

# **PARTE GENERALE**



# CAPITOLO I

## NOZIONI E FONTI

di *Giorgio Conetti*

SOMMARIO: 1. Fondamento della materia. – 2. Sviluppo storico ed origini del sistema italiano di diritto internazionale privato. – 3. La legge italiana del 1995 e i suoi caratteri generali. – 4. Fonti convenzionali. – 5. Fonti dell'Unione europea. – Bibliografia essenziale.

### 1. *Fondamento della materia*

Con la denominazione, prevalente in dottrina italiana ed europea continentale, di diritto internazionale privato e diritto processuale civile internazionale si individuano, e si costruiscono a sistema, norme poste negli ordinamenti statali ma che trovano motivazione nella circostanza, assunta come rilevante in questi stessi ordinamenti, della loro non esclusività. Pur trattandosi di norme di diritto statale interno, poste dai legislatori nazionali secondo proprie valutazioni, salvo l'esistenza di obblighi internazionali quanto al loro contenuto, la tradizionale qualificazione di "internazionale" per la materia che disciplinano deriva dalla accolta esigenza di tener conto della effettività della vita di relazione intersoggettiva che, per i rapporti di diritto civile, non si esaurisce entro un solo ordinamento, ma può essere sovente oggetto di attività processuale e di disciplina materiale entro ordinamenti diversi.

Per tener conto di ciò, ogni ordinamento statale dispone di un proprio complesso di norme, sistematicamente costruite pur se con notevoli differenze quanto alle fonti e ai contenuti, per provvedere a determinare l'ambito di esercizio della propria giurisdizione civile, la rilevanza da attribuire all'esercizio di giurisdizione all'estero con la conseguente eventuale efficacia delle decisioni giudiziarie da questa provenienti, la applicabilità della legge materiale propria o di altri ordinamenti ai rapporti sottoposti alla giurisdizione dei propri giudici, in quanto la determina-

zione della legge applicabile costituisce normalmente questione distinta, pur se successiva e conseguente, rispetto all'accertamento della competenza del proprio foro.

Così disponendo ed escludendo soluzioni che, prescindendo dal dato storico tuttora attuale della coesistenza di più ordinamenti di Stati sovrani dotati di effettività, pretendano una giurisdizione universale a capo dei propri giudici e una conseguente applicazione universale delle proprie norme processuali e materiali, ogni ordinamento giuridico si autolimita sotto entrambi i profili, in ciò corrispondendo ad una esigenza di ragionevolezza e realismo, se non anche di giustizia ove si ritengano operanti, a tal fine, principi generali, traibili dal diritto internazionale, sul reciproco dovere degli Stati di riconoscere e rispettare le rispettive sfere di sovranità.

Nel primo caso l'autolimitazione trova il proprio fondamento nella constatazione, per certi versi utilitaristica, della inutilità dell'esercizio di giurisdizione in assenza di un interesse pubblico o sociale ad esercitarla e di pratica inappropriata di applicare norme materiali inadeguate alle caratteristiche delle situazioni da regolare se queste, pur conoscibili dai giudici dello Stato, appaiano prive di connessioni significative con l'ordinamento del foro. Nel secondo l'autolimitazione si configura come dovuta, anche se esercitabile con una certa discrezionalità quanto ai criteri con cui viene determinata, laddove una pretesa eccessiva di competenza giurisdizionale e materiale troverebbe sanzione nell'ineffettività e nella concreta inefficacia delle statuizioni che ne risultino.

In entrambe le ipotesi, la portata concreta dell'autolimitazione è il risultato di un autonomo esercizio del potere normativo e giurisdizionale degli Stati, guidato da valutazioni di valore, interesse o opportunità effettuate dal legislatore o dal giudice, a seconda dei sistemi, quanto alla rilevanza da attribuire alle proprie o altrui norme in ragione di connessioni o contenuti cui si attribuisca significatività. Da qui le differenze, anche assai consistenti, che presentano i diversi ordinamenti statali in entrambe le materie, con conseguenti varietà di soluzioni, a seconda dell'ordinamento entro cui la questione venga posta, laddove le uniformità, pur presenti, derivano più da criteri di ragionevolezza connessi alla natura delle cose che non dalla operatività di regole generali in materia, quale invece teorizzata dal Savigny, o dalla esistenza, sostenuta dalla c.d. Scuola italiana del diritto internazionale, fondata sul pensiero del Mancini, di soluzioni obbligate derivanti dalla garanzia offerta dal diritto internazionale sugli ambiti di applicazione delle leggi degli Stati.

