la legge che regola un rapporto di lavoro o di concessione di franchising di negozi. Immaginatoci un franchising, quindi una catena di negozi, che apre però in Italia si devono seguire le **regole di apertura e chiusura dei negozi locali**, e non quelle americane nel caso in cui fosse la catena americana.

Queste sono norme che si impongono indipendentemente da qual è la legge che regola il rapporto, ma che chiaramente perseguono *interessi pubblicistici*, di tipo economico, sociale etc, ma che non corrispondono a valori collegabili al limite dell'ordine pubblico.

Quindi anche gli interessi tutelati da questi due istituti non coincidono perfettamente.

Che succede riguardo a queste norme? Quando si individua una norma che deve essere applicata in quelle fattispecie, non esclude che si debba andare a cercare la legge applicabile, perché? Perché normalmente la norma di applicazione necessaria non disciplina tutta la fattispecie, ma solo un aspetto della stessa. Quindi per disciplinare l'intera fattispecie, si ha comunque bisogno di fare tutta quell'operazione di ricerca della legge applicabile. Contrariamente a quello che si riteneva un po' di anni fa, oggi prevale la teoria per cui in presenza di norme di applicazione necessaria si deve comunque cercare la legge applicabile alla fattispecie, proprio perché di solito la norma di applicazione necessaria disciplina solo un singolo aspetto della fattispecie.

Un esempio tipico di norme di questo tipo che si fa sempre sono gli impedimenti matrimoniali, uguali ora a quelli per la conclusione delle unioni civili. Ci sono delle norme del codice civile, artt. 115 e 116, che riguardano dei limiti ed impedimenti che si devono applicare al cittadino italiano anche quando si sposa all'estero e allo straniero quando si sposa in Italia. Questi impedimenti valgono a prescindere da quale sarà la legge applicabile.

Ad esempio, per la capacità matrimoniale nella legge 218/95 c'è una norma di conflitto, il che vuol dire che può darsi che la stessa capacità sia regolata da

una legge straniera. L'articolo è il **27**: Condizioni per contrarre matrimonio: *la capacità matrimoniale - cioè quella di contrarre matrimonio- e le altre condizioni per contrarre matrimonio sono regolate dalla legge nazionale di ciascun nubendo*. Sulla base di questo articolo, lo straniero per le condizioni della capacità matrimoniale è soggetto **alla sua legge nazionale**. Questo è quello che la norma di conflitto ci dice: se è straniero, si applicherà la legge straniera. Questo però non toglie che ci sia anche nel nostro ordinamento una norma che ci dice che se lo straniero in questione si sposa in Italia, ci sono comunque degli impedimenti che valgono per tutti, quindi anche per lo straniero, anche se la sua legge dice qualcosa di diverso. Quindi dove si può vedere la differenza tra limite dell'ordine pubblico e le norme di applicazione necessaria in una fattispecie di questo tipo?

Lo straniero che si vuole sposare in Italia sarà soggetto per le condizioni e per la capacità alla sua legge nazionale. Può darsi però che la sua legge ponga degli ostacoli che non vanno bene a noi: per esempio la giurisprudenza consolidata nel nostro ordinamento che dice che se uno straniero non può ottenere il nullaosta per sposarsi che è richiesto alle proprie autorità di origine (perché ad es è di origine musulmana e vuole sposarsi con una cittadina italiana che non ha aderito alla sua religione), questo impedimento del nulla osta che deriva dalla legge applicabile è contrario al nostro ordine pubblico, in quanto ci si deve poter sposare indipendentemente dal credo religioso. Quest'ultima è un'applicazione concreta del limite dell'ordine pubblico; se c'è qualcosa della legge straniera che non mi va bene, io non ne tengo conto.

Ma in più lo straniero sarà soggetto anche agli impedimenti nostri: questa è una norma di applicazione necessaria. Indipendentemente da quello che dice la legge straniera, ci sono dei motivi che impediscono il matrimonio. Ad esempio, nel caso di un certo grado di parentela, che nel nostro ordinamento impedisce il matrimonio a differenza dell'ordinamento di origine, oppure nel caso dell'età. L'età è stata fatta rientrare però nel limite dell'ordine pubblico perché non rientra negli impedimenti; mentre invece quello che si trova negli impedimenti sono norme di applicazione necessaria e non si ha bisogno di scomodare altre leggi. Quindi quegli impedimenti si applicheranno in qualsiasi caso di sicuro.

Sulla **tema della poligamia** c'è da dire che se è vero che in giurisprudenza non viene riconosciuto il matrimonio, però alcuni effetti anche degli altri matrimoni successivi al primo vengono riconosciuti.

C'è stato un recente caso in Francia, dove si sono riconosciuti diritti pensionistici anche alla seconda moglie. Credo abbiano adottato il criterio di dividere a metà. Quindi pur essendo la poligamia contrastante con l'ordine pubblico, questo non vuol dire che certi effetti si possono comunque avere. Quindi l'ordinamento può dire che la seconda moglie non sia moglie, però i diritti relativi alla pensione sono stati riconosciuti. Si ritiene che non sia molto coerente, ma probabilmente sono state seguite delle ragioni di altro tipo, come la tutela della persona etc.

Quindi nel caso della poligamia è un esempio di applicazione del limite dell'ordine pubblico.

Così come nel caso dei matrimoni non considerati validi (nonostante lo fossero nell'ordinamento di origine) per la eccessiva minore età della sposa. Anche in questi casi, non ci si basa sulle regole italiane, si valuta caso per caso, ma oltre una soglia minima di età non viene riconosciuto il matrimonio, in quanto contrastante con l'ordine pubblico. Delle volte ci sono altre considerazioni: nel caso in cui la moglie ha solo 12 anni, è naturale dire di non considerarlo valido come rapporto; ma se fanno ingresso sposo e sposa che ha 12 anni, ma la sposa in Italia non ha nessun'altra persona e l'unica persona di riferimento per la dodicenne è il marito, comincia a diventare complicato; quindi subentrano altre valutazioni che devono essere fatte. Non è così automatico dire che visto che si è sposata a 12 anni, allora è nullo il matrimonio. Bisogna trovare soluzioni per tutelare la ragazza, quindi potrebbe non essere considerata moglie, però va trovato un modo per avere quella tutela che avrebbe dall'unica persona con cui è entrata, che sarebbe teoricamente il marito.

Fino a poco tempo fa, le norme di applicazione necessaria si dovevano sempre ricavare in via interpretativa. Anche se si prendono gli artt. 115 e 116 del codice civile, non c'è scritto che sono norma di applicazione necessaria e così tante altre norme. Di volta in volta la giurisprudenza le ha identificate come norme di applicazione necessaria, ma in via interpretativa.

Più recentemente il legislatore ha connotato **alcune norme esplicitamente come norme di applicazione necessaria** e l'ha fatto, in particolare quando ha messo mano alla riforma di alcune disposizioni della legge 218/95. In particolare, quando è stata introdotta la riforma in materia di filiazione che ha equiparato i figli naturali ai figli cosiddetti legittimi, eliminando questa distinzione. Ora sono "tutti figli" e non esiste neppure più terminologicamente questa distinzione tra figli legittimi e figli naturali. Al limite, se si vuole distinguere, si può dire "figli nati fuori dal matrimonio". Per effetto di questa normativa, sono state introdotte anche delle **modifiche alla legge 218**, in particolare alle norme che riguardano la filiazione, introducendo in modo esplicito alcune norme come norme di applicazione necessaria. Sono le norme che si trovano all'articolo 33 e all'articolo 36 bis. Si parla di **unicità dello stato di figlio**, che è stato il caposaldo della riforma, e che è stato anche trasformato in **una norma di applicazione necessaria**. Per cui si è detto che questo concetto unico di figlio senza distinzione varrà sempre, anche quando quella fattispecie è soggetta ad una legge straniera, quindi è norma di applicazione necessaria. Inoltre, alcune norme previste dall'art 36 bis che riguardano i **rapporti tra genitori e figli**: ad esempio il rapporto paritario tra genitori nel dovere di mantenimento ed accudimento del figlio. È lo stesso legislatore che dice che si applicano indipendentemente da quale sarà la legge applicabile al rapporto, quindi sono norme di applicazione necessaria. Anche di fronte a norme di applicazione necessaria, si dovrà sempre individuare la legge applicabile, ma per questi aspetti varrà quel principio. Un altro caso è stato quando si sono introdotte le norme in materia di unioni civili. Si è introdotto anche qui espressamente il riferimento a norme da considerare norme di applicazione necessaria, tra cui alcune cause di impedimento alla conclusione dell'unione civile, come per il matrimonio.

In questo caso, il legislatore ha detto espressamente che questi impedimenti si applicano indipendentemente dalla legge applicabile.

Si vedrà poi (anche con riferimento al regolamento Roma I), che il nostro legislatore nella legge 218 si ferma soltanto a prendere in considerazione le norme della lex fori, quindi le norme nazionali. L'articolo di riferimento è l'**articolo 17** che dice: *"E' fatta salva la prevalenza sulle disposizioni che seguono (quindi sulle norme di conflitto previste dalla legge stessa) delle norme italiane che, in considerazione del loro oggetto e del loro scopo, debbono essere applicate **nonostante il richiamo alla legge straniera.**"* Quindi quando si vanno ad applicare

le norme che seguono, cioè quelle che individuano la legge applicabile attraverso nome di conflitto, è fatta salva l'applicazione di quelle norme che l'ordinamento italiano vuole applicare nonostante il richiamo alla legge straniera. Non si trova un elenco, si dice semplicemente "in base all'oggetto e allo scopo" quindi è una questione interpretativa: in base all'oggetto e allo scopo, si valuterà di volta in volta se la norma è di applicazione necessaria, tranne nel caso in cui il legislatore lo dica espressamente (come nel caso in cui ci si occupa di filiazione, la norma sull'unicità del figlio è di applicazione necessaria e ce lo dice il legislatore).

Quello che la legge 218 non prende in considerazione è l'ipotesi di norme di applicazione necessaria di altri stati, quindi non italiane, ma di altri stati. Vedremo che questa ipotesi è presa in considerazione dal regolamento Roma I. C'era un riferimento nella relazione di accompagnamento alla proposta di legge che poi è diventata la legge 218. Si diceva in questo riferimento che per le norme di applicazione necessaria di altri stati si potrà tenere conto delle soluzioni adottate nella Convenzione di Roma del 1980, che è la convenzione che ha preceduto il regolamento Roma I.

Tendenzialmente si potrà andare a valutare o no le norme di applicazione necessaria di altri stati, caso per caso, andando a vedere se è opportuno e quali effetti producono.

Regolamento Roma I (legge applicabile ai contratti):

si parte dal presupposto che si hanno delle fonti che possono essere di origine internazionale e dell'Unione Europea, che sono sempre e comunque settoriali, cioè vanno a disciplinare certe materie. Non abbiamo da nessuna parte, anche se era stato valutato ad un certo punto di adottarlo, un regolamento che regolamentasse tutte le questioni generali in modo separato, che non è stato mai fatto. Abbiamo sia regolamenti che convenzioni che disciplinano la legge applicabile per certe materie e per ognuno di questi strumenti all'interno abbiamo anche le loro norme che regolamentano le questioni generali.

Se si prende la materia dei contratti, che è quella del regolamento in questione, si sa che se io sto applicando il regolamento in materia di obbligazioni contrattuali è lì che si deve andare a cercare la soluzione a tutte

quelle problematiche studiate fino ad ora: ordinamenti plurilegislativi, limite dell'ordine pubblico, norme di applicazione necessaria etc. quindi tutte le questioni generali.

Noi abbiamo sia convenzioni sia regolamenti dell'Unione europea che riguardano specifiche materie in relazione alla legge applicabile; quindi quando si ha una fattispecie la prima cosa è vedere se c'è un regolamento o una convenzione e se vi sono queste fonti prevalgono sulla legge 218, che quindi assumerà carattere residuale.

Se poi si trova che nella stessa fattispecie si applica sia la convenzione che un regolamento, allora si deve andare a vedere cosa dicono questi strumenti nei rapporti tra di loro. Di solito è il regolamento che dice cosa succede in relazione a convenzioni che disciplinano la stessa materia e di solito si fa prevalere il regolamento.

Caliamoci nella materia delle obbligazioni contrattuali.

Questa materia era stata inizialmente regolata da una Convenzione, la Convenzione di Roma del 1980, quando ancora l'UE non aveva competenza in diritto internazionale privato. Allora, gli stati membri della comunità europea potevano tra di loro concludere convenzioni internazionali che avessero ad oggetto le questioni di diritto internazionale privato. Gli Stati lo hanno fatto nel 1980 con riferimento all'individuazione della legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. Quindi era una cosiddetta "cooperazione intergovernativa" tra gli stati membri. La forma era quella della cooperazione internazionale con la conclusione di una convenzione, con la caratteristica che era conclusa solo tra gli stati membri della comunità europea in quel momento.

Questa convenzione ha avuto un suo margine di applicazione, poi ha acquisito competenza l'Unione europea. Quest'ultima ha adottato regolamenti anche nelle materie in cui c'erano già convenzioni, superandole, prendendo di solito di base il testo vigente convenzionale, ma aggiornandolo e/o modificandolo.

Così è stato fatto per la convenzione di Roma: è stato adottato nel 2008 il regolamento 593/2008, che viene chiamato Roma I. Viene chiamato Roma I perché va a sostituire la convenzione di Roma. Viene chiamato Roma I perché già si era lavorato ad un altro strumento che riguarda le obbligazioni non contrattuali, quindi extracontrattuali, che viene chiamato Roma II. Roma mi va

ad identificare non soltanto i regolamenti che riguardano la legge applicabile in relazioni alle obbligazioni contrattuali, ma i regolamenti che riguardano la legge applicabile. I regolamenti Roma nel gergo europeo sono quelli che traggono origine dal primo esempio, la convenzione di Roma del 1980, **di norme uniformi sulla legge applicabile**.

Tanto è vero che viene comunemente chiamato Roma III il regolamento che disciplina legge applicabile a separazione e divorzio.

Analisi del regolamento

La prima cosa che sempre bisogna fare quando si prende in mano un regolamento è vedere il suo ambito di applicazione, perché per prima cosa si deve capire se la fattispecie rientra nell'ambito di applicazione e allora si va avanti, sennò si cercano altrove le norme.

Innanzitutto, dall'intitolazione si capisce che riguarda la sola legge applicabile: infatti il regolamento 593/2008 è il regolamento "sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali". Quindi già dal titolo si capisce che disciplina soltanto le obbligazioni contrattuali per quanto riguarda l'individuazione della legge applicabile. Questi esempi di regolamenti ora sono già superati, i nuovi regolamenti più recenti uniscono in un unico regolamento tutto: giurisdizione, legge applicabile e efficacia dei provvedimenti (come nel caso di quello delle successioni, degli alimenti, del regime patrimoniale).

Ambito di applicazione: all'inizio nei regolamenti, di solito è l'articolo 1, c'è sempre l'indicazione dell'esatto ambito di applicazione, definito in positivo ma anche in negativo, cioè con una serie di esclusioni dal campo di applicazione, cioè una serie di questioni che restano escluse.

Articolo 1: 1. Il presente regolamento si applica, in circostanze che comportino un conflitto di leggi, alle obbligazioni contrattuali in materia civile e commerciale. Esso non si applica, in particolare, alle materie fiscali, doganali o amministrative.

Questo primo paragrafo del regolamento mi dice che si applica alla materia civile e commerciale, ma già con delle esclusioni, ma poi il paragrafo due elenca tutte le questioni che sono escluse. Vuol dire che sono escluse anche se

nell'ordinamento dove si sta valutando la questione potrebbero essere qualificate come obbligazioni contrattuali. Siamo nell'ambito della **qualificazione**: in ogni ordinamento ho delle questioni che sono considerate attinenti alle obbligazioni contrattuali e altre no, e magari c'è anche una nozione non uniforme in materia nei vari ordinamenti. Quando il regolamento mi esclude delle questioni, me le esclude indipendentemente dalla connotazione che l'ordinamento dà. Quindi possono essere escluse questioni che nel nostro ordinamento sarebbero considerate obbligazioni contrattuali, ma il regolamento non si può applicare, perché lo dice espressamente.

Quindi il paragrafo 2 contiene questo elenco delle materie escluse, ad esempio: alla lettera b *“le obbligazioni derivanti dai rapporti di famiglia o dai rapporti che secondo la legge applicabile a tali rapporti hanno effetti comparabili, comprese le obbligazioni alimentari”*. Questo è esempio di un'esclusione, cioè tutte le obbligazioni che derivano da un rapporto di famiglia si ritengono escluse, in modo esplicito si dice **“le obbligazioni alimentari”**. Perché? Quando si applicava la convenzione di Roma, queste erano escluse per una diversa ratio, cioè quella che non si voleva regolare la materia della famiglia; ad oggi la ratio è che si ha un altro regolamento che disciplina le obbligazioni alimentari.

Lo stesso vale per le **obbligazioni derivanti da regimi patrimoniali tra coniugi**: quando si è adottato questo regolamento erano escluse perché non ci si voleva occupare dei rapporti di famiglia, perché l'idea era che le obbligazioni contrattuali fossero i tipici contratti di diritto commerciale o civile, invece ora il motivo dell'esclusione è che c'è il regolamento specifico sui regimi patrimoniali tra coniugi.

Quindi si ha una fattispecie in mano, si deve andare a capire se è soggetta al regolamento e quindi si deve leggere tutte le esclusioni per essere sicuri che non sia rientrante in una di queste esclusioni. Se si ha un'obbligazione di natura civile e commerciale e questa non rientra in una di queste esclusioni, si può applicare il regolamento.

C'è una regola che riguarda anche **l'applicazione nel tempo**. Di solito l'attenzione alle norme intertemporali viene posta soprattutto all'inizio della loro entrata in vigore, (solitamente si trovano alla fine), per capire a quali fattispecie si applica: nella maggior parte dei casi i regolamenti non hanno efficacia retroattiva; però in questo caso (il regolamento è del 2008) può darsi che

tutt'ora si trovino fattispecie che non sono soggette all'ambito di applicazione temporale del regolamento. Perché? Perché all'articolo 28 si dice che il regolamento si applica solo ai contratti conclusi dopo 17 dicembre 2009, che sarebbe la data di entrata in vigore. Quindi si può avere un contenzioso oggi però relativo ad un contratto concluso prima di questa data, quindi la norma intertemporale continua ad essere rilevante. Quindi anche le norme intertemporali sono sempre da guardare.

Riprendendo l'esame dell'articolo 1, questo dice *"Il presente regolamento si applica in circostanze che comportino un conflitto di leggi"*. Questo *"in circostanze che comportino un conflitto di leggi"* è un altro modo per dire *"nel caso in cui ci siano elementi di estraneità"*, quindi quando ci sono elementi di transnazionalità, ossia che ci sono più ordinamenti interessati da questa fattispecie. Se la fattispecie è tutta interna ad uno stato e non c'è nessun elemento di contatto con un altro ordinamento, non ci si pone nemmeno il problema e il regolamento non si applica. La maggior parte della casistica dei contratti che si pongono nel nostro ordinamento, come nel caso della locazione, quando c'è l'immobile in Italia, i due contraenti sono italiani: in questo caso è evidente che non ci si pone il problema di diritto internazionale privato. Diverso è di fronte ad un contratto di compravendita, dove ad esempio la merce doveva essere consegnata all'estero, o dove una parte è italiana e una straniera, allora ci si deve interessare a quale sia la legge che mi regola quel contratto.

Altra precisazione importante è il cosiddetto **"carattere universale"**, che è espresso all'articolo 2 del regolamento.

Articolo 2: La legge designata dal presente regolamento si applica anche ove non sia quella di uno Stato membro.

Dalla lettura si immagina già che ci saranno delle norme di conflitto a venire. Queste norme di conflitto avranno presumibilmente natura bilaterale. Quindi quando si va ad applicare il criterio di collegamento dato da queste norme di conflitto, può darsi che il criterio mi porti ad applicare la legge di uno stato membro, ma può anche darsi che mi richiami la legge di uno stato terzo. In questo caso si deve prendere una decisione: il regolamento si applica solo quando mi richiama una legge dello stato membro o anche quando si applica una legge di uno stato terzo? È irrilevante che sia la legge di uno stato membro o sia una legge di uno stato terzo. Non vuol dire

che queste norme si applicano a tutti i giudici di tutti gli stati, ma solo a quelli degli stati membri, quindi solo negli stati membri si applicheranno queste norme di conflitto. Ma quando i giudici di queglii stati vanno ad applicare la norma di conflitto ed individuano la legge applicabile e quest'ultima è legge di uno stato terzo, la applicano.

Quindi non è importante che sia la legge di uno stato membro. Proprio perché questi strumenti hanno un carattere universale, la conseguenza è che in queste materie coperte dal regolamento le norme di conflitto si sostituiscono completamente a quelle nazioni.

Non si ha bisogno di applicare mai le norme nazionali, perché le norme poste dal regolamento funzioneranno sempre, indipendentemente che la legge richiamata sia quello di uno stato membro o quella di uno stato terzo. Quando si hanno le norme di conflitto poste all'interno di un regolamento, si applicano queste e non quelle della legge 218.

In alcune sentenze, soprattutto in materia di divorzio, in modo errato si richiamano sia la disciplina della legge 218 sia quella dei regolamenti. Se la fattispecie rientra nel regolamento, non si dovrebbe proprio richiamare la legge 218.

I due principali criteri di collegamento stabiliti dal Regolamento:

Siamo nella materia contrattuale, che per eccellenza vuole favorire l'autonomia delle parti e lo si vede anche in questa materia di legge applicabile, perché il primo criterio - che poi è quello principale- è **la scelta libera delle parti**: si lascia che siano le parti ad indicare la legge applicabile a quel contratto.

All'articolo 3 troviamo la libertà di scelta: "Il contratto è disciplinato dalla legge scelta dalle parti. La scelta è espressa o risulta chiaramente dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze del caso. Le parti possono designare la legge applicabile a tutto il contratto ovvero a una parte soltanto di esso."

La scelta può essere **espressa** ed è la strada consigliabile: qualora si vada a concludere un contratto e si veda che ci sono elementi di transnazionalità, è meglio scegliere subito la legge applicabile e lo si fa inserendo nel contratto una clausola che indica **la legge di uno stato**.

Talvolta la scelta può essere **tacita**: c'è la scelta, ma la si ricava da una serie di circostanze ed elementi del contratto. Come dice il regolamento si ha scelta

tacita quando “risulta chiaramente dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze del caso”. È più difficile e lascia più incertezza, ma ci sta che il giudice ricavi dal complesso del contratto il fatto che le parti abbiano tacitamente scelto la legge di un certo ordinamento. Ad esempio, nel caso del riferirsi più volte e per più aspetti alla legge di un certo stato (es. riferimenti reiterati al cc italiano). Quando il legislatore consente alle parti di scegliere la legge applicabile la scelta può essere limitata o illimitata.

Dalla lettura del primo paragrafo, emerge che la scelta che è data alle parti in questo caso è **illimitata**: le parti possono scegliere la legge che vogliono, quindi anche una legge che non abbia alcun collegamento col contratto. Ad esempio: contraente italiano da una parte, contraente francese dall'altra, ma scelgono per regolare il loro contratto la legge cinese.

È possibile anche nel caso in cui la legge scelta sia quella di uno stato terzo, perché lo afferma l'articolo 2. **Non c'è** da nessuna parte un limite che riguardi il collegamento che debba avere la legge scelta col contenuto del contratto.

Ci sono delle precisazioni e c'è un limite solo in un caso particolare, ma in generale si può scegliere la legge che più piace, perché è una materia quella civile e commerciale, delle obbligazioni che non presenta grossi problemi, perché gli stati non sentono di dover difendere certi valori o di voler mantenere il fatto di voler disciplinare certi rapporti.

Diverso ragionamento segue il legislatore per la legge applicabile a divorzio e separazione, dove consente ai coniugi la scelta della legge per regolare la loro separazione, ma tra una serie di leggi preindicate dal legislatore, che presentino un certo collegamento con la fattispecie (quindi scelta in questo caso limitata).

Procedendo la lettura dell'articolo 3, si legge che **non è detto** che la scelta riguardi tutto il contratto.

Infatti, il contratto può disciplinare più aspetti del rapporto e non è detto che la scelta di legge debba riguardare tutto il contratto.

Quindi, può darsi sia che si scelga la legge solo per una parte, sia che si scelgano leggi diversi per parti diverse del contratto (che potrebbe essere complicato ma utile per aspetti diversi tra di loro o tra due parti di due stati diversi per reciproche concessioni tra di loro).

È sempre modificabile la legge applicabile, ma con delle garanzie così che il cambiamento non vada ad inficiare il contenuto del contratto e i diritti dei terzi.

Paragrafo 3 dell'articolo 3: "Qualora tutti gli altri elementi pertinenti alla situazione siano ubicati, nel momento in cui si opera la scelta, in un paese diverso da quello la cui legge è stata scelta, la scelta effettuata dalle parti fa salva l'applicazione delle disposizioni alle quali la legge di tale diverso paese non permette di derogare convenzionalmente."

Qui c'è una disposizione particolare che fa capire che quando l'articolo 1 dice "in circostanze che comportino conflitto di leggi" questo deve essere interpretato in un certo modo. Il paragrafo 3 prende in considerazione una situazione particolare in cui tutte le circostanze del caso, *cioè tutti gli elementi pertinenti della situazione sono collocati tutti nello stesso stato*. Allora dalla lettura, si potrebbe apparentemente dire che non ci sia un elemento di transnazionalità, allora il regolamento se fosse davvero così non si dovrebbe applicare. **Ed invece: le parti hanno scelto di applicare la legge di un altro stato.** Ad esempio: si può pensare ad una situazione tutta interna all'Italia, dove però le parti hanno deciso di designare come legge applicabile quella francese. Si può fare sulla base dell'articolo 3 che limita la portata della scelta, ma non impedisce la scelta. In questo caso qual è l'elemento di transnazionalità, quell'elemento che porta al conflitto di leggi? Il solo elemento è quello dell'aver scelto la legge straniera. L'aver solo scelto la legge straniera, ai fini di questo regolamento è sufficiente per dire che si applica lo stesso. La scelta può operare fino ad un determinato punto. Qualora infatti tutti gli altri elementi pertinenti della situazione siano ubicati in un ordinamento diverso da quello della legge scelta (ad esempio ho scelto la legge francese e tutti gli elementi della fattispecie sono ubicati in Italia), **la scelta effettuata dalle parti fa salva l'applicazione delle disposizioni alle quali la legge di tale diverso paese non permette di derogare convenzionalmente.** La scelta è efficace fatte salve quelle norme che sono considerate inderogabili nell'ordinamento in cui la fattispecie è tutta interna. Nel nostro esempio: le parti italiane concludono un contratto in Italia che deve essere eseguito in Italia, ma hanno scelto la legge francese. Il contratto può in questo caso essere regolato dalla legge francese, tranne per quegli aspetti che la legge italiana considera inderogabili.

Questa si dice solitamente che è una tipica clausola **che impedisce la frode alla legge**. Le parti italiane che vogliono applicare la legge straniera non possono farlo al fine di aggirare l'applicabilità di norme inderogabili dell'ordinamento italiano. **Questo però vale solo quando la fattispecie è tutta interna**. Questo limite non vale per quelle fattispecie che presentano già carattere di transnazionalità: **quindi quando la fattispecie è davvero transnazionale non ci sono limiti**.

Questo è una deroga ad un principio che a monte si trova nel diritto dell'UE. L'unione europea tendenzialmente non sarebbe competente a disciplinare le fattispecie puramente interne, ma in questo caso fa eccezione a questa regola, perché si consente anche alle fattispecie tutte interne di poter designare una legge straniera e con questo agganciarsi ad una normativa dell'Unione e rendere di fatto transfrontaliera una fattispecie che non lo sarebbe (lo diventa solo per volontà delle parti).

La stessa ratio del paragrafo 3 dell'articolo 3 viene seguita nel paragrafo 4 con riferimento ad evitare la frode alla legge del diritto dell'UE: quando la fattispecie è tutta interna all'UE (quindi è per dire che ha contatti con **più stati, ma tutti dell'Unione europea**), *le parti possono designare una legge di uno stato terzo, ma non possono derogare a norme inderogabili stabilite dal diritto dell'Unione Europea*. Non si può quindi tramite la scelta di una legge di uno stato terzo, andare in frode alla legge del diritto dell'Unione europea. La ratio tra i due paragrafi è la stessa.

Un esempio di un caso in cui si è ricavata una scelta tacita: sent.292933/2010 la cassazione ha riscontrato una scelta tacita della legge. La cassazione si trovava di fronte ad un contratto di lavoro, ove si è desunta l'applicazione della legge tedesca da una serie di fattori tra cui: il fatto che la prestazione del lavoratore veniva fatta in Germania; che ai tempi veniva pagato nella moneta tedesca (questo fattore è venuto meno ad oggi con l'euro); dai riferimenti espliciti alle norme sulla previdenza sociale tedesca. Da tutti questi elementi la cassazione ha concluso che, dalle circostanze, le parti avrebbe voluto applicare la legge tedesca.

Esempio di regole inderogabili: si può pensare a regole che riguardano certe materie. Ad esempio, nelle locazioni, spesso si hanno delle norme che si

impongono per gli immobili situati nell'ordinamento e le parti non possono derogare; oppure tutte quelle che riguardano la tutela di certi soggetti, come quella dei consumatori, dei lavoratori (anche se in questi casi nel regolamento ci sono delle norme *ad hoc*). Nella materia degli immobili: i profili di pubblicità degli immobili è necessariamente legato al luogo in cui si trovano; quando si parla di "atto pubblico", la legge sta regolando la **forma** con la quale si debba concludere il contratto, ma è qualcosa di diverso dalla legge che regola invece **la sostanza**.

L'articolo 3 fa riferimento a quello che disciplina la sostanza, il rapporto, non anche la forma.

Le parti possono scegliere, ma non è detto che lo facciano. **Non c'è un obbligo** per le parti di scegliere la legge, possono scegliere, quindi il regolamento dice anche **cosa succede nel caso in cui non ci sia una scelta di legge**. Questa regola vale sia nel caso in cui le parti non hanno fatto scelta ma anche quando le parti hanno fatto una scelta per una parte del contratto e l'altra parte resta "sguarnita" di scelta: in questi casi si applica l'**articolo 4**.

Mentre l'art 3 riprende quello che in sostanza diceva in merito la convenzione di Roma, **l'articolo 4 cambia radicalmente rispetto alla convenzione**. Questo è importante saperlo perché in tutti i casi in cui si è avuto una successione da una convenzione ad un regolamento, il principio generale che si segue è che se c'è giurisprudenza riferita alla convenzione, si può fare riferimento sempre a quella giurisprudenza, a meno che le cose non siano cambiate.

Cosa diceva prima la convenzione e cosa dice ora il regolamento? La convenzione di Roma si basava su un criterio che non è molto apprezzato dalle legislazioni civil law (a differenza di quelle di common law) **che era quello del collegamento più stretto**: si applicava la legge del paese col quale il contratto aveva il collegamento più stretto. Questa formula dava incertezza, perché fino all'ultimo non si sa mai qual è la legge che si applica al contratto, in quanto un giudice può indicare che il collegamento più stretto sia con uno stato, al posto di quello che io ho pensato fino a quel momento. Dal punto di vista degli ordinamenti che sono abituati a norme più rigide e quindi a criteri di collegamento più rigidi, questo criterio non piaceva, ma piaceva agli ordinamenti più abituati a lasciare margine di discrezionalità ai giudici. Si era già inserito un temperamento a questo margine di discrezionalità perché c'erano **delle presunzioni di collegamento più stretto**. Queste presunzioni sono diventate oggi di fatto i criteri del regolamento.

Passando al regolamento, il legislatore europeo ha deciso di rendere più rigidi i criteri di collegamento, cioè di favorire maggiormente la certezza delle parti e diminuire la discrezionalità dei giudici, perché questo nell'ottica dell'Unione europea **favorisce maggiormente gli scambi**.

L'articolo 4 parte subito con un cambiamento notevole rispetto all'articolo 4 della Convenzione, perché subito **dà otto casi** dove indica **otto tipologie di contratti**, che sono quelli più frequenti, e per quei contratti **individua il criterio di collegamento per determinare la legge applicabile**. Quindi il legislatore europeo ha identificato i contratti tipici più ricorrenti stabilendo già dall'inizio il criterio di collegamento, che ruota di solito intorno al criterio della residenza abituale di uno dei due contraenti (che di volta in volta, caso per caso si dovrà verificare).

Ad esempio, articolo 4 lettera a: *"il contratto di vendita di beni è disciplinato dalla legge del paese nel quale **il venditore** ha la residenza abituale"*.

Se si ha un contratto di compravendita, alla lettera *a* si ha già il criterio di collegamento **rigido**, che non lascia più discrezionalità: **quello della residenza abituale del venditore**. Il concetto di residenza abituale è quello in cui si vanno a ricercare una serie di fattori di collegamento che quel soggetto ha con un certo stato, ma la particolarità però è che il regolamento introduce una definizione della residenza abituale, ai fini solo di questo regolamento e si trova all'articolo 19. L'articolo 19 distingue tra la residenza abituale delle persone fisiche che contraggono il contratto nell'esercizio dell'attività professionale la residenza abituale delle società:

Articolo 19: Ai fini del presente regolamento, per residenza abituale di società, associazioni e persone giuridiche *si intende il luogo in cui si trova la loro amministrazione centrale*.

Quindi tutte le volte in cui il contratto concluso da una società o comunque da una persona giuridica, la residenza abituale è dove è collocata l'amministrazione centrale di quella società. Quindi ad esempio, in caso di vendita, la vendita dove il venditore è una società, la legge applicabile è quella del luogo ove si trova l'amministrazione centrale del venditore.

Mentre per residenza abituale della persona fisica che agisce nella sua attività professionale, si intende la sede di attività principale.

Resta fuori da questa definizione **la persona fisica**, cioè quella che non sta concludendo il contratto nell'esercizio della sua attività professionale, cioè il **consumatore**.

ci sono delle norme specifiche riguardo al consumatore: norma che definisce ad esempio chi è definito "consumatore" (*il consumatore è colui che stipula il contratto al di fuori dell'attività professionale*), ma non c'è norma ove viene definita la sua residenza abituale, quindi si fa riferimento **alla residenza abituale così come espressa dalla giurisprudenza della CGUE**. Quindi per residenza abituale del consumatore si fa riferimento al luogo ove il soggetto ha fissato *il centro permanente ed abituale dei suoi interessi con un certo grado di stabilità*.

Andando avanti sull'articolo 4, ci sono gli otto tipi di contratto. Un altro esempio importante è la **prestazione di servizi** (nella casistica uno dei più frequenti).