Si prospetta quindi l'opportunità di coordinamenti tra i sistemi statali per evitare sovrapposizioni o conflitti tra diverse e concorrenti pretese di

giurisdizione, contraddizioni e diversa operatività di giudicati provenienti da giudici di Stati diversi e tra differenti soluzioni materiali conseguenti alla diversità delle leggi, in parte conseguibili con metodi di interpretazione e applicazione delle norme nazionali ma meglio ottenibili con la redazione di norme uniformi, da porsi in convenzioni internazionali. L'opera di unificazione di aspetti della materia, già avviata alla fine del secolo XIX per iniziativa del Mancini, all'epoca Ministro degli Esteri, il quale in tal modo si proponeva di far acquisire in diritto positivo nei diversi Stati i principi sugli ambiti di applicabilità delle rispettive leggi che assumeva propri del diritto internazionale, ha avuto vasto e continuato sviluppo, specie ad opera di conferenze intergovernative di diritto internazionale privato periodicamente svolte all'Aja, dando origine a un elevato numero di accordi internazionali, sia in materia processuale che di determinazione della legge applicabile, conseguendo indubbiamente risultati utili di uniformazione. Al contempo, tuttavia, questa pratica, stante la natura dello strumento convenzionale di cui si avvale, non è priva di controindicazioni, per il succedersi nel tempo di atti, anche in materie identiche, analoghe o connesse, con differenti sfere di Stati contraenti, con conseguenti difformità di applicazione temporale o spaziale, riproponendo difficoltà e incertezze.

Accanto allo strumento convenzionale, in una prima fase ancora utilizzato tra i paesi membri della Comunità Europea, questa stessa, e quindi attualmente l'Unione europea, è stata dotata di competenza normativa propria ad efficacia diretta negli ordinamenti interni nel campo della cooperazione giudiziaria in materia civile al fine di agevolarne la integrazione, anche mediante regolamenti sul coordinamento delle giurisdizioni con criteri uniformi di ripartizione, sull'efficacia dei giudicati e sulla determinazione della legge applicabile.

## *2. Sviluppo storico ed origini del sistema italiano di diritto internazionale privato*

Il diritto internazionale privato, sorto come scienza giuridica e pratica giurisprudenziale dall'assunto, riportabile alla glossa di Accursio e sviluppato da glossatori e postglossatori, della separazione tra competenza del giudice, regolamento del processo e diritto applicabile, è rimasto per lungo tempo oggetto esclusivamente di elaborazione dottrinale e applicazione giudiziaria intese a determinare, secondo il metodo sistematizzato da Bartolo da Sassoferrato, l'ambito di applicazione degli statuti, cioè degli ordinamenti comunali in materia civile, estensibile anche alle consue-

tudini regionali o locali (*coutumes*). La distinzione si operava, in ragione della materia regolata, tra statuti reali ad applicazione territoriale, concernenti la condizione dei beni immobili, e personali, riferiti al domicilio delle persone, ad applicazione extraterritoriale, per la condizione delle persone e dei beni mobili, cui la dottrina successiva (D'Argentré) aggiunse la categoria degli statuti misti relativi alle obbligazioni e alla forma degli atti, assoggettati alla legge del luogo di assunzione e compimento.

Dette teorizzazioni trovarono quindi, nel secolo XVII, con il formarsi della pluralità degli Stati sovrani, un diverso fondamento nella reciprocità dell'applicazione dei rispettivi ordinamenti, prospettata specie dalla scuola olandese, e furono mantenute nelle prime codificazioni che disponevano una unificazione e costruzione sistematica del diritto civile. Il codice civile francese del 1804 e quello austriaco del 1811, entrambi applicati anche in Italia nelle province italiane dell'Impero, nel Regno d'Italia e nel Lombardo Veneto, nelle poche norme che concernevano i conflitti di leggi li risolvevano con il metodo degli statutisti, individuando l'ambito di applicazione delle proprie regole. Così, ad es., il codice civile francese, all'art. 3, assumeva la applicazione della legge locale agli immobili situati in Francia e la legge della nazionalità francese alle questioni di stato e capacità dei cittadini ovunque residenti; il codice austriaco, al par. 4, disponeva con criterio personale, la propria applicazione alla capacità dei cittadini per atti compiuti all'estero e al par. 34 la applicazione della legge del domicilio per la capacità degli stranieri, salva la applicazione della legge più favorevole tra quella personale e locale, per la validità degli atti unilaterali, mentre i contratti erano regolati dalla legge del luogo di conclusione.

Un completo rinnovamento di prospettiva e metodo si attua nella materia con l'opera del Savigny (1779-1861), dove nell'ottavo volume del suo Sistema del diritto romano odierno (1849), si postula l'esigenza di regole comuni di diritto internazionale privato da accogliere in ogni ordinamento giuridico secondo un modello di generale validità, incentrato sull'accertamento, in ciascuna fattispecie, di un suo elemento costitutivo e significativo al fine di darne connessione con un ordinamento dato, che risulterà quindi uniformemente applicabile alla stessa. Pertanto, in attuazione di tali criteri, ritenuti di oggettiva rilevanza, ogni giudice di qualsiasi Stato, chiamato a valutare una analoga fattispecie, sarebbe giunto alla medesima conclusione quanto al diritto applicabile. La prospettiva veniva con ciò spostata dalla determinazione dell'ambito di applicazione delle leggi alle fattispecie alla considerazione della natura della fattispecie e al suo riportarsi, per un suo elemento caratterizzante significativo, a un determinato ordinamento.

Questa diversa tecnica sarà quindi accolta sostanzialmente nella redazione delle successive legislazioni nella materia, a cominciare da quella dello Stato italiano che, da poco unificato, si dava un sistema di diritto internazionale privato nelle preleggi al Codice civile del 1865 dove figure generali di fattispecie, astrattamente considerate, vengono riportate alla applicazione di un determinato ordinamento, nazionale o straniero, in forza del neutrale funzionamento di un collegamento significativo, individuato per ciascuna categoria di fattispecie. Benché le soluzioni accolte nel nostro sistema, che nella loro sostanza verranno mantenute anche nella legislazione successiva, abbiano riscosso un certo favore anche in altre legislazioni europee o dell'America latina, l'intervenire dell'opera dei diversi legislatori nazionali nella materia rivelava presto la illusorietà della prospettiva del Savigny quanto alla generale e necessaria obiettività della connessione più significativa, stante che per la individuazione della stessa le scelte legislative si differenziavano in ragione di diversità di valutazioni o interessi, accogliendo collegamenti variati o attribuendo al giudice, o alle parti interessate, una maggiore o minore discrezionalità nella scelta della legge applicabile.

Tuttavia, secondo il pensiero di P.S. Mancini (1817-1888), il grande giurista e politico che fu redattore delle nostre prime regole, i collegamenti ivi accolti traevano la propria universalità non tanto dalla considerazione della natura giuridica del rapporto, quanto dall'obbligo, di fonte internazionale, di rispetto reciproco delle sovranità degli Stati nazionali, e della loro conseguente aspettativa di veder applicate le proprie leggi su questioni strettamente connesse alla identità nazionale dei propri cittadini, quali le materie dello stato e capacità delle persone, i rapporti di famiglia e le successioni, identificate come costituenti il diritto necessario, sottratto all'autonomia delle parti e per sua natura soggetto al diritto dello Stato di appartenenza delle persone, mentre le questioni di prevalente interesse dei soggetti coinvolti (diritto volontario) avrebbero potuto essere oggetto di autonomia privata anche nella determinazione del diritto applicabile. Restava sempre salva la applicazione dovuta delle leggi dello Stato per quanto attinenti al diritto e all'ordine pubblico. Anche la già ricordata prospettiva avanzata dal Mancini quanto alla necessità di giungere a sistemi uniformi di diritto internazionale privato mediante l'accoglimento di regole comuni in convenzioni internazionali, sviluppata nel famoso rapporto del 1874 all'Institut de Droit International, poteva trovare un limitato accoglimento in un primo gruppo di Convenzioni dell'Aja, concluse tra il 1902 e il 1905 prevalentemente in materia matrimoniale ed ora non più vigenti, ma la uniformazione convenzionale del diritto internazionale privato e processuale civile internazionale attualmen-

te perseguita, oltre che a opera della Conferenza dell'Aja anche in altre sedi istituzionali (già la Società delle Nazioni, ora la Commissione delle N.U. per il commercio internazionale, UNCITRAL, l'Istituto per la unificazione del diritto privato, UNIDROIT, la Commissione internazionale dello stato civile, CIEC), si svolge senza presumere la operatività di principi universali ma secondo valutazioni di pratica opportunità.

### 3. *La legge italiana del 1995 e i suoi caratteri generali*

Il sistema manciniano, con la preponderanza in esso accolta del criterio della cittadinanza, si mantiene, sostanzialmente inalterato, anche nelle preleggi al codice civile del 1941 (artt. 17-31), sino alla riforma generale della materia con la legge 31 maggio 1995, n. 218 entrata in vigore il 1° settembre dello stesso anno, salvo per il suo Titolo IV, intitolato all'efficacia di sentenze ed atti stranieri, che, per la necessità di integrazioni, si è applicato a partire dal 31 dicembre 1996.

Anche la nuova legge, pur se con significative innovazioni e temperamenti, resta fedele agli assunti manciniani in materia di scelta della legge applicabile ed anzi ne restaura l'apertura internazionalistica specie quanto all'efficacia dei giudicati stranieri, avverso le soluzioni più restrittive già contenute nelle relative norme, ora abrogate, del c.p.c. Nel suo insieme essa corrisponde a un'esigenza da tempo manifestata di adeguamento a principi e valori derivanti dalla Costituzione, dalla legislazione a essa conforme, in particolare in materia di diritto di famiglia, e di maggior considerazione verso l'esercizio della giurisdizione e il diritto di altri Stati, abbandonando scelte del passato informate da difesa e chiusura verso l'esterno.

La stringatezza e la insufficienza della formulazione delle preleggi del 1941, nonché le lacune aperte nel loro sistema da pronunzie di incostituzionalità di alcune delle norme in esse contenute (artt. 18, 19 e 20 con sentenze della Corte costituzionale del 26 febbraio e 10 dicembre 1987 e, ancora, del 4 luglio 2006 in regime di residua applicazione transitoria delle vecchie norme; rispettivamente *RDIn*, 1987, 417, *RDIn*, 1988, 220, *RIPP*, 2006, 1043) che, in violazione dei principi di uguaglianza tra i cittadini, tra i coniugi e i genitori, privilegiavano la legge del marito o del padre in rapporti tra parti di diversa cittadinanza, imponevano da tempo un intervento normativo innovatore, avviato innanzi in sede dottrinale, quindi frutto di elaborazione di una commissione ministeriale di giuristi e di un conseguente disegno di legge governativo, che subiva ancora delle significative modifiche in sede parlamentare.