È chiaro che il regolamento dà altre indicazioni per altre ipotesi. Una di queste è quando il contratto non è coperto dal primo paragrafo, perché non è un contratto che rientra in quella tipologia, quindi **atipico**. Per questo tipo di contratto, il paragrafo 2 dell'articolo 4 dice:

"Se il contratto non è coperto dal paragrafo 1 o se gli elementi del contratto sono contemplati da più di una delle lettere da a) ad h) (Contratto **misto**), del paragrafo 1, il contratto è disciplinato dalla legge del paese nel quale la parte che deve effettuare la **prestazione caratteristica** del contratto ha la residenza abituale." In questo paragrafo, il legislatore ha preso la presunzione principale della Convenzione di Roma e l'ha trasformata in un criterio, trasferendo la presunzione come criterio da applicare ai contratti che restano fuori da quelle tipologie.

*Cosa vuol dire **prestazione caratteristica**?* In un contratto, si avranno tante prestazioni specifiche, si deve andare ad individuare quella **che caratterizza il contratto**. Già nella giurisprudenza pregressa che caratterizza la convenzione di Roma si diceva che prestazione caratteristica **di solito è quella non monetaria**. Quindi quella che caratterizza il contratto è la **controprestazione**, quella che viene fatta a fronte del pagamento di un corrispettivo: quindi si individua chi deve compiere la controprestazione e la legge applicabile sarà quella dove quel soggetto ha la residenza abituale.

Inoltre, c'è **una clausola d'eccezione**, perché si è voluta reintrodurre una flessibilità dopo che ha prevalso la rigidità.

Come viene reintrodotta la flessibilità? Si consente al giudice di applicare una legge diversa rispetto a quella che dicono i precedenti paragrafi.

Al paragrafo 3 si dice: “Se dal complesso delle circostanze del caso risulta chiaramente che il contratto presenta collegamenti manifestamente più stretti con un paese diverso da quello indicato ai paragrafi 1 o 2, si applica la legge di tale diverso paese”.

Vuol dire che al giudice resta un minimo margine di discrezionalità: quando ha una fattispecie e vede che la legge individuata col criterio stabilito da uno dei due paragrafi, mi porta ad un ordinamento, **ma quella fattispecie in realtà presenta collegamenti molto più stretti con un altro ordinamento, può decidere di applicare l'altra legge.** Si chiama appunto clausola di eccezione, perché consente al giudice di introdurre un'eccezione alla regola che viene invece stabilita dai criteri di collegamento rigidi previsti in precedenza.

Al paragrafo 4, vi è la tipica norma di chiusura che dice che se non si riesce di individuare la legge sulla base dei criteri previsti precedentemente si applica la legge con la quale il contratto presenta il collegamento più stretto. Rimane in via residuale quel criterio che per la convenzione di Roma era quello principale.

Del Regolamento Roma I abbiamo visto:

Art. 4 quando le parti non hanno introdotto una scelta di legge: per ognuna delle categorie di contratto viene identificato il criterio di collegamento, molti ruotano intorno alla residenza abituale: ad esempio devo identificare il venditore e la sua residenza abituale.

Art. 19 dà una definizione di residenza abituale, ma solo per le persone giuridiche. Da anche un criterio per identificare la residenza abituale per la persona fisica che conclude il contratto nell'esercizio della sua attività professionale: si guarda alla sede di attività principale del contratto.

Resta fuori solo la persona fisica: la determinazione della residenza abituale della persona fisica può avere rilevanza quando il contratto è concluso dal consumatore, perché conclude il contratto fuori della propria attività professionale. Attenzione: la nozione di consumatore dipende di volta in volta del tipo di contratto che si conclude. Esempio: l'esercizio dell'attività professionale di un avvocato, se acquista un bene che non attiene alla attività professionale è un consumatore. E non c'è una norma nel Regolamento, e vale la nozione della giurisprudenza anche EU e la si applica.

Nel Regolamento Roma I c'è l'**art. 11, norma sulla validità formale** che risponde alla regola generale in materia di validità formale, che è quella di stabilire più criteri di collegamento in modo da favorire la validità dell'atto. Anche il legislatore europeo utilizza la tecnica del **concorso alternativo tra criteri di collegamento per favorire la validità del contratto.**

Soltanto un cenno alle norme speciali che riguardano due particolari categorie di soggetti: il Regolamento vuole tutelare in particolare le categorie dei soggetti **consumatore e lavoratore**, partendo dal presupposto che sono parti deboli, a prescindere dalla controparte del contratto. Si vuole evitare che il consumatore e il lavoratore accettino qualunque cosa.

Le tutele sono predisposte relativamente alla legge applicabile al contratto, evitando che la parte forte possa imporre una legge che vada a discapito della parte debole; la tutela viene quindi predisposta ponendo dei **limiti alla legge che può essere scelta** in deroga alla regola generale che le parti del contratto possono scegliere qualunque legge, e così diminuire le garanzie per il consumatore o per il lavoratore.

Questi limiti alla possibilità di scelta non sono così drastici da dire che non si può scegliere una legge diversa da quella che sarebbe applicabile in mancanza di una scelta: si sarebbe potuto anche stabilire la legge applicabile al contratto in mancanza di una scelta, e stabilire anche che non è mai derogabile dalle parti, ma non si è arrivati a questo. Si è piuttosto posto un limite alla possibilità di scelta limitatamente al fatto che non si può, scegliendo una legge diversa, privare il lavoratore o il consumatore di quelle garanzie che preveda la legge che sarebbe altrimenti applicabile al contratto. Per questi contratti, è necessario sapere qual è la legge applicabile in mancanza di una scelta, e **una scelta di legge diversa può valere solo nei limiti in cui non abbassa la tutela offerta al consumatore o al lavoratore da quella legge.**

In un rapporto di lavoro che presenti elementi di transnazionalità che sarebbe disciplinato dalla legge italiana in base al criterio di collegamento previsto, non è possibile stabilire che al contratto si applica una legge diversa, a meno che non abbassi la tutela prevista dalla legge italiana. Quindi, in ogni caso, tutte le garanzie previste dalla legge italiana sono fatte comunque salve.

In questo caso diventa fondamentale sapere il criterio per individuare la legge applicabile al contratto, perché è un'operazione che andrà sempre fatta; mentre per gli altri contratti se c'è una scelta di legge l'art. 4 non opera (perché opera soltanto in mancanza di una scelta), per i contratti rispettivamente conclusi con consumatori e lavoratori (rispettivamente articoli 6 e 8), anche nel caso in cui ci sia una scelta di legge si deve stabilire la legge applicabile al contratto:

per il consumatore, **la legge è quella dello Stato in cui risiede abitualmente il consumatore;**

per il lavoratore, **la legge è quella del luogo ove svolge abitualmente il suo lavoro;**

Queste sono le leggi che garantiscono il minimo di tutela che non può mai essere derogato neppure scegliendo una legge diversa.

Anche il Regolamento Roma I ha le proprie **norme di funzionamento**, cioè le norme che risolvono questioni generali del diritto internazionale privato. Gli esempi che prendiamo sono dati innanzitutto dal fatto che il Regolamento si occupa del problema del rinvio, cioè se si deve considerare richiamata direttamente la legge materiale dell'ordinamento richiamato, oppure se si deve tenere conto delle norme di conflitto di quell'ordinamento.

Il Regolamento Roma I stabilisce che, tutte le volte in cui si richiama una legge, **si intende sempre richiamata la legge materiale di quell'ordinamento (art. 20 esclusione del rinvio)**. Di solito tutti i regolamenti escludono il rinvio.

Anche l'aspetto degli ordinamenti plurilegislativi è regolato dal Regolamento Roma I (art. 22), che osserva che si riscontrano soltanto ordinamenti plurilegislativi a base territoriale, e **intende sempre richiamata direttamente la legge del sottosistema normativo**. Questo è possibile in virtù del fatto che tutti i criteri adottati nel Regolamento Roma I consentono di individuare subito il sottosistema.

La clausola dell'ordine pubblico è sempre contenuta nei regolamenti dell'Ue, cioè la possibilità che il giudice decida di non applicare la legge richiamata perché produce effetti contrari ai valori fondamentali del proprio ordinamento, anche il Regolamento Roma I prevede il **limite dell'ordine pubblico** all'art. 21. Il problema che riguarda l'applicazione dell'art. 21 è che dice soltanto che il giudice può non applicare la legge straniera se contrasta con l'ordine pubblico.

Nulla si dice su cosa debba fare il giudice una volta che abbia deciso di non applicare la legge straniera, cioè quali sono le conseguenze dell'applicazione del limite dell'ordine pubblico.

Le strade possibili sono due:

considerare che il giudice applichi direttamente la legge del proprio foro,

oppure considerare che, siccome la questione non è risolta dal Regolamento, sarà risolta in ogni ordinamento nello stesso modo in cui quell'ordinamento la risolve in generale. In Italia, la si risolverà come stabilisce la legge 218 e quindi ex art. 16.2: si applica la legge richiamata da altri criteri di collegamento previsti per la stessa fattispecie, in mancanza si applica la legge italiana.

Molti ordinamenti degli Stati membri applicano direttamente la legge interna nel caso in cui scatti il limite dell'ordine pubblico, non presentando il passaggio intermedio come la legge 218 in Italia. Allora, se si volesse perseguire una soluzione uniforme, bisognerebbe che tutti gli Stati stabilissero che si applica subito la legge interna del giudice. Ma se si fosse voluta una soluzione uniforme, il Regolamento l'avrebbe prevista; quando il Regolamento non dice niente, gli Stati restano liberi. La Corte di giustizia non è mai stata interrogata sulle conseguenze dell'applicazione del limite dell'ordine pubblico.

Il problema non è così teorico come sembra perché, ad esempio anche in Italia, si sono posti dei casi di questo tipo. È vero che da un lato il limite dell'ordine pubblico non è che operi poi così tante volte nella materia contrattuale, perché gli ordinamenti sono piuttosto simili, cioè è difficile che una normativa contrasti con i valori fondamentali nella materia contrattuale (le materie più sensibili sono altre). Che in materia contrattuale ci siano delle leggi che si scontrano con i valori fondamentali è raro, ma può accadere. Ad esempio, nella giurisprudenza italiana qualche caso si riscontra in tema di licenziamenti sulla base della legislazione statunitense che consente il licenziamento *ad nutum*. Una legge che consenta uno scioglimento del rapporto di lavoro in questo modo è stata ritenuta da talune pronunce italiane contrastante con l'ordine pubblico. Allora si pone il problema di quale legge applicare al rapporto, se non è possibile regolarlo con la legge statunitense per il limite dell'ordine pubblico.

La giurisprudenza italiana ha risolto il problema richiamando l'art. 16 della legge 218 e quindi prima andando a vedere altri criteri di collegamento previsti per la stessa fattispecie, in mancanza dei quali si applica la legge italiana. Si fa quello che si fa in altri casi in relazione al limite dell'ordine pubblico quando si applica la legge 218.

Un caso emblematico sulle conseguenze dell'applicazione del limite dell'ordine pubblico è il **caso Bottoni**, dipendente della Banca di Roma presso la filiale di New York, con contratto quindi soggetto alla legislazione dello Stato di New York, licenziato. La legislazione è stata considerata contrastante con l'ordine pubblico e la Cassazione ha guardato prima agli altri criteri di collegamento previsti per la fattispecie, sempre nel Regolamento (in particolare nell'art. 4, la norma che si occupa della mancanza di scelta), per giungere in ultima battuta all'applicazione della legge italiana.

Qui interessa sottolineare che non è un caso isolato, cioè ci sono più casi in cui si è arrivati fino in Cassazione per dire che alcune forme di licenziamento sono contrarie all'ordine pubblico. Ad oggi manca una pronuncia successiva a questo nuovo corso della giurisprudenza, dopo che ha ristretto la portata dell'ordine pubblico ai soli valori costituzionali. La Cassazione nel caso Bottoni ed in altri ha fatto questa valutazione di contrasto col limite dell'ordine pubblico quando ancora nel concetto di ordine pubblico rientravano non soltanto i valori supremi della Costituzione — che sempre hanno fatto parte dell'ordine pubblico — ma anche certi valori risultanti da scelte del legislatore. Queste recenti sentenze (in particolare quella delle due madri) hanno “costituzionalizzato” il limite dell'ordine pubblico, riconducendo il contenuto del limite dell'ordine pubblico ai soli valori fondamentali della Costituzione, quindi non sappiamo se oggi la Cassazione direbbe la stessa cosa e cioè riterrebbe la legislazione sul licenziamento statunitense sempre contrastante all'ordine pubblico.

Oltre al limite dell'ordine pubblico ci sono le **norme di applicazione necessaria**, quelle norme cioè che un ordinamento vuole applicare indipendentemente da qual è la legge applicabile a quel contratto. Il Regolamento Roma I le prende in considerazione all'**art. 9** e al paragrafo 1 dà anche una **definizione** di norme di applicazione necessaria ripresa dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e inserita appunto nel Regolamento. Il giudice può applicare norme di applicazione necessaria del foro, prendendo come riferimento la definizione di norme di applicazione necessaria fornita dal Regolamento per individuarle.

A differenza della legge 218, nel Regolamento Roma I si prende in considerazione, anche se in casi limitati, l'**eventualità di tener conto di norme di applicazione necessaria di altri Stati**. Rispetto alla Convenzione di Roma, che lasciava più margine al giudice per farlo, il Regolamento Roma I ha ristretto di molto questa possibilità, dicendo che si guarda soltanto alle norme di applicazione necessaria **dello Stato di esecuzione del contratto e soltanto nei limiti in cui rendono illecita l'esecuzione del contratto**.

La giurisdizione

Il diritto internazionale privato risponde sostanzialmente a tre grandi questioni:

quella della individuazione della legge applicabile ad un rapporto che presenta elementi di transnazionalità,

quella di quando un giudice italiano è competente o meno a pronunciarsi su questioni che presentino elementi di transnazionalità

e infine quella della efficacia delle decisioni emanate in un altro Stato.

Anche per la giurisdizione vi è una sovrapposizione di fonti: fonti di derivazione europea, legge 218 e convenzioni internazionali.

Le convenzioni internazionali si adottano per adottare criteri di giurisdizione uniformi tra gli Stati che ne sono parte, con il risultato che nell'applicazione della convenzione, i giudici degli stati parte di quella convenzione hanno gli stessi criteri per determinare se sono competenti o se non sono competente.

I regolamenti hanno la stessa finalità di ripartire tra gli Stati membri la competenza giurisdizionale, quindi disciplinare allo stesso modo tra i giudici degli Stati membri i criteri di giurisdizione.

In queste due tipologie di strumenti abbiamo dei criteri di giurisdizione e saranno applicati rispettivamente dai giudici degli Stati parte delle convenzioni e dai giudice i degli Stati membri dell'Ue.

Un'ottica del tutto diversa invece è quella della legge interna nazionale che stabilisce dei criteri di giurisdizione, perché il legislatore nazionale italiano può soltanto stabilire quando il giudice italiano è competente e quando no. Niente altro (cioè non può stabilire quale giudice straniero sia competente): sarà onere della parte scoprire il giudice competente in base ai collegamenti che presenta la fattispecie con altri ordinamenti.

Quando sono normative uniformi, c'è una logica di ripartizione analoga a quella interna per la ripartizione della competenza in procedura.

In ogni caso esistono sempre delle norme di chiusura che cercano di evitare il c.d. **diniogo di giustizia**. Di solito tutti gli strumenti normativi, in modo esplicito o no (agganciandosi al diritto di agire in giudizio garantito in Costituzione e nella Cedu), prevedono un criterio residuale per andare di fronte ad un giudice.

Per esaminare la competenza giurisdizionale partiamo dal **Regolamento n. 1215/2012** c.d. Regolamento **Bruxelles I bis**, il più importante in materia, nella **materia civile e commerciale**, e anche lo strumento nella pratica più facile da applicare.

Questo Regolamento nasce **in sostituzione del precedente Regolamento n. 44/2001** che a sua volta sostituiva la **Convenzione di Bruxelles del 1968** che disciplinava la **materia civile e commerciale, giurisdizione ed efficacia delle decisioni**. L'Ue non ha sempre avuto competenza in questa materia, e prima, quando si voleva disciplinare in materia uniforme questioni di diritto internazionale privato e processuale, lo strumento per farlo era rappresentato dalle convenzioni. Allora gli Stati membri dell'Ue nel 1968 avevano concluso tra di loro la Convenzione di Bruxelles. Successivamente la Convenzione era stata estesa nella sua portata applicativa ai vari Stati che avevano fatto via via ingresso nella Ue, quindi v'è sempre stato un parallelismo tra gli Stati parte della Convenzione di Bruxelles e gli Stati membri dell'Ue. Quando l'Ue ha acquisito competenza in diritto internazionale privato, nel 2001 ha adottato un Regolamento che andava a sostituire la Convenzione, che è chiamato Regolamento Bruxelles I. Negli anni però il Regolamento Bruxelles I è invecchiato per certi aspetti, tant'è che si è avvertita la necessità di sostituirlo con il Regolamento Bruxelles I bis. Non è stato chiamato Bruxelles II perché si voleva precisare che il Regolamento si sta occupando, comunque, della materia civile e commerciale, giurisdizione ed efficacia delle decisioni, come la Convenzione di Bruxelles.

Esiste il Regolamento Bruxelles II, che però copre la materia familiare. Quando si è adottato un Regolamento che comunque riguardava giurisdizione ed efficacia delle decisioni, ma in un'altra materia, si è detto che resta "Bruxelles" perché riguarda sempre giurisdizione ed efficacia delle decisioni, ma è Bruxelles II (analogamente al Regolamento Roma II si è scelto per la materia extracontrattuale). La materia civile e commerciale, giurisdizione ed efficacia delle decisioni rimarrà sempre Bruxelles I.

Questo meccanismo finisce quando si cominciano ad adottare per materie molto più specifiche regolamenti che coprono tutte e tre le questioni (legge applicabile, giurisdizione, efficacia delle decisioni): Regolamento sulle successioni, Regolamento sui regimi patrimoniali. È una nuova tecnica legislativa che accorpa tutte e tre le questioni coperte dal diritto internazionale privato e commerciale.

La Convenzione di Bruxelles è stata così importante sul piano della cooperazione giudiziaria tra Stati, che parallelamente si è conclusa la **Convenzione di Lugano**, in modo da estendere ad Islanda, Norvegia, Svizzera, (Stati terzi) questo regime sulla giurisdizione e sulla efficacia particolarmente favorevole in essa prevista. Con l'adozione del Regolamento Bruxelles I, si è adottata una nuova Convenzione di Lugano.

Il Regolamento Bruxelles I bis regola competenza giurisdizionale ed efficacia delle decisioni nella materia civile e commerciale. Presupposto implicito è il carattere transnazionale della fattispecie; a differenza che nel Regolamento Roma I, non è scritto che il Regolamento Bruxelles I bis si applica solo a fattispecie che presentano caratteri di transnazionalità, ma i problemi di giurisdizione si pongono soltanto qualora la fattispecie presenti elementi di transnazionalità, e l'efficacia delle decisioni straniere ha in sé l'elemento di transnazionalità.

La giurisprudenza della Corte di giustizia ha confermato che affinché si applichi il Regolamento Bruxelles I bis bisogna che vi sia l'elemento di transnazionalità.

Ambito di applicazione materiale

La materia civile e commerciale è molto ampia; diventa fondamentale allora fare la stessa operazione che si fa sempre con i regolamenti, cioè guardare alle esclusioni di materie che reca il Regolamento, all'art. 1 (fallimenti, obbligazioni alimentari, testamenti e successioni, ecc eventualmente disciplinate da altri regolamenti). La Corte di giustizia ha fornito delle precisazioni se certe questioni rientrassero o no nell'ambito applicativo del Regolamento. Del resto per materia civile e commerciale deve intendersi una nozione autonoma da quella dei singoli ordinamenti, ed uniforme, ed è stata sollevata questione di pregiudizialità dinanzi alla Corte di giustizia, che ha fornito dei chiarimenti.

Ambito di applicazione soggettiva

L'applicazione soggettiva del Regolamento va ricavata da un insieme di norme, e letta insieme alla norma della regola generale di attribuzione di competenza giurisdizionale. Il Regolamento reca una regola generale di giurisdizione, cioè valevole per qualsiasi materia rientrante nel campo di applicazione del Regolamento (art. 4), ci sono poi delle norme speciali che valgono soltanto per determinate materie (criteri per la vendita, criteri per la prestazione di servizi, criteri per i contratti di lavoro...) ma esiste un **criterio generale**, che vale indipendentemente da quale sia la materia.

Questo discorso si combina con l'ambito di applicazione nel modo che segue: l'art. 4 del Regolamento stabilisce che a norma del Regolamento **le persone domiciliate nel territorio di uno Stato membro, sono convenute, a prescindere dalla loro cittadinanza, davanti alle autorità giurisdizionali di tale Stato membro**. Questa è la regola fondamentale posta dal Regolamento che si porta dietro fin dalla Convenzione di Bruxelles: se un soggetto è domiciliato in uno Stato membro, saranno competenti in queste materie i giudici di quello Stato membro quando il soggetto è citato in giudizio (convenuto). Si va davanti ai giudici dove è domiciliato il soggetto che viene citato in giudizio; è l'attore che fa domanda che dovrà semmai spostarsi, per andare di fronte ai giudici competenti dove è domiciliato il convenuto, che si vuole evidentemente favorire.

L'inciso "a prescindere dalla loro cittadinanza" vuol dire che non interessa la cittadinanza del convenuto, ma si guarda soltanto al suo domicilio, ma vuol dire anche che questo vale sia per i cittadini europei sia per i cittadini di Stati terzi. Quindi il cittadino statunitense che però è domiciliato in Italia, se si ritrova nella posizione di convenuto, potrà essere convenuto davanti ai giudici italiani in base **al Regolamento, che non si applica quindi ai soli cittadini dell'Ue**. Questa è una regola (che non interessa la cittadinanza), che vale per tutti i regolamenti.

Il fatto del convenuto domiciliato in uno Stato membro non è solo il **principale criterio di giurisdizione**, ma è anche il principale criterio che va a definire l'ambito di applicazione delle norme sulla giurisdizione. Il fatto che il convenuto sia domiciliato in uno Stato membro è anche elemento per determinare l'applicabilità del Regolamento. Vedremo altri criteri di giurisdizione che potranno eventualmente andare ad aggiungersi a questo dell'art. 4, ma solo se il convenuto è domiciliato in uno Stato membro. Il fatto che il convenuto sia domiciliato in uno Stato membro, vale come **presupposto di applicabilità del Regolamento**.

Ci sono anche delle **regole eccezionali, che si applicano a prescindere da questo presupposto** e che quindi si applicano sempre, non solo a prescindere dalla cittadinanza, ma anche a prescindere dal luogo in cui è domiciliato il convenuto.

A questo punto diventa importante intendersi sul **concetto di domicilio** perché tutto ruota intorno ad esso, anche dopo il 2012. Non c'è una nozione uniforme di domicilio inserita nel Regolamento, c'è però una norma rivolta ai giudici e dice loro come fare per determinarlo. Ci sono due norme (62,63) che stabiliscono come fare per determinare il domicilio per le persone giuridiche e per le persone fisiche.

L'art. 63 stabilisce che, ai fini dell'applicazione del Regolamento, **per le società o persone giuridiche** rilevano il luogo della **sede statutaria**, della **amministrazione centrale** oppure il **centro d'attività principale**. Questi tre luoghi potrebbero essere **anche in Stati diversi**. Questi criteri sono posti tutti sullo stesso piano, perché ai fini della giurisdizione si può verificare quello che invece non si può verificare per la legge applicabile: se la legge applicabile deve essere una ed una sola per una data fattispecie, per quanto riguarda la giurisdizione non è un problema, se si individuano più luoghi diversi, saranno competenti i vari giudici di questi luoghi; cioè **per la stessa fattispecie possono essere competenti più giudici**.

Se la sede statutaria è in Italia ma il centro dell'attività principale è in Francia, sono competenti i giudici di entrambi gli Stati. **A decidere sarà il giudice scelto dall'attore**, in ordine di comodità, tempistica, costi, legge applicabile, ecc.

L'art. 62 **per le persone fisiche** stabilisce che **per determinare se il convenuto è domiciliato nello Stato dove si è fatto domanda, l'autorità giurisdizionale applica la propria legge nazionale.**

Se è stata proposta domanda di fronte al giudice italiano, il giudice italiano deve accertare se il convenuto è domiciliato in Italia e lo fa in base alla propria legge nazionale, cioè la legge italiana.

Delle volte non serve solo accertare che il convenuto sia domiciliato in quello Stato, può essere necessario accertare che il convenuto sia domiciliato in un altro Stato membro, guardando alla legge di quello Stato membro. Cioè se il giudice italiano deve determinare se il convenuto è domiciliato in Francia lo farà secondo la legge francese (secondo comma).

Qualora una parte non sia domiciliata nello Stato membro le cui autorità giurisdizionali sono adite, l'autorità giurisdizionale al fine di stabilire se essa ha il domicilio in un altro Stato membro, applica la legge di quest'ultimo Stato.

Questo può servire per applicare altri criteri che per la loro applicazione richiedono il presupposto del domicilio in uno Stato membro.

Il domicilio è un tipico criterio che può cambiare nel tempo; **il momento rilevante è quello della domanda**. Si verifica se il convenuto è domiciliato o no nello Stato membro del giudice adito al momento della domanda.

Per quanto riguarda i criteri di giurisdizione previsti dalle leggi nazionali, l'art. 6 del Regolamento pone la regola per cui **se il convenuto non è domiciliato in nessuno Stato membro** tornano a poter essere applicati i criteri di giurisdizione nazionali che acquisiscono **carattere residuale nelle materie coperte dal Regolamento**. I criteri di giurisdizione posti dalla legge 218, per le materie coperte dal Regolamento, avranno carattere residuale e **varranno soltanto per convenuti domiciliati in Stati terzi**.

Proseguiamo la trattazione della competenza giurisdizionale nel **regolamento 1215/2012** andando a vedere diversi criteri di giurisdizione che riguardano due grandi materie, criteri che capita di vedere spesso applicati dalla giurisprudenza, anche italiana.

Abbiamo già analizzato il criterio di giurisdizione generale (=vale sempre indipendentemente dall'oggetto della controversia, purché rientri nell'ambito di applicazione per materia), che corrisponde al foro dove è domiciliato il convenuto.

Accanto al foro avente natura generale, il regolamento predispone altri criteri di giurisdizione che tengono conto dell'**oggetto** della controversia. Tutte le volte in cui in una controversia è necessario determinare il giudice competente, oltre al foro del domicilio del convenuto, si potrà di volta in volta verificare, a seconda dell'oggetto della controversia, se c'è anche un altro giudice competente. Questi ulteriori criteri potrebbero portare ad attribuire la competenza ad altro giudice, diverso da quello del foro del convenuto.

ES: l'attore è una società italiana, il convenuto è un soggetto francese. L'avvocato italiano può andare a verificare se ha qualche altro criterio da applicare per poter proporre la domanda in Italia.

I criteri di giurisdizione che tengono conto della controversia sono di due tipi:

aggiuntivi → si aggiungono a quello generale

sostitutivi → derogano a quello generale

La raccomandazione generale è che non ci si può mai fermare solo all'art 4: in base all'oggetto della controversia, è necessario andare a controllare anche le altre norme per determinare se ho altri criteri di giurisdizione oppure se sono in uno di quei casi in cui ho una norma che deroga all'art 4.

CRITERI AGGIUNTIVI

Art 7 regolamento: corrispondente all' art 5 nel precedente regolamento. È importante saperlo perché tuttora possiamo far riferimento alla giurisprudenza che ha creato il precedente regolamento, dato che non ci sono state variazioni su questi criteri.

Questi criteri sono inseriti nella **sezione II**, intitolata "*Competenze speciali*", e riguardano determinate e specifiche materie; quindi i criteri ex art 7 non derogano a quello dell'art 4, ma **si aggiungono**, quindi questo potrà sempre essere invocato.

Inoltre, sia i criteri dell'art 7 che quello dell'art 4 si fondano sullo stesso presupposto: il convenuto deve essere domiciliato in uno Stato membro UE, altrimenti non possono essere applicati.

Quindi ci sarà sempre un foro sicuro (il domicilio del convenuto); i criteri dell'art 7 possono avere un'utilità solo quando consentono di andare davanti ad un giudice diverso rispetto al giudice del foro.

Intendendoli come criteri che si aggiungono a quello generale, la Corte ha sempre affermato che sono un qualcosa che mi va a poter derogare a quello che è il principio di base del regolamento che è espresso nel brocardo "*actor sequitur forum rei*": la regola generale è che l'attore deve seguire e citare il convenuto nel suo domicilio, quindi non si deve ampliare troppo la sua possibilità di privare il convenuto di questa garanzia.

Quindi secondo la Corte, i criteri ex art 7 devono essere interpretati in modo **restrittivo**.

La Corte ha dato un ulteriore chiarimento, che non si trova leggendo la lettera della norma: di solito i criteri di competenza giurisdizionale identificano solo le autorità giurisdizionali competenti in un certo Stato, saranno le norme procedurali interne a ripartire la competenza per territorio. Invece, i criteri speciali ex art 7 non identificano solo le autorità statali, ma anche il giudice del luogo, quindi individuano anche la competenza per territorio. Anche la giurisprudenza italiana ha recepito queste indicazioni che ha dato la corte di giustizia, intendendo quindi i criteri indicativi anche della competenza per territorio.

L'art 7 enumera tanti criteri a seconda delle diverse materie. Esaminiamo solo i primi due, quelli che di solito sono i più diffusi perché riguardano due tipologie di contenzioso più comuni:

contenzioso in materia contrattuale,

contenzioso derivante da fatto illecito (resp extracontrattuale).

Materia CONTRATTUALE art 7 n.1

L'art 7 esordisce con una premessa: *“Una persona domiciliata in uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro...”* i criteri si applicano se il convenuto è domiciliato in uno Stato membro dell'UE. Questi criteri mi consentono talvolta di citare il convenuto davanti ai giudici di un altro Stato membro. Vediamo quando e dove in materia contrattuale.

Lettera A

“In materia contrattuale, davanti all'autorità giurisdizionale del luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio”.

Questo era l'unico criterio previsto dalla convenzione di Bruxelles 1968 (alla quale è succeduto il regolamento 44/2001 e poi il regolamento attuale) in materia contrattuale. È necessario vedere dove è stata eseguita o dove avrebbe dovuto essere eseguita l'obbligazione dedotta in giudizio.

Cosa significa “obbligazione dedotta in giudizio”?

Obbligazione che costituisce l'**oggetto della domanda**. Questo criterio si applica a qualunque contratto, quindi non si può andare oltre nella tipizzazione di quali possono essere le obbligazioni. Possiamo prendere in considerazione anche i contratti atipici, ma sicuramente in ogni tipo di contratto ci saranno delle obbligazioni reciproche fra le parti. Bisogna sapere quale devo identificare

come obbligazione per poi determinare il luogo dell'esecuzione; si va a vedere quello che costituisce l'oggetto della domanda.

ES: mancato pagamento; l'attore agisce in giudizio per richiederlo. Quella sarà l'obbligazione dedotta in giudizio.

Di questa obbligazione identificata, si verifica il luogo di esecuzione: si può contestare il modo in cui è stata eseguita la prestazione, ma l'ipotesi più frequente è quello dell'inadempimento. In quest'ultimo caso, il luogo di esecuzione non c'è e rileva il luogo dove doveva essere eseguita quella prestazione che non è stata eseguita.

Quando è identificato il luogo di esecuzione, è identificata l'autorità giurisdizionale competente e quando la norma parla di luogo, non si intende solo lo Stato, ma anche competenza per territorio.

ES: luogo di esecuzione indicato a Milano → competente è il tribunale di Milano.

Primo problema fondamentale da risolvere: come fare a determinare il luogo dell'esecuzione quando non è previsto dal contratto e l'obbligazione non è stata eseguita.

Sent. Tessili CGUE 1976 → il giudice utilizza le norme di conflitto, le norme di diritto internazionale privato per determinare il luogo di esecuzione dell'obbligazione. Il giudice deve determinare la legge applicabile al contratto solo ai fini di determinare il luogo di esecuzione per poi determinare la competenza. Si intreccia l'individuazione della legge applicabile per risolvere un problema di giurisdizione.

ES: giudice italiano guarda norme italiane o norme applicabili in Italia e determina la legge applicabile.

Quando la Corte ha detto questo, non c'erano ancora delle norme comuni in ambito contrattuale per la legge applicabile. Venne poi istituita la convenzione di Roma nel 1980, e oggi il regolamento Roma I. Nelle materie coperte da questo, i vari giudici risolvono nello stesso modo la questione della legge applicabile.

Questo metodo è riassunto nella formula "**metodo conflittuale**" metodo che si basa sulle norme di conflitto (cioè norme di diritto internazionale per determinare la legge applicabile).

Dopo anni di applicazione di questo criterio, ci si rende conto che questo finiva per portare la controversia davanti al foro dell'attore un po' troppo spesso. Smentiva il criterio su cui puntava la convenzione di Bruxelles che avvantaggiava il convenuto, portandolo davanti al suo domicilio, ex art 4. Infatti, se pensiamo che di solito il contenzioso è per inadempimento di una certa prestazione, che molto probabilmente era da eseguire nel luogo dove ha la sede l'attore, si finiva per attribuire competenza al giudice del luogo dove l'attore aveva la propria sede.

Un altro inconveniente era la scarsa prevedibilità di dove si sarebbe andati poi a discutere di eventuali controversie future su quel determinato contratto. Non è possibile sapere al momento della stipula del contratto chi sarà l'attore e chi il convenuto, e già il primo criterio generale non dà prevedibilità, però è a vantaggio del convenuto. Invece, la lettera A art 7 dipende dall'obbligazione dedotta in giudizio, e lascia molta incertezza a seconda delle ipotesi. La certezza doveva essere favorita, soprattutto per il commercio internazionale, quindi bisognava prevedere sin dall'inizio la legge applicabile e il giudice competente.

Lettera B

Già con il regolamento 44/2001 si è aggiunta la lettera B e si sono identificate le due tipologie più ricorrenti di contratti e la diversa specificazione sulla determinazione del foro competente:

compravendita → luogo di consegna dei beni

prestazione di servizi → luogo in cui i servizi sono stati o avrebbero dovuto essere prestati

“Ai fini dell'applicazione della presente disposizione e salvo diversa convenzione (=diverso accordo tra le parti), il luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio è:

— *nel caso della compravendita di beni, il luogo, situato in uno Stato membro, in cui i beni sono stati o avrebbero dovuto essere consegnati in base al contratto,*

— *nel caso della prestazione di servizi, il luogo, situato in uno Stato membro, in cui i servizi sono stati o avrebbero dovuto essere prestati in base al contratto”*

Per questi due contratti, non è necessario andare a cercare l'obbligazione dedotta in giudizio, ma c'è già una norma che specifica quel luogo di

esecuzione. In questo modo diventa più prevedibile, perché a prescindere dal motivo del contenzioso, il luogo sarà sempre quello, indipendentemente da chi è attore o convenuto.