Ne è derivato un testo unitario, opportunamente comprensivo delle

connesse materie processuali sull'esercizio della giurisdizione nazionale, sulla rilevanza da riconoscere all'esercizio della giurisdizione estera e sull'applicazione della legge straniera, sostituendo ed abrogando, con un'unica disciplina, le pertinenti norme anteriormente contenute nelle disposizioni preliminari al c.c., all'interno di questo e nel c.p.c. (artt. 17-31 disp. prel., 2505 e 2509 c.c., 2, 3, 4, 37, 2° co., 796-805 c.p.c.). Queste ultime restavano transitoriamente applicabili ai procedimenti avviati innanzi alla riforma, ma le nuove norme in materia di giurisdizione avrebbero potuto fondarla anche sanandone il difetto derivante da quelle vigenti all'atto dell'avvio del processo. In ogni caso restavano salvi effetti e situazioni definitivamente prodottisi in applicazione delle norme previgenti. Non vengono coinvolte dalla riforma le norme speciali in materia di giurisdizione e legge applicabile contenute nel codice della navigazione, pur se deve ritenersi che anche queste vanno ormai applicate ed interpretate in base alle pertinenti norme generali contenute nella riforma, segnatamente al Capo I del Titolo III.

In corrispondenza alle esigenze e agli indirizzi innovativi che si erano affermati, la nuova disciplina si configura come più articolata, precisa ed analitica, consente un più ampio esercizio di autonome scelte delle parti interessate in materia di giurisdizione e legge applicabile, rispetta la parità delle parti nei rapporti di famiglia, privilegia la costituzione della filiazione e i diritti dei figli, salva la nostra legislazione sull'adozione dei minori, tiene conto dei diritti del consumatore. L'apertura verso l'estero si manifesta in innovazioni significative, quali la applicazione dovuta della legge straniera, il rispetto delle sue caratteristiche, la rilevanza del rinvio che essa faccia ad altra legge, la più ampia possibilità di deroga alla giurisdizione italiana, l'opponibilità della litispendenza estera, l'efficacia automatica dei giudicati stranieri, la assicurata prevalenza delle convenzioni internazionali e, talora, il recepimento delle loro discipline a costituire regole generali.

#### 4. *Fonti convenzionali*

L'adeguamento del nostro diritto internazionale privato e processuale civile internazionale alle fonti convenzionali internazionali è espressamente considerato dalla legge di riforma che, all'art. 2, prevede la applicazione di queste senza che vengano pregiudicate dalle norme nazionali e la loro interpretazione da farsi autonomamente, per garantire il risultato della loro uniforme applicazione voluto dai contraenti e in corrispondenza ai criteri propri ai trattati internazionali.

Ciò, secondo il tenore della previsione della riforma, in ragione di un principio di specialità largamente già accolto in dottrina a fondamento della prevalenza e della autonomia della norma di origine internazionale, senza ricorrere a criteri di gerarchia delle fonti, quali interverranno, a seguito della legge costituzionale 3/2001, con la introduzione, al I° co. del nuovo art. 117 Cost., del vincolo per il legislatore del rispetto del rispetto degli obblighi internazionali e comunitari.

Tale vincolo non altera il carattere di specialità della fonte esterna ma lo consolida munendola di un rafforzamento costituzionalmente garantito, sì da costruire le norme che ne derivano come interposte tra Costituzione, cui restano comunque soggette, e legge ordinaria. Quest'ultima non può contraddirvi, pena un accertamento di incostituzionalità, quale già si è avuto nei paralleli giudizi della Corte cost. nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007 (*RDIn*, 2008, 197 e 229).

Vero è anche che, come messo in rilievo dalla stessa Corte, il ricorso al giudizio di costituzionalità si profila necessario solo ove il contrasto tra norma ordinaria nazionale e norma di fonte convenzionale non sia risolvibile dal giudice di merito in via interpretativa, con il coordinamento tra le rispettive sfere di applicazione materiale e spaziale.

La garanzia così offerta alle fonti convenzionali non risolve i problemi, spesso complessi, derivanti dal concorrere di più di esse, succedutesi nel tempo e con diverse sfere di applicazione, come si è avuto ad es. significativamente nella materia della vendita internazionale, dovendosi tener conto della circostanza che alcune tra esse sono destinate a applicarsi esclusivamente nei rapporti tra parti contraenti e altre generalmente, sostituendosi così, per la disciplina da esse considerata, alle norme interne. L'intervento nella materia del diritto internazionale privato e processuale civile della competenza normativa diretta dell'Unione europea comporta un'ulteriore necessità di coordinamento con le fonti convenzionali della normativa uniforme comunitaria, da risolversi a opera dello stesso legislatore europeo, anche in forza della competenza esclusiva da questo in conseguenza acquisita ad assumere obblighi internazionali nelle materie oggetto delle norme da egli poste. In ragione di ciò e in corrispondenza al parere espresso in tal senso dalla Corte di Giustizia CE, 7 febbraio 2006, n. 1/03 (*RDIn*, 2006, 212), l'Unione europea ha aderito e partecipa, in luogo degli Stati membri, alla Conferenza di diritto internazionale privato dell'Aja; ove non si abbia una partecipazione diretta dell'Unione alle convenzioni, la conclusione di queste da parte degli Stati deve sottostare a una procedura uniforme di autorizzazione comunitaria.