Inoltre, si cerca di ovviare anche all'eccessivo vantaggio dell'attore.

Vi sono diversi **problemi applicativi** riguardanti la lettera B. Innanzitutto, il regolamento può operare solo per attribuire competenza ai giudici degli stati dell'UE. Per applicare questa norma bisogna che la consegna/prestazione di servizio sia da fare in uno Stato membro, non in stati terzi. Questo criterio quindi può essere applicato soltanto in questo caso.

Inoltre, vi è un'ulteriore specificazione: "*in base al contratto*".

La dottrina si è interrogata su cosa dovesse intendersi con questa formula: la norma è applicabile solo se posso ricavare dal contratto quel luogo di consegna/prestazione? O lo posso interpretare in modo più ampio, comprensivo anche della legge che regola il contratto?

La CGUE ha dato rilievo alla prima ipotesi: la norma applicabile è **ricavabile dal contratto**, senza tener conto del diritto applicabile al contratto.

La Corte non si è mai pronunciata direttamente in maniera specifica su questo tema, ma in altre circostanze, chiarendo altri aspetti, ha specificato che non si debba tener conto del diritto applicabile al contratto. Quindi si applica questa soluzione anche a questo problema.

Un altro problema della casistica applicativa è che non sempre è molto chiara la distinzione tra compravendita e prestazione di servizi. Non è sempre facile qualificare le diverse fattispecie (=problema di **qualificazione**).

ES: un accordo riguarda la vendita di beni che però sono prodotti dal venditore secondo specifiche richieste del compratore.

Produzione di airbag fatti come diceva il compratore per la sua autovettura o stampa di cataloghi con i contenuti richiesti compratore.

Non è facile capire se è prevalente la componente della vendita del bene, o la componente della richiesta di determinate caratteristiche del bene da parte del compratore.

La giurisprudenza della CGUE (seguita poi dalla Cassazione) sostiene che si deve andare a vedere le prestazioni della caratteristica prevalente del contratto. In questi casi l'elemento di **compravendita** del bene prevale su quello della richiesta di certe specifiche caratteristiche richieste dal compratore.

Sent. CGUE Car Trim 2010 → l'attore era la società Car Trim con sede in Germania; convenuta era una società con sede in Italia. L'azione veniva promossa in Germania dalla società tedesca: siccome fabbricavano i beni secondo l'ordine della società italiana, contava come prestazione di servizi il luogo dove venivano prodotti i beni, cioè in Germania. L'interesse era quello di portare la società italiana via dal suo foro italiano per citarla in Germania (=schema tipico del contenzioso sulla giurisdizione: si cerca di portare il convenuto nel foro dell'attore).

La società italiana invece sosteneva che questa era una compravendita, la consegna era prevista in Italia e quindi era competente il foro italiano, sia che si guardi al domicilio del convenuto, sia che si guardi all'art 7 Lett B (compravendita).

La CGUE ritiene prevalente la componente della **compravendita** rispetto alla prestazione di servizi, o produzione del bene secondo le caratteristiche richieste.

Ciò che è importante in questi casi è comunque guardare all'intera configurazione contrattuale e poi alla natura prevalente, quindi alle caratteristiche prevalenti per dare una tipizzazione.

La Corte ha chiarito anche cosa si deve intendere quando la norma dice "luogo da determinarsi in base al contratto" → nozione **estensiva**: intende tutti gli elementi derivanti dal contratto, ma senza che sia rilevante la legge applicabile al contratto.

Sent. Cass 6640/2012 → si ispira al caso Car Trim. il contratto ha per oggetto la stampa di cataloghi su richiesta specifica del compratore. I beni dovevano essere consegnati in parte in Francia e in parte negli USA e venivano prodotti in Italia. Se si guardava al luogo di produzione dei beni, quindi alla prestazione di servizi, era competente l'Italia; se si guardava al luogo di consegna, quindi alla compravendita, era competente il giudice francese.

La Cassazione italiana, richiamando il precedente della CGUE, dice che si tratta di un contratto di **compravendita**. Il luogo di consegna era la Francia, quindi i giudici italiani non sono competenti.

In caso di **più consegne in luoghi diversi** → per concentrare tutte le domande davanti allo stesso giudice si deve guardare:

alla consegna principale

al collegamento più stretto con la fattispecie (quindi sempre la consegna principale)

Lettera C

ci sono dei casi in cui la lettera B **non è applicabile**:

- consegna da fare in uno Stato terzo. Le società possono anche essere entrambe in stati membri, ma si sono accordate per consegna dei beni in uno Stato terzo;
- quando in base al contratto non si riesce ad individuare il luogo di consegna/prestazione del servizio.

La lettera C dice quindi in questi casi di applicare la lettera A che vale per tutti i contratti.

Un ulteriore problema riguarda il contratto che ha ad oggetto un obbligo di **non fare** (es. obbligo di non concorrenza, o agire in esclusiva e quindi non è possibile violare l'esclusiva stessa).

Come fare per individuare il luogo di esecuzione? La Corte dice che **non è possibile applicare i criteri** quindi si applica quello generale dell'art 4. Questi sono criteri aggiuntivi, quindi non è catastrofico se in qualche caso non possono essere applicati, si può sempre applicare quello generale ex art 4.

Ciò vale non solo per la lettera B, ma anche per la lettera A, quindi se il luogo di esecuzione della prestazione non è in uno Stato membro non mi può condurre ad attribuire competenza ad un giudice di uno Stato membro. E l'attore potrà sempre citare il convenuto nel luogo in cui ha il domicilio, perché la prima verifica da fare è andare a vedere che il convenuto sia domiciliato in uno Stato membro, con questa premessa un foro c'è sempre.

Per la legge applicabile, è sempre necessario avere un criterio che porta ad applicare una legge. Per la giurisdizione non è un problema se si hanno più giudici competenti. Si parla di "forum shopping" mentre in altri casi viene connotato in maniera negativa, in realtà è un forum shopping lecito quando l'attore ha più criteri e può scegliere. L'attore esercita un suo diritto.

Responsabilità extracontrattuale art 7 n.2

Corrisponde al vecchio n.3 art 5: materia dell'illecito civile doloso/colposo.

Problema di qualificazione: *come si determina quando la fattispecie ha natura contrattuale o extracontrattuale?*

CGUE ha dato la definizione di materia contrattuale, definendo per esclusione quella extracontrattuale.

Materia contrattuale: la controversia verte su un rapporto dove c'è un impegno liberamente assunto dalle parti. Quando manca questo impegno materia extracontrattuale.

Un problema si è posto soprattutto per la **responsabilità precontrattuale**: nasce dall'interruzione delle trattative, quando si è creata una legittima aspettativa nella futura conclusione del contratto. Le trattative vengono interrotte e il contratto non si conclude.

Negli ordinamenti degli stati membri non c'è piena concordanza se considerarla contrattuale o extracontrattuale, rischiando, per la stessa fattispecie, che i giudici degli stati membri la vadano a considerare in modo diverso.

La CGUE ha detto che la responsabilità precontrattuale è **extracontrattuale** perché ancora non siamo arrivati all'impegno liberamente assunto dalle parti.

Art 7 n.2 La premessa è sempre la stessa: quando il convenuto è domiciliato in uno Stato membro lo si può citare anche davanti ad un altro Stato membro, "*in materia di illeciti civili dolosi o colposi, davanti all'autorità giurisdizionale del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire*".

Rileva il **luogo dell'evento dannoso**. L'evento dannoso è avvenuto o può avvenire. Possono essere proposte domande preventive, per prevenire l'eventuale comportamento dannoso, tengo conto del luogo dove potrebbe avvenire l'evento dannoso.

ES: casi di associazioni dei consumatori che hanno agito per far eliminare delle clausole vessatorie in contratti che certe multinazionali. Si è agito per la rimozione, quindi non per danni già causati, ma per quelli futuri che potevano derivare dall'applicazione di queste clausole. Si tratta di azioni inibitorie.

La norma ha dato luogo alla necessità di chiarimenti della CGUE, dato che questo argomento ha molta rilevanza pratica (es. sinistri stradali).

Questa non pone problemi quando tutto si verifica nello stesso Stato:

- sia il fatto generatore del danno,
- sia i danni subiti sono localizzati nello stesso Stato.

L'elemento di estraneità è dato da altro (es. domicilio o cittadinanza in altro Stato). Sono sempre competenti i giudici di quello Stato, dove tutto è localizzato.

I problemi si pongono quando il fatto generatore è localizzato nello Stato A, e i danni nello Stato B. il primo caso che si è posto davanti alla CGUE riguardava un'ipotesi di inquinamento del Reno da parte di un'industria in Francia; i danni li subivano delle aziende agricole in Olanda (=inquinamento transfrontaliero).

La norma dice: "*Luogo dell'evento dannoso*" cosa si intende per *evento dannoso? Il luogo dove si inquina o dove vi sono i danni alle coltivazioni?*

Si è posta la domanda alla CGUE (già fin dalla Convenzione di Bruxelles), la sentenza "Mines de potasse d'Alsace" (Miniere di potassio dell'Alsazia) è del 1976 la Corte ha risposto alla domanda, dicendo che in questi casi si segue il criterio della **ubiquità**, rilevando:

- sia il luogo dell'azione
- sia quello dell'evento

Ciò significa che c'è un'ulteriore possibilità di scelta per l'attore può scegliere o il luogo dell'azione (del comportamento inquinante) o il luogo dell'evento (dove si sono verificati i danni, il risvolto dannoso del comportamento). Gli attori erano i danneggiati agricoltori olandesi, quindi scelgono di adire i giudici olandesi.

Ma delle volte i danni possono essere **plurilocalizzati** (=localizzati in più Stati).

In base al principio di ubiquità posso andare davanti a tutti i giudici dove si sono verificati i danni?

Il primo caso che ha dato luogo a questo problema riguarda un caso di diffamazione a mezzo stampa (danni subiti negli stati in cui aveva tiratura un determinato giornale). La signora Sheryl sosteneva di essere stata danneggiata da un articolo pubblicato da un settimanale che aveva una certa diffusione in Europa. Essendo il settimanale diffuso in più Stati membri, la signora Sheryl voleva andare in Inghilterra, luogo dove poteva aspirare a somme maggiori per il calcolo del danno rispetto agli ordinamenti di civil law (dove non c'era il risarcimento per danni punitivi).

Sent. CGUE 1995 →la Corte conferma ciò che aveva detto nella precedente sentenza: la signora poteva andare davanti ai vari giudici dei luoghi dove aveva subito i danni, ma quando andava davanti al giudice del luogo

identificato dove si sono verificati i danni poteva chiedere solo i danni che si sono verificati in quello Stato. Davanti ai giudici inglesi poteva chiedere il risarcimento dei danni che aveva subito soltanto in Inghilterra, non quelli che aveva subito in altri Stati.

Se voleva chiedere la totalità dei danni davanti ad un unico giudice → giudice del luogo dell'editore o, se non coincide, del domicilio del convenuto.

Passano gli anni e le fattispecie diventano più complicate perché possono esserci problemi di violazione dei diritti della personalità: pubblicazione di dati personali, foto, contenuti dannosi nei miei confronti a mezzo Internet, quindi potenzialmente in tutto il mondo.

Posso andare quindi davanti ai giudici di qualsiasi Stato membro dove è accessibile quel sito?

Casi **E-date** e **Martinez** **CGUE 2011**: riguardano sia la violazione di diritti della personalità sia la pubblicazione di foto, e viene richiesto risarcimento del danno. La Corte li ha riuniti anche se riguardavano due casi diversi perché la questione era la stessa. Il foro del danno è da identificare col luogo in cui è collocato il **centro di interesse principale del danneggiato**. Se il danneggiato non sceglie a caso lo Stato, ma va nel luogo in cui ha il proprio centro principale di interessi (quindi il luogo in cui ha subito prevalentemente il danno alla propria immagine o ai diritti della propria personalità), potrà chiedere il risarcimento della **totalità** dei danni (sia quelli che ha subito lì, che altrove).

La Corte non resta legata a criterio del 1995 della diffamazione a mezzo stampa (se vai davanti al giudice del luogo dove hai subito il danno puoi chiedere soltanto i danni localizzati in quello Stato), ma crea un nuovo criterio per queste fattispecie specifiche: il danneggiato può chiedere i danni che ha subito in quel luogo ma anche altrove, richiesta che può fare sempre quando va davanti al giudice del luogo in cui è domiciliato il convenuto. Se il danneggiato va in qualunque altro Stato in cui è accessibile il sito, ma dove non ha il **centro principale dei suoi interessi** risarcimento dei danni che ha subito solo in quello Stato.

Tutto ciò è molto a favore del danneggiato perché gli permette di andare a casa sua a proporre la domanda.

Pur avendolo detto con riferimento al precedente regolamento del 2001, quando si è emanato il nuovo regolamento del 2012 non si è aggiunto

alcunché, non si è modificata la norma precedente. Il legislatore avrebbe potuto introdurre anche questo ulteriore criterio di giurisdizione per le fattispecie a mezzo internet. La formulazione è rimasta tale e quale, quindi si continua a far valere la giurisprudenza precedente.

I primi casi hanno riguardato persone fisiche, poi il problema si è spostato sui danni, sempre da gestione di contenuti a mezzo Internet, causati a **persone giuridiche**, il criterio del *centro principale dell'interesse viene applicato anche a loro?* **Caso CGUE 2017** è un caso di diffamazione a mezzo internet subito da una persona giuridica, la Corte ha applicato lo stesso criterio precedente, guardando però al luogo in cui si trova il centro principale dei suoi interessi e quindi dove si svolge la maggior parte dell'attività di quella società (potrebbe non coincidere con la sede statutaria).

Talvolta più che un danno all'immagine, può sussistere una **violazione del diritto d'autore** → caso del 2015 ha riguardato un'azione di immissione in rete di fotografie coperte dal diritto d'autore, quindi di utilizzo improprio di contenuto coperto dal copyright. La fattispecie si incrocia con criteri che operano per i diritti d'autore, coperti da altre normative dell'UE. Il criterio che di regola è utilizzato è quello della territorialità il diritto d'autore non è tutelato ovunque, ma dove è stata chiesta la protezione (es. dove ha registrato un certo marchio/brevetto), c'è un legame territoriale.

La CGUE ha detto che anche quando l'immissione delle foto avviene tramite internet, comunque è competente il giudice dove è accessibile il sito, ma solo per i danni cagionati in quell'ordinamento. È un onere aggiuntivo (che non c'è per i casi precedenti) per chi ha subito la violazione del diritto d'autore, perché deve andare nei vari Stati dove ha subito il danno e potrà ricevere il risarcimento da questi solo se lì ha diritto alla sua tutela.

Accanto allo schema che prevede un criterio di competenza generale e criteri di competenza speciali o aggiuntivi (ex art 7), ci sono altresì norme che in tutto o in parte derogano a questa impostazione. Ci sono cioè circostanze in cui o valgono altri criteri che quindi si sostituiscono integralmente a quelli anzidetti o semplicemente criteri che derogano agli stessi.

Art. 24 del regolamento 1215/2012: Circostanze in cui si dettano criteri "esclusivi".

Si tratta in tal caso di competenze esclusive nel senso che quando il contenzioso riguarda le materie indicate in detto articolo sono competenti solo ed esclusivamente i giudici indicati nella norma, cioè i giudici dello Stato che si ricava dal criterio stabilito dalla norma in questione. Questa norma vale poi indipendentemente dal luogo in cui sia domiciliato il convenuto. Cioè il presupposto che il convenuto sia domiciliato in uno Stato membro, che costituisce di base anche il presupposto per l'applicabilità dello stesso regolamento relativo alla giurisdizione, in questo caso diventa irrilevante perché si tratta di ipotesi in cui la fattispecie ha dei collegamenti particolarmente significativi con un determinato stato al punto da rendere irrilevante il luogo in cui è domiciliato il convenuto. Di conseguenza questo criterio potrebbe essere applicabile anche nei confronti di convenuti domiciliati in Stati terzi, perché è un altro il legame significativo che ci interessa. Dunque, l'impianto generale di questa norma è:

- rendere irrilevante la circostanza che il domicilio del convenuto sia situato in uno Stato membro;
- rendere esclusiva la competenza di quel giudice, per cui è esclusa qualsiasi ipotesi di competenza concorrente (come invece accade in base all'art 7 che consente di citare il convenuto anche in uno Stato diverso da quello in cui è domiciliato).

Questi criteri sono anche **inderogabili**. Si tratta dunque di un'ulteriore eccezione perché per tutti gli altri criteri le parti possono anche accordarsi per derogare e quindi attribuire la competenza ad un altro giudice. Inoltre, mentre in generale non vige un obbligo per il giudice di accertare la propria eventuale incompetenza, quando la controversia verte su una delle materie ex art 24 il giudice, ove si ritenga incompetente, deve **dichiarare d'ufficio la propria incompetenza**.

Ciò che giustifica questo diverso trattamento è che le materie indicate rendono particolarmente rilevante uno stretto legame con uno Stato, in modo tale da rendere del tutto irrilevanti altri collegamenti che la fattispecie potrebbe avere con altri Stati.

Emblematico è il **n 1 dell'art 24** che prende in considerazione controversie aventi ad oggetto diritti reali immobiliari e contratti di locazione di immobili → *“Per tali controversie, indipendentemente dal domicilio delle parti, hanno competenza esclusiva le autorità giurisdizionali del luogo in cui l'immobile è situato”*. (La premessa dell'art 24, che vale in generale per tutti questi criteri, è che è irrilevante il domicilio delle parti e che la competenza è esclusiva). In considerazione della materia su cui si discute, ad essere rilevante dunque è

il **luogo** in cui è **situato l'immobile**. Ciò si comprende anche alla luce del fatto che, attribuendo competenza ad un giudice diverso da quello del luogo in cui è situato l'immobile, verrebbe meno la garanzia di una effettività di quella decisione.

Tutti gli Stati membri sono d'accordo nel dire che è chiaro che il giudice più adatto a decidere sull'immobile è quello dove l'immobile è situato. È inoltre una competenza inderogabile, le parti quindi non possono accordarsi per attribuire la competenza ad un altro giudice.

Per i contratti di locazione di immobili invece è stata prevista un'eccezione. Si è infatti tenuto conto di circostanze molto particolari in cui il contratto di locazione sia stipulato per un periodo breve (non ecceda 6 mesi) e l'immobile sia situato in uno Stato, mentre il conduttore e il locatore siano entrambi domiciliati in un altro Stato.

Es: cittadini tedeschi che siano anche domiciliati in Germania, e che abbiano acquistato un immobile nel Chianti e che affittano quell'immobile a cittadini tedeschi domiciliati in Germania. Si dovesse avere un contenzioso tra locatore e conduttore, entrambi domiciliati in Germania, obbligarli a discutere la controversia in Italia è vista come una forzatura, quindi si è prevista un'eccezione.

Per questa ipotesi l'art 24 n 1 seconda parte dispone che: *"in materia di contratti di locazione di immobili ad uso privato temporaneo stipulati per un periodo massimo di 6 mesi consecutivi, hanno competenza anche le autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui il convenuto è domiciliato, purché il conduttore sia una persona fisica e il conduttore e il locatore siano domiciliati nel medesimo Stato membro."*

Si dice anche resta possibile andare dove è situato l'immobile, ma c'è una possibilità in più.

L'art 24 n 2 riguarda le controversie concernenti le società, dal punto di vista della loro vita (validità della costituzione, nullità, scioglimento della società/persone giuridiche, validità/invalidità delle delibere dei rispettivi organi). In questa ipotesi la norma stabilisce che sono competenti le autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui **la persona giuridica o la società ha sede**. Al fine di determinare tale sede l'autorità giurisdizionale applica le proprie norme di diritto internazionale privato, cioè le proprie norme di conflitto. Dunque, se un socio intende impugnare la validità di una delibera deve adire l'autorità giurisdizionale del luogo in cui la società ha sede.

La Corte di Giustizia ha chiarito che, per quanto concerne l'ipotesi di invalidità di delibere, tale norma si applica solo quando l'invalidità è l'oggetto principale della controversia.

Tale previsione si è resa necessaria perché quando la controversia riguardava una società come parte della controversia si era provato ad inserire tra le domande o le possibili eccezioni anche l'invalidità della delibera che era stata adottata a monte per, ad esempio, concludere un determinato contratto. L'obiettivo in tal caso era quello di trascinare, per effetto della domanda di invalidità della delibera, tutta la controversia davanti al giudice del luogo della sede della società.

Es: si sta discutendo di un contratto concluso tra la società X e Y, i soci della società X si rendono conto che per loro è vantaggioso poter trascinare la controversia nel luogo della sede della società X, quindi i soci tentano di tirar fuori come oggetto ulteriore di domanda della controversia l'invalidità della delibera. Infatti, si diceva che facendo valere l'invalidità della delibera, tutta la controversia doveva essere assorbita nella competenza del giudice della sede. La CGUE ha affermato che solo quando l'oggetto principale della controversia verte sulla contestazione della delibera, opererà l'art. 24.

La Corte di Giustizia ha infatti sottolineato che l'interpretazione dei criteri di cui all'art 24, proprio perché aventi carattere di eccezionalità, deve sempre essere restrittiva.

Ci sono altri esempi, che non andiamo a vedere, come per esempio: per marchi e brevetti, è competente il giudice del luogo di registrazione dei marchi e dei brevetti.

Ci sono poi criteri speciali previsti per certe materie che hanno come obiettivo comune la tutela delle parti deboli, cioè i lavoratori nei contratti di lavoro, i consumatori e i contraenti nel contratto di assicurazione.

Detti criteri, in primo luogo hanno la funzione di garantire la parte debole sotto un duplice profilo:

quando la parte debole è l'attore può citare il convenuto direttamente nel proprio domicilio (deroga al criterio generale). Si moltiplicano quindi le possibilità di scelta a suo favore.

quando è la parte debole ad essere convenuta, può essere convenuta solo nello Stato del proprio domicilio.

In secondo luogo, quale ulteriore garanzia, limitano la possibilità di derogare a questi criteri sulla base di un accordo delle parti che potrebbe privare così di tutela la parte debole. (Si vuole pertanto evitare che la parte forte imponga una clausola che deroghi a detti criteri).

Si tratta di criteri contenuti in specifiche sezioni quali la Sezione III (art 10 e ss. che riguarda la competenza in materie di assicurazioni), la Sezione IV (che riguarda la competenza in materia di contratti dei consumatori), la Sezione V (competenza in materia di contratti individuali di lavoro).

Per completare il quadro dei criteri dettati dal Regolamento, occorre anche considerare però che nel regolamento manca una norma generale che stabilisca la competenza nelle ipotesi in cui si avrebbe un **diniego di giustizia**, perché non si riesce a individuare un giudice competente. Questa circostanza viene normalmente ricondotta all'istituto del cd. "forum necessitatis" (foro di necessità). Cioè una sorta di norma residuale che consenta, ove per una determinata controversia non vi sia nessun altro giudice competente (in astratto in tutto il mondo), di agire in giudizio davanti al giudice stabilito che può essere un giudice nazionale, se a individuare lo stesso è una norma nazionale, o un giudice di uno Stato membro dell'unione se a individuarlo è un regolamento.

E ciò per evitare che si abbia come conseguenza un diniego di giustizia, cioè che l'attore non abbia altra possibilità per agire in giudizio. (Considerando che il diritto di agire in giudizio è un diritto tutelato dalla Costituzione italiana nonché dalla CEDU).

Benché il regolamento in esame non contenga una norma espressa sul *forum necessitatis*, sopperisce all'eventuale carenza di giurisdizione con quella norma che stabilisce che in certe circostanze tornano a poter operare i criteri di giurisdizione nazionali. Per cui quando il convenuto è domiciliato in uno Stato terzo, l'art 6 del regolamento stabilisce che si possono applicare i criteri di giurisdizione previsti dalle norme nazionali degli altri Stati membri. È dunque in questo modo che il regolamento scongiura le possibili ipotesi di diniego di giustizia. L'effetto però è che non è detto che in tutte le circostanze sia sempre possibile ravvisare un giudice competente. Ci sono alcuni ordinamenti nazionali ad esempio la Svizzera, la Francia, l'Inghilterra che conoscono questo istituto che consente di concedere la giurisdizione quando manca un giudice competente.

Alcuni ordinamenti lo prevedono con una norma, altri ci arrivano in via giurisprudenziale (Francia ed Inghilterra). Tuttavia, non tutti gli ordinamenti arrivano a questo risultato per cui non sempre (nella materia civile e commerciale) è garantito il forum necessitatis.

In altri regolamenti invece si è prevista espressamente una norma "forum necessitatis"; ciò è avvenuto nel Regolamento in materia di successioni, di alimenti e nei più recenti regolamenti che mostrano come impostazione e approccio di sostituirsi integralmente alle norme nazionali. Questa norma stabilisce che se non è competente nessun giudice, neppure di Stati terzi, allora il giudice di uno Stato membro può esercitare la giurisdizione, anche se non avrebbe competenza in base a quel regolamento, purché però vi sia almeno un qualche legame della fattispecie con quell'ordinamento. Invece quando si è adottato questo regolamento, si era discusso della possibilità di inserire il criterio del forum necessitatis, ma poi non si è arrivati ad inserirlo.

Come viene disciplinata la possibilità che l'accordo delle parti deroghi ai criteri stabiliti dal Regolamento.

In realtà il regolamento si occupa di ipotesi che tecnicamente non vengono definite di "deroga" ma di "proroga". Si tratta di ipotesi in cui le parti attribuiscono a un giudice una competenza che in realtà non avrebbe. Su un piano puramente terminologico si parla di "deroga" dal punto di vista del giudice che era competente perché di fatto gli viene sottratta la competenza che gli spettava; se invece si pone l'accento sul fatto che si attribuisce la competenza ad un giudice che non sarebbe stato competente si parla di "proroga".

Nel regolamento si disciplina la proroga di competenza, cioè l'attribuzione di competenza a un giudice di uno Stato membro che non sarebbe stato competente in base a quel regolamento.

Occorre innanzitutto distinguere tra due diverse ipotesi di proroga:

- Proroga tacita,
- Proroga convenzionale/espressa.

Proroga tacita: art 26

Il meccanismo pensato nel regolamento e che si accompagna alle regole che riguardano anche l'esame della competenza, prevede in generale di non imporre sempre al giudice di verificare la propria incompetenza; cioè quando viene adito un giudice che non sarebbe competente in virtù di nessun criterio stabilito dal regolamento, non è previsto che abbia l'obbligo di dichiarare d'ufficio la propria incompetenza, perché si è riversato l'onere di eccepire l'incompetenza sulla parte **convenuta**. È il convenuto che deve eccepire il difetto di giurisdizione,

quando è stato citato in giudizio davanti ad un giudice incompetente, e lo deve eccepire nel **primo atto difensivo**, in caso contrario si presume accettata la competenza del giudice adito. Detta regola opera indipendentemente dalla volontà reale del soggetto, anche se ad esempio è inconsapevole. Ove il convenuto non contesti l'incompetenza del giudice, il giudice acquisisce competenza per il solo fatto della costituzione in giudizio del convenuto senza l'eccezione di incompetenza. Ciò quindi può sia essere il frutto di una strategia processuale sia però essere la conseguenza di un'omissione inconsapevole.

L'art 26 stabilisce che *"oltre che nei casi in cui la sua competenza giurisdizionale risulti da altre disposizioni del presente regolamento, l'autorità giurisdizionale dello Stato membro davanti al quale è comparso il convenuto è competente. Tale norma non è applicabile se la comparizione avviene per eccepire l'incompetenza o se esiste un'altra autorità giurisdizionale esclusivamente competente ex art 24"*.

Tale norma dunque non trova applicazione ove il convenuto compaia ed eccepisca l'incompetenza e nel caso in cui un'altra autorità giurisdizionale è competente in via esclusiva ai sensi dell'art 24. In quest'ultimo caso anche se il convenuto non eccepisce l'incompetenza sarà comunque il **giudice** ad essere **obbligato** d'ufficio a dichiarare la propria incompetenza, ai sensi dell'art 27.

L'art 27 → l'autorità giurisdizionale di uno Stato membro se investita a titolo principale di una controversia per la quale l'art 24 stabilisce la competenza esclusiva di un'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro, dichiara d'ufficio la sua incompetenza.

Il giudice deve accertare d'ufficio la propria incompetenza anche quando il convenuto non si costituisce, ai sensi dell'art 28.

Si impone innanzitutto al giudice di verificare la corretta citazione in giudizio del convenuto e che quindi la contumacia sia volontaria; dopo aver appurato che il convenuto sia un contumace volontario e che quindi sia stato citato correttamente, l'autorità giurisdizionale se non è competente in base ai criteri previsti dal regolamento, deve dichiarare d'ufficio la propria incompetenza.

Tornando all'art 26, è importante sottolineare come sia nella convenzione di Bruxelles sia nel Regolamento del 2001 la norma non aggiungeva altro in merito alla proroga tacita; l'unica eccezione era costituita dalle ipotesi di competenze esclusive in cui non operava la proroga tacita e quindi non c'era l'onere di eccepire il difetto di giurisdizione. L'incongruenza che però veniva

rilevata consisteva nel fatto di tacere sui **fori di protezione**, cioè sulle competenze previste a tutela delle parti deboli.

Quando si è presentato il caso giusto si è sollevata questione pregiudiziale, in virtù del precedente Regolamento, alla CGUE, in una materia che riguardava un contratto di assicurazione, dove sostanzialmente il quesito era: *questa regola così rigida e negativa per il convenuto che rischia di accettare la competenza del giudice incompetente anche senza saperlo, vale anche per le parti deboli?*

Il problema che si pone a questo punto è quello di capire se effettivamente questa regola dell'accettazione tacita possa essere valida anche quando deroga ai criteri posti a tutela della parte debole.

La Corte di Giustizia, facendo riferimento al regolamento del 2001, aveva sostenuto che detta regola fosse valida anche nel caso in cui il convenuto fosse parte debole e avesse accettato tacitamente e involontariamente la competenza del giudice.

Nel nuovo regolamento del 2012 si è però prevista una cautela a tutela delle parti deboli, cioè l'**obbligo per il giudice di informare le parti deboli** delle conseguenze di un'eventuale mancata eccezione del difetto di giurisdizione. Si tratta di un meccanismo però previsto per le sole parti deboli.

Pertanto, quando il convenuto è parte debole (lavoratore, consumatore, contraente del contratto di assicurazione) l'autorità giurisdizionale prima di dichiararsi competente in base all'art 26 per effetto dell'accettazione tacita, si assicura che il convenuto sia informato del suo diritto di eccepire l'incompetenza dell'autorità giurisdizionale e delle conseguenze della comparizione o della mancata comparizione.

Se si volesse adottare una linea più garantista questo meccanismo dovrebbe essere previsto per tutti, invece è previsto solo per le parti deboli, ex art 26.2.

Si pensi ad esempio ad un caso, avvenuto in Italia, in cui il convenuto (era un agente, si trattava di un contratto di agenzia) contestava il tipo di rito con cui si era introdotta la domanda (sosteneva che si dovesse seguire il rito del lavoro e non il rito ordinario) ma non contestava la giurisdizione e quindi la Corte di Cassazione, applicando il Regolamento 44/2001 e quindi la regola rigida senza temperamenti, aveva ritenuto accettata la competenza giurisdizionale del giudice italiano.

In un altro caso il convenuto eccepiva solo l'incompetenza territoriale e non

quella giurisdizionale che quindi veniva considerata tacitamente accettata. Quindi un difetto di eccezione relativo alla competenza giurisdizionale che ha dato luogo all'acquisizione di competenza del giudice italiano, anche se andando a vedere i criteri in realtà non sarebbe stato competente.

Proroga convenzionale o espressa: art 25

La proroga convenzionale è un accordo esplicito delle parti con cui decidono di attribuire la competenza a un giudice di uno Stato membro che altrimenti non sarebbe competente in virtù dei criteri previsti dal Regolamento.

Questa norma introduce fin da subito una novità rispetto alla disciplina precedente. Infatti, in precedenza per attribuire competenza attraverso un accordo delle parti ad un giudice di uno Stato membro, si richiedeva come presupposto che almeno una delle due parti fosse domiciliata in uno Stato membro (non per forza in quello del giudice cui si voleva attribuire la competenza).

Questo limite ora è venuto meno e dunque anche due parti domiciliate in Stati terzi possono usufruire dell'applicazione di questa norma e attribuire la competenza a un giudice di uno Stato membro rientrando di conseguenza nell'ambito di applicazione di questo regolamento.

ES: due società, una statunitense e una cinese, possono aver concluso un accordo per attribuire competenza ad un giudice di uno Stato membro, con conseguente applicazione del Regolamento.

Art 25 → *Qualora le parti, indipendentemente dal loro domicilio, abbiano convenuto la competenza di un'autorità o di autorità giurisdizionali di uno Stato membro a conoscere delle controversie, presenti o future, nate da un determinato rapporto giuridico, la competenza spetta a questa autorità giurisdizionale o alle autorità giurisdizionali di questo Stato membro, salvo che l'accordo sia nullo dal punto di vista della validità sostanziale secondo la legge di tale Stato membro.*

Quindi le parti avranno concluso un accordo per devolvere la competenza a un giudice, sarà quindi il giudice designato come competente a verificare le condizioni di **validità sostanziale** (dal momento che i requisiti di forma li detta il regolamento) di quell'accordo secondo le proprie norme di conflitto.

Il regolamento stabilisce altresì che, a meno che le parti non dispongano diversamente, quella competenza è esclusiva.

Inoltre, non è richiesto alcun tipo di collegamento tra il rapporto giuridico e il giudice scelto. Il criterio potrebbe semplicemente essere che un ordinamento dà più affidamento alle parti.

Il regolamento, all'art 25, stabilisce anche i requisiti di forma dell'accordo ai fini della validità dello stesso. Affinché l'accordo sia valido deve essere:

Letta) concluso o provato per iscritto → generalmente quando si tratta di contratti internazionali la prassi è quella di inserire nel contratto una clausola ad hoc per la designazione del giudice competente (si può o indicare in modo generico l'autorità giurisdizionale di un certo Stato competente o indicare anche la competenza territoriale).

Le lett.b) e c) riguardano altre possibili forme che sono seguite nel commercio internazionale e allargano quindi le possibilità di conclusioni di accordo o di proroga guardando in particolare agli usi del commercio internazionale.

Letta) in una forma ammessa dalle pratiche che le parti hanno stabilito tra di loro → ad esempio rapporti commerciali ricorrenti tra due soggetti che hanno una pratica ricorrente (ordine-conferma d'ordine): l'accordo concluso con queste modalità corrisponde a un requisito di forma ammissibile;

lett c) nel commercio internazionale, in una forma ammessa da un uso che le parti conoscevano o avrebbero dovuto conoscere e che, in tale ambito, è ampiamente conosciuto e regolarmente rispettato dalle parti di contratti dello stesso tipo nel settore commerciale considerato.

Nella pratica si pensa a quei casi in cui sia uno dei due contraenti a inserire la clausola di designazione del foro, facendola accettare alla controparte. Si pensi ai contratti conclusi con dei moduli, dei formulari, in cui siano già prestampate tutte le condizioni, tra cui anche la clausola che riguarda il foro competente.

La Corte di giustizia ha chiarito che ciò che conta è che ci sia una **qualche forma di accettazione**. Ad esempio, se anche dovesse mancare la sottoscrizione, ma si è comunque dato corso all'ordine allora è come se si fossero accettate anche tutte le condizioni previste. Quindi condizioni generali stampate per esempio sul retro di una richiesta/conferma d'ordine che magari sono richiamate in un contratto che di base viene stipulato dalle parti sono come se fossero state accettate.

Ciò che invece non vale (e c'è già casistica anche italiana) è quando la clausola di scelta del foro è inserita nell'ultimo documento del rapporto commerciale (es. una clausola inserita nella fattura). Nei casi in cui non si può dire che la controparte abbia accettato il contenuto di quel documento non esiste l'accordo di proroga.

Questi requisiti di forma non solo sono dettati in maniera uniforme in tutti gli Stati membri, ma sono anche gli unici che possono essere richiesti nell'ambito di applicazione di questo regolamento (nel senso che non possono essere richiesti requisiti di forma ulteriori a quelli previsti dal regolamento come, ad esempio, in Italia troviamo le norme che riguardano la conclusione di contratti mediante moduli o formulari o condizioni generali ex. 1341-1342 cc, che pongono l'esigenza della specifica approvazione per iscritto; non si potrebbe pensare di richiedere una specifica approvazione per iscritto quando siamo nell'ambito del regolamento).

Dei limiti a questa possibilità di attribuire competenza a giudici che non sarebbero competenti, sono posti a tutela delle parti deboli. Ci sono quindi per le 3 categorie di lavoratori, consumatori, contraenti in un contratto di assicurazione, norme specifiche che limitano la possibilità di accordi convenzionali derogatori ai criteri di competenza stabiliti → Art. 15 per l'assicurazione, art. 19 per i consumatori e art. 23 per i contratti di lavoro.

Contratti dei consumatori: Sezione IV

Il regolamento all'art 19 prevede dei criteri specifici per i contratti conclusi dai consumatori. Detto articolo enumera le sole condizioni in cui è possibile tener conto di un accordo che deroga ai criteri posti.

Art 19: *"le disposizioni della presente sezione possono essere derogate solo da una convenzione posteriore al sorgere della controversia"* questa è la garanzia principale, per cui tutti gli eventuali accordi conclusi prima del sorgere della controversia non si tengono in considerazione, ma si dà rilievo solo a quelli conclusi a controversia già sorta.

"che consenta al consumatore la possibilità di adire un'autorità giurisdizionale diversa da quelle indicate nella presente sezione" cioè è possibile attribuire rilevanza a una clausola stipulata prima del sorgere della controversia ma solo se attribuisce al consumatore la possibilità di adire un giudice diverso.

"che stipulata dal consumatore o la controparte aventi entrambi il domicilio o la residenza abituale nel medesimo Stato membro al momento della conclusione del contratto, conferisca la competenza alle autorità giurisdizionali di tale Stato membro, sempre che la legge di quest'ultimo non vieti siffatte convenzioni".

È considerata condizione di tutela il fatto che l'accordo possa essere tenuto in considerazione solo se concluso a controversia già sorta, perché si presume

che in tal caso la parte debole sia assistita (dal legale, dall'associazione di consumatori, dai sindacati).

Importante è una **sentenza della Cassazione**, n. 7444/2008, (soggetta ancora al precedente Regolamento del 2001) in cui l'attore italiano (il sig. Emiliano Gaudiosi, quindi persona fisica) cita davanti ai giudici italiani la società spagnola European City Guides, una società che si occupa della pubblicazione di guide con contenuti di carattere commerciale. L'attore aveva uno studio odontoiatrico e aveva concordato e contrattato con detta società l'inserzione del suo studio all'interno di questa guida. La controversia giunge davanti alla Corte di Cassazione che si occupa della questione di giurisdizione perché la società spagnola eccepisce il difetto di giurisdizione asserendo l'incompetenza del giudice italiano.

La società convenuta, avendo la propria sede in Spagna, sostiene che in virtù della regola generale per cui il convenuto deve essere citato nel suo domicilio, avrebbe dovuto essere citata davanti ai giudici spagnoli; aggiungendo poi che nel contratto concluso per l'inserzione dell'offerta commerciale nella guida era presente anche una clausola di proroga di competenza giurisdizionale a favore dei giudici spagnoli. Oltre quindi alla regola generale, a sostegno delle pretese della società spagnola figurava anche un accordo di proroga in cui appunto si indicava che le eventuali controversie sarebbero state di competenza dei giudici spagnoli. Il tutto avvenuto attraverso un modulo che la società spagnola predisponessa per tutti gli inserzionisti, quale foro competente, il giudice spagnolo.

Dunque, controversa era, innanzitutto, la validità dell'accordo di proroga dal punto di vista del consenso dato a quella clausola di giurisdizione. La Corte di Cassazione tuttavia appura, nel caso in esame, l'accettazione ai fini della quale è sufficiente infatti la sottoscrizione come prevedeva l'art 23, oggi l'art 25. La Corte di Cassazione, richiamando una sentenza della Corte di Giustizia, sottolinea peraltro che erano stati rispettati i requisiti di forma dell'accordo (essendo richiesti solo e soltanto quelli previsti dal regolamento).

Un'altra questione era sorta in merito alle pretese dell'attore di essere considerato consumatore. Il sig. Emiliano Gaudiosi infatti sosteneva che, in quanto consumatore, quell'accordo non avrebbe potuto essere tenuto in considerazione perché stipulato anteriormente alla controversia.

La Cassazione, richiamando la nozione di consumatore elaborata in modo

uniforme dalla Corte di Giustizia secondo cui “Consumatore è colui che conclude il contratto al di fuori dell’esercizio della propria professione con un soggetto professionista”, ritiene non applicabili i criteri previsti per il consumatore dal momento che il caso in esame vede coinvolto un soggetto, titolare di uno studio odontoiatrico che chiede l’inserzione pubblicitaria nell’esercizio della sua professione e che quindi non può essere considerato consumatore. Dunque, in conclusione la Corte di Cassazione, alla luce di ciò, dichiara di non essere competente dal momento che la **competenza spettava ai giudici spagnoli in virtù dell’accordo di proroga.**

Emblematico è anche un caso posto davanti alla Corte di Giustizia, il **caso Gruber del 2005**. Si tratta di un soggetto che aveva acquistato delle tegole che servivano per rivestire in parte il tetto della sua azienda agricola e in parte quello della sua abitazione. Il giudice, che doveva stabilire quali criteri applicare, se quelli a tutela del consumatore o meno fa rinvio alla Corte di Giustizia la quale stabilisce che in tal caso prevale l’uso che ne faceva come professionista (per cui non può essere considerato consumatore).

Questione della proroga ex L. 218/1995 → si tratta di norme che si applicano quando non siamo nell’ambito di applicazione del regolamento.

I criteri di giurisdizione sono posti dall’art 3, mentre l’art 4 disciplina l’accettazione e la deroga della giurisdizione. Nell’ottica del giudice italiano la norma stabilisce i casi in cui si può accettare la competenza del giudice quando non ce l’avrebbe, e quando invece possiamo derogare alla competenza del giudice italiano, che invece sarebbe competente.

Art 4 comma 1: *“nei casi in cui non c’è giurisdizione del giudice italiano in base all’art 3, essa sussiste se le parti l’abbiano convenzionalmente accettata e tale accettazione sia provata per iscritto* → in tal caso è quindi richiesta la forma scritta ad probationem, è sufficiente la possibilità di provare l’accordo. Si tratta di un’ipotesi di proroga espressa, *oppure il convenuto compare nel processo senza eccepire il difetto di giurisdizione nel primo atto difensivo* → anche in questo caso vale la regola per cui se il convenuto compare e non eccepisce il difetto di giurisdizione nel primo atto difensivo accetta la competenza giurisdizionale del giudice italiano (ipotesi di proroga tacita).

Art 4 comma 2: *“la giurisdizione italiana può essere convenzionalmente derogata a favore di un giudice straniero o di un arbitro estero se la deroga è provata per iscritto e la causa verte su diritti disponibili”.* → il

secondo comma riguarda quindi l'ipotesi di deroga a favore di un giudice straniero o di un arbitro estero purché la deroga sia provata per iscritto e la causa verta su diritti disponibili.

Art 4 comma 3: *"la deroga è inefficace se i giudici o gli arbitri declinano la giurisdizione o non possono conoscere della causa"* → si tratta di una norma che può essere letta come criterio per evitare il diniego di giustizia perché si afferma che *in tal caso torna a poter essere competente il giudice italiano.*

Quando è stata adottata questa norma è stata sollevata questione di costituzionalità perché il fatto che si potesse derogare alla competenza del giudice italiano con la **sola prova scritta dell'accordo** era stato considerato incostituzionale. La questione di incostituzionalità si basava infatti sulla disuguaglianza di trattamento di detta ipotesi rispetto alla condizione che si pone quando si deve spostare la competenza territoriale, perché in quest'ultimo caso si richiede, per i contratti conclusi con moduli o formulari la **specificata approvazione per iscritto**. Con ordinanza n. 428/2000 la Corte Costituzionale ha dichiarato infondata la questione di costituzionalità asserendo che trattandosi di situazioni diverse queste non potevano essere equiparate e quindi non c'era violazione del principio di uguaglianza. Per cui quando si parla di proroga o deroga di giurisdizione è solo l'art 4 che rileva, le art 1341-1342 cc riguardano solo lo spostamento di competenza territoriale.

Rimanendo sul Regolamento 1215/2012 ci occupiamo della situazione della **litispendenza** che è analoga al concetto italiano di procedura civile, cioè pendenza contemporanea di due procedimenti aventi medesimo oggetto tra le stesse parti. La litispendenza internazionale è quando la controversia è pendente davanti a giudici di Stati diversi.

Era materia disciplinata dalle Convenzioni di giurisdizione precedenti al Regolamento.

Il Regolamento disciplina uniformemente:

1. Sia l'ipotesi di litispendenza (contemporanea pendenza della stessa controversia) tra due giudici di Stati membri,
2. sia (novità) l'ipotesi di litispendenza fra Stato membro e Stato terzo.

Litispendenza fra due autorità giurisdizionali di Stati membri diversi

Idea è di non fare proseguire due giudizi davanti a giudici di Stati membri diversi su una stessa controversia, per 2 ragioni:

1. economia dei giudizi vista nell'ottica dell'UE: evitare che ci sia uno spreco di attività giurisdizionale quando di una stessa controversia se ne stanno occupando due giudici.
2. evitare che si arrivi a decisioni contrastanti fra loro portando avanti entrambi i giudizi. Questo non è spiacevole per l'esito in sé, ma per la circolazione dei provvedimenti, cioè le sentenze emanate in uno Stato membro circolano negli altri Stati membri e si crea un problema e un limite alla circolazione quando due sentenze hanno contenuti discordanti.
 - Esempio: giudice italiano e giudice francese arrivano a soluzioni opposte tra loro.

Idea è di fare proseguire un solo giudizio, tendenzialmente prosegue quello che è iniziato prima, chi è stato più virtuoso nell'attivarsi e ha iniziato il procedimento per primo.

Diventa importante capire secondo quali regole e come stabilire il momento esatto in cui l'attore ha agito perché su questo si fonderà la decisione di chi può proseguire.

Art 32 del Regolamento è norma uniforme per stabilire il momento esatto in cui si può dire adita l'autorità giurisdizionale, perché se si dovessero applicare le norme processuali nazionali ci potrebbero essere difficoltà.

L'art. 32 vale solo per determinare la litispendenza (non cambia la norma processuale interna che definisce il momento in cui si può dire adito il giudice).

Il momento rilevante è determinato distinguendo tra:

1. Quando si deve depositare l'atto davanti al giudice: il primo momento rilevante è il **deposito** della domanda davanti al giudice quale primo impulso di parte.
2. Quando invece si chiede all'attore, prima di instaurare il giudizio davanti al giudice, di notificare l'atto di citazione alla controparte (come nel caso del procedimento ordinario civile italiano): non è il momento in

cui è notificata alla controparte, perché la norma uniforme è stata posta con l'ottica di porre sullo stesso piano le parti, rendendo irrilevante qual è la procedura davanti uno Stato o un altro, (prendere il momento rilevante della notifica, potrebbero intercorrere giorni o settimana da quando l'attore ha preso impulso per attivarsi per il deposito della notifica davanti all'ufficiale competente fino alla notifica, e se dovesse aspettare il momento della notifica sarebbe svantaggiato rispetto a un cittadino di altro Stato in cui il procedimento inizia già dalla notifica dell'atto davanti al giudice). Per questo il momento rilevante è quando attore si **attiva chiedendo all'autorità competente la notifica** dell'atto di citazione che è depositato per la notifica.

In entrambi i casi si prende il primo momento in cui l'attore si attiva: è stabilita l'equità indipendentemente dal modo di attivazione del procedimento. Poi devono essere poste in essere tutte le procedure successive. Si vuole evitare che uno, una volta chiesta la notifica si è messo tranquillo sulla litispendenza e poi si disinteressa del procedimento, la parte invece deve procedere con gli atti necessari per instaurare la causa. Esempio nel nostro ordinamento iscrizione al ruolo.

Art. 29 del Regolamento: dà definizione di litispendenza su cui occorre fare riferimento al chiarimento dato dalla Corte di giustizia.

C'è definizione di litispendenza: controversia portata davanti a due giudici di Stati membri diversi aventi medesimo oggetto, medesimo titolo tra medesime parti.

- Se si interpretasse questa definizione in termini rigorosi, si avrebbe litispendenza quando coincidono l'oggetto della domanda/ petitum e il titolo /causa petendi, quindi stesse parti e stessa domanda. Ma perché si abbia questa situazione è necessario che lo stesso attore formuli contemporaneamente la stessa domanda davanti a giudici di Stati membri diversi tra le stesse parti, ma non succede mai perché lo stesso oggetto della domanda dovrebbe dire la stessa domanda.
 - Esempio: non mi hai pagato il prezzo della compravendita e io vado in Francia e in Italia a proporre la stessa domanda.

- Spesso succede che tra le stesse parti, davanti a giudici di Stati membri diversi, siano una volta una ad agire davanti a un giudice e davanti all'altro giudice sia l'altra parte ad agire, chiedendo domande contrapposte che si fondono sullo stesso titolo. FO
EO Quindi spesso succede che nella litispendenza troviamo le parti contrapposte, convenuto e attore, che chiedono domande opposte. Per questo si può arrivare a sentenze che arrivino a soluzioni contrapposte. Se si interpretasse alla lettera "oggetto" quale domanda/petitum, questi casi appena detti non sarebbero litispendenza (invece, vedi Corte di giustizia caso Gubish)
 - Esempio: domande contrapposte tra le stesse parti che riguardano lo stesso contratto ma che chiedono cose opposte,
 - oppure davanti a un giudice l'attore agisce per chiedere risarcimento del danno per un illecito e siccome in precedente se ne era discusso in via stragiudiziale, l'altro si attiva per chiedere domanda di accertamento in negativo, cioè l'attore diventa la parte che nega la propria responsabilità e ne chiede l'accertamento.

CORTE DI GIUSTIZIA - CASO GUBISH VS. PALUMBO, 1987

Società tedesca con sede in Germania conclude contratto di compravendita con il signor Palumbo residente a Roma.

Davanti a due giudici di Stati membri diversi:

1. Società tedesca cita in giudizio il signor Palumbo chiedendo l'adempimento del contratto: azione promossa dalla società tedesca in Germania. FO
EO La causa petendi è il contratto di compravendita.
2. Signor Palumbo agisce davanti al tribunale di Roma per fare dichiarare che il contratto è inefficace perché non si è mai perfezionato, perché una volta inviata la sua proposta d'ordine l'aveva poi ritirata prima che giungesse a controparte: questa sua manifestazione di volontà comportava che non si fosse mai concluso il contratto. Lui sostiene l'inefficacia del contratto o in subordine che venga annullato per vizio della volontà. Sulla base della stessa causa petendi sostiene che il contratto sia inefficace o annullato.

Si può dire che c'è litispendenza?

Corte di giustizia ha dato una lettura che tutt'ora viene seguita che si fonda sulla *ratio* del perché in questo Regolamento viene disciplinata la litispendenza, cioè per evitare che si possa arrivare a sentenze contrastanti.

F0
E0 In un caso come questo è possibile che si arrivi a sentenze contrastanti anche se l'oggetto non è lo stesso.

- Esempio: il giudice tedesco potrebbe dire che il contratto è valido e condannare all'adempimento, e il giudice italiano potrebbe dire che il contratto è inefficace.

Corte di giustizia ha dato un'interpretazione ampia ed estensiva di "medesimo oggetto" con un artificio: quello che in realtà costituisce oggetto delle due controversie, in entrambi i casi, **è la forza obbligatoria del contratto**. In un caso perché viene negata, e nell'altro viene implicitamente affermata per chiederne l'adempimento. Quindi quando c'è una domanda volta all'esecuzione di un contratto è da intenderla come volta a rendere efficace il contratto e quindi è la stessa cosa di cui si discute quando la contrapposta domanda è di dichiarazione di inefficacia del contratto: in entrambi i casi si deve accertare se il contratto è efficace o no **F0**
E0 vista così, secondo la Corte c'è litispendenza e prosegue il giudice tedesco perché si è mosso prima.

Poi la Corte ha detto la stessa cosa in altra sentenza dove si aveva il caso della domanda di responsabilità per fatto illecito, per ottenere il pagamento di danni, e la contrapposta domanda davanti ad altro giudice di accertamento di assenza di responsabilità: secondo la Corte c'è litispendenza.

Quindi succede che nel corso di una controversia ancora stragiudiziale, dove si mandano le lettere tra avvocati per denunciare i comportamenti lesivi e che quindi probabilmente si agirà per ottenere il risarcimento del danno, l'avvocato più scaltro può fare subito domanda per ottenere l'accertamento da parte del giudice che non c'è responsabilità e non deve pagare nessun danno.

Perché è possibile che le due domande siano proposte davanti a giudici diversi? Perché Palumbo ha potuto fare domanda in Italia e Gubish in Germania?

Perché uno può chiedere accertamento della responsabilità a un giudice e un altro ad altro giudice può chiedere l'accertamento del difetto di responsabilità.

Il Regolamento, tranne casi eccezionali, in molte circostanze non prevede un altro giudice competente. Abbiamo visto situazioni in cui ci possono essere più giudici di Stati Membri competenti per la stessa questione:

- per la materia contrattuale ex **art 7 n.1** che aggiunge criteri rispetto a quello del domicilio del convenuto
- per l'illecito **l'art 7 n.2** aggiunge criteri rispetto al domicilio del convenuto.

Quindi in tutti i casi in cui possono essere competenti giudici di Stati membri diversi in base al Regolamento, si moltiplicano le ipotesi di litispendenza, in cui le parti si attivano per portare a casa propria il giudizio. Poi ci può essere il caso di domanda proposta davanti a giudice incompetente.

Come si fa a fare in modo che prosegua solo un giudizio?

Art 29 c.1 il giudice adito per secondo sospende il giudizio in attesa che l'altro giudice dichiari la propria competenza. Quindi si tiene conto dell'ipotesi in cui può darsi che il giudice adito per primo si dichiari competente. È importante saperlo perché

1. se il primo giudice si dichiara competente, la norma prosegue dicendo che il secondo giudice estingue il processo e continua solo davanti al primo giudice.
2. Ma se il primo giudice si dichiara incompetente, il giudizio può proseguire davanti al secondo giudice, salvo incompetenza. La regola è che il giudizio prosegue davanti al primo giudice, sempre che sia competente. Il secondo giudice sospende (nessuna attività processuale prosegue) finché non ci sia decisione sulla competenza, e o si estingue o prosegue se il primo giudice si è dichiarato competente.

Nel precedente Regolamento, questa regola valeva sempre, quindi anche quando le parti avevano designato un foro competente. La designazione fa aggiungere le ipotesi di giudice competente, cioè sia in virtù del criterio del Regolamento, sia in virtù delle parti che hanno designato un ulteriore giudice. Nel precedente Regolamento la regola sulla litispendenza era uguale anche quando c'era un accordo di proroga di competenza: succedeva che la parte più furba e veloce poteva promuovere per prima l'azione davanti a giudice diverso da quello oggetto di proroga, poi l'altra parte faceva domanda davanti al

giudice oggetto di proroga, che diventava il secondo giudice e valeva la regola che il secondo giudice doveva aspettare che il primo dichiarasse la propria incompetenza. Chi si muoveva prima in modo fraudolento, magari non otteneva di svolgere tutto il processo davanti al primo giudice adito, ma otteneva sicuramente un rallentamento dei tempi, perché proponeva domanda davanti al giudice che sicuramente si dovrà dichiarare incompetente, ma nel frattempo aveva iniziato un procedimento, poi doveva aspettare che il giudice si pronunciasse. Questa prassi era solita avere come primo giudizio in Italia perché i procedimenti sono lunghi.

Art 31 c 2-3: per risolvere il problema si è prevista una eccezione alla regola per cui è sempre il primo giudice a dover accertare la propria incompetenza e sempre il secondo giudice a sospendere: l'eccezione è **quando la competenza è stata affidata dalle parti con accordo di proroga a un giudice**, si dà sempre priorità per l'accertamento della propria competenza al giudice prorogato dalle parti, indipendentemente dal fatto che sia il primo o il secondo ad essere stato adito. Deve essere sempre l'altra autorità giurisdizionale a sospendere in attesa che quella prorogata accerti se è competente o no, ci sono requisiti formali e condizioni di validità sostanziale che deve verificare l'autorità prorogata, quindi non è sempre detto che la proroga attribuisca competenza al giudice. Ma le verifiche le deve fare sempre il giudice prorogato e l'altro giudice sospende anche se è stato adito per primo.

Art 29 dice "fatto salvo l'articolo 31 c. 2": dice subito che c'è l'eccezione alla regola generale che è sempre il secondo giudice a sospendere e il primo giudice a verificare la sua competenza.

Norma che noi non esaminiamo: novità del Regolamento dà regole uniformi sulla litispendenza nella ipotesi in cui la litispendenza sia tra uno Stato membro e uno Stato terzo. È importante sapere che esiste perché prima, la litispendenza tra giudice italiano e uno Stato terzo era sempre disciplinata dalla L 218, ora che questo Regolamento estende la portata anche alla litispendenza tra giudice di Stato membro e Stato terzo, ha eroso l'art 7 L. 218 perché, se la materia è coperta dal Regolamento, bisogna applicare la sua norma uniforme (e non la norma nazionale), che può dire cosa fare solo al giudice degli Stati membri.

Noi vediamo solo le differenze tra il Regolamento e la L 218.

Art 7 L 218 dice che quando nel corso del giudizio sia eccepita la previa pendenza (all'estero il giudizio inizia prima) dalle stesse parti, di domanda avente medesimo oggetto e medesimo titolo, innanzi a giudice straniero, il giudice italiano, se ritiene che il provvedimento straniero possa produrre effetti per l'ordinamento italiano, sospende il giudizio. Se il giudice straniero si dichiara incompetente, o se il provvedimento straniero non è riconosciuto dall'ordinamento italiano, il giudizio in Italia prosegue previa riassunzione ad istanza della parte interessata.

L 218 è nell'ottica del giudice italiano e tiene conto unicamente del caso in cui sia stato adito il giudice straniero per primo. **Unica litispendenza che rileva è la previa pendenza davanti a giudice straniero.**

- Se è stato adito per primo il giudice italiano, basta verificare e si prosegue il giudizio.

Una possibile politica legislativa potrebbe essere di dire di non tenere mai conto di un giudizio iniziato all'estero e ignorarne la sentenza.

L 218 ha deciso di tener conto della sentenza straniera, ma con dei limiti: si chiede che siano stesse parti, stessa domanda e stesso titolo.

La nozione di litispendenza non è la stessa della Corte di giustizia (che interpreta norme dell'UE), ma vi è influenza perché alcuni giudici italiani, applicando la norma italiana hanno fatto riferimento alla nozione della Corte di giustizia.

Prima differenza: viene chiesto al giudice di fare una valutazione (che non c'è per i giudici degli Stati membri):

- se la sentenza che emetterà il giudice straniero adito per primo ha la possibilità di essere riconosciuta nel nostro ordinamento: idea è che se diamo rilevanza alla litispendenza estera e interrompiamo il giudizio italiano e proseguirà quello straniero, andrà bene se quella sentenza può avere effetti in Italia, avendo anche una buona economia di giudizio.

- Se la sentenza non potrà essere riconosciuta, si rischia che non ci sia pronuncia in Italia, cioè il diniego di giustizia: attore che ha formulato la domanda non vede riconosciuto un suo diritto. La norma vuole evitare questo.

La norma dice che si deve fare una **prognosi di riconoscibilità**: il giudizio è pendente all'estero e il giudice deve ricavare dagli elementi noti se la sentenza può o no produrre effetti. Se si ritiene che può produrre effetti si sospende il giudizio. Poi verrà emanata la sentenza e vedremo se quegli effetti li può produrre. Se la sentenza non può produrre effetti, si può riattivare il giudizio. Stessa cosa se il giudice straniero si dichiara incompetente che può riattivare il giudizio che era stato sospeso in Italia.

Seconda differenza più apparente: la norma dice "quando nel corso del giudizio sia eccepita la previa pendenza":

1. sembra volerci l'onere della parte di dichiarare l'eccezione, che avrebbe conseguenze procedurali anche in termini di decadenze, sembra dunque che il giudice d'ufficio non potrebbe dichiarare la litispendenza.
2. Altra lettura: **Corte di Cassazione a sezioni unite 2012**: occorre che una parte allegghi la previa pendenza, ma il giudice può rilevare d'ufficio la litispendenza se dalle allegazioni delle parti risulta la previa pendenza. Tecnicamente non è una questione rimessa alla eccezione di parte.

La verifica della riconoscibilità della sentenza non si richiede tra Stati membri perché tra gli Stati membri, in base al Regolamento, c'è la **presunzione di riconoscibilità delle presunzioni** e si è voluto evitare che il giudice dovesse fare anche questa verifica, perché si presume che poi la sentenza rimessa dal giudice adito per primo possa poi circolare in tutti gli altri Stati. Lo vedremo.

Criteri principali sulla giurisdizione ex art 3 ss. l. 218

Sono l'equivalente dei criteri del Regolamento, quello generale del domicilio del convenuto e quello speciale per le varie materie.

Legislatore italiano ci può dire **solo quando il giudice italiano è competente e può esercitare la propria giurisdizione in materia civile**. Non può dire che in certi casi è competente altro giudice.

Art 3 c1 stabilisce i criteri generali che valgono qualunque sia la materia oggetto del giudizio. Il giudice italiano è competente se:

1. Convenuto è domiciliato o residente in Italia: si può sempre citare davanti a giudice italiano, un soggetto anche straniero se è domiciliato o residente in Italia.
2. Convenuto ha un rappresentante legale autorizzato a stare in giudizio **ex 77 cpc** che è autorizzato a stare in giudizio per conto del soggetto che voglio citare in giudizio.
3. Altri casi previsti dalla legge: possono essere **criteri di giurisdizione speciali aggiuntivi previsti ex L 218** nella parte dove disciplina materia per materia le questioni di diritto internazionale privato in questo caso ho altri criteri che possono moltiplicare la possibilità di agire davanti a giudice italiano.
 - Esempio: materia di filiazione (non coperta da regolamenti UE) norma sulla giurisdizione **art 37** dice che basta che uno dei genitori o il figlio abbia cittadinanza italiana oppure risieda in Italia, per poter proporre domanda davanti a giudice italiano. Si tratta dell'attore quale genitore o figlio, (se è il convenuto ce lo dice l'art. 3). Esempio azione di accertamento della filiazione naturale promossa dal figlio o aspirante erede.

Quando la norma è inserita nella L 218 parla di domicilio o residenza va interpretata secondo la lex fori (ordinamento italiano) perché è una norma italiana che quando parla di residenza e domicilio si richiama a nozione ex cc.

Art 3 c. 2 aggiunge dei **criteri di giurisdizione speciali**. Oggi è una complicazione!

Nel 1995 avevamo in vigore la **Convenzione di Bruxelles 1968** per stabilire i criteri giurisdizionali e di efficacia delle sentenze e il legislatore ha

richiamato come applicabili i criteri di giurisdizione speciali previsti nella convenzione rendendoli applicabili anche quando il convenuto non è domiciliato in Stato parte della Convenzione. Cioè i principali criteri speciali della Convenzione (esempio art. 7 materia contrattuale e extracontrattuale, il presupposto è sempre il domicilio) sono applicati, anche ai convenuti domiciliati in Stati terzi. Quindi se sono nelle stesse materie coperte dalla Convenzione, il giudice applica i criteri di giurisdizione quale sia il domicilio del convenuto. È una tecnica di estendere la portata di Convenzione internazionale in vigore in quel momento.

Il problema è che oggi non è più in vigore: è stata superata con UE dal regolamento 44/2001 e ora 1215!

L'operatore giuridico, quando deve capire se c'è criterio di giurisdizione per poter citare il convenuto in Italia: sorge il dubbio di fare riferimento ai criteri della Convenzione, o tengo conto del fatto che i due Regolamenti l'hanno superata e applico loro? Non c'è soluzione univoca né in giurisprudenza, né in dottrina.

Alcuni criteri speciali sono cambiati dalla Convenzione al Regolamento! Nella materia contrattuale: nella Convenzione si prevedeva solo il primo criterio (luogo dove doveva essere eseguita l'obbligazione oggetto del giudizio) mentre nel Regolamento si è aggiunto il criterio della compravendita e della prestazione di servizio. Il problema è pratico perché si arriva a risultati diversi!

1. Tesi: Convenzione da applicare tutt'ora fino a che il legislatore non cambia la L 218: **rinvio materiale** alla **Convenzione**, come se il legislatore avesse copiato il contenuto e l'avesse posto nella norma, fissandolo al momento in cui ha fatto copia e incolla.

F	O
E	O

 Lo ha detto anche Corte di Cassazione 2009 e 2017 spiegando sempre perché applicava la Convenzione.
2. Tesi: la L 218 non prevede un rinvio materiale, ma si trattava di **rinvio formale** allo strumento in vigore in quel momento per estendere la portata dello strumento in vigore in quel momento. Se lo strumento cambia, cambiano anche le norme cui si fa rinvio. Oggi è un richiamo allo strumento attualmente in vigore cioè **Regolamento Bruxelles 1 bis**. lo ha detto anche la Corte di Cassazione 2013 in cui ha applicato il

Regolamento richiamato dall'art. 3 c.2 ma senza motivare. Questi erano casi in cui la fattispecie riguardava società convenuta Banca di San Marino che è convenuto domiciliato in Stato terzo, non posso applicare il Regolamento per quanto riguarda i criteri speciali di giurisdizione, quindi applico art 3 c. 1-2. Gli attori erano correntisti italiani: ecco interesse a provare ad applicare criteri di giurisdizione aggiuntivi per consentire loro di andare davanti al giudice italiano. Corte di Cassazione ritenne applicabile alla Banca di San Marino ex art. 3 c 2 è applicabile il regolamento 44/2001.

- C'è chi dice che la seconda tesi è preferibile perché quando la norma fa richiamo alla Convenzione di Bruxelles dice "e successive modificazioni per l'Italia": ma la Convenzione era del 1968, il legislatore se ne occupa nel 1995, in quegli anni c'erano state modifiche dovute a nuovi Stati membri nella Comunità europea, quindi intendeva dire "quelle che già ci sono state".
- Altro argomento del manuale Mosconi-Campiglio è che nei Regolamenti 44 e 1215 si dice che quelle norme vanno a sostituire quelle precedenti in tutti gli atti che li richiamano: il regolamento dell'UE che dice che in tutti gli atti in cui si richiama alla Convenzione va applicato il regolamento, oggi va inteso come riferito al regolamento. Ma questo non può che riferirsi agli atti dell'UE che fanno riferimento alla Convenzione, e non può dire niente a quello che fanno i legislatori nazionali al loro interno.

Problema analogo è **art. 57 L 218** riguarda la legge applicabile: il legislatore del 1995 per disciplinare la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, ha indicato che le obbligazioni contrattuali sono "in ogni caso regolate dalla Convenzione di Roma del 1980". La Convenzione di Roma di cui Italia era parte, è stata superata dal regolamento. Il legislatore voleva estendere la portata applicativa della Convenzione di Roma anche alle obbligazioni contrattuali che erano escluse dalla Convenzione, quindi "in ogni caso" significa anche quando la Convenzione di Roma non sarebbe applicabile. È un caso di **nazionalizzazione delle convenzioni internazionali**: il legislatore sapendo che c'è una Convenzione in quella materia ne *estende* la portata

unilateralmente. Ma c'è lo stesso problema perché il regolamento ha superato la convenzione, ma la norma continua a richiamare la convenzione.

Si possono trasporre le considerazioni appena fatte. Non è facile capire se dobbiamo ancora fare riferimento alla convenzione o al regolamento. In dottrina sono sostenute entrambe le tesi. La giurisprudenza considera che art. 57 serva per dire che si applica la convenzione di Roma oppure il regolamento a seconda della tesi sostenuta (sarebbe un promemoria che esiste la convenzione o il regolamento).

La convenzione di Roma era applicabile in Italia in virtù della legge di esecuzione L 18 dicembre 1984. Questo vale anche per il regolamento attuale. Quando ho delle obbligazioni contrattuali che rientrano nell'ambito di applicazione del regolamento lo applico perché è il regolamento, non perché lo dice l'art 56.

L'art 56 lo devo applicare solo quando sono in ambito di applicazione contrattuale esclusa dall'ambito di applicazione del regolamento o prima della convenzione.

Il legislatore rimetterà mano alla L 218 per risolvere questi dubbi interpretativi.

Ha rubato un po' di tempo l'esame dell'art 3 secondo comma per tutto quel del rinvio e del richiamo alla Convenzione di Bruxelles.