Sul funzionamento del sistema di diritto internazionale privato può inoltre interferire la posizione convenzionale di diritto uniforme mate-

riale che, negli intenti dei contraenti, dovrebbe risolvere i conflitti di leggi con la introduzione di identiche discipline. Anche questa tecnica, tuttavia, richiede la definizione degli ambiti di applicazione, contenutistici e spaziali, di dette discipline, necessariamente introducendo allo scopo apposite norme di struttura analoga a quante disposte per la soluzione dei conflitti di leggi.

La apertura internazionalistica che contraddistingue la riforma ha indotto, oltre che a privilegiare la fonte convenzionale, a eliminare, in certe materie, la dicotomia tra questa e la disciplina nazionale, rendendo la prima di applicazione generale, anche al di là dei suoi ambiti di applicazione spaziale, quando si tratti di fonte operante solo tra Stati contraenti, e materiale. La applicazione “in ogni caso” della disciplina convenzionale è disposta in più luoghi della legge di riforma: per la protezione dei minori con riferimento alla Convenzione dell’Aja del 5 ottobre 1961, sulla competenza delle autorità e la legge applicabile in materia (art. 42); per le obbligazioni alimentari nella famiglia con riferimento alla relativa Convenzione dell’Aja del 2 ottobre 1973 (art. 45); per la cambiale, il vaglia cambiario e l’assegno con riferimento alle Convenzioni di Ginevra del 7 giugno 1930 e del 19 marzo 1931 (art. 59). Inoltre due estensioni all’applicazione generale si operano all’art. 3, 2° co. per alcune parti della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 sulla competenza giurisdizionale e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, e all’art. 57 per la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. Nei due casi si trattava di convenzioni c.d. “comunitarie” concluse all’epoca tra gli Stati membri della Comunità Europea per la uniformazione di loro normative al fine di agevolare il processo di integrazione e quindi sostituite, una volta che la CE ha assunto competenza normativa propria in materia con efficacia diretta negli ordinamenti di detti Stati, da corrispondenti regolamenti comunitari, rispettivamente il 44/2001 e il 593/2008, contenenti peraltro discipline anche largamente difformi rispetto ai testi convenzionali.

Il problema generale, forse trascurato dal legislatore della riforma al momento di disporre il rinvio “in ogni caso” a discipline convenzionali, della loro applicazione nel momento in cui vengano sostituite da altre successive, in tutto o in parte diverse sotto i profili materiali e spaziali, appare ancora più consistente nel caso del richiamo alle due convenzioni comunitarie, espressamente abrogate nei paesi membri con il subentro della nuove fonti regolamentari. Qualora, infatti, al richiamo si attribuisca natura di rinvio materiale ai contenuti normativi, come talora si ritrova in giurisprudenza, esso resterebbe congelato senza adeguarsi alla modificazione della fonte a monte, il che, specie per i riferimenti alle con-

venzioni comunitarie, riprodurrebbe, seppure per i soli casi in cui vale la estensione di applicazione, la dicotomia di discipline che era nell'intento del legislatore evitare. Il riferimento, contenuto all'art. 3, 2° co., per la estensione del rinvio anche alle successive modificazioni apportate alla Convenzione di Bruxelles, consente un'interpretazione sistematica per cui il rinvio andrebbe fatto all'ordinamento comunitario, che in senso lato comprendeva anche le due citate convenzioni, e alla sua evoluzione, che ha comportato la sostituzione delle convenzioni con i regolamenti. Generalmente è argomentabile che ogni riferimento a una fonte eteronoma rispetto a quella nazionale vada apprezzato con riguardo alle vicende di tale fonte nell'ordinamento cui appartiene, e abbia pertanto natura formale.

##### 5. *Fonti dell'Unione europea*

L'intervento di discipline comunitarie poste con regolamenti a applicazione diretta nelle materie del diritto processuale civile e del diritto internazionale privato è presentemente amplissimo, coprendo vasti settori ove si sostituisce, nei suoi ambiti di applicazione, alle legislazioni nazionali e ai rapporti convenzionali degli Stati membri. Esso si svolge, attualmente in base all'art. 81 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nel quadro della cooperazione giudiziaria in materia civile che in particolare ricomprende, secondo il par. 2, lett. a) di detto articolo, misure volte a conseguire il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali e, alla lett. c), per assicurare la compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di giurisdizioni.

L'assunzione di detta competenza normativa diretta, giustificata con l'esigenza di realizzazione graduale di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia ove sia assicurata la libera circolazione delle persone, risale al Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997 (art. 65) e si sostituisce allo strumento tradizionale del ricorso a convenzioni internazionali tra gli Stati membri, inizialmente previsto all'art. 220 del Trattato CEE, seppur, nella nostra materia, limitatamente al reciproco riconoscimento e esecuzione delle decisioni giudiziarie. La conclusione di siffatte convenzioni, dette "comunitarie" per la loro destinazione strumentale ad agevolare la integrazione tra gli ordinamenti degli Stati membri ed il funzionamento del mercato comune e il loro assoggettamento alla competenza interpretativa pregiudiziale della Corte di Giustizia della Comunità, era andata oltre la previsione iniziale dell'art. 220 per coprire, con la Con-

venzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 sia la giurisdizione che il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni e, successivamente, con la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, anche il campo della legge applicabile alle obbligazioni contrattuali; questa prima estensione alla materia del diritto internazionale privato si dava al fine di integrare la previsione della unicità del giudice competente, tra quelli dei paesi membri, a conoscere di questioni in materia civile e commerciale e della generale efficacia della sua decisione, con la previsione della unicità del criterio di collegamento da questi giudici uniformemente applicabile, almeno nella importante materia delle obbligazioni sorte da contratto.

Le due citate convenzioni, a seguito della assunzione di competenza normativa diretta, sono quindi state sostituite, con discipline in parte ampliate e modificate, da due regolamenti, rispettivamente il 44/2001 (Bruxelles I) e il 593/2008 (Roma I), cui si sono aggiunti nel tempo numerosi altri interventi normativi, egualmente bene nel campo della uniformazione del diritto processuale civile internazionale che di quello della scelta della legge applicabile. La efficacia sostitutiva dei regolamenti comunitari rispetto alle legislazioni nazionali dei paesi membri, e quindi anche di quella italiana, è tuttavia diversa nelle due materie: mentre le regole sulla ripartizione della competenza e l'efficacia dei giudicati operano esclusivamente tra giurisdizioni degli Stati membri, costruendole sostanzialmente a comporre un unico sistema giudiziario, ma lasciando residualmente applicabili le norme nazionali quando si tratti di definire la giurisdizione al di fuori della sfera comunitaria e di considerare l'efficacia di giudicati provenienti da paesi terzi, le norme uniformi poste dai regolamenti quanto alla scelta della legge applicabile hanno efficacia generale, anche quando il collegamento prescelto porti a richiamare il diritto di uno Stato terzo, e pertanto in tutto si sostituiscono alle norme di conflitto nazionali per le fattispecie corrispondenti, il che ha comportato una larga e sostanziale modificazione anche del nostro sistema in numerose ed importanti materie.

Le regole sulla ripartizione di competenza e efficacia delle decisioni, contenute in generale per la materia civile e commerciale, con ampie esclusioni quali lo stato e la capacità delle persone, i rapporti patrimoniali tra coniugi, le successioni e i testamenti, poste con il reg. 44/2001 modificato, con effetto dal 10 gennaio 2015, dal reg. 1215/2012 (Bruxelles I-bis), sono state integrate, quanto alla determinazione della legge applicabile in alcune delle materie da esse coperte, con il ricordato reg. 593/2008 relativo alle obbligazioni contrattuali e con il reg. 864/2007 per le obbligazioni extracontrattuali (Roma II); quelle sulla giurisdizione e l'efficacia delle decisioni in materia di matrimoniale e di responsabilità

genitoriale, poste con il reg. 2201/2003 (Bruxelles II-*bis*), sono state integrate dal reg. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. In altri casi, ove non vi era precedente disciplina per gli aspetti processuali, i regolamenti hanno coperto, con un unico atto, sia la materia della competenza e dell'efficacia del giudicato che quella della legge applicabile: così è disposto nel reg. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari, nel reg. 650/2012 in materia di successioni e di creazione di un certificato successorio europeo e nei reg. 2016/1103 e 2016/1104 relativi ai rapporti patrimoniali nel matrimonio e nelle unioni registrate.

Il nuovo diritto internazionale privato comunitario, che in tanta parte ormai in tutto sostituisce la corrispondente disciplina della legge italiana di riforma, si discosta largamente dalle scelte compiute dal legislatore nazionale, ancora molto influenzato dalla tradizione manciniana, riducendo il ricorso al criterio della cittadinanza, cui è spesso dato soltanto un ruolo secondario o complementare rispetto alla priorità attribuita alla residenza, e ampliando significativamente la facoltà di scelta della legge applicabile a opera della parte o delle parti interessate.

Anche al di là delle discipline direttamente poste nella materia, il diritto comunitario può influenzare significativamente, per l'operare dei principi in esso contenuti, il funzionamento dei sistemi nazionali di diritto internazionale privato. In specie il generale divieto di discriminazione su base nazionale, che costituisce uno dei fondamenti della integrazione comunitaria, influisce sul criterio di collegamento della cittadinanza, ancora ampiamente accolto in molti sistemi nazionali, per impedire che, in ipotesi di doppia cittadinanza di Stati membri a capo di una o più parti di un rapporto, prevalga necessariamente quella del foro o che si subordini l'efficacia di una cittadinanza comunitaria alla sua effettività. Inoltre il principio di reciproca fiducia tra le statuizioni derivanti dagli ordinamenti degli Stati membri comporta, anche in assenza di specifiche discipline comunitarie nelle materie, la generale rilevanza giuridica di atti concernenti condizione e status personali posti entro uno di questi ordinamenti.