Però quel secondo comma va avanti, non si ferma lì, allora questo richiamo alla Convenzione di Bruxelles valeva e vale per le materie comunque rientranti nell'ambito di applicazione della Convenzione di Bruxelles. Quindi quei criteri che il legislatore li estende ai convenuti domiciliati in stati terzi per le materie comprese nell'ambito di applicazione della convenzione di Bruxelles.

Allora la norma va avanti per aggiungere altri criteri nelle altre materie, quindi quelle non coperte dalla convenzione di Bruxelles, qui utilizzando un meccanismo abbastanza semplice nel suo modo di operare, la norma dice, che rispetto alle altre materie quindi non quelle coperte dalla convenzione, la giurisdizione italiana sussiste anche in base ai criteri stabiliti per la competenza per territorio. Cosa vuol dire questo? Che possiamo ricavare una competenza giurisdizionale, la giurisdizione del giudice italiano, anche in virtù di norme interne italiane che riguardano la competenza per territorio e che,

se quindi c'è quel legame indicato nel criterio della competenza per territorio, e quel legame è con l'ordinamento italiano, mi vale anche come competenza giurisdizionale.

È una tecnica che in realtà altri ordinamenti utilizzano proprio come criterio di base, quindi dire "non ho bisogno di andare ad indicare i criteri di giurisdizione, prendo quelli volti a determinare la competenza territoriale, se c'è quel legame lì, c'è anche giurisdizione". Noi lo facciamo solo in questo modo residuale, cioè per le materie non coperte dalla Convenzione di Bruxelles.

Qual è l'esempio più importante a cui porta questa norma? Che se noi pensiamo alle norme previste in particolare nel codice di procedura civile che servono per determinare la competenza territoriale, tra queste norme troviamo l'art 18 del cpc, foro generale delle persone fisiche, che in particolare al 2 comma dice che "Se il convenuto non ha residenza né domicilio né dimora nello stato, o se la dimora è sconosciuta, **è competente il giudice del luogo in cui risiede l'attore**". Allora abbiamo visto che, noi abbiamo già un criterio previsto all'art 3 che mi dice che se il convenuto è domiciliato o residente in Italia, io ho già la competenza giurisdizionale del giudice italiano. Allora se invece si prende in considerazione le altre ipotesi, in cui ho un convenuto che non è né domiciliato né residente in Italia, l'art 18, secondo comma, che è un criterio per determinare la competenza territoriale quindi per intendersi se è competente il tribunale di Roma, il tribunale di Firenze, il tribunale di Palermo, ecc. può essere utilizzato anche per radicare la giurisdizione del giudice italiano.

Quindi vuol dire che se il convenuto non ha né domicilio, né dimora, né residenza, in Italia, e io posso applicare questo criterio perché sono nelle materie escluse dalla convenzione di Bruxelles, che succede? Che basta che sia residente in Italia l'attore. Perché il criterio di competenza per territorio mi si trasforma anche in criterio di competenza giurisdizionale. Questo è l'esempio più importante a cui porta questa norma.

Poi ci sono dei casi in cui posso ricavare una competenza giurisdizionale da delle leggi speciali che hanno dettato dei criteri di competenza per territorio e che vengono anche utilizzati anche come criteri di giurisdizione. Ora questo

quando la legge è stata adottata poteva valere per alcune materie e c'è stata un po' di casistica che però ora è stata superata dai regolamenti.

Un criterio che invece c'è ancora e si applica, è un criterio tratto dal codice della navigazione, anche questo è un criterio di competenza territoriale, e siccome è una materia esclusa dalla Convenzione di Bruxelles, si può utilizzare anche come criterio di giurisdizione e la giurisprudenza italiana lo ha fatto in relazione di rapporti di lavoro che rientravano nell'applicazione del codice della navigazione.

Vi ricordate vi avevo accennato alla questione del Forum necessitatis? Del fatto che in alcuni ordinamenti c'è un criterio residuale che dice che se quella domanda non può essere proposta davanti ad un altro giudice, allora i giudici di quell'ordinamento se ne possono occupare se c'è un certo legame. E vi ho anche detto che i regolamenti dell'Unione europea non tutti lo prevedono, ma alcuni più recenti hanno introdotto il forum necessitatis. Ecco nell'ordinamento italiano? Esiste o non esiste? **Nell'ordinamento italiano non c'è una norma ad hoc sul forum necessitatis**, come c'è invece appunto in altri Stati.

C'è un solo precedente significativo: una sentenza delle sezioni unite del 2008 che ha detto che si deve dare dell'art 3 della L. 218 una lettura costituzionalmente orientata che comporta quindi di dare una lettura conforme anche all'art 6 della CEDU, oltre all'art 24 della Cost. "diritto di agire in giudizio", e quindi la cassazione arriva a dire che nel sistema italiano bisogna considerare come comunque esistente un criterio di giurisdizione residuale, interpretando l'art 3 nel senso che se dovesse capitare una situazione in cui non c'è un criterio derivante dall'art 3, ma il soggetto non ha altre possibilità di agire davanti ad altri giudici, si deve riconoscere la giurisdizione. Però l'ha detto un po' così solo nel caso di specie, è un *obiter dictum* a cui ci si aggrappa forse per dire alla fine che anche nel nostro ordinamento esiste il *forum necessitatis*, e nel 2017 una nuova sentenza della Cassazione ha ripreso questo precedente. Anche qui però senza che poi portasse ad affermare la giurisdizione in mancanza di un criterio, cioè il criterio poi si è trovato. Si può dire che non è mai stato applicato il forum necessitatis, queste due sentenze in astratto dicono che si potrebbe in casi in cui non esiste un giudice competente.

Ultima norma a cui si fa un cenno è l'art 11 della L.218 che riguarda la questione della rilevabilità del difetto di giurisdizione, così come abbiamo visto queste norme nel regolamento le vediamo anche qui nella L 218., anche qui abbiamo come regola generale che non è sempre tenuto il giudice d'ufficio a dichiarare la propria incompetenza. E quindi si collega alla norma che abbiamo già visto, per cui anche nel nostro ordinamento esiste la proroga tacita, quindi la conseguenza della mancata contestazione della competenza giurisdizionale del giudice italiano, che si sostanzia in un'accettazione della competenza del giudice italiano. L'art 11 invece mi dice quei casi in cui il giudice d'ufficio deve accertare la propria competenza, quindi deve dichiarare di non poter giudicare, quindi dice l'art 11 "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". Questa è una norma tipicamente procedurale, cioè mi ridice che il convenuto deve eccepire il difetto di giurisdizione perché altrimenti può dar luogo a accettazione espressamente o anche tacitamente. Invece quand'è che è rilevato d'ufficio? "Sempre in qualunque stato e grado del processo se il convenuto è contumace", (norma analoga la troviamo nel regolamento), se ricorre l'ipotesi di cui all'art 5 che riproduce i casi in cui si controverte in materia di azioni reali aventi ad oggetto beni immobili situati all'estero, ed è l'unico caso in cui una norma non mi dice quando il giudice italiano è competente ma mi dice il giudice italiano non è competente. Infatti, l'art 5 mi dice che se si discute di un'azione reale immobiliare su un immobile situato all'estero, i giudici italiani non sono competenti. Ecco in questo caso c'è la rilevabilità d'ufficio. Abbiamo visto una norma analoga nel regolamento che attribuisce una competenza esclusiva ai giudici del luogo dove è situato un immobile se l'azione è un'azione reale su immobili e anche in quel caso c'è l'accertamento d'ufficio dell'incompetenza se viene adito un altro giudice.). E poi "se la giurisdizione italiana è esclusa per effetto di una norma internazionale", si intende questo o perché c'è una norma internazionale convenzionale o regolamentare che mi dice che non c'è competenza, oppure si riconduce a questa ipotesi quando c'è un'immunità, quindi quando il soggetto

citato in giudizio gode di immunità, è d'ufficio il giudice che deve dichiararsi incompetente a procedere in giudizio.

Riconoscimento ed esecuzione delle sentenze straniere.

Partiremo dal regolamento ma facciamo prima un inquadramento generale del tema. Se ne era accennato solo all'inizio del corso dicendo che era uno dei tre settori coperti dal diritto internazionale privato, che è appunto la parte della materia che riguarda la questione di capire entro quali limiti, a quali condizioni, in quali circostanze, una sentenza emessa in uno stato può essere riconosciuta e quindi può produrre effetti in un altro stato. Questo come tema generale.

Come si posizionano di solito gli ordinamenti? Gli ordinamenti danno delle regole che riguardano appunto l'efficacia delle sentenze straniere, e ci possono essere maggiori o minori aperture. Possiamo ipotizzare ordinamenti che possono anche escludere in generale che una sentenza straniera possa produrre effetti, quindi un ordinamento è liberissimo di dire che nessuna sentenza straniera può produrre effetti. In questi casi di solito c'è una sorta di temperamento a questo principio perché magari, è vero che non si fa produrre effetti direttamente a queste sentenze, ma le sentenze si possono produrre come prove in giudizio. Quindi bisogna comunque introdurre un nuovo giudizio nello stato, ma magari se ne tiene conto delle sentenze straniere a titolo di prova.

Poi ci sono ordinamenti che a certe condizioni consentono l'efficacia di sentenze straniere e qui possono quindi variare da ordinamento a ordinamento le condizioni. Ce ne sono alcune abbastanza standard che troviamo sempre nelle varie discipline.

Altra differenza può essere ordinamenti che tutto questo lo disciplinano per iscritto, in una legge, in un codice, oppure ordinamenti che ci sono arrivati in via giurisprudenziale. Ma attenzione non necessariamente questi due modelli corrispondono a common law e civil law perché ad esempio in Francia le principali condizioni di riconoscimento delle sentenze straniere ci si è arrivati con sentenze della Cassazione che hanno indicato le condizioni principali a cui deve corrispondere una sentenza affinché produca effetti.

Se ogni ordinamento può quindi decidere, in quanto atto di sovranità, come è un atto di sovranità l'esercizio della giurisdizione, è un atto di sovranità dire se l'esercizio della giurisdizione di un altro stato può o meno produrre effetti nell'ordinamento. Non me lo può dire un altro stato, me lo può dire solo lo Stato stesso fino a che punto il prodotto dell'attività giurisdizionale di giudici stranieri può entrare e produrre effetti nell'ordinamento.

Però è chiaro che nel tempo si è cercato di disciplinare anche con Convenzioni internazionali questa materia per facilitare il reciproco riconoscimento di queste decisioni. Quindi lo si è fatto inizialmente con Convenzioni bilaterali, quindi due stati che si mettono d'accordo di solito su vari aspetti di cooperazione giudiziaria, non solo su quello, ma insomma tra questi decidono di disciplinare nello stesso modo il reciproco riconoscimento delle decisioni.

Oppure per determinate materie si sono concluse Convenzioni internazionali multilaterali nell'ambito della conferenza de l'Aja, quindi con una portata più ampia, oppure tra gli stati membri dell'allora Comunità Europea, e sicuramente da quel punto di vista la convenzione più significativa è stata la Convenzione di Bruxelles del 1968 che disciplinava sia la giurisdizione che il riconoscimento delle sentenze in materia civilistica e commerciale.

Quindi questa materia è stata per un lungo periodo di tempo disciplinata da norme interne, e da convenzioni internazionali. Poi come sappiamo, l'Unione ha acquisito competenze di diritto internazionale privato quindi anche a disciplinare l'efficacia delle decisioni, e quindi oggi abbiamo molti regolamenti che nelle varie materie disciplinano anche l'efficacia delle decisioni. Quindi abbiamo il regolamento Bruxelles 1 bis, che esaminavamo per la giurisdizione, che copre anche l'efficacia delle decisioni tra stati membri, ma anche molti dei regolamenti che abbiamo già citato come quello in materia familiare, per le sentenze di separazione, divorzio, annullamento di matrimonio, e sulla responsabilità genitoriale. E i vari regolamenti di nuova generazione che coprono le tre sfere di diritto internazionale privato: quindi giurisdizione, legge applicabile e riconoscimento ed efficacia delle sentenze straniere. Quindi regolamenti in materia di successione, alimenti, rapporti patrimoniali tra coniugi...tutti coprono anche la sfera dell'efficacia delle decisioni.

Noi esaminiamo il regolamento Bruxelles 1 bis, quello in materia civile e commerciale, che poi è anche quello che ha un più ampio spettro di

applicazione, perché riguarda tutta la materia civile e commerciale a parte le esclusioni, gli altri regolamenti sono più settoriali. Poi anche perché è il livello più avanzato di cooperazione tra stati membri, cioè rispetto ad altri regolamenti che sono rimasti a discipline meno avanzate nella cooperazione tra gli stati, la materia civile e commerciale è quella dove si è arrivati ad un massimo grado di agevolazione della circolazione reciproca delle decisioni.

Altra nota generale: gli ordinamenti possono decidere di riconoscere le sentenze straniere in modo automatico quindi senza prevedere un procedimento intermedio per far sì che la sentenza produca effetti: si parla di procedimento automatico, cioè il riconoscimento di sentenze straniere senza che si debba passare da un procedimento intermedio per far produrre effetti.

Ho una sentenza francese, e la posso invocare direttamente nell'ordinamento che prevede il riconoscimento automatico, ad esempio in Italia, poi vedremo.

Oppure gli ordinamenti possono prevedere che sì le sentenze straniere possono produrre effetti, ma subordinate ad un procedimento che vada magari ad accertare se esistano o meno determinate condizioni. Ora come vedremo subito, il sistema di riconoscimento automatico è quello che prevale nel nostro ordinamento, perché è previsto sia nel regolamento Bruxelles 1 bis, che andremo a esaminare, ma anche sostanzialmente negli altri regolamenti dell'Unione, sia nella L.218.

Ma ATTENZIONE: riconoscimento automatico non vuol dire, non è sinonimo di riconoscimento incondizionato.

Quando dico che il riconoscimento è automatico non vuol dire che non si pongono condizioni, vuol dire che le condizioni si pongono ma non c'è obbligatoriamente da passare da un procedimento per verificare che sussistano queste decisioni. Vedremo come nei due sistemi che studiamo: sia il regolamento, sia la L.218, ci sono delle condizioni del riconoscimento ma non c'è questo procedimento intermedio obbligatorio. Quindi vedremo che è solo eventuale la verifica di queste condizioni.

Prendiamo in mano il Regolamento, tenendo conto che tutto quello che abbiamo detto circa la giurisdizione, vale anche per il riconoscimento delle decisioni.

Sicuramente per quanto riguarda l'ambito di applicazione per materia cioè l'ambito di applicazione per materia è lo stesso per la parte sulla giurisdizione

e per la parte sull'efficacia delle decisioni. Mentre cambia l'ambito di applicazione soggettivo, personale. Perché? Perché il regolamento ha un ambito di applicazione molto ampio per quanto riguarda l'efficacia delle decisioni, perché riguarda **qualsunque decisione emessa da uno stato membro nelle materie coperte dal regolamento** indipendentemente da quale sia il criterio di giurisdizione che ha fondato la competenza del giudice.

Quando abbiamo visto i criteri di giurisdizione, art 4 e ss, e abbiamo visto che il regolamento dice che quando il convenuto non è domiciliato in uno stato membro, tornano a poter essere applicabili i criteri di giurisdizione nazionali previsti dal legislatore nazionale; ecco allora posso avere una sentenza emessa da un giudice di uno stato membro in virtù di un criterio previsto dalla propria legge perché il convenuto non era domiciliato in uno stato membro, ma siccome è una sentenza che è in una materia coperta dal regolamento ed è emessa da un giudice di uno stato membro, a me bastano queste due cose per dire che è soggetta al regime previsto dal regolamento.

Quindi anche se è emessa nei confronti di un convenuto domiciliato in uno stato terzo, e anche se è emessa in virtù di un criterio di giurisdizione che non è dettato dal regolamento, ma è dettato da norme interne. Quindi da questo punto di vista è semplificato l'ambito di applicazione. **Per sapere che devo applicare il regolamento mi basta vedere, quando ho questa sentenza in mano, che è emessa da giudici di uno stato membro, e che rientra dell'ambito di applicazione per materia del regolamento.**

Poi c'è un ambito di applicazione temporale, che si differenzia da quello che abbiamo detto per la giurisdizione, perché queste norme, molto più semplificate rispetto a quelle del precedente regolamento, si applicano soltanto, e lo dice l'art 66, a decisioni che sono emesse in procedimenti iniziati dopo il 10 gennaio 2015.

Noi avevamo questa data come data da tenere in considerazione per l'applicazione dei criteri di giurisdizione e quindi come applicazione intertemporale, come applicazione nel tempo. Potrebbe venir da pensare che una sentenza emanata dopo il 10 gennaio 2015 fosse già soggetta al nuovo regime. Invece non è così, quindi l'art 66 va letto bene, perché non si guarda alla data di emissione della sentenza ma a quando è iniziato il procedimento. Quindi solo per i procedimenti iniziati dopo il 10 gennaio 2015 si potranno

avere sentenze la cui disciplina è soggetta a questo regolamento. Questo comporta che per un certo periodo di tempo, si continueranno ancora ad applicare le vecchie norme del vecchio regolamento sull'efficacia delle decisioni. Perché soprattutto in Italia, se noi abbiamo giudizi iniziati prima del 10 gennaio 2015, ma che si concludono oggi, si continua a dover applicare la vecchia disciplina.

Cosa prevede il Regolamento sul riconoscimento ed esecuzione delle sentenze straniere?

Allora ovviamente riguarda solo le decisioni emesse da stati membri dell'Unione.

Il principio, che opera fin dalla Convenzione di Bruxelles, è quello del riconoscimento automatico dell'efficacia, per quanto riguarda però l'efficacia di giudicato della sentenza, l'efficacia di tipo sostanziale. Si è sempre fatta una distinzione tra **riconoscimento di effetti di una sentenza e esecuzione della sentenza stessa**.

Una cosa è quando io voglio far sì che quello che è stato deciso, accertato in una sentenza straniera mi valga anche in un altro ordinamento, e una cosa è quando io voglio agire esecutivamente per far eseguire quella sentenza. Quindi iniziare un procedimento di esecuzione forzata basandomi su quella sentenza che magari ha condannato il convenuto al pagamento di una somma di denaro, il convenuto non mi sta pagando quella somma di denaro, io la voglio eseguire e scopro che ha dei beni in un altro stato e quindi voglio agire esecutivamente sui beni del convenuto che è stato condannato al pagamento di una somma di denaro, e voglio quindi agire esecutivamente però sulla base di un titolo che io ho ottenuto in un altro stato.

Questa distinzione era fondamentale nella convenzione di Bruxelles e anche nel precedente regolamento: perché? Perché si distingueva tra semplice riconoscimento di effetti della sentenza, che avveniva in modo automatico quindi senza che fosse necessario un procedimento intermedio di qualche tipo, e invece per l'esecuzione vera e propria della sentenza straniera si prevedeva un procedimento da cui passare per poter dare esecuzione alla sentenza.

La principale novità del nuovo regolamento è stata invece quella di eliminare il procedimento intermedio anche per l'esecutività della sentenza emessa da stati membri! Quindi abbiamo anche una automatica esecutività delle sentenze.

L'art 36 è quello che mi descrive l'efficacia e il riconoscimento automatico delle sentenze tra stati membri: "La decisione emessa in uno Stato membro è riconosciuta in un altro Stato membro senza che sia necessario il ricorso ad alcuna procedura particolare".

Questo è il modo più comunemente utilizzato per descrivere l'automaticità del riconoscimento e vale per qualunque decisione emessa da qualunque stato membro in qualunque stato membro.

Il fondamento di questa regola, fin dalla Convenzione di Bruxelles, è che avendo posto, gli stati membri, delle regole comuni di giurisdizione, avevano anche una fiducia reciproca tale da poter far circolare poi le sentenze. Il risultato di quella attività giurisdizionale.

Il fondamento di questo principio del riconoscimento automatico è una fiducia nella gestione della attività giurisdizionale degli altri stati. Non solo ma c'è anche una presunzione di riconoscibilità cioè, noi vedremo che ci sono delle circostanze in cui si può rifiutare il riconoscimento, quindi non è incondizionato. Però l'impianto di queste normative, fin dalla Convenzione di Bruxelles, è quello della **presunzione di riconoscibilità**. Quindi fiducia nell'amministrazione della giustizia fra stati membri, circolazione tendenziale dei provvedimenti giurisdizionali emessi tra stati membri, l'idea insomma è che se una sentenza l'ha emessa un giudice tedesco o un giudice francese o un giudice italiano è uguale: alla fine dopo di queste sentenze se ne può beneficiare in tutti gli stati membri.

Da questo punto di vista il regolamento non ha cambiato niente rispetto al precedente regolamento e anche rispetto alla convenzione di Bruxelles: il riconoscimento automatico si è sempre stabilito in questi strumenti. Quello che invece è stato innovativo nel nuovo regolamento è quello che si stabilisce all'art 39 del regolamento dove si dice che: "La decisione emessa in uno Stato membro che è esecutiva in tale Stato membro è altresì esecutiva negli altri Stati membri senza che sia richiesta una dichiarazione di esecutività."

Cosa vuol dire? È chiaro che qui aiutano un po' di nozioni di procedura civile. Cerco di spiegarlo in parole semplici cosa si intende. Qui si tiene in considerazione sentenze che abbiano carattere esecutivo cioè che possano già essere eseguite, cioè che si possa agire esecutivamente, iniziare una procedura di esecuzione forzata, per ottenere forzatamente l'esecuzione di quella pronuncia. Esecutività di una sentenza non necessariamente coincide con il passaggio in giudicato della sentenza cioè col fatto che la sentenza non sia più soggetta a impugnazioni. Anche nel nostro ordinamento noi abbiamo la regola generale che già le sentenze di primo grado possono essere provvisoriamente esecutive. Allora negli ordinamenti quando una sentenza, anche di primo grado, è provvisoriamente esecutiva, già questo basta, ai fini del regolamento, per poterla eseguire anche negli altri stati membri. Ci sono poi ovviamente tutte delle cautele da questo punto di vista, si può chiedere la sospensione, non si va nel dettaglio, basta sapere che ci sono delle cautele, ma tendenzialmente fino a che una sentenza è esecutiva nell'ordinamento di origine, la si può eseguire anche negli altri stati. Ordinamento di origine vuol dire ordinamento dove è stata emessa. Quindi una sentenza italiana che è esecutiva, io quella sentenza posso sperare di poterla eseguire anche in tutti gli altri stati membri. Quando può essere utile questo? Perché può succedere, e succede abbastanza spesso, che magari si ottenga il titolo esecutivo in uno stato, ma poi la persona condannata al pagamento della somma di denaro non paga, e allora cosa devo fare? Devo trovare beni da aggredire per poter attivare la procedura esecutiva su quei beni e non necessariamente tutti quei beni sono in Italia. Posso scoprire che magari il mio debitore ha dei beni all'estero e allora capite che è molto agevole poter utilizzare il titolo esecutivo ottenuto in uno stato anche in altri stati senza dover ricominciare da capo con l'azione. Quindi riconoscendo effetti ad una sentenza che ha già condannato quel debitore.

La novità qual è? Anche prima si poteva avere una sentenza e dare esecuzione anche negli altri stati membri ma la differenza fondamentale è che con il nuovo regolamento si è previsto un automatismo anche di questa esecutività. Quindi è come se io avessi un titolo esecutivo che circola in tutti gli stati membri, senza dover attivare un procedimento di tipo intermedio per ottenere la dichiarazione di esecutività. Questa è la novità principale! Perché invece nel

regolamento precedente, e anche nella convenzione, per dare esecuzione ad una sentenza di uno stato membro in un altro stato membro c'era una procedura intermedia da attivare: una procedura di dichiarazione di esecutività.

Ora non abbiamo il tempo per andare a vedere come si svolgeva questa procedura, anche nell'ottica di dire che ora saranno sempre meno i casi soggetti alla vecchia disciplina, quello che è importante sapere è che se io ho in mano una sentenza che è stata emessa in un procedimento iniziato PRIMA del 10 gennaio 2015 non posso considerare immediatamente esecutiva la sentenza perché è soggetta al precedente regolamento e occorrerà che vada a studiare il precedente regolamento. Quindi esisteva questa procedura intermedia che ora non esiste più, e quindi tendenzialmente cosa deve fare il soggetto che ha ottenuto questo titolo esecutivo in uno stato ma lo vuole eseguire in un altro stato? Allora deve iniziare un procedimento di esecuzione nello stato dove vuole agire esecutivamente e questo procedimento di esecuzione però non è disciplinato dal regolamento. Qui ogni stato ha le proprie regole! Quindi c'è un sostanziale rinvio alle norme procedurali interne per quanto riguarda la disciplina dell'esecuzione forzata. Se io devo utilizzare un titolo esecutivo straniero di uno stato membro in Italia, l'attivazione della procedura esecutiva la faccio secondo le norme di procedura civile italiane e così via via negli altri stati.

Questo me lo dice appunto l'art 41, quindi io devo tenere conto cosa mi dice il regolamento su alcuni aspetti che sono disciplinati, poi per il resto c'è un rinvio in toto della disciplina prevista dalla legge interna.

Cosa deve fare quindi il soggetto che invoca la sentenza?

Deve depositare una copia autentica della decisione e questa decisione sarà munita di un attestato che viene rilasciato dall'autorità che ha emesso la sentenza.

Ipotizziamo che la sentenza sia una sentenza francese: io non devo solo ottenere la copia autentica della sentenza francese, ma l'autorità francese che ha emanato la sentenza rilascerà anche un attestato (che è redatto praticamente sulla base di un modulo che è previsto nel regolamento, e che quindi è un modulo standard in tutte le lingue degli stati membri), in cui quindi l'autorità giurisdizionale che emette questo attestato da una serie di

informazioni elementari, principali su quella decisione (ad es: da chi è stata emessa, da quale organi, le parti, l'eventuale somma di denaro che il debitore è tenuto a pagare, un tasso di interesse se è già stato pagato e così via) e soprattutto l'informazione più importante, che quindi me lo dice direttamente l'autorità giurisdizionale, che la sentenza è esecutiva. Quindi l'attestato mi dirà anche se la sentenza è esecutiva nell'ordinamento di origine! Con questa sentenza, di solito le autorità chiedono anche una traduzione.

Con la sentenza, la traduzione e l'attestato, si può immediatamente iniziare l'azione esecutiva e da qui in poi ci possiamo inserire tutte le regole del codice di procedura civile italiano sull'attività dell'esecuzione forzata e di come questo avviene in Italia. È chiaro che se la sentenza va eseguita altrove, dovremo conoscere i meccanismi dell'esecuzione forzata in quel determinato paese dove la si vuol far eseguire.

Quindi abbiamo detto: con la sentenza tradotta e l'attestato io vado a iniziare la procedura esecutiva nello stato in cui voglio l'esecuzione della sentenza.

Quindi abbiamo detto riconoscimento automatico, esecuzione, esecutività automatica, però adesso manca qualcosa, cosa? Gli stati possono avere fiducia nell'amministrazione della giustizia degli altri stati ma non siamo mai arrivati ad una fiducia così cieca da dire che circola davvero tutto.

Si sono mantenuti dei possibili motivi di rifiuto del riconoscimento di una sentenza. Cioè ci possono essere circostanze, che però sono dettate in modo uniforme tra gli stati membri, cioè sono le stesse per tutti. Circostanze che se presenti in quel caso consentono al giudice di uno stato membro di rifiutare il riconoscimento. Se si rifiuta il riconoscimento come conseguenza si rifiuta anche l'esecuzione: non si può dare esecuzione a una sentenza che non è riconosciuta nei suoi effetti. Questo me lo prevede l'art 45 che mi elenca quali sono i possibili motivi per poter negare il riconoscimento. Prima di andare a leggerli, andiamo a vedere come si possono far valere questi motivi. Abbiamo detto che c'è il riconoscimento automatico e c'è esecutività automatica, ma allora quando saltano fuori questi motivi possibili di ostacolo al riconoscimento?

Ecco la novità principale introdotta dal nuovo regolamento: l'onere di invocarli è tutto fatto ricadere su chi si oppone al riconoscimento o chi si

oppone all'esecuzione. Quindi io se ho vinto, sono agevolato perché la sentenza è riconosciuta automaticamente, o è esecutiva immediatamente, quello che invece si oppone al riconoscimento (ad esempio il debitore che dovrebbe pagare perché quella sentenza lo ha condannato ovviamente ha l'interesse a dimostrare che quella sentenza non può essere riconosciuta) quindi è rimessa a questa parte qui, la parte che contesta l'efficacia di far valere i motivi di rifiuto del riconoscimento, e quindi le norme parlano di diniego di riconoscimento ma sulla base degli stessi presupposti si può chiedere il diniego dell'esecuzione, dipende dalla situazione. Se io contesto il riconoscimento perché si sta invocando solo l'efficacia della sentenza io faccio una domanda di diniego del riconoscimento, se invece la procedura è stata introdotta per dare esecuzione alla sentenza io chiedo il diniego di esecuzione. Ma i motivi previsti dal regolamento sono gli stessi. E sono appunto previsti all'art 45.

Andiamo a vedere quindi quali sono questi motivi che, ripeto, sono dettati per tutti nello stesso modo, e sono anche esaustivi, **tassativi**; uno stato non può aggiungere altri motivi di rifiuto, e vanno interpretati come li ha interpretati la corte di giustizia tendenzialmente poi come criterio che vale per tutti, siccome il principio è quello della presunzione di riconoscimento e di fiducia reciproca tra gli stati, vanno anche interpretati in modo *restrittivo*, perché sono quelli che impediscono, che vanno contro la circolazione delle decisioni che invece si vuole favorire. Quindi siccome questa disciplina nasce per favorire la circolazione delle decisioni, tutto ciò che va a ostacolare la circolazione delle decisioni va interpretato in modo restrittivo.

Vediamo quindi i motivi di rifiuto del riconoscimento: art 45

lettera A: il riconoscimento di una decisione è negato se il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico nello stato membro richiesto. Lo stato membro richiesto è lo stato dove si chiede il riconoscimento o l'esecuzione. Quindi il limite dell'ordine pubblico che noi abbiamo già incontrato come limite all'applicazione di una legge straniera, ma abbiamo già visto che vale anche come limite per impedire l'efficacia di una decisione. La ratio è la stessa: cioè ci sono dei valori fondamentali a cui un ordinamento non

vuole rinunciare, e quindi non ci rinuncia né applicando una legge straniera, e decide di non applicare una legge straniera (art 16 della L.218) ma non vuole rinunciare a quei valori neppure dando efficacia ad una sentenza straniera, quando gli effetti di quella sentenza contrasterebbero con i valori dell'ordine pubblico di quell'ordinamento.

Nelle materie coperte da questo regolamento non è che ci siano così tante differenze tra gli ordinamenti degli stati membri da poter invocare così spesso il limite dell'ordine pubblico, perché su queste materie (civile e commerciale che non copre mai le materie che riguardano la famiglia, i rapporti di famiglia, lo status personale) è difficile pensare che ci siano nei contenuti dei valori diversi tra gli stati membri. Infatti, il limite dell'ordine pubblico dal punto di vista sostanziale non è quasi mai invocato, e anche quando è invocato nessuna sentenza abbiamo che abbia riscontrato davvero questo contrasto. Però questo limite continua ad avere un senso (ad un certo punto si era anche pensato di eliminarlo perché era inutile mantenere il limite dell'ordine pubblico in queste materie tra stati membri) e si è infatti deciso di mantenerlo, perché? Perché nella giurisprudenza della Corte di Giustizia è stato valorizzato il limite dell'ordine pubblico nella sua connotazione di ordine pubblico **processuale**: cosa vuol dire? Vuol dire che tutte le volte in cui, nell'ordinamento di origine dove è stata emessa la sentenza, è stato violato un principio fondamentale del giusto processo, che regola quindi il giusto processo (regole del contraddittorio, regole del diritto di difesa, ecc.) si può rifiutare il riconoscimento invocando il limite dell'ordine pubblico processuale.

I valori fondamentali che regolano il processo civile e che non sono stati rispettati nell'ordinamento di origine. Questo ricorso alla possibilità di utilizzare il limite all'ordine pubblico, lo si capisce meglio dopo che si è letto anche la lettera b) dell'art 45, perché uno potrebbe dire: come mai scomodare il limite dell'ordine pubblico se c'è una violazione delle regole sul processo civile? Non ci potrebbe essere direttamente una condizione in questo senso? Cioè un motivo, un limite esplicito, dove si dice questo. Andiamo a vedere che in realtà il motivo di rifiuto che è collegato alle violazioni del diritto alla difesa, del procedimento civile d'origine, è molto limitato nel suo ambito di applicazione, e andiamo a vedere perché.

Lettera **b**): il riconoscimento di una decisione è negato “se la decisione è stata resa in contumacia (quando il convenuto non si è costituito), qualora la domanda giudiziale o un atto equivalente non siano stati notificati o comunicati al convenuto in tempo utile e in modo tale da poter presentare le proprie difese”.

La norma prende in considerazione **solo i procedimenti presi in contumacia** (il convenuto non si è costituito) e dice di andare a vedere se l'atto introduttivo del giudizio è stato notificato in modo tale da consentire al soggetto di difendersi. Se per caso non gli è stato concesso, né un tempo sufficiente, né gli è stato recapitato l'atto introduttivo in modo da farsi difendere (per es l'atto non è arrivato davvero), sono tutte circostanze che consentirebbero il rifiuto del riconoscimento. Però la norma va avanti e dice: “eccetto qualora, pur avendone avuto la possibilità, questi (cioè il convenuto che è rimasto contumace) non abbia impugnato la decisione”. Che vuol dire che se però quel convenuto che è rimasto contumace perché magari non gli era stato notificato bene l'atto, poteva impugnare la decisione, non posso poi allora invocare questa circostanza come motivo di rifiuto del riconoscimento. Quindi l'idea è che se hai modo di difenderti nel procedimento di origine, lo devi fare nel procedimento di origine, altrimenti altre occasioni e la sentenza circola.

Quindi lo si è fatto anche per evitare che uno facesse il furbo, cosa che prima succedeva spesso; infatti questa parte dell'articolo è un'aggiunta che è stata fatta nel Regolamento del 2001, perché per come era formulata la Convenzione di Bruxelles c'era più margine per dire “io rimango contumace ed evito che la sentenza circoli”, ora invece si è messo un po' di limiti a questa furbizia.

Questa norma è sicuramente volta a tutelare i diritti di difesa del convenuto, però ha un ambito di applicazione molto ristretto: perché? Riguarda solo i convenuti che sono rimasti contumaci, quindi tutte le violazioni al diritto di difesa ad un convenuto che si è costituito già stanno fuori da questa norma, e poi riguardano solo vizi relativi all'introduzione del giudizio. Sono tante le violazioni del giusto processo ci possono essere nel corso del giudizio? Quindi magari l'atto di citazione è stato notificato perfettamente, gli è stato dato tutto il tempo necessario per difendersi, ma poi magari le violazioni dei diritti della

difesa sono avvenuti nel corso del giudizio. Ecco, tutto questo restava fuori dalla lettera b), da questo requisito. Quindi vuol dire che potevano esserci circostanze in cui c'era stata una palese, manifesta violazione delle regole del giusto processo nell'ordinamento di origine, e che si faceva? Non si consentiva al giudice di rifiutare? Si doveva consentire di rifiutare agli altri giudici il risultato di un processo viziato in qualche modo. E allora lo si è fatto utilizzando il limite dell'ordine pubblico dal punto di vista processuale (lettera a).

Qual è il parametro di riferimento in questi casi? Le regole del giusto processo dettate dall'art 6 della Convenzione Europea dei diritti umani.

Quelle valgono per tutti gli stati membri perché tutti gli stati membri fanno anche parte della Convenzione europea dei diritti umani. Quindi i parametri per giudicare se c'è o meno una manifesta violazione sono anche quelli abbastanza uniformi negli ordinamenti perché abbiamo questo faro che è l'art 6 della CEDU. Questo modo di ragionare trova conferma anche nella giurisprudenza stessa della Corte europea dei diritti umani perché la Corte dice che c'è una violazione del giusto processo, non solo quando questa violazione è commessa dai giudici di uno stato parte, quindi i giudici italiani commettono una violazione delle regole sul giusto processo significa che l'Italia commette una violazione dell'art 6 della CEDU. Ma secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani si viola l'art 6 anche quando si dà efficacia ad una sentenza straniera che è stata emessa in violazione dei principi del giusto processo. Come un giudice italiano non può violare le regole sul giusto processo, non può nemmeno l'Italia avvalersi di una sentenza straniera che lo ha fatto. È una **violazione indiretta** ma è sempre una violazione dell'art 6 della CEDU. (È come dire non puoi torturare, ma nemmeno puoi mandare la gente in uno stato dove torturano, non stai violando direttamente l'art 3 della Convenzione ma lo stai violando indirettamente).

La sentenza cardine che ha enunciato questo principio ha riguardato proprio l'Italia nel caso *Pellegrini* contro Italia che è significativo perché la sentenza di cui si discuteva e dove erano stati violati i principi sul giusto processo, era una sentenza ecclesiastica emessa dal Tribunale della Sacra Rota, un annullamento di un matrimonio, e in questo caso l'Italia aveva dato efficacia

alla sentenza ecclesiastica (dichiarazione di nullità del matrimonio). Apro una parentesi: di solito il marito si rivolgeva al tribunale della Sacra Rota chiedendo l'annullamento perché prevedeva il pagamento minore di alimenti rispetto a quelli che si paga in conseguenza del divorzio; oppure si chiedeva l'annullamento anche se ci si voleva risposare in chiesa. Ora però la giurisprudenza italiana ha equiparato gli istituti e questo giochino qui non funziona più.

Ma la signora/moglie Pellegrini contestava che la sentenza emessa dalla Sacra Rota, era emessa in violazione dei suoi diritti alla difesa. Davanti alla Corte europea dei diritti umani, la signora non poteva invocare lo stato del Vaticano (non facendo parte della convenzione), non si poteva cioè invocare lo Stato che aveva violato i diritti e emanato la sentenza ma si invoca che l'Italia ha violato l'art 6, e la Corte europea dei diritti umani ha riconosciuto l'infrazione. L'Italia nel non verificare in modo approfondito che la sentenza avesse effettivamente rispettato i principi del diritto della difesa ha violato l'art 6.

Quindi questo principio mi dimostra che ci deve essere sempre una scappatoia per gli stati per poter impedire l'efficacia di una sentenza quando sono state violate le regole del giusto processo nell'ordinamento di origine, altrimenti si renderebbero corresponsabili circa la violazione delle norme sul giusto processo.

Una serie di sentenze della Corte di Giustizia consente di dire che quando c'è una violazione manifesta (non qualunque violazione) di un principio fondamentale del giusto processo, consente di rifiutare il riconoscimento della sentenza. C'è ampia giurisprudenza sia della Corte di Giustizia, ma poi anche casistiche in Italia, in cui di solito si è provato a sostenere la violazione del giusto processo, e quindi si è provato a invocare a sostenere il limite dell'ordine pubblico processuale poi di solito l'esito è quasi sempre negativo. Cioè alla fine si accerta che la violazione non c'è stata.

Il caso emblematico che ha riguardato l'Italia è il caso Gambazzi che è un caso che ha riguardato un cittadino italiano che risiedeva in Inghilterra e che era stato citato in giudizio in Inghilterra, e nel giudizio inglese non aveva ottemperato a dei provvedimenti che il giudice aveva emesso nei suoi confronti di dover mettere a disposizione alcuni documenti. Questi provvedimenti quando non vengono adempiuti dalla parte contro cui sono

emessi, hanno delle conseguenze processuali, tra cui anche l'estromissione dal processo.

Ora il Signor Gambazzi non avendo ottemperato a questi provvedimenti della corte inglese, ha ricevuto la massima sanzione possibile per l'inadempimento all'ordine di produzione dei documenti fondamentali per il processo, cioè l'estromissione dal giudizio. Qual era la tecnica processuale degli avvocati difensori inglesi del Signor Gambazzi studiata a tavolino fin dal processo inglese? La strategia difensiva era "non ti preoccupare tanto poi in Italia non la facciamo eseguire la sentenza e diciamo che c'è stata una violazione macroscopica del diritto alla difesa in giudizio perché sei stato estromesso dal giudizio. In astratto, l'estromissione dal giudizio è la massima espressione della violazione dei diritti alla difesa, perché se sono estromesso dal giudizio di certo non posso difendermi. Tutta una strategia processuale volta a questo fine. La Corte di Giustizia dell'Unione europea mi dice che se c'è una violazione manifesta di principi fondamentali del giusto processo si può rifiutare il riconoscimento ma rimette poi ai giudizi nazionali la valutazione caso per caso di quando c'è questa manifesta violazione e quando non c'è.

Non me lo può dire la corte di giustizia se c'è una violazione dell'ordine pubblico. Me lo deve dire il giudice dello stato richiesto. Quindi che succede? La corte di Giustizia nel caso Gambazzi, sentenza del 2009, ribadisce quello che aveva già detto in altre pronunce: se c'è una violazione manifesta del giusto processo e del diritto di difesa si può invocare il limite dell'ordine pubblico, certo però il processo va tenuto in considerazione nel suo complesso. Non devo guardare solo all'atto in sé, ma a tutta la disciplina del processo. Quindi nel giudizio in Italia, corte d'appello e cassazione, arrivano a dire che la strategia difensiva non è stata un granchè: perché? Perché il signor Gambazzi sapeva esattamente a cosa andasse in contro quando non ha rispettato il provvedimento del giudice inglese che gli ordinava di produrre quei documenti.

Il giudizio inglese non è che estromette a caso, ma estromette come *ultima ratio* dopo che un provvedimento del giudice non è stato eseguito e il soggetto è consapevole, secondo le norme procedurali di quel posto dove si sta svolgendo il giudizio, che le conseguenze possono essere gravi, tra cui anche l'estromissione.

Sostanzialmente i giudici italiani dicono che siccome lo sapevi che la conseguenza era l'estromissione, sapevi che la conseguenza poteva essere quella, e nonostante questo hai tenuto questo comportamento, allora non c'è violazione delle regole sul giusto processo e quindi non c'è violazione del limite dell'ordine pubblico.

Come anche si è provato a sostenere che ci fosse violazione del giusto processo quando negli ordinamenti stranieri la mancata contestazione equivale ad ammissione della domanda. Quindi se il convenuto non contesta la domanda, la domanda è accolta senza il minimo onere della prova dell'attore. Si è provato a sostenere anche in Italia, che quindi una sentenza emessa sulla base di questo principio è contraria ai principi del giusto processo. Anche qui è andata male perché anche la Corte di Giustizia aveva detto, e la giurisprudenza italiana lo ha applicato, siccome si deve guardare l'impostazione e l'impianto generale del procedimento, e siccome te lo sai che quando ti citano in giudizio in quell'ordinamento e te non ti costituischi in giudizio incorri in quelle conseguenze, non puoi poi lamentarti che sono stati violati i tuoi diritti alla difesa.

Andiamo avanti con altri due motivi di rifiuto, che trattiamo insieme perché sono analoghi, e riguardano l'incompatibilità tra decisioni. Lo abbiamo accennato quando abbiamo parlato della litispendenza. Si può rifiutare di riconoscere una sentenza, se nell'ordinamento è già stata emessa una sentenza incompatibile, cioè si preserva l'armonia dell'ordinamento. Non può circolare una sentenza se i giudici dello stato richiesto hanno già emesso una sentenza incompatibile con quella di cui si chiede il riconoscimento. E questo lo dice la lettera c). era quell'ipotesi del caso della litispendenza che abbiamo esaminato ieri (in particolar modo nel caso Gubisch c. Palumbo) può darsi che un giudice dica che il contratto è inefficace e da lì in qualunque momento poi non può essere riconosciuta una sentenza che condanna al pagamento o all'adempimento di quel contratto, c'è già una sentenza incompatibile. Quindi lettera c): motivo di rifiuto del riconoscimento è l'esistenza di una decisione emessa tra le medesime parti nello stato membro richiesto che sia incompatibile cioè - ha detto la Corte- il cui risultato si esclude

reciprocamente, cioè che non stanno bene insieme, o l'uno o l'altro sennò sono in contraddittorio tra loro.

Oppure stessa circostanza, incompatibilità tra decisioni, ma tra la decisione di uno stato membro di cui si chiede il riconoscimento e un'altra decisione che è già stata riconosciuta nell'ordinamento. Quindi è analoga. Non sono qui sentenze interne, ma una sentenza esterna che però è già stata riconosciuta, e quindi mi ostacola il riconoscimento di una successiva sentenza incompatibile.

Arriviamo alla lettera e), che nel Regolamento precedente, costituiva proprio un altro articolo diverso e che ora invece troviamo inserito nello stesso articolo sui motivi di rifiuto.

Il principio da cui si parte è: si può rifiutare di riconoscere una decisione per il fatto che il giudice che l'ha emessa era incompetente? Posso andare io a controllare se chi l'ha emessa fosse davvero competente ad emetterla? Il regolamento sempre nell'ottica di fiducia, parte dal presupposto che c'è una fiducia nel fatto che gli stati membri applicheranno correttamente i criteri di giurisdizione posti dal regolamento.

Quindi come criterio generale non si può andare a controllare. Al giudice italiano arriva una sentenza francese e non può andare a controllare che il giudice francese fosse davvero competente, non può farlo, si deve fidare.

Quindi vale anche all'opposto. Il giudice francese si deve fidare di quello Italiano. Certo però ci sono delle **eccezioni**: ci sono delle ipotesi in cui invece si deve consentire un controllo e anche ad arrivare a rifiutare il riconoscimento se le norme sono state violate.

Quali sono queste norme così importanti del Regolamento che consentono questa ulteriore verifica? Sono le competenze esclusive (quelle competenze che sono inderogabili, sono esclusive nel senso di escludere che qualunque altro giudice abbia competenza, e che sono così importanti da aver stabilito l'accertamento d'ufficio dell'incompetenza. E allora cosa succede? Che se il giudice non era competente perché ce n'era un altro competente di un altro stato membro in virtù di una competenza esclusiva, ma quel giudice emana lo stesso la sentenza, negli altri stati si può rifiutare il riconoscimento perché c'è

stata una violazione di queste norme così importanti sulla competenza giurisdizionale.

Vi ricordate ad esempio il criterio dov'è situato l'immobile: se ad esempio l'immobile è situato in Francia, il giudice italiano non potrebbe conoscere di quella causa, e anzi dovrebbe dichiarare d'ufficio l'incompetenza, ma se non lo fa e se emette una sentenza che riguarda però un'azione reale immobiliare su un immobile situato in Francia. È chiaro che poi quando si prova a far circolare questa sentenza, e ovviamente dov'è che si avrà interesse a farla eseguire? In Francia dov'è l'immobile, ma è chiaro che i giudici francesi diranno di no, perché c'era una competenza esclusiva del giudice francese che il giudice italiano ha ignorato. In questo caso si può rifiutare il riconoscimento. E anche nei casi di quelle norme, che abbiamo visto, i cd. **fori di protezione** che sono norme a tutela delle parti deboli: norme a tutela del consumatore, del lavoratore e del contratto di assicurazione. Anche in questi casi si rafforza la tutela, consentendo di rifiutare il riconoscimento, se le norme sono violate. In tutti gli altri casi, non solo non si può verificare che fosse competente, **ma non si può nemmeno aggirare il divieto utilizzando il limite dell'ordine pubblico**. Quindi quando la norma mi dice che non si può verificare se il giudice era competente, non lo si può fare neppure aggirando il problema e dicendo "per me era violazione dell'ordine pubblico". Questo non lo si può fare.

Recentemente la Corte di Giustizia ha esteso questa idea, questo principio, anche in un caso di violazione delle norme sulla litispendenza, quelle norme che abbiamo visto ieri. Cioè il quesito era: ma se sono state violate le norme sulla litispendenza cioè il giudice che era stato adito per secondo è andato avanti, non ha seguito quello che gli diceva il regolamento cioè di sospendere il giudizio e poi estinguere il giudizio, e ha emanato una sentenza? Di fronte ad una violazione così palese del regolamento, delle norme sulla litispendenza, si può invocare questo come motivo di rifiuto di riconoscimento? No. Quindi alla base continua ad esserci questa fiducia ma anche questa regola per cui o i giudici applicano per bene le norme, o comunque poi le sentenze circolano. Questi sono gli unici motivi che possono essere invocati per impedire l'efficacia delle decisioni e possono essere fatti valere o proprio come domanda in cui si chiede il diniego del riconoscimento, oppure come

opposizione all'esecuzione e quindi come diniego dell'esecuzione (art 46) che però mi rinvia per i motivi di rifiuto all'art 45. Cioè l'art 46 dice:

"Su istanza della parte contro cui è chiesta l'esecuzione, l'esecuzione di una decisione è negata qualora sia dichiarata la sussistenza di uno dei motivi di cui all'articolo 45".

Quindi questi motivi possono essere invocati per bloccare l'efficacia oppure per bloccare l'esecuzione della sentenza.

Delle volte, e lo vedremo anche per la L.218, si discute sull'efficacia o meno di una sentenza anche nel corso di un giudizio, cioè può succedere che di fronte ad un giudice dove è stata formulata una domanda, magari il convenuto tira fuori che ci è già stata una sentenza magari su quel punto, una sentenza di un giudice di uno stato membro. Quindi può darsi che la questione dell'efficacia o meno della decisione straniera possa essere sollevata in corso di causa. Ovviamente questo è previsto dal regolamento (art 36 paragrafo 3) e che succede in questi casi?

Non c'è bisogno di attivare un diverso procedimento, ma sarà il giudice di quella controversia che incidentalmente deve verificare se davvero quella sentenza è riconoscibile o meno. Quindi il convenuto arriva e sventola il fatto che c'è già una sentenza, quindi magari io chiedo davanti a un giudice la condanna al pagamento di una somma di denaro del convenuto perché responsabile di un incidente stradale; il convento potrebbe sollevare in giudizio come principale eccezione il fatto che un altro tribunale di un altro stato membro ha già accertato che non c'è responsabilità. Quindi dice ma qui c'è già una sentenza, questa sentenza produce effetti, quindi produce quegli effetti di giudicato che si hanno anche all'interno di un ordinamento. Io non è che posso instaurare di nuovo un giudizio quando ho già una sentenza che ha già statuito su quella stessa questione. Allora se però quindi viene contestata l'efficacia di quella sentenza, perché magari l'attore potrebbe dire "no per quella sentenza esistono dei motivi di rifiuto" per contrasto con l'ordine pubblico o altro; si può fare la verifica dei motivi di rifiuto di riconoscimento in corso del giudizio, incidentalmente. E allora lì dipenderà dall'esito: se la sentenza accerta che è riconoscibile, cessa la materia del contendere perché c'è già quella sentenza. Se invece per qualche motivo (tra quelli indicati all'art 45) quella sentenza non produce effetti allora il procedimento può andare

avanti, perché io a quel punto ho escluso che quella sentenza possa produrre effetti.

Concludiamo vedendo quale è la disciplina del riconoscimento di efficacia di sentenze straniere nella **L. 218**.

Qui, anche in questo caso bisogna fare due parole introduttive un po' sul cambiamento che c'è stato, un excursus storico breve, perché quando nel 1995 quando viene adottata la Legge 218 viene introdotto un cambiamento importante in relazione all'efficacia delle decisioni. Quindi bisogna fare un passo indietro e vedere che cosa fosse previsto nel sistema italiano prima dell'adozione della L. 218.

Una delle caratteristiche della L. 218 è stata quella di **riunire in un unico strumento normativo questioni di giurisdizione, legge applicabile ed efficacia delle decisioni**, mentre prima di questo strumento normativo noi avevamo le norme che riguardano queste tre sfere della materia dislocate tra:

- le *norme sulla giurisdizione* che erano collocate nei primi articoli del codice di procedura civile;
- le *norme sulla legge applicabile* che erano collocate in poche disposizioni preliminari al codice civile;
- le *norme sull'efficacia delle decisioni straniere* che venivano trovate nel c.p.c. agli artt. 796-797.

Cosa prevedevano queste norme nel c.p.c.? si prevedevano delle condizioni per il riconoscimento delle sentenze straniere.

Ma soprattutto si prevedeva non un automatismo, ma che la sentenza straniera potesse produrre effetti in Italia solo dopo un procedimento che si doveva svolgere davanti alla Corte d'Appello, la quale, attraverso una sentenza, doveva accertare se quella sentenza aveva o no quelle condizioni per poter essere riconosciuta. Questo procedimento veniva tecnicamente chiamato **procedimento di delibazione**. Oggi in senso lato si parla di delibazione ancora per riferirsi al riconoscimento di sentenze, ma come vedremo a breve questo procedimento non esiste più.

Che caratteristiche aveva però questo procedimento? Si diceva che in realtà quello che andava a fare la corte era solo un giudizio di accertamento, che

però era condizione indispensabile perché una sentenza straniera potesse produrre effetto in Italia.

Quindi quando volevo invocare una sentenza straniera dovevo chiedere alla Corte di Appello di accertare le condizioni, e solo dopo che la Corte d'Appello pronunciava la sentenza di delibazione, io potevo dire che in Italia quella decisione poteva produrre effetti.

Si poteva anche invocare una sentenza straniera in corso di causa: può sempre succedere che in un procedimento possa esserci la necessità di invocare la sentenza straniera che magari abbia già accertato un certo diritto, un certo rapporto; in quel caso si poteva fare una **delibazione incidentale**, ma la differenza era che valeva solo ai fini di quel giudizio.

Invece, la delibazione fatta dalla Corte d'Appello valeva *erga omnes*, quindi quando si aveva la sentenza della Corte d'Appello che mi diceva che quella decisione poteva circolare, avere effetti in Italia, si poteva invocarla ovunque si volesse perché la sentenza valeva per tutti.

Questo valeva ai sensi del c.p.c., però ricordiamoci che con la Convenzione di Bruxelles del 1968 viene introdotto il **principio del riconoscimento automatico**, che valeva solo per le decisioni emesse dagli stati parti della Convenzione di Bruxelles e solo nelle materie coperte dalla Convenzione. Però fu una prima rottura con quest'idea della delibazione, perché in quel contesto e solo per quelle decisioni che entravano nell'ambito di applicazione c'era il riconoscimento automatico (almeno per l'efficacia, quindi per il riconoscimento).

Abbiamo avuto per un certo periodo di tempo anche discipline parallele diverse, e quindi a seconda dell'ambito di applicazione si doveva decidere quale applicare.

Arriviamo alla L. n. 218 del 1995, dove si decide in sostanza di **estendere l'idea dell'efficacia automatica unilateralmente e senza condizione di reciprocità**: si decide di riconoscere le sentenze straniere in modo automatico, indipendentemente dal fatto che, l'ordinamento da cui proviene la sentenza, faccia la stessa cosa con riferimento alle sentenze italiane.

Per molto tempo per agevolare il reciproco riconoscimento delle sentenze, si concludevano convenzioni internazionali. Però lì la convenzione si basa invece sul principio di reciprocità: io ti riconosco le tue sentenze perché te riconosco le mie.

Nel 1995 L'Italia è molto generosa, perché decide unilateralmente di aprire alle sentenze di qualunque parte del mondo. Non stiamo parlando di sentenze localizzate, magari solo nell'UE (come, invece, succede quando si parla di regolamenti), qui stiamo parlando di sentenze straniere, cioè provenienti da qualunque ordinamento possibile sulla faccia della terra. L'ordinamento italiano dice: *"io prevedo il riconoscimento automatico di qualunque sentenza straniera, purché risponda a certe condizioni"*.

Quindi resta il fatto di subordinare il riconoscimento a **certe condizioni**, ma quale è la differenza? Non si deve più passare ad un accertamento della Corte d'Appello. Se la sentenza risponde a certe condizioni, automaticamente produce effetti.

Poi, come vedremo, ci potrà essere un contenzioso, perché ci potrà essere una contestazione, ci potrà essere un disaccordo tra le parti (magari una parte dice che le condizioni in quella sentenza ci siano, mentre l'altra afferma il contrario, oppure il contenzioso può avvenire dinanzi a un sindaco che non riconosce gli effetti alla sentenza e non la trascrive). Quando in qualche modo viene messa in discussione l'efficacia di quella sentenza, c'è un procedimento per accertarlo in modo univoco. È chiaro che laddove non c'è questa contestazione, non c'è questo dubbio, è molto facilitato l'operatore giuridico, ma anche le parti sono molto facilitate, perché possono invocare le sentenze straniere automaticamente senza necessariamente passare attraverso un procedimento.

Dove lo troviamo questo principio? Le regole che riguardano l'efficacia delle sentenze straniere sono agli **artt. 64 e seguenti** della L. 218, e fanno parte del titolo IV di questa legge. Questo titolo IV non è entrato in vigore subito come tutta la restante parte della legge; c'è stato un rinvio dell'entrata in vigore solo di questo titolo IV, che è entrato in vigore il 31 dicembre 1996.

Perché c'è stato questo differimento dell'entrata in vigore di questa parte? Proprio perché c'erano dei dubbi interpretativi su alcuni aspetti legati proprio

all'operatività di questo principio di riconoscimento automatico. Quindi a partire dal 31 dicembre del 1996 iniziano ad avere efficacia anche queste norme.

Dove trovo enunciato il principio di riconoscimento automatico?

Subito all'inizio dell'**art. 64**, che mi dice: *"La sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento quando [...]"* e mi elenca tutte le condizioni perché si possa dire che una sentenza produce effetti.

Da cosa si deduce che questo sia un riconoscimento automatico?

Dalla formula che abbiamo visto, che è la stessa che viene usata a livello dell'UE, cioè il fatto di dire che la sentenza è riconosciuta senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento; prima era diverso perché si doveva, invece, sempre passare da un procedimento. Questa norma riguarda sentenze straniere; il titolo IV però è intitolato: *"efficacia di sentenze ed atti stranieri"*, perché, come vedremo, altre norme si occupano di atti che non hanno la qualifica di sentenza.

L'articolo 64 è l'articolo principale che riguarda le sentenze straniere, però dobbiamo anche porci la questione di che cosa si debba intendere per sentenza straniera. Noi ipotizziamo di confrontarci con provvedimenti stranieri, che quindi sono intanto emessi in tutte le lingue possibili del mondo e che avranno anche loro una nozione giuridica di "sentenza"; e oltretutto non mi basterà tradurre il nome che viene dato a quel determinato provvedimento: se mi arriva un provvedimento venezuelano, ovviamente non mi basterà tradurre come l'hanno chiamato in Venezuela per desumere che è una sentenza, primo perché le traduzioni non sempre corrispondono allo stesso istituto giuridico, secondo perché addirittura anche nel nostro ordinamento non ci si basa mai sul nome dato a un provvedimento, ma sul contenuto.

Succede che si possa, ad esempio, impugnare un provvedimento che ha il nome di una diversa tipologia di provvedimento, che magari non è impugnabile con quel determinato mezzo di impugnazione, ma io guardo alla sostanza: non interessa il *nomen* dato al provvedimento, ma devo vederne il contenuto, gli effetti per determinare che si tratta di una sentenza.

La stessa cosa io la devo fare, non solo per la sentenza italiana, ma anche con provvedimenti che ipoteticamente possono arrivare da qualunque parte del mondo.

Viene sostanzialmente definita sentenza, quel **provvedimento che promana da un'autorità giudiziaria** (primo elemento molto importante), e che **decide un procedimento con un contenuto tale che in Italia sarebbe deciso con sentenza** o che comunque **ha come effetto di accertare, di costituire, di modificare o di estinguere** (questi sono i tipici contenuti di un ipotetico provvedimento giurisdizionale in un procedimento giudiziario) **situazioni oggettive, capacità giuridiche, situazioni personali o patrimoniali ecc.**

C'è anche un riferimento anche ad un'assimilazione a quello che normalmente è sentenza nell'ordinamento italiano, ma noi qui lo possiamo fare perché stiamo parlando di quello che dice il legislatore italiano.

Ogni stato è libero di decidere se e a quali condizioni far entrare le sentenze straniere.

Le caratteristiche fondamentali, indipendentemente dal *nomen iuris*, sono quelle di una **decisorietà del provvedimento** (il provvedimento deve avere carattere decisorio), e di una **definitività del provvedimento** (che sia suscettibile di diventare definitivo). Queste sono le caratteristiche che deve avere il provvedimento affinché si possa dire che è una sentenza.

Quali sono queste condizioni per il riconoscimento? Tutte queste cose che attengono poi più nel dettaglio a cosa c'è e a cosa non c'è nella sentenza, praticamente noi le ribaltiamo nelle condizioni.

Quella della motivazione non la consideriamo parte integrante della sentenza, ma è una di quegli elementi di cui ci si è interrogati se fosse o meno necessaria per poter dire anche che rispondesse alle condizioni. Tra l'altro, facendo un passo indietro, anche ai fini del giusto processo e dell'art. 6 della CEDU, ci si è chiesti quale sia la soluzione a cui si arriva: non occorre che ci sia per forza la motivazione formalmente, ma devo poter ricavare la motivazione dal contenuto della sentenza. Se noi arriviamo a dire che è un provvedimento effettivamente, completamente privo di motivazione, noi non lo riconosceremo. Se, invece, c'è anche se non così evidente, ma la si ricava nel contenuto, nella lettura complessiva del provvedimento, allora ci va bene.

Le condizioni per il riconoscimento automatico delle sentenze

Detto ciò, andiamo a vedere le **condizioni cui è subordinato il riconoscimento delle sentenze**, indicate nelle varie lettere **dell'articolo 64**.

1. La prima condizione è forse quella che si differenzia di più rispetto a quello che noi abbiamo visto nel regolamento.

Noi abbiamo visto che nel *regolamento* (e questo vale per tutti i regolamenti), salvo casi eccezionali, **non si va a controllare la competenza del giudice** che ha emanato la sentenza; non si va a controllare che fosse competente il giudice che ha emanato la sentenza. Questo è l'approccio dei regolamenti, perché c'è questa massima fiducia tra gli stati membri.

Se noi ci spostiamo a quello che di solito dicono le *convenzioni*, di solito quando ci si occupa di efficacia delle decisioni, si mettono anche dei criteri di giurisdizione uniformi.

Infatti, molto spesso le stesse convenzioni si occupano di giurisdizione e di efficacia delle decisioni, proprio perché le parti nel cooperare decidono di riconoscere le sentenze solo se sono state emesse a fronte di criteri di competenza giurisdizionale concordati nella convenzione stessa. L'approccio del regolamento è quello, l'approccio delle convenzioni internazionali è quello di dire: *“solo se la decisione è emessa in virtù di criteri previsti nella convenzione stessa, allora potrà avere efficacia”*.

Il legislatore italiano, invece, va a controllare la competenza del giudice straniero, ma con una norma che è la più difficile di questo articolo, perché prevede un meccanismo un po' particolare, che non guarda la *ratio* e non obbliga l'ordinamento ad andare a controllare se il giudice straniero aveva o meno competenza in virtù dei suoi criteri di competenza; non andiamo a controllare che cosa ha fatto il giudice straniero, facciamo un controllo diverso. Ci interessa capire se c'era un **collegamento tra il giudice straniero e la controversia in qualche modo sufficiente** per poter dire che quel giudice se ne poteva occupare.

Andiamo a vedere come viene espresso questo concetto nella **lettera A** e poi cerchiamo di capire che cosa vuol dire: la sentenza è riconosciuta quando “il

giudice che l'ha pronunciata poteva conoscere della causa (=aveva competenza) secondo i principi sulla competenza giurisdizionale propri dell'ordinamento italiano”.

Bisogna vedere come va interpretata e applicata questa norma. Certo non vuol dire che noi imponiamo a tutto il mondo di seguire i criteri e le giurisdizioni che seguiamo noi. Ogni ordinamento avrà i propri criteri di giurisdizione, i giudici applicheranno i criteri previsti nelle norme di quell'ordinamento. Quello che andiamo a fare è: andare a vedere che collegamenti aveva la controversia con quell'ordinamento e stabilire se, nelle stesse circostanze, rapportate in Italia, il giudice italiano avrebbe avuto competenza.

Infatti, la norma dice che noi andiamo a valutarlo secondo i principi sulla competenza propri del nostro ordinamento, ma chiaramente trasponendoli e guardandoli nell'ottica della controversia che si svolgeva nell'ordinamento straniero.

L'esempio che un po' chiarisce il tutto: noi abbiamo visto che i principali criteri di giurisdizione posti dall'art. 3 nella L. 218 sono che: se il convenuto ha il domicilio, o la residenza in Italia, il giudice italiano è competente. Cosa vuol dire questo ai fini della lettera A dell'art. 64? Se io ho una sentenza brasiliana e vedo che il convenuto era domiciliato o residente in Brasile, per noi questo requisito è rispettato; perché secondo i principi propri dell'ordinamento italiano c'era quel collegamento tra il giudice brasiliano e il convenuto che era residente o domiciliato in Brasile.

Questo criterio viene riassunto nel concetto di **“competenza internazionale”**.

Quello che deve essere chiaro è che a noi non interessa quale criterio ha applicato il giudice brasiliano, non ci interessa proprio andare a vedere quale criterio di giurisdizione ha applicato il giudice brasiliano. Nell'esempio il convenuto è domiciliato o residente in Brasile; magari il giudice brasiliano ha applicato come criterio di giurisdizione il fatto che l'attore era cittadino brasiliano. Da noi, tranne in alcuni casi, il fatto che quell'attore sia cittadino italiano come criterio in generale non vale, vale per alcune norme speciali. Questo è l'esempio che fa capire che indipendentemente da quale sia il criterio che ha applicato il giudice brasiliano, noi andiamo a individuare che collegamenti aveva la fattispecie con il giudice.

Ma alla fine perché tutto questo? Perché noi vogliamo evitare di dare efficacia a sentenze che si siano emesse in mancanza di un collegamento tra il giudice e la fattispecie. C'è un principio di fondo che regola le norme sulla giurisdizione che ci dice che ci deve essere un collegamento tra il giudice che si occupa della controversia e la controversia stessa. Vogliamo che, quando arriva una sentenza straniera, un motivo per cui le parti mi invocano in Italia una sentenza indiana, una sentenza cinese... ci deve essere un collegamento della fattispecie che ha giustificato l'esercizio della competenza giurisdizionale.

C'è un ulteriore elemento che complica la faccenda, perché, tra i principi che regolano la giurisdizione italiana, c'è anche la regola che è indicata dall'**art. 4** relativa **all'accettazione**: il giudice italiano non è competente solo quando c'è un criterio di giurisdizione che lo dice, ma anche quando le parti si sono accordate per conferire competenza al giudice italiano che non ce l'avrebbe.

Da noi l'accordo delle parti è sufficiente per attribuire competenza al giudice italiano anche quando non ce l'avrebbe. Noi siamo abbastanza aperti, perché si dice che questa accettazione deve essere solo provata per iscritto (non è che ci siano tante altre condizioni).

Se noi questo criterio lo ribaltiamo nel valutare l'efficacia delle sentenze straniere, ai sensi della lettera A dell'art. 64 della L. 218, che cosa vorrebbe dire?

Tutte le volte in cui le parti hanno attribuito competenza giurisdizionale ad un giudice straniero, anche in mancanza di un qualunque collegamento, come avviene per il giudice italiano può avvenire per il giudice straniero di dare efficacia alla sentenza straniera. L'accettazione della competenza da parte delle parti, come serve per attribuire la competenza al giudice italiano, può servire per attribuire la competenza al giudice straniero e quindi di conseguenza poi quella sentenza potrà avere effetti in Italia.

È così per alcune sentenze della Cassazione che hanno effettivamente riconosciuto che la lettera A fosse rispettata in relazione a sentenze straniere, dove erano le parti che avevano attribuito competenza al giudice che aveva emanato quella sentenza.

Come principio generale e come esempi c'è una certa casistica che mi dice questo, poi però è arrivato il caso del 2014, quando ancora per divorziare occorrevano tre anni di separazione, dove la Cassazione è intervenuta con decisione.

Arriva una sentenza emessa a Santo Domingo tra due cittadini italiani che risiedevano in Italia e che semplicemente erano andati a divorziare a Santo Domingo, attribuendo competenza giurisdizionale al Tribunale di Santo Domingo per accordo tra di loro. Erano perfettamente d'accordo nel voler divorziare ed erano anche perfettamente d'accordo nel voler velocizzare la separazione. Cercano di far produrre gli effetti in Italia, ma in questo caso la Cassazione ha affermato che ai due italiani residenti in Italia, che vanno a Santo Domingo e accettano la competenza dei giudici di Santo Domingo, non si può riconoscere la sentenza perché non è rispettata la lettera A dell'art. 64. Si è applicato l'articolo in maniera un po' diversa da quello che abbiamo detto fino ad ora, perché in realtà la Cassazione dice che in quel caso c'era una competenza italiana inderogabile.

Da dove lo desume che la competenza italiana era inderogabile? Dal fatto che l'art. 4 parla anche di deroga alla competenza italiana al secondo comma, dicendo però che la competenza italiana è derogabile **solo per i diritti disponibili**.

Quindi la Cassazione dice che siccome era una **materia che verteva sui diritti indisponibili, c'era una giurisdizione inderogabile italiana, quindi non considera ai sensi della lettera A l'accettazione che hanno fatto del giudice di Santo Domingo**.

È corretto questo meccanismo? È discutibile, secondo la visione di molti non è corretto il meccanismo con cui hanno applicato la lettera A, perché in realtà se arrivano da noi (non guardiamo al fatto che adesso c'è un regolamento che regola questi aspetti) due parti che accettano la competenza giurisdizionale del giudice italiano, quindi prorogano la competenza del giudice italiano, noi non andiamo a controllare se ci siano dei diritti disponibili.