### *Bibliografia essenziale*

#### a) Raccolte di norme, giurisprudenza e casi

ANCEL B., LEQUETTE Y., *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, 1998; BARIATTI S., *Casi e materiali di diritto internazionale privato comunitario*, II ed., Milano, 2009; BARIATTI S., VIARENGO I., VILLATA F. (a cura di), *La giurisprudenza italiana sui regolamenti europei in materia civile*,

*commerciale e di famiglia*, Padova, 2016; CAPOTORTI F., CONFORTI B., FERRARI BRAVO L., STARACE V., *La giurisprudenza italiana di diritto internazionale privato e processuale. Repertorio 194-1966*, Bari, 1967; CAPOTORTI F., STARACE V., VILLANI U., *La giurisprudenza italiana di diritto internazionale privato e processuale, Repertorio 1967-1990*, Milano, 1991; CLERICI R., MOSCONI F., POCAR F., *Legge di riforma del diritto internazionale privato e testi collegati*, VI ed., Milano, 2009; CONNETTI G., *Questioni di diritto internazionale privato e processuale*, Padova, 2004; DI BLASE A., GIARDINA A., *Diritto internazionale privato e processuale. Materiali didattici*, Milano, 1994; PICONE P., FOCARELLI C., *Codice del diritto internazionale privato*, Napoli, 1996; POCAR F., TREVES T., CLERICI R., DE CESARI P., TROMBETTA PANIGADI F., *Codice delle convenzioni di diritto internazionale privato e processuale*, Milano 1999.

b) Trattazioni generali e commentari

I) anteriori alla legge di riforma 218/95: AGO R., *Teoria del diritto internazionale privato*, Padova, 1934; ANZILOTTI D., *Corso di lezioni di diritto internazionale privato*, Roma, 1918; BALLADORE PALLIERI G., *Diritto internazionale privato italiano*, Milano, 1974; BALLARINO T., *Diritto internazionale privato*, Padova, 1982; BARILE G., *Lezioni di diritto internazionale privato*, Padova, 1980; BETTI E., *Problematica del diritto internazionale privato*, Milano, 1956; CAPOTORTI F., *Premesse e funzioni del diritto internazionale privato*, Napoli, 1961; CAVAGLIERI A., *Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli, 1933; FEDOZZI P., *Il diritto internazionale privato. Teorie generali e diritto civile*, Padova, 1939; MONACO R., *L'efficacia delle legge italiana nello spazio (Diritto internazionale privato)*, Torino, 1964; MORELLI G., *Elementi di diritto internazionale privato*, XII ed., Napoli, 1986; PACCHIONI G., *Diritto internazionale privato*, Padova, 1935; PERASSI T., *Lezioni di diritto internazionale. II. Diritto internazionale privato*, Padova, 1957; QUADRI R., *Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli, 1969; QUADRI R., *Scritti giuridici. II. Diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 1998; SAVIGNY V. F.C., *Sistema del diritto romano attuale. VIII. Regola del diritto. I limiti nello spazio* (trad. Scialoja), Torino, 1897; UDINA M., *Elementi di diritto internazionale privato*, Roma, 1933.; II) sulla legge di riforma 218/95: AA.VV., *Commentario al nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996; BALLARINO T., BONOMI A., *Diritto internazionale privato*, III ed., Padova, 1999; BALLARINO T., *Manuale breve di diritto internazionale privato*, III ed., Padova, 2008; BALLARINO T., BALLARINO M.E., PRETELLI I., *Diritto internazionale privato italiano*, Padova, 2016; BARIATTI S. (a cura di), *Legge 13 maggio 1995, n. 218. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, NLCC, 1996, 877; BAREL B., ARMELLINI S., *Manuale breve di diritto internazionale privato*, II ed., Milano, 2016; BOSCHIERO N., *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, 1996; CARBONE S.M., IVALDI P., *Lezioni di diritto internazionale privato*, Padova, 2000; CONNETTI G., TONOLO S., VISMARA F., *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, II ed., Torino 2009; GAJA G. (a cura di), *La riforma del diritto internazionale privato e processuale. Raccolta in onore di E. Vitta*, Milano, 1994; MENGIOZZI P., *La riforma del diritto internazionale privato italiano*, II ed., Napoli, 1997; MENGIOZZI P., *Il diritto internazionale privato*, Napoli, 2004; MOSCONI F., CAMPIGLIO C., *Diritto internazionale privato. I. Parte generale e obbligazioni*, VI ed., Torino, 2013. *II. Statuto personale e diritti reali*, IV ed., Torino, 2016; PICONE P., *La riforma del diritto internazionale privato*, Padova, 1998; PICONE P., *Studi di diritto internazionale privato*, Napoli, 2003; POCAR F., HONORATI C., *Il nuovo diritto internazionale privato*, II ed., Milano, 2002.

c) La comunitarizzazione del diritto internazionale privato e le fonti internazionali

BARIATTI S., *L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padova, 1986; BERTOLI P., *Corte di Giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 2005; CARBONE S. M., *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale*, VI ed., Torino, 2009; CARBONE S., TUO C., *Il nuovo spazio europeo in materia civile e commerciale. Il regolamento UE n. 1215/2012*, Torino, 2016; DE CESARI P., *Diritto internazionale privato dell'Unione europea*, Torino, 2011; PICONE P. (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004; SALERNO F. (a cura di), *Convenzioni internazionali e legge di riforma del diritto internazionale privato*, Padova, 1997.

Si segnalano, per un'ampia riconsiderazione del sistema del diritto internazionale privato nazionale e comunitario, gli Atti del Convegno *Per un nuovo diritto internazionale privato* (Milano, 23 ottobre 2014), in occasione del cinquantenario della *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, in *RIPP*, 2014, 707-986.

## CAPITOLO II

# LA GIURISDIZIONE

di *Giorgio Conetti*

SOMMARIO: 1. Il diritto processuale civile internazionale. – 2. I criteri di giurisdizione. – 3. La giurisdizione in materia contenziosa. – 4. Giurisdizione volontaria. La regola generale. – 5. La normativa dell'Unione europea. Giurisdizione in materia civile e commerciale. – 6. Criteri speciali, *in favorem*, ed esclusivi. – 7. Proroga, deroga e accettazione della giurisdizione. – 8. Litispendenza e connessione. – 9. Provvedimenti provvisori e cautelari. – Bibliografia essenziale.

### 1. *Il diritto processuale civile internazionale*

La disciplina del processo civile, anche con riferimento alla delimitazione dell'ambito per il suo esercizio e alla rilevanza del processo civile estero, è parte del diritto processuale civile dello Stato, ricompresa attualmente nella legge 218/1995, che vi provvede senza che per questa materia si dia richiamo al diritto processuale straniero. Tuttavia, pur senza applicazione diretta delle sue regole, queste possono rilevare ad esempio quando istituiscono la giurisdizione del giudice straniero al fine di consentire la deroga alla giurisdizione italiana o di tener conto della litispendenza all'estero.

Le modalità dello svolgimento del processo all'estero possono, inoltre, essere prese in considerazione per la garanzia dei diritti della difesa e per la qualifica di definitività della decisione quando si tratti di darvi efficacia in Italia. Ancora, pur restando la materia di assunzione dei mezzi di prova e dell'espletamento di atti istruttori, da effettuarsi in Italia su richiesta di autorità giudiziarie estere, regolata dalla legge italiana, le forme per ciò previste dalla legge straniera possono concorrere con la disciplina nazionale in quanto compatibili con i suoi principi.

Nel disciplinare la materia il legislatore nazionale esercita una larga discrezionalità valutando l'interesse pubblico e sociale per determinare l'ambito della giurisdizione dei giudici, sotto il profilo soggettivo o og-

gettivo, e l'opportunità di dar rilevanza giuridica al processo estero e ai suoi risultati. In ciò il legislatore non incontra altri limiti che quelli derivanti, in forza degli artt. 10, 1° co. e 117, 1° co. Cost., per l'operare di norme internazionali, consuetudinarie o convenzionali, o comunitarie, specie se di applicazione diretta. Non sussiste un limite o obbligo internazionale generale che imponga un esercizio ragionevole della giurisdizione solo in presenza di connessioni significative con il caso da regolare, salvo che una pretesa eccessiva di detto esercizio (foro esorbitante) potrebbe trovare sanzione nell'inefficacia pratica dei suoi risultati, in fatto non applicabili o riconoscibili in altri ordinamenti.

Trova invece fondamento nelle norme consuetudinarie e convenzionali l'esenzione dalla giurisdizione civile degli agenti diplomatici accreditati nello Stato secondo la disciplina e nei limiti della Convenzione di Vienna del 1961 sulle relazioni diplomatiche, in quanto la stessa corrisponde, secondo quanto riconosciuto dalla Corte cost. con la sent. 18 giugno 1979, n. 48 (*RDIn*, 1979, 797), a una consuetudine compatibile con la Costituzione. Diversamente, in assenza di una adesione italiana alle pertinenti convenzioni di Basilea del 16 maggio 1962 e di New York del 2 dicembre 2004, aperta alla firma il 17 gennaio 2005, sulla immunità degli Stati dalla giurisdizione, questa aveva applicazione giurisprudenziale, con riferimento all'operatività nel nostro ordinamento delle norme internazionali generalmente riconosciute, quando si tratti di atti connessi all'esercizio di un potere o di una funzione pubblica. A seguito della recente adesione italiana alla Convenzione di New York (legge 14 gennaio 2013, n. 5), il regime di questa, fondato sul principio generale dell'immunità statale con esclusione della stessa per materie specificamente elencate e circoscritte ove non si concreti l'esercizio di funzioni pubbliche (transazioni commerciali, contratti di lavoro, responsabilità per danni, titolarità ed esercizio