Il comma 1 dell'art. 4 non mi richiede questo, pertanto per attribuire competenza al giudice italiano va bene sempre, ma allora se questa è la regola dovrebbe valere anche quando io la applico specularmente per determinare l'efficacia della decisione.

Qui in realtà entrava in gioco un qualcosa che ne parleremo in seguito; cioè la Cassazione voleva evitare che con questo *escamotage* si aggirasse una legge che sarebbe stata poi applicabile necessariamente a due italiani residenti in Italia (la legge sul divorzio italiano). In questo caso però si trattava di *frode alla legge* e vedremo che la frode alla legge è un'ipotesi di contrasto di ordine pubblico. Volendo la Cassazione poteva usare un altro strumento per raggiungere lo stesso risultato non riconoscendo la sentenza.

2. La **lettera B** contiene a sua volta due condizioni, come se fossero due condizioni messe insieme che però hanno la stessa *ratio*, cioè andare a valutare alcuni aspetti di come si è svolto il procedimento all'estero. La lettera B dice: “[...] *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*”.

Si guarda innanzitutto all'inizio del procedimento e si va a valutare che il **convenuto sia stato citato in giudizio correttamente secondo quanto prevede la legge dove si è svolto il procedimento**. Attenzione: le citazioni potrebbero essere non conformi alle nostre, perché quando io svolgo un processo all'estero seguo le norme processuali di quel paese.

La lettera B mi aggiunge qualcos'altro: **devono essere stati rispettati i diritti essenziali della difesa** (seconda condizione). Questa, invece, è una valutazione generale che riguarda tutto il procedimento, non solo l'atto introduttivo.

E si tratta dell'esplicazione di quello che abbiamo visto già: che manca nel regolamento e che ha portato la Corte di Giustizia ad applicare il *limite dell'ordine pubblico in senso processuale* (il rispetto del giusto processo e delle condizioni minime essenziali per ritenere che il processo si sia svolto in modo equo). Noi andiamo a valutare che nell'ambito del procedimento non siano stati violati i diritti essenziali della difesa, altrimenti non riconosciamo effetto alla sentenza.

Questo consente così all'Italia di rispettare l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti umani, perché si viola l'art. 6 non solo quando si viola il giusto processo in Italia, ma anche quando anche si dà efficacia a sentenze straniere che sono state emesse violando le regole sul giusto processo.

È abbastanza difficile che il giudice, dalla sola sentenza, riesca a capire che ci sono state questo tipo di violazioni. Quindi è necessario che la parte che ha subito la violazione dei suoi diritti, quando vede che l'altra parte invoca la sentenza, potrà contestare e tirare fuori qual è la violazione della regola del giusto processo.

Alcune cose possono essere macroscopiche, come, ad esempio, se io vedo che la parte non era assistita da un avvocato, lo posso vedere già dalla sentenza.

Ci sono casi risolti dalla Cassazione, che ha applicato la lettera B dicendo che alcune tipologie di notifiche o modalità di notifiche non rispettavano i diritti essenziali della difesa. Ad esempio, il **caso del 2011 in cui la Cassazione** ha detto che non era riconoscibile la sentenza perché i modi con cui è stato notificato l'atto introduttivo e soprattutto i tempi di difesa che erano cinque giorni (dati al convenuto per difendersi) non hanno rispettato la lettera B dell'art. 64.

C'è un altro **caso del 2013** in cui la notizia dell'udienza veniva data tramite pubblicazione sui giornali locali, perché così si fa in quel paese dove è considerato sufficiente per citare la data dell'udienza la pubblicazione sui giornali locali. C'era una conformità a quello che prescrive la legge locale, ma a noi non basta: bisogna anche andare a controllare queste modalità che garantiscono la difesa. In questo caso non venivano garantiti i diritti della difesa.

3. 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"*.

Vedete che sono verifiche che si devono fare andando a capire quale è la legge del luogo, che però non è sempre facilissimo. Il regolamento non chiede mai di andare a verificare se si sia svolto regolarmente un procedimento secondo la legge del luogo; qui, invece, il legislatore italiano impone anche questo controllo.

4. Lettera D: *"[...] essa è passata in giudicato secondo la legge del luogo in cui è stata pronunciata"*. È elemento molto importante perché *differenzia* la disciplina rispetto all'agevolamento che abbiamo visto nel

regolamento: noi decidiamo di riconoscere sì efficacia automaticamente, ma soltanto alle sentenze passate in giudicato, cioè alle sentenze che non sono più suscettibili di essere impugnate se non con i mezzi cosiddetti straordinari d'impugnazione, cioè quelli che possono essere fatti valere in qualunque momento.

Non tutti gli ordinamenti conoscono il concetto di passaggio in giudicato, ma sicuramente tutti gli ordinamenti riconoscono un momento in cui la sentenza non può più essere messa in discussione (quindi noi prendiamo questo come concetto, lo dobbiamo un adattare al fatto che stiamo parlando di provvedimenti che possono arrivare in qualunque ordinamento). La sentenza se è definitiva pertanto non può essere più impugnata, in quel momento, allora, la riconosciamo. Una sentenza di primo grado ancora soggetta ad impugnazione, oppure dove c'è un'impugnazione ancora in corso, per noi non è riconoscibile. Aspettiamo il momento del passaggio in giudicato.

5. Poi abbiamo la **lettera E**, che riguarda quei criteri di armonia interna che si seguono di solito in caso di sentenze contrastanti: la sentenza è riconosciuta quando ***“essa non è contraria ad altra sentenza pronunciata da un giudice italiano passata in giudicato”***. Se io ho una sentenza del giudice italiano passata in giudicato che abbia in qualche modo il contenuto contrastante con quella di cui chiedo il riconoscimento, prevale quella italiana. Osservate che però parla di una sola sentenza italiana, non dice niente (cosa che invece il regolamento prende in considerazione) dell'ipotesi in cui c'è una sentenza straniera che io ho già riconosciuto che è contraria a una italiana. Allora in questo caso *in via interpretativa* si assimilano le ipotesi: si dice che è uguale avere una sentenza italiana o avere una sentenza straniera ma che è già efficace, ovviamente prevale quella già riconosciuta.

6. **Lettera F**: si riconosce la sentenza se ***“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”***.

Noi abbiamo parlato della litispendenza e abbiamo detto che l'ordinamento italiano tiene conto del caso in cui sia stato adito per primo un giudice straniero, obbligando il giudice italiano a certe condizioni a sospendere e poi estinguere il processo.

Però quando invece è il giudice italiano ad essere stato adito per primo per noi il procedimento va avanti, ma non sappiamo che succede di un altro eventuale procedimento introdotto in un momento successivo in un altro stato.

Ora potrebbe succedere che un altro procedimento, introdotto successivamente a quello italiano, si concluda prima di quello italiano. Che succede quindi? La parte potrebbe portare in giudizio la sentenza già ottenuta all'estero. La regola è che se era stato adito per primo il giudice italiano, noi non diamo efficacia a quella sentenza straniera; da noi quella sentenza non produce effetti. Sarà infine il giudice italiano a pronunciarsi.

Ovviamente questo è chiesto se c'è una coincidenza tra oggetto e tra le stesse parti. Quindi è ristretta la nozione rispetto a quella che mi dice la lettera E: la lettera E, quando mi parla di contrasto con una decisione italiana, è un puro e semplice contrasto (qualunque sentenza in qualche modo sia incompatibile). Mentre qui mi dà degli elementi in più, perché mi dice che ci deve essere un giudizio iniziato prima avente il medesimo oggetto e fra le stesse parti. Allora se è iniziato prima quello italiano si impedisce l'efficacia della sentenza straniera.

7. Arriviamo poi alla **lettera G** che prevede il famoso **limite dell'ordine pubblico**.

Quindi la sentenza straniera che magari mi rispetta tutti questi requisiti che ho visto fino ad ora, se però i suoi effetti contrastano con l'ordine pubblico, si impedisce il riconoscimento.

Prima di soffermarsi un attimo sugli esempi, è chiaro che queste condizioni devono essere rispettate tutte. Quindi che cosa vuol dire? Che *per dire che una sentenza è riconosciuta*, io devo verificarle tutte, devo essere sicuro che tutte le condizioni siano rispettate.

Per dire, invece, che una sentenza non è riconosciuta mi basta dimostrare che ne manca una. Quindi chi vuole contestare l'efficacia di una sentenza straniera, praticamente ha l'onere semplicemente di dimostrare che manca una condizione; ha già assolto al suo onere, perché se dimostra che manca una condizione la sentenza non è riconoscibile.

Noi abbiamo già parlato del limite dell'ordine pubblico, in grosso modo del suo contenuto, delle sue caratteristiche, della sua mutevolezza nel tempo,

delle caratteristiche che riguardano l'applicazione della legge straniera con l'ordine pubblico (abbiamo visto quali sono le conseguenze), ma forse più spesso che rispetto alla legge applicabile interviene il limite dell'ordine pubblico in relazione a sentenze straniere. È più raro che si discuta di ordine pubblico in termini di una legge straniera che io devo applicare, ma è più diffuso che ci si ponga la questione dell'ordine pubblico in relazione alla sentenza o a un provvedimento straniero da applicare.

Esempi possono essere le sentenze invocate in Italia di ripudio: è difficile che si chieda al giudice italiano il ripudio, quindi non è questione di legge straniera applicabile, ma è successo che si sia invocata una sentenza proveniente da un ordinamento che conosce l'istituto del ripudio. Tendenzialmente le sentenze di ripudio sono contrastanti con l'ordine pubblico.

È successo poi nel tempo che non c'è stato un cambiamento del concetto di ordine pubblico, ma sono stati gli ordinamenti che prevedevano il ripudio che piano piano hanno cambiato la loro legislazione (ora sono anche meno diffuse queste legislazioni che prevedono il ripudio unilaterale, di solito da parte del marito che ripudia la moglie). Abbiamo casistiche più recenti che in realtà se andate ad esaminare che cosa prevedono le norme di quell'ordinamento o di quell'altro ordinamento, arrivate alla conclusione che i diritti sono stati equiparati tra marito e moglie, e quindi non c'è un contrasto con l'ordine pubblico.

Altro esempio è la poligamia: anche in questo caso c'è contrasto con l'ordine pubblico e ne prendiamo atto in generale quando andiamo a confrontarci con provvedimenti o atti (molto più probabili in questo caso) stranieri. Noi non consideriamo la seconda moglie come moglie.

Quale è però la caratteristica? Sempre più spesso negli ultimi anni, l'ordine pubblico viene inteso in modo un pochino più flessibile con la *ratio* di protezione della parte più debole del rapporto o della parte che si vuole tutelare.

In certe circostanze si tiene conto di istituti che sarebbero in realtà a priori contrastanti con il nostro ordine pubblico, nei quali però il risultato finale è quello di proteggere la persona che sarebbe quella debole.

Ad esempio, è vero che il ripudio è contrastante con l'ordine pubblico perché c'è una *totale disuguaglianza tra marito e moglie*, ma se è la moglie che in Francia, ad esempio, produce l'atto di ripudio per dimostrare che è libera dal vincolo matrimoniale con il marito, perché è *nel suo interesse*, perché magari si riuole risposare, allora a quel punto il paradosso è che applicando il limite dell'ordine pubblico (che sarebbe a tutela della moglie) finisce per andar contro proprio alla persona che si vuole tutelare. Tenendo conto di tutto questo, possiamo dire che in fondo è la parte stessa che me lo sta chiedendo e glielo riconosco.

L'idea è di tener conto del soggetto che si vuole tutelare: ad esempio, noi non consideriamo il secondo matrimonio, per non riconoscere la poligamia, ma in certi casi sono stati riconosciuti i diritti successori anche alla seconda moglie; non riconosciamo il rapporto, ma certe conseguenze a tutela della persona sono state riconosciute.

Tutto quel filone giurisprudenziale che ha riguardato il rapporto tra contrasto con l'ordine pubblico, ma anche tutela del superiore interesse del minore quando sono provvedimenti che riguardano lo status di figlio (che sia per effetto dell'adozione o che sia per effetto di pratiche non previste dall'ordinamento italiano).

La norma successiva, ovvero l'**art. 65** (riconoscimento dei provvedimenti stranieri) della L. 218 è una norma particolare e che tuttora viene letta e applicata male. L'art. 65 riguarda non sentenze, ma più in generale provvedimenti stranieri; ha una nozione più ampia e tiene conto cioè non soltanto di quelle che formalmente e sostanzialmente sono **vere e proprie sentenze**, ma **anche di provvedimenti giurisdizionali che possono avere caratteristiche non corrispondenti alle sentenze**.

A quali provvedimenti si applica l'art. 65? Innanzitutto, riguarda *soltanto alcune materie* e cioè: la **capacità delle persone, l'esistenza di rapporti di famiglia o i diritti della personalità**.

Io so che l'art. 65 mi entra in gioco soltanto solo se il provvedimento ricade in una di queste materie.

Inoltre, la norma si applica soltanto se in una di queste materie il provvedimento sia stato pronunciato *"dalle autorità dello stato la cui legge e*

richiamata dalle norme della presente legge", cioè vuol dire che non un provvedimento che mi proviene da un qualunque stato, ma un **provvedimento che mi proviene dallo stato la cui legge sarebbe quella che deve regolare quel rapporto secondo le nostre norme di conflitto** (deve provenire dall'ordinamento richiamato dalla norma di conflitto).

Ad esempio, ho un provvedimento in materia di filiazione (rapporto di famiglia) sono dentro all'art. 65. Ma mi deve anche provenire dallo stato la cui legge è richiamata dalle norme di conflitto.

Allora quale è la legge richiamata dalle norme di conflitto in materia di filiazione? **Art. 33**: la legge nazionale del figlio oppure, se più favorevole, quella di uno dei due genitori.

Fermiamoci alla legge nazionale del figlio: se il provvedimento proviene dallo stato di nazionalità del figlio, proviene proprio da quello stato che secondo noi che è quello competente a disciplinare quella fattispecie secondo le nostre norme di conflitto, e allora posso applicare l'art. 65.

Perché tutto questo? Perché per queste materie e in queste circostanze, si riducono a due le condizioni del riconoscimento, si facilita il riconoscimento, si semplifica il riconoscimento.

Perché si chiede soltanto come condizioni che **non ci sia contrasto con l'ordine pubblico** e che siano stati **rispettati i diritti essenziali della difesa**. Non si deve in queste circostanze andare a controllare tutte le altre condizioni previste dall'art. 64.

Quale è la ratio di questa norma? Ci si è basati su una prassi che si seguiva già prima dell'adozione della Legge 218. Non c'era un articolo analogo prima nelle norme di procedura civile, però c'era una prassi per cui si diceva che quando la norma di conflitto mi richiama la legge straniera, se in quell'ordinamento già c'era una sentenza che aveva accertato quel determinato rapporto giuridico, io ne tenevo conto come se fosse stata la legge già applicata in un certo senso, quindi si parlava anche di norma concreta contrapposta alla norma astratta.

Il risultato è che invece di andare ad applicare la legge, si prendeva già in considerazione il contenuto della sentenza straniera. Un riconoscimento quindi di effetti di una sentenza che però *non passava dalla delibazione*

(ricordiamoci che si sta parlando di quello che succedeva prima della L. 218 le sentenze erano subordinate alla delibazione), ma in questi casi, siccome la sentenza era stata emanata proprio nello stato la cui legge era richiamata, io ne potevo tener conto degli effetti come norma già applicata in un certo senso. L'art. 65 recepisce questa prassi, però solo per queste materie indicate, ma soprattutto comunque condizionando al limite dell'ordine pubblico, ma anche al rispetto dei diritti della difesa. In realtà il limite dell'ordine pubblico si sarebbe anche applicato nella tecnica precedente (come limite alla legge richiamata dalla norma di conflitto).

Quale è il problema che riguarda l'art. 65?

Intanto la sentenza (o provvedimento) potrebbe non provenire da quello Stato richiamato. La norma mi dà un'altra possibilità perché non mi parla soltanto della sentenza che proviene dallo stato la cui legge è richiamata, ma potrebbe essere anche pronunciata in un altro stato. Essendo comunque efficace nello stato la cui legge è richiamata. Si equipara la situazione, **sia di una sentenza che mi proviene direttamente dall'ordinamento o anche che produce effetti in quell'ordinamento.**

Questa parte della norma, che limita l'applicazione di questa norma solo ai casi di questo collegamento tra l'ordinamento di origine e la norma di conflitto applicabile è spesso ignorata nelle sentenze.

Quindi si dice che l'art. 65 riguarda le sentenze sulla capacità, sui rapporti di famiglia e dei diritti della personalità e lo applicano solo guardando alla materia, non tenendo conto che questa norma non vale per qualunque sentenza o provvedimento di qualunque parte del mondo, ma soltanto se c'è anche questo collegamento di natura di diritto internazionale privato (deve provenire dall'ordinamento richiamato dalla norma di conflitto).

Può succedere che si abbia una sentenza che riguarda una di queste materie, ma non proviene da quell'ordinamento la cui legge è richiamata. Questo, ad esempio, può succedere spesso quando la legge richiamata sarebbe la legge italiana, ma io ho una sentenza straniera. L'art. 65 non è applicabile, perché la sentenza non proviene dall'ordinamento la cui legge è richiamata.

Allora subito si è posto un problema interpretativo: *se io ho una sentenza che proviene quindi da uno stato straniero, ma non è quello la cui legge è richiamata, che faccio?*

Siccome io ho l'art. 64 che è una norma generale, potrei pensare di applicare l'art. 64, perché ho detto che era una sentenza, se non era una sentenza non avrei avuto un'altra via di uscita.

Però potrei dire che l'art. 65 è una norma speciale, che deroga il 64, quindi o la puoi applicare o niente. All'indomani dell'adozione della norma erano sostenute entrambe le soluzioni, poi la Cassazione nel 2004 ha chiarito che **le norme hanno natura complementare tra loro; l'art. 65 non esclude l'applicazione dell'art. 64.**

Quando io avrò una sentenza, che pur essendo nelle materie del 65, però non è efficace ai sensi del 65 perché non proviene dall'ordinamento la cui legge è richiamata dalle norme di conflitto, posso andare a vedere se per caso è riconoscibile ai sensi dell'art. 64.

Il caso in questione era una sentenza di divorzio, soggetta alla L. 218 e che riguardava due cittadini italiani. La norma di conflitto mi diceva che la *legge applicabile era la legge nazionale dei coniugi, quindi la legge italiana.*

In base all'art. 65, una sentenza di divorzio emessa all'estero non era sentenza proveniente dallo stato la cui legge è richiamata, perché la legge richiamata era la legge italiana.

Si era posto il *problema di capire se potesse essere riconosciuta ai sensi dell'art. 64*, perché era una sentenza.

La cassazione ha detto che i due articoli sono complementari; se non può operare l'art. 65 io posso applicare l'art. 64.

Va a controllare tutte le condizioni del 64 e riconosce la sentenza di divorzio estera.

La contestazione dell'efficacia della sentenza straniera

L'efficacia delle sentenze è automatica, ma ci può essere un dubbio, una contestazione, si può mettere in discussione che esistano queste condizioni.

Questo può avvenire, ad esempio, *in corso di causa*; può succedere che di una certa sentenza se ne discuta, si porti in giudizio in un procedimento che si svolge in Italia e che ci sia contestazione quindi una parte la invoca e l'altra parte dice che non è riconoscibile la sentenza.

Si ha una **contestazione dell'efficacia della sentenza in corso di causa**: in questo caso **l'art. 67, comma 3**, ci dice che è il giudice stesso che è stato adito in quel procedimento a poter verificare se esistono o no le condizioni di riconoscimento e, quindi, tener conto o non tener conto della sentenza straniera, a seconda dell'esito di questa verifica, che però varrà soltanto agli effetti di quel giudizio (limitatamente a quel giudizio).

Negli altri casi, cioè nei casi in cui noi **non siamo all'interno di un procedimento**, ma c'è comunque una contestazione dell'efficacia, oppure (dice l'articolo 67) **nei casi di mancata ottemperanza**, di inadempimento, in cui ci si rifiuta di tener conto di una certa sentenza, o si contesta proprio l'efficacia di quella sentenza, la legge prevede un procedimento che può essere iniziato per far accertare se quella sentenza ce le ha le condizioni di riconoscimento o non ce le ha.

A questo punto, questo è un procedimento che proprio ha ad oggetto l'accertamento delle condizioni di riconoscimento e si concluderà con un provvedimento che in modo definitivo stabilisce se quella sentenza è riconosciuta o meno in Italia.

Questo procedimento si svolge davanti alla Corte d'Appello (in questa materia l'ordinamento italiano ha sempre designato al Corte d'Appello come competente per l'accertamento dei requisiti; era così anche per la delibazione).

È un giudizio che si svolge solo in due gradi di giudizio: Appello e Cassazione (saltiamo un grado di giudizio).

Può essere iniziato da chiunque vi abbia interesse, quindi sia dalla *parte che è interessata a invocare la sentenza e se la vede contestare*, sia, invece, da *chi contesta* e vuole accertare in modo definitivo che quella sentenza non può produrre effetti; può essere accertamento positivo o accertamento negativo, la domanda può essere da parte dell'uno e da parte dell'altro.

Questo procedimento in questi casi è facoltativo; cioè se siamo in presenza di queste circostanze, una parte può decidere di introdurre questo giudizio.

C'è un caso in cui, invece, è una via obbligata, è un passaggio obbligato: è quando si vuole iniziare un'esecuzione forzata.

Quando si vuole iniziare un procedimento d'esecuzione forzata, si deve passare da questo procedimento di accertamento davanti alla Corte d'Appello.

Si vuole che la macchina esecutiva parta solo se si è sicuri che quella sentenza ha le condizioni per poter essere riconosciuta.

Tutto questo lo troviamo al **comma 1, dell'art. 67**: *"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 all'autorità giudiziaria ordinaria l'accertamento dei requisiti di riconoscimento"*.

Prima la norma diceva direttamente chi poteva chiedere alla Corte d'Appello l'accertamento, ora con un intervento legislativo dubbio è rimasto così: si chiede sempre alla Corte d'Appello, ma io non lo trovo più scritto nella norma, perché quando con la Legge n. 150 del 2011 si è introdotto alcune riforme del processo civile, si è riformata anche questa norma.

Al primo comma si dice che si chiede sempre all'autorità giurisdizionale ordinaria, senza indicare quale è l'autorità competente, e poi si è aggiunto un comma 1-bis che dice che: *"le controversie di cui al comma 1 sono disciplinate dall'art. 30 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150"*. Questo decreto del 2011 mi dice che le controversie, che hanno ad oggetto l'attuazione di sentenze straniere di cui all'art. 67, sono regolate dal rito sommario di cognizione ed è competente la Corte d'Appello del luogo di attuazione del provvedimento.

Perché si doveva dire in un'altra norma di un altro atto legislativo sostanzialmente quello che già diceva la norma, quando l'unica cosa che si doveva dire è che era cambiato il rito?

Prima si seguiva il rito ordinario, invece con la *riforma* si ha uno di quei procedimenti che sono stati indicati come soggetti a rito sommario di cognizione (molto semplificato nelle sue fasi processuali, che però si presta

molto per un tipo di procedimento come questo dove di solito le prove sono di solito documentali).

Il rinvio dell'entrata in vigore del titolo IV della legge 218

Quale è il problema che ha posto subito questa norma e che tra l'altro è stato il motivo di rinvio dell'entrata in vigore del titolo IV?

Se noi leggiamo l'intitolazione della norma, notiamo la difformità (ne vediamo un esempio anche con il 32-bis) tra quello che dice l'intitolazione dell'articolo e quello che dice il testo; prevale un principio di buon senso nel nostro ordinamento, per cui **tra quello che dice il titolo e quello che dice il testo, prevale quello che dice il testo.**

L'articolo 67 dice: **attuazione di sentenze e provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria e contestazione del riconoscimento.** Quando poi vado a leggere la norma, mi dice che **si deve passare dal procedimento previsto all'art. 67, quando sia necessario procedere a esecuzione forzata.**

Quale è il dubbio interpretativo? Quando io ho altre forme di attuazione che non siano l'esecuzione forzata, ad esempio trascrizione e iscrizione nei pubblici registri: quando io ho una sentenza e ne invoco la trascrizione o l'annotazione in un pubblico registro, è una forma in senso lato di attuazione, ma non è un'esecuzione forzata.

Devo necessariamente passare dal procedimento come si fa per l'esecuzione forzata o no?

Perché la norma mi dice che lo devo fare per l'esecuzione forzata, non per qualunque forma di attuazione.

Poi la norma entra in vigore e il 7 gennaio del 1997 esce una circolare ministeriale che spiega come va letta questa norma e che sostanzialmente vale tuttora.

Come va letta questa norma? Va letta nel senso che sia **necessario passare dal procedimento solo per l'esecuzione forzata**, nelle altre forme di attuazione, in particolare quando si richieda l'iscrizione nel pubblico registro (ad esempio nei registri dello stato civile) non occorre passare dal procedimento previsto all'art. 67, e quindi si potrà direttamente portare la

sentenza davanti all'ufficiale di stato civile. Ad esempio, io vado all'anagrafe, porto la sentenza straniera (ovviamente tradotta) e sarà l'ufficiale di stato civile a fare quelle verifiche sull'esistenza o meno delle condizioni di riconoscimento o sull'inesistenza delle condizioni di riconoscimento.

È ribaltata sull'ufficiale di stato civile questa prima verifica; alcuni casi di conflitto nascono da un rifiuto dell'ufficiale di stato civile di trascrivere un atto perché lo considera contrastante con l'ordine pubblico (e da lì poi si attiva il procedimento). Allora si va davanti all'ufficiale di stato civile e si chiede l'annotazione o la trascrizione (a seconda dei casi).

Ad esempio, ho una sentenza di divorzio che proviene dal Venezuela, vado dall'ufficiale di stato civile e gli chiedo di annotarmi lo scioglimento del vincolo matrimoniale per effetto di questa sentenza. L'ufficiale di stato civile deve controllare *prima facie* (= quello che può controllare, ovviamente non è la stessa cosa che farà la Corte d'Appello), che non ci siano elementi per dire che la sentenza non può essere riconosciuta: se ritiene che si possa procedere trascrive, altrimenti rifiuta.

Se rifiuta, a quel punto si può attivare il procedimento previsto all'art. 67 della L. 218, perché è un'ipotesi di mancata ottemperanza.

La stessa cosa la vedremo quando vengono presentati all'ufficiale di stato civile atti di nascita o provvedimenti stranieri di accertamento dello status di figlio, che vengono rifiutati in caso di maternità surrogata o adozione da parte di coppie gay.

La parte interessata, che si vede rifiutare l'iscrizione della sentenza, agisce davanti alla Corte d'Appello; a quel punto la Corte d'Appello farà una verifica più dettagliata, con tutte le prove del caso e dichiarerà efficace la sentenza oppure la dichiarerà non efficace. Se la dichiara efficace poi, su domanda della parte, può anche ordinare la trascrizione all'ufficiale di stato civile.

Delle volte abbiamo delle sentenze che alla fine contengono anche l'ordine di trascrizione, ma il risultato è lo stesso: mi basta una sentenza della Corte d'Appello che mi accerta l'esistenza delle condizioni per andare davanti all'ufficiale di stato civile.

La sentenza famosa sulla maternità surrogata delle Sezioni Unite riguardava proprio un caso di rifiuto di trascrizione deciso dalla Corte d'Appello di Trento. *Perché non c'era traccia di un precedente il primo grado?* Perché la

domanda era in riferimento all'art. 67 della L. 218 rivolta alla Corte d'Appello per chiedere che il provvedimento giurisdizionale canadese venisse accertato. Questa sentenza ci interessa soltanto per la parte che riguarda il limite dell'ordine pubblico e della questione in sé della maternità surrogata, se è o no contrastante con l'ordine pubblico; c'è poi tutta una parte molto lunga processuale che dice se il sindaco doveva essere citato, se il p.m. poteva impugnare... tutti aspetti procedurali che dobbiamo trascurare. A noi interessa solo la parte inerente al limite dell'ordine pubblico in riferimento alla maternità surrogata.

Ultima annotazione: esiste un **procedimento più generale di opposizione al rifiuto dell'ufficiale di stato civile** che è disciplinato dal **d.p.r 396 del 2000**, che è la disciplina di tutto quello che riguarda i registri dello stato civile; all'**art. 95** di questo d.p.r si prevede in generale un procedimento che può intentare la parte quando si vede rifiutare una qualunque trascrizione o iscrizione nel registro dell'anagrafe.

Quindi quando io ho un rifiuto di trascrivere una sentenza straniera che devo fare?

Ho l'art. 67, ma anche l'art. 95 del d.p.r 396.

I due procedimenti hanno finalità diverse e effetti diversi, perché l'art. 95 mi va solo a rimediare al rifiuto e ottenere la trascrizione (ha un effetto molto più limitato); in questo caso sarà il tribunale ordinario a valutare se la trascrizione andava fatta o meno.

Se io, invece, vado davanti alla Corte d'Appello con una sentenza straniera o con un provvedimento straniero, io ho un effetto maggiore, perché io qui *non sto discutendo più della legittimità o meno del rifiuto*, quella è stata l'occasione che mi ha dato luogo al procedimento, ma il procedimento ex art 67 verte sull'accertamento dell'esistenza o meno delle condizioni del riconoscimento e si conclude con un provvedimento che a quel punto mette certezza una volta per tutti in tutto l'ordinamento, che avrà *anche* effetto poi di ordinare all'ufficiale di stato civile di trascrivere. In questo caso qui della maternità surrogata si discute anche di questo aspetto.

Circolazione di status acquisiti all'estero nell'ordinamento italiano. (Appendice Prof. Salerno)

È opportuno fare chiarimenti preliminari sull'argomento di cui si parla chiarendo innanzitutto quale sia la natura giuridica dello status.

Lo status indica una determinata qualità giuridica della persona, non è solo lo status di cittadinanza ma può riguardare lo status di genitore, di figlio adottivo, di coniugi ecc. Lo status giuridico ha un aspetto che non è solo riconducibile alla persona, ma ha anche un regime che è riconducibile all'ordinamento nel quale lo status viene costituito e circola. Lo status giuridico di una persona ha una natura che si può definire duale:

- per un verso serve a individuare una determinata qualità o condizione giuridica della persona e a costituirne un tratto identitario essenziale, che è in molti casi espressione di autodeterminazione della persona (decidere di sposarsi è una manifestazione di libertà e autodeterminazione).
- Questo tratto identitario, che dipende anche in parte da scelte volontarie, di autodeterminazione del soggetto, deve poi combaciare con uno schema giuridico precostituito nell'ordinamento: un individuo non può inventarsi uno status, questo deve corrispondere al diritto oggettivo dell'ordinamento. E non è un caso che l'ordinamento giuridico statale configuri una **tipicità degli status**.

Questo il diritto lo fa per varie ragioni:

1. Assicurare tramite la tipicità una condizione di non discriminazione
2. Assicurare la possibilità che quel tratto identitario, giuridicamente acquisito dal soggetto, possa essere apprezzato in termini oggettivi da tutti. Ecco perché si parla di rilevanza erga omnes degli status. Un tratto identitario che rientra in una categoria normativa tipica definita dall'ordinamento, può essere facilmente oggettivato e pubblicizzato perché tutti sanno di cosa si sta parlando.

Questa tipicità poi ovviamente può essere diversamente articolata: vi sono Stati nei quali l'assetto normativo degli status è uniforme in modo assoluto e altri ordinamenti cd plurilegislativi, che danno la possibilità di un'articolazione pluralista degli status in relazione alle competenze legislative dei singoli stati federati o delle singole regioni, che hanno competenza nel settore degli status, oppure in relazione alla appartenenza della persona considerata a una determinata tipologia di popolazione (in base a ragioni di religione, lingua, matrice nazionale ecc.); pertanto si parla di ordinamenti plurilegislativi su base territoriale o su base personale. Ma l'esistenza di

questa pluralità di formule legislative non intacca il principio di cui si è detto prima, cioè che si deve **trattare sempre di modelli identitari che rientrino in categorie oggettivamente precostituite nell'ordinamento, l'elemento della tipicità persiste.**

Questo per quello che riguarda la condizione dello status all'interno di un ordinamento giuridico statale.

La persona però per sua natura può anche muoversi nello spazio e c'è la possibilità che lo status di una persona circoli oltre uno Stato. Il problema che si pone è di capire in che modo questa circolazione delle persone nello spazio possa essere accompagnata dalla continuità del regime identitario della persona nello spazio. Qui sovengono due esigenze diverse:

3. Da un lato lo status di una persona è un elemento indispensabile della sua identità personale e quindi, per preservare la continuità dello spazio di questa identità, sarebbe necessario mantenere questo status nello spazio e fare in modo che in altri stati diversi da quello in cui un dato status è stato acquisito, venga confermato così si realizza continuità dello status nello spazio che significa una continuata di identità della persona nello spazio.
4. Dall'altro sorge l'esigenza del singolo ordinamento statale di verificare se lo status acquisito o acquisibile in un ordinamento straniero sia coerente con il modello normativo di status che questo ordinamento straniero ha al proprio interno. La circolazione dello status deve cioè sempre misurarsi con le condizioni di diritto oggettivo presenti negli ordinamenti in cui la persona si trova per ragioni di opportunità.

C'è quindi questa tensione tra l'elemento collegato alla persona umana che mira a preservare continuità del regime di status nello spazio, e la difficoltà di poter mantenere in assoluto questa continuità di fronte alla pluralità di ordinamenti statali, che possono avere diversa conformazione della propria disciplina materiale e quindi possono contrastare questa esigenza di continuità. C'è quindi il problema di superare il diaframma dei singoli ordinamenti statali per mantenere questa continuità nello spazio.

Il diritto internazionale privato serve proprio a questo, cioè per capire e risolvere con determinate tecniche, in che maniera questa esigenza di continuità del regime personale degli status possa essere soddisfatta di fronte a una pluralità di ordinamenti sovrani che hanno formule legislative autonome, non necessariamente contrastanti, in relazione agli status della persona. È evidente che per bilanciare queste due esigenze (continuità nello spazio dello status e rispetto della sovranità statale in tema di regime di status) occorre un certo

coordinamento tra ordinamenti che richiede anche un arretramento delle funzioni sovrane di uno stato per assicurare quella circolazione degli status nello spazio.

Il rapporto tra ordinamenti in funzione della continuità nello spazio degli status è possibile se i singoli ordinamenti si flettono in qualche misura in relazione a questa esigenza di uniformità di regolamentazione del regime di status. E questo presuppone la volontà dell'ordinamento statale di arretrare l'ambito di esercizio delle funzioni sovrane nel senso di regolare giuridicamente un rapporto o di esercitare una certa competenza giurisdizionale. Il diritto internazionale privato si pone in questa prospettiva perché cerca, in relazione a questa esigenza di continuità, di trovare, almeno concettualmente, la migliore soluzione possibile in funzione di questa uniformità del regime degli status nello spazio. Quali sono le tecniche che utilizza il diritto internazionale privato?

La possibilità che la legge applicabile non sia solo quella dello stato, ma anche quella di un ordinamento straniero. La costruzione è quella dello schema familiare al legislatore italiano, diffuso in Europa continentale e che trova riscontro nella disciplina uniforme del diritto internazionale privato, quale adottato a livello di convenzioni internazionali o di regolamenti dell'UE. **La cd. natura bilaterale** delle norme di diritto internazionale privato concernenti la legge applicabile, la legge del foro e quella di un ordinamento straniero sono poste sullo stesso piano. Si parla di bilateralità per sottolineare la equiordinazione che esiste tra legge nazionale e legge di un ordinamento straniero. Il legislatore nazionale si pone nella prospettiva di porre sullo stesso piano la legge del foro e la legge straniera individuando quella che è più utile e funzionale al raggiungimento dello scopo (qui lo scopo è la regolamentazione uniforme nello spazio). La determinazione della legge applicabile nello spazio è corredata dalla delimitazione della competenza giurisdizionale: occorre stabilire poi anche in quali casi il giudice del foro (italiano) sia competente a conoscere una determinata fattispecie e quindi sia competente a regolarla secondo le norme statali. Ma solitamente in questo settore degli status c'è la tendenza a estendere la sfera di competenza giurisdizionale, il che poi non impedisce al giudice del foro di applicare anche il diritto straniero.

Ma una prospettiva più significativa d'apertura dell'ordinamento del foro verso il regime di status di una persona già regolato da un ordinamento è attraverso il riconoscimento dello status acquisito all'estero. Normalmente questa tematica viene assorbita dalla circolazione di decisioni giudiziarie o di atti equivalenti stranieri in materia di status. Qui vanno menzionati alcuni

elementi indispensabili per il prosieguo della lezione. La circolazione di provvedimenti stranieri in materia di status è riaccolta solitamente al riconoscimento di sentenze straniere in materie di status, ma possono essere anche riguardare provvedimenti stranieri di volontaria giurisdizione, possono anche esserci altri provvedimenti pubblici resi da pubbliche autorità che svolgono all'estero le stesse funzioni degli atti del giudice (es. provvedimenti di volontaria giurisdizione), e atti amministrativi stranieri (ex. Certificati di stati civili). Questa è la tipologia di provvedimenti che possono essere assunti dall'ordinamento del foro per favorire la continuità dello status, che sia già cristallizzato in un provvedimento pubblico straniero. Naturalmente nella misura in cui l'ordinamento statale valorizza un atto pubblico straniero connesso a un fenomeno di status è chiaro che valorizza quell'atto pubblico perché lo ritiene in qualche modo equivalente a un atto pubblico interno. La cristallizzazione dello status in un atto pubblico straniero favorisce la circolazione dello status e consente alla persona di far valere in un altro ordinamento il suo elemento identitario. Tutto ciò indica una chiara compressione della competenza statale nel costituire lo status perché in fondo l'ordinamento riconosce uno status già cristallizzato in un provvedimento pubblico straniero e il fatto che sia cristallizzato fa percepire l'equivalenza che l'ordinamento riconosce a un ordinamento straniero nel determinare quello status in un atto pubblico straniero; c'è quindi una **compressione della sovranità statale** dell'ordinamento richiesto per il riconoscimento di questo provvedimento pubblico, il che mostra come il diritto internazionale privato opera nei confronti di ordinamenti stranieri. Questo aspetto è centrale: bisogna percepire la equivalenza fra funzioni pubbliche del foro e dell'ordinamento straniero per comprendere come sia possibile che l'ordinamento italiano, quale ordinamento in cui viene richiesto il riconoscimento di un atto straniero, dia poi a quest'atto pubblico straniero una rilevanza che è equivalente a quello espresso da un atto proprio dell'ordinamento italiano.

La disciplina in questo settore è data da varie fonti, sia di diritto italiano, sia di diritto internazionale privato uniforme. Quelle di diritto italiano vengono trovate nella l.218 del 1995, quelle di diritto internazionale privato uniforme sono riconducibili alle convenzioni de L'Aja di diritto internazionale privato, ma soprattutto ad alcuni regolamenti, in particolare il

2201/2003, detto anche *Bruxelles 2bis*, che riguarda l'efficacia, il riconoscimento di decisioni in materia di separazione e divorzio e di responsabilità genitoriale: questo regolamento trova la sua base giuridica nell'art 81 del TFUE.

La varietà di fonti potrebbe creare problemi nella individuazione dei principi da seguire in questa materia, ma bisogna prender atto che negli ultimi 15\20 anni è in corso una relativa convergenza fra normativa nazionale e normativa uniforme. Sia l'una che l'altra hanno da tempo superato la cd concezione dualista del riconoscimento. In cosa consiste questa affermazione? Si parla di concezione dualista del riconoscimento di provvedimenti stranieri con riferimento all'idea, che era prevalsa nel codice di procedura civile del 1942, secondo cui la sentenza straniera non è di per sé rilevante nell'ordinamento italiano se non è accompagnata da una specifica presa di posizione dell'ordinamento italiano attraverso un giudizio, il cd **giudizio di delibazione**, che manifesti la volontà dell'ordinamento italiano di accogliere la sentenza straniera. Si parla di dualismo perché si pensa che questa idea di una manifestazione di volontà specifica dell'ordinamento del foro richiesto per dare seguito a una sentenza straniera, rifletta la sovranità del foro richiesto rispetto all'atto sovrano esterno; non è quindi pensabile che una sentenza straniera, espressione di una funzione sovrana, possa avere automaticamente effetti nell'ordinamento del foro richiesto se non c'è una corrispondente manifestazione di volontà del foro dell'ordinamento richiesto di accogliere questa determinazione giudiziaria. Questa formula della sentenza di delibazione quale condizione per rendere efficace la sentenza straniera è stata superata prima nella disciplina uniforme europea, in particolare nella convenzione di Bruxelles del 1968, e poi nella legge 218 perché questi due sistemi di regole, poi confermati dalla recente regolamentazione europea, si fondano sul **principio del riconoscimento automatico delle sentenza straniere**; non occorre, ai fini della rilevanza giuridica da dare alla decisione straniera, che vi sia una pronuncia del giudice. Per alcuni aspetti questo giudizio è necessario se si tratta di attuare in termini di esecuzione forzata la sentenza straniera, ma in materia di status questa esigenza è abbastanza remota. Oltretutto il profilo attuativo concreto, più rilevante di una sentenza straniera, è la possibilità di utilizzare la stessa sentenza straniera per iscrivere lo status nei registri di stato civile dell'ordinamento del foro richiesto. È scontato per entrambi i sistemi che il riconoscimento automatico assorba anche la possibilità di utilizzare la sentenza straniera per l'iscrizione della stessa nei registri di stato civile. Questa indicazione è stata data in via applicativa per la legge 218 e si ritrova puntualmente nel regolamento 2201\2003 perché l'art 21, secondo comma del reg Bruxelles 2 bis così recita: *"non è necessario alcun procedimento per l'aggiornamento delle iscrizioni dello stato civile di uno stato membro a seguito di una decisione di divorzio/separazione personale dei coniugi o annullamento del matrimonio pronunciato in altro stato"*. L'utilizzazione della sentenza straniera per ottenerne la trascrizione è assorbita dal riconoscimento automatico della sentenza straniera e quindi è un diritto della persona poterlo utilizzare.

Questa tecnica del riconoscimento automatico è ulteriormente accentuata perché è corredata solitamente dal divieto del riesame nel merito della sentenza straniera. Il Reg 2201/2003, ma la stessa formula si ritrova in altri reg Ue, contiene l'art 26 "divieto di riesame nel merito",

che recita *"in nessun caso la decisione può formare oggetto di un riesame nel merito"*. Il divieto di riesame nel merito da l'idea di quanto il principio del riconoscimento automatico sia funzionale alla continuità del regime di status nello spazio. Il giudice dello stato richiesto non può valutare neppure quale legge abbia applicato il giudice straniero nel regolare quello status. È importante perché ancora negli anni 70 del secolo scorso, soprattutto da parte della giurisprudenza francese, c'era l'insistenza di sostenere che il riconoscimento di sentenza straniera in materia di status era possibile solo se il giudice straniero avesse applicato nella sua decisione una legge conforme al diritto internazionale privato francese. C'era l'idea che la sentenza straniera in materia di status doveva riecheggiare il modello conflittuale proprio dell'ordinamento dello stato richiesto. Invece, asserendo il divieto di riesame nel merito, si rimuove del tutto qualunque condizionamento delle norme di conflitto del foro richiesto sulla circolazione delle decisioni straniere.

Nella legge 218 non vi è alcuna norma analoga che sancisca questo divieto di riesame nel merito. Tuttavia, se si vanno a guardare i lavori preparatori della legge 218, si nota che la legge in qualche modo vuole rimuovere il divieto di riesame nel merito. Del resto, nelle disposizioni finali della legge sono indicate le norme che vengono abrogate, e tra queste c'è anche l'art 798 cpc che prevedeva il riesame nel merito.

Questo divieto quindi sembrerebbe escluso dalla legge 218, ma per le ragioni che vedremo tra poco, non sembra che sia del tutto così perché c'è una norma che in qualche modo dà adito a un certo riesame nel merito.

Per quanto riguarda sempre il discorso del riconoscimento automatico bisogna poi ricordare che anche quando la legge italiana o di diritto internazionale privato uniforme europeo configura il principio di riconoscimento automatico, questo non è privo di possibili ostacoli. Possono esserci situazioni in cui l'ordinamento prevede la possibilità che la sentenza straniera non sia oggetto di tale riconoscimento automatico. Le norme di diritto italiano e di diritto internazionale privato uniforme europeo non sono del tutto coincidenti, ma in larga parte coincidono, ad es. quando entrambi i sistemi prevedono il ricorso al limite dell'ordine pubblico per impedire il riconoscimento della sentenza straniera. L'ordine pubblico può essere invocato quando una norma o un atto contrasta con i valori fondamentali di un determinato ordinamento. Questa formula noi la troviamo sia nell'art 64 l. 218, sia nell'art 22 reg.2201. C'è anche la preoccupazione, sia nella legge italiana che nel diritto internazionale privato europeo, di preservare una armonia dei giudizi, bisogna quindi evitare che il riconoscimento di una sentenza straniera contraddica una precedente sentenza maturata nel foro rispetto alla stessa fattispecie o a fattispecie connesse.

Dove non c'è convergenza tra il diritto internazionale privato italiano e il diritto internazionale privato europeo è nel valutare la cd. competenza internazionale del giudice che ha pronunciato la sentenza nell'ordinamento di origine. L'ordinamento italiano richiede ex art 64 che la sentenza sia suscettibile di riconoscimento se il giudice straniero ha pronunciato secondo i principi della competenza giurisdizionale dell'ordinamento italiano (cd effetto specchio per cui, le stesse norme che regolano la competenza giurisdizionale italiana, servono

per stabilire se giudice straniero era competente per pronunciare quella sentenza). Viceversa, art 24 reg 2201 esclude tassativamente che ci possa essere da parte del giudice dell'ordinamento richiesto una qualunque verifica della competenza giurisdizionale del giudice dell'ordinamento di origine.

Bisogna poi aggiungere che nell'ordinamento italiano, con la legge 218, è stata introdotta un'altra tecnica di apertura verso provvedimenti stranieri che è costituita dall'art 65: *"hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché alla esistenza dei 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 a ordine pubblico o non siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa"*.

Perché è diverso dall'art 64? L' art 64 è norma generale di riconoscimento delle sentenze e fa riferimento a una serie di condizioni tra cui la competenza internazionale del giudice che ha pronunciato la sentenza nell'ordinamento di origine; questa competenza è commisurata alle regole sulla competenza giurisdizionale del giudice italiano (effetto specchio).

L'art 65 si pone in una diversa prospettiva, ancora la competenza dell'ordinamento di origine ad adottare un certo provvedimento non alla competenza giurisdizionale del giudice dell'ordinamento straniero, ma alla circostanza che l'ordinamento straniero da cui proviene quel provvedimento sia competente in relazione alle norme di diritto internazionale privato dell'ordinamento italiano (in altri termini se si sta parlando di un provvedimento in tema di famiglia, bisogna vedere se l'ordinamento da cui proviene il provvedimento straniero in oggetto, sia un ordinamento che sarebbe stato designato dalla legge italiana di diritto internazionale privato come competente a regolare quella determinata fattispecie). Si parla in questo caso non di competenza giurisdizionale del giudice dell'ordinamento di origine come nell'art 64, ma di competenza legislativa: il provvedimento proviene da un ordinamento che sarebbe stato designato come competente dalla legge italiana.

Es. Provvedimento straniero in relazione al Nome di una persona, diritto della personalità, art 24 legge 218 prevede che i diritti della persona siano regolati dalla legge nazionale della persona. Se il provvedimento in questione proviene dall'ordinamento di cittadinanza di quella persona, è soddisfatto il requisito richiesto dall'art 65, il provvedimento proviene da un ordinamento che risulta competente secondo la legge italiana di diritto internazionale privato. A fianco a questo l'art 65 ripropone il limite dell'ordine pubblico e il rispetto del contraddittorio, che è anche riportato dall'art 64 e costituisce il cd. ordine pubblico processuale.

Questa tecnica dell'art 65 non è familiare al diritto internazionale privato uniforme europeo. L' art 65 è stato pensato come una formula distinta dal 64, vedremo poi che art 64 e 65 possono convivere, ma la formula del 65 non è conosciuta dal diritto internazionale uniforme europeo, lo esclude. Quale è il motivo per cui il diritto internazionale europeo non conosce questa formula del 65 (che pur potrebbe essere utile perché aggiunge un ulteriore percorso per la circolazione di provvedimenti stranieri anche in materia di status)? Il mio convincimento è

che il diritto internazionale privato uniforme europeo in tema di riconoscimento di provvedimenti stranieri abbia concentrato la sua attenzione sulla acquisita competenza giurisdizionale del giudice dell'ordinamento di origine di uno stato membro dell'UE, quindi c'è una condivisione di questi parametri giurisdizionali il che giustifica il divieto di valutare la competenza del giudice dell'ordinamento di origine e abbia enfatizzato notevolmente il divieto di riesame nel merito.

A mio parere l'art 65 è in qualche modo però un riesame nel merito, perché valutando il provvedimento straniero nel prisma della competenza legislativa dell'ordinamento di origine del provvedimento straniero secondo le norme di conflitto dell'ordinamento italiano in qualche modo introduce una formula di riesame nel merito che è inconciliabile con il rigore con cui il diritto internazionale privato uniforme europeo esclude questo tipo di percorso.

Per continuare e concludere sulla gamma di regole del diritto internazionale privato italiano, ricordiamo che l'art 66 legge 218 contiene una specifica norma riguardante il riconoscimento automatico di provvedimenti stranieri di volontaria giurisdizione, e combina le due formule (competenza giurisdizionale art 64 e legislativa 65).

Poi ricordiamo che nella legge 218 c'è una lacuna che riguarda il riconoscimento di atti amministrativi stranieri. Non abbiamo una norma di riferimento perché l'art 68 l. 218 rubricato "attuazione di esecuzione di atti pubblici ricevuti all'estero", se si guardano i lavori preparatori, vediamo che viene usato solo per atti pubblici di formazione negoziale, come l'atto notarile straniero che è suscettibile di esecuzione forzata, non quindi per gli atti amministrativi stranieri in materia di stato civile.

Nella prassi quindi è accaduto che gli atti amministrativi stranieri sono in una condizione anfibia perché vengono per un verso assorbiti dalla disciplina sull'ordinamento dello stato civile (art 18 decreto presidenziale 396 del 2000 prevede che gli atti amministrativi stranieri sono trascrivibili nei registri di stato civile italiano purché compatibili con l'ordine pubblico), in più è prassi prevalente la possibilità che per trascrivere atto amministrativo straniero debba anche superare i filtri dell'art 65 e 66 del l.218; potete trovare una serie di decisioni in cui si dà seguito alla trascrizione dell'atto amministrativo straniero se corrisponde al paradigma conflittuale quale indicato nell'art 65 e 66. Quali possono essere le problematiche che si aprono rispetto a questo assetto normativo che ritengo insoddisfacente? L'insoddisfazione dipende dal fatto che le formule e lacune contenute nella legge 218 non sembrano sempre rispondere ai bisogni delle persone in termini di continuità del regime di status nello spazio. Bisogni che non sono solo della persona, ma trovano una garanzia nell'ordinamento non solo in relazione alle norme di diritto internazionale privato, ma nell'ordinamento giuridico nel suo complesso, a partire dalla Costituzione, integrata dagli obblighi internazionali che costringono lo stato italiano a garantire determinati diritti della persona. Punto essenziale è che il diritto internazionale privato, per quanto svolga una funzione para-costituzionale perché serve a determinare e coordinare funzioni costituzionali, resta sempre un sistema di norme gerarchicamente sotto alla costituzione, è infatti una legge ordinaria. La stessa Corte Costituzionale ha dimostrato in più occasioni di voler far valere i

principi della Costituzione rispetto alle norme di diritto internazionale privato, quindi il diritto internazionale privato deve fare i conti con la Costituzione. Poi deve fare anche i conti con gli obblighi internazionali materiali che lo stato italiano ha assunto, in particolare gli obblighi che discendono dai trattati a tutela dei diritti umani, che talora possono anche essere regole consuetudinarie, quindi abbiamo l'art 10 comma 1 per le regole di diritto internazionale generalmente riconosciute, abbiamo l'art 117 comma 1 per gli obblighi internazionali pattizi e abbiamo anche l'art 11 della Costituzione, nella misura in cui ci sono degli obblighi internazionali che possono beneficiare della garanzia di quest'articolo.

Peraltro, queste fonti internazionali, una volta che hanno una loro rilevanza nell'ordinamento giuridico italiano, non restano separate dalla costituzione (nella sent 25 del 2019 della corte cost. si dice che esistono delle norme di diritto internazionale "a vocazione costituzionale" e da l'idea con questa espressione di tracciare una sorta osmosi tra norme costituzionali e norme internazionali materiali). Bisogna quindi considerare questi valori costituzionali di origine internazionale come superiori al diritto internazionale privato e quindi idonei a condizionare i meccanismi di diritto internazionale privato. Del resto, se il diritto internazionale privato procede al coordinamento tra ordinamenti, anche attraverso una compressione delle funzioni sovrane di un determinato ordinamento del foro, è perché la costituzione lo consente. La Corte Costituzionale con la ordinanza 428 del 2000 ha accolto una simile prospettiva. L'apertura verso ordinamenti stranieri e la compressione è costituzionalmente ammessa perché funzionale a determinate esigenze rilevanti.

Ma così come è sovrano lo stato nel decidere di aprirsi verso l'esterno e quindi di comprimere determinate funzioni, è anche sovrano di condizionare questa apertura e delimitarla. Quindi esistono questi valori materiali superiori alle norme di diritto internazionale privato che possono condizionare i meccanismi di diritto internazionale e, per quanto riguarda la legge applicabile, ci sono varie tecniche come le norme di applicazione necessaria.

Il riconoscimento di status acquisiti all'estero beneficia di una garanzia costituzionale che si ha a sostegno della identità acquisita dalla persona in un ordinamento straniero. Se la costituzione o il diritto internazionale o il diritto europeo valorizza questa identità e ne fa garanzia della persona, e quindi costituisce un obbligo per lo stato, è chiaro che il diritto internazionale privato deve tenerne conto e dare continuità a status che riflettono un elemento identitario fondamentale della persona. Nella costituzione non c'è nulla di esplicito, ma c'è una giurisprudenza della Corte EDU che traccia obblighi per gli stati in tema di continuità del regime di status acquisito all'estero. Questa giurisprudenza si è sviluppata soprattutto in relazione all'art 8 della CEDU, che tutela il diritto della persona alla propria vita privata e alla propria vita familiare. La corte EDU ha ritenuto che lo status acquisito in un provvedimento pubblico di un ordinamento statale, sia un tratto identitario della persona e benefici della tutela della vita privata e familiare ex art 8. In particolare, la corte ha ricavato da art. 8 due tipi di obblighi per gli stati parte:

- **obbligo negativo di non interferire nella vita privata e familiare di una persona**

- obbligo positivo per cui uno stato parte è tenuto a favorire il mantenimento della identità.

La corte riconosce in più occasioni che non è semplice tracciare una netta linea di confine tra obbligo a contenuto negativo e obbligo a contenuto positivo, ma ciò che a noi interessa è capire la ricaduta di questo ragionamento sul piano del riconoscimento di status acquisiti all'estero. In sostanza per la corte, dall'obbligo positivo ex art 8 discende la conseguenza per lo stato parte di favorire la circolazione degli status acquisiti all'estero e quindi di procedere al riconoscimento di questi.

La corte ha sviluppato questa giurisprudenza badando al risultato materiale (garantire l'identità della persona), e lo ha fatto ritenendo che nei casi che erano stati portati alla sua attenzione non vi fossero quelle clausole di salvaguardia che consentono in alcuni casi agli stati parte di sottrarsi al riconoscimento dell'obbligo; per cui la Corte ha escluso che le misure che escludevano questo riconoscimento fossero necessarie in una società democratica, ha sottolineato che molte volte queste misure sono previste dalla legge, ha escluso margini di apprezzamento significativi per lo stato sul rispetto di questo obbligo di riconoscimento.

Ciò non ha però significato che la corte abbia rimosso il diritto internazionale privato degli stati parte, ma per lei importa che vi sia, da parte degli stati una continuità del regime di status.

Sentenza del 2011 Negrepointis in cui la Corte EDU ha condannato la Grecia per violazione art 8, poiché i giudici greci non avevano riconosciuto la sentenza del giudice statunitense che attribuiva lo status di figlio adottivo al signor Negrepointis.

La corte ritiene che di fronte a una sentenza che aveva attribuito questo *status*, che si era cristallizzato in un atto pubblico, la Grecia avrebbe dovuto rimuovere ogni ostacolo, ivi compreso quello dell'ordine pubblico. Questa relativizzazione degli strumenti di diritto internazionale privato, che la corte edu aveva già precedentemente sottolineato, induce a considerare la circolazione degli status nell'ambito della prospettiva del rispetto dei diritti umani.

Qui il rispetto dei diritti umani significa rispettare un tratto identitario della persona. La contrazione dei limiti al riconoscimento diventa funzionale a tale scopo, rispettare i valori fondamentali, non solo quelli della CEDU, ma anche quelli degli ordinamenti parte.

Si ritiene che siano valori fondamentali che devono trovare effettività anche attraverso provvedimenti pubblici stranieri cioè: se una persona ha un diritto fondamentale e questo non viene rispettato nelle forme specifiche della legge del foro, si può dare tutela a questo diritto fondamentale attraverso formule di diritto esterno al foro. La corte di cassazione sent. 19599 del 2016 e 16601 del 2017 abbraccia l'idea di equivalenza fra diritto del foro e diritto straniero nel perseguimento di fini costituzionali. C'è equivalenza di modelli normativi per la realizzazione di valori costituzionali che non sono solo quelli scritti nella costituzione, ma sono anche quelli di cui questa si arricchisce da fonti esterne.

Alla luce di ciò cerchiamo di vedere se il diritto internazionale privato italiano soddisfi questa esigenza di tutela di diritti fondamentali.

Non vi è dubbio che quando il legislatore configurò i due modelli del 64 e 65, competenza giurisdizionale e competenza legislativa, come percorsi possibili per favorire l'ingresso nell'ordinamento italiano di provvedimenti stranieri, abbia immaginato delle formule che potessero servire a soddisfare questo bisogno di continuità degli status acquisiti all'estero attraverso un atto pubblico che cristallizza questi status.

Dalle prime applicazioni della legge del 95 si pose subito un primo problema: se le materie toccate dall' art 65 (diritti della personalità, capacità, rapporti di famiglia) dovessero essere disciplinate dal solo art 65 o se questo fosse complementare al 64. Per la prima soluzione avremmo avuto un percorso più coerente dal punto di vista sistematico, ma meno adatto, da un punto di vista funzionale, a soddisfare l'apertura dell'ordinamento italiano verso provvedimenti stranieri. Perciò in giurisprudenza è prevalsa l'idea di una **complementarità nel senso che entrambi gli articoli possono funzionare per favorire ingresso di provvedimenti stranieri in materia di status**, si allarga la gamma delle formule che consentono un'apertura.

Nonostante ciò, si assiste a una insufficienza del dato normativo. Questo perché l'art 64 è collegato alla competenza giurisdizionale del giudice dell'ordinamento di origine, e l'art 65 è riaccolto alla competenza legislativa dell'ordinamento giuridico. Sono parametri precisi. La mobilità delle persone non sempre coincide con i paletti normativi di questi due articoli. Ben può accadere che uno status sia acquisito in un ordinamento straniero che non ha la competenza giurisdizionale, non ha la competenza legislativa e non corrisponde al paradigma indicato dalla legge dello stato ma comunque la persona ha acquisito quello status. In alcune di queste situazioni la mobilità delle persone non è fine a sé stessa, ma è strumentale ad acquisire un certo status.

Pensiamo a coloro che siano insoddisfatti dal regime delle unioni civili e ritengano di sposarsi in un altro paese. Oppure pensiamo alla maternità surrogata eterologa, che in Italia non esiste, si parla infatti di turismo procreativo.

È però vero che questo status diventa acquisito e bisogna vedere cosa fa il diritto internazionale privato. L'ordinamento italiano dal punto di vista normativo, come abbiamo visto non ci aiuta molto e allora la dottrina ha escogitato soluzioni più flessibili:

È stata escogitata la formula non del riconoscimento di provvedimenti stranieri, ma del **riconoscimento di situazioni giuridiche** acquisite in ordinamenti stranieri.

Resta il fatto che la dottrina classica continua a ritenere che la circolazione delle situazioni giuridiche straniere e la sua importazione in un altro ordinamento possa essere giustificato solo se proviene da un ordinamento con il quale sussiste un "legame di prossimità": la persona interessata a quel regime giuridico abbia, nel momento in cui ha acquisito quello status, un legame di prossimità con l'ordinamento nel quale quella situazione giuridica è stata acquisita; il legame quindi non avviene con un provvedimento, ma con un assetto specifico che l'ordinamento di origine dello status ha dato a quel rapporto.

Questa tesi è stata anche accolta da uno dei maggiori studiosi italiani di diritto internazionale privato, Angelo Davì, il quale però si mantiene piuttosto legato al modello classico perché ritiene di subordinare questo riconoscimento di situazioni giuridiche alla sussistenza di un legame di prossimità ben qualificato tra la persona e l'ordinamento d'origine di questa situazione giuridica, sostenendo che la persona deve essere cittadina o residente nello stato in cui quella situazione è stata definita.

Di contro, più credibile, si ritiene che il paradigma conflittuale (perché questo, legare il riconoscimento di una situazione giuridica alla cittadinanza o residenza, è un paradigma conflittuale) sia insufficiente di fronte alla pressione che viene, non solo una pressione sociale, ma una pressione giuridicamente qualificata dal fatto che esistono obblighi internazionali precisi.

La corte EDU quando ha elaborato la giurisprudenza sull'art. 8 ha fatto presente che non vi devono essere ostacoli che provengono dal diritto internazionale privato (sent. Wagner 2007) e ha fatto capire che ci sono due condizioni da tener presenti per rispettare l'obbligo:

5. Il provvedimento costitutivo dello status sia formalmente valido, secondo la regola classica di diritto internazionale privato che fa dipendere la validità di un atto dal rispetto della legge del luogo in cui l'atto è stato formato (legge della forma)
6. Ci deve essere un qualche elemento di realtà sociale a sostegno di quest'atto. Se c'è un certificato di stato civile che attesta la nascita di un bambino e attesta la genitorialità, se vi è stato un minimo di vita comune fra minore e genitori questa è una realtà sociale da considerare. Questo in realtà diventa un paradigma altamente discrezionale.

Il modo per uscire da questa difficoltà può essere aprirsi verso il riconoscimento di atti amministrativi stranieri in modo autonomo, senza usare formule anfibe di cui si è detto prima, cioè il richiamo all'art 18 del regolamento dello stato civile e la coincidenza con la competenza dell'ordinamento di origine ai sensi dell'art 65 e 66 perché il richiamo alla competenza legislativa è sempre ostacolo che non risponde ai bisogni delle persone.

La legge italiana di diritto internazionale privato al momento, come si è visto, non soddisfa.

Il diritto internazionale privato uniforme europeo sta facendo dei passi timidi in questa direzione. Iniziò la corte di giustizia nel 1997 con la sentenza Dafeki, anche se questa sentenza era correlata al regime di libera circolazione delle persone (ragionamento sull'automatismo degli atti amministrativi di stato civile). Vi è poi stata una battuta di arresto con il regolamento 1191 del 2016, teso a favorire la libera circolazione delle persone tramite la semplificazione della certificazione pubblica: in un considerando di questo regolamento si esclude tassativamente che gli atti amministrativi stranieri possano servire come prova.

Il valore probatorio degli atti amministrativi stranieri viene affermato invece nell'art 51 par 1 del regolamento 650 del 2012 in materia di successioni e nell'art 58 comune ai due regolamenti del 2016, n. 1103 e 1104 relativi ai rapporti patrimoniali delle coppie coniugate

e le coppie formalizzate in unioni civili. C'è quindi un orientamento favorevole, anche se non ha un regime generale nel diritto internazionale privato uniforme, che potrebbe soddisfare le indicazioni che vengono dalla giurisprudenza della corte EDU. L'atto amministrativo straniero verrebbe riconosciuto nell'ordinamento italiano se risponde a criteri di validità formale e se è coerente con l'ordine pubblico.

Ora vediamo in che modo questo modello possa trovare riscontro a proposito di due situazioni.

Maternità surrogata eterologa: in Italia non esiste, quindi si ricorre a strutture specializzate straniere per concludere un contratto con la clinica straniera affinché la coppia di genitori intenzionali si impegni a prestare una certa cifra e a ottenere figlio. La clinica provvede a individuare le tecniche mediche che sono da seguire e la donna che metta a disposizione l'utero.

Impegno è che questa donna che offre il proprio utero poi non rivendichi la maternità del bambino. Non c'è alcun rapporto diretto tra i genitori intenzionali e la donna. Alla fine del contratto c'è un bambino, i genitori vanno nel comune della clinica e registrano la nascita di quel bambino e in base alle leggi dello stato è possibile che il bambino sia attribuito a loro. A volte questo percorso è semplificato dal fatto che la madre biologica possa essere nella coppia, ma per ipotesi di coppie formate da due uomini questo non è possibile.

Il certificato di stato civile attesta la genitorialità dei genitori intenzionali. Se genitori sono italiani in base alla nostra legge il bambino diventa italiano. Quando i genitori tornano in Italia vogliono trascrivere il certificato nei registri di stato civile italiano. E qui sorgono problemi. Seguendo il modello dell'art 64 e 65 è difficile che il minore possa essere considerato figlio di quei genitori perché normalmente gli ordinamenti in cui avvengono queste operazioni non coincidono con l'ordinamento di origine della sentenza o del provvedimento, a volte sì, ma non sempre. Nel frattempo il minore ha vissuto per un certo periodo con i genitori e scatta l'art 8 che prevede l'obbligo per gli stati parte di rispettare l'identità della persona in relazione alla vita privata e familiare; la corte EDU evocando una formula di diritto internazionale generalmente riconosciuta, quella dell'interesse superiore del minore (contenuta nella convenzione di New York del 1989 ratificata da quasi tutti gli stati tranne gli USA) ritiene che il minore abbia motivo di mantenere lo status di filiazione che ha acquisito in base al certificato di nascita straniero, del resto questo prevede l'acquisizione dello status in base all'art 33 primo comma della l. 218 lo status di figlio si accerta secondo la legge nazionale del minore. È quindi un circuito obbligato a meno che il giudice, come talvolta è avvenuto, non revochi l'assegnazione del figlio e lo metta in regime adottivo però il bambino ha trascorso del tempo con i genitori quindi scatta il regime di tutela.

Matrimonio omosessuale in Italia non è possibile. Noi abbiamo la legge Cirinnà che ha avuto ricadute nella legge italiana di diritto internazionale privato e quindi la l 218 è stata novellata per tener conto delle nuove esigenze poste dalla legge. Qui ci sono due cose da considerare

7. La possibilità di applicare la legge italiana nei casi in cui legge straniera non consente regime della unione civile
8. Art 32 bis della legge 218 rubricato "matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani dello stesso sesso": il matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani con persona dello stesso sesso, produce gli effetti della unione civile regolata dalla legge italiana. Ossia se una coppia *same sex* si è sposata all'estero, questo status in Italia potrà essere fatto valere solo come unione civile.

È evidente che non vi è continuità dei regimi giuridici, c'è solo una parziale continuità; è stato voluto perché evidentemente si ritiene che il regime delle unioni civili sia l'unico possibile nell'ordinamento italiano in questi casi. Nella giurisprudenza c'è stata un'interpretazione estensiva perché non si fa solo riferimento alla coppia *same sex* in cui entrambi i coniugi sono italiani, ma anche quella in cui vi è anche un solo coniuge italiano. Così anche lo straniero subisce la diminuzione dello status per effetto del 32 bis. Dal punto di vista del diritto internazionale privato classico questa formula ha una spiegazione. L'idea è che mentre la coppia *same sex* fatta da italiani ha un intenso collegamento con l'ordinamento italiano, la coppia di soli stranieri non ha tale collegamento e alla fine se loro due vengono in Italia possono iscriversi nei registri come coniugati e stare in Italia. Il diritto privato internazionale classico ritiene che, specialmente per quanto riguarda la circolazione di provvedimenti stranieri, ci possa essere un'attenuazione dell'ordine pubblico, il cd. ordine pubblico attenuato, rispetto a gruppi che non hanno intensità di collegamento con ordinamento perché questa fattispecie è tutto sommato transitoria, lontana, ci interessa poco, quindi l'ordinamento non verrebbe intaccato nei suoi valori.

Ma qui si parla di diritti fondamentali della persona umana e risulta difficile da credere che vi possano essere trattamenti diversi a seconda che la fattispecie sia collegata in modo più o meno intenso con l'ordinamento italiano.

La Cassazione però con sent. 11696 del 2018 ha ritenuto che non vi siano problemi di costituzionalità e non ha posto il problema alla corte costituzionale perché la cassazione ha fatto un ragionamento coerente dicendo (come già affermato dalla Consulta nel 2014, sent. n 170) che le coppie *same sex* non possono trovare soddisfazioni nella formula del matrimonio, ma trovano soddisfazione con le unioni civili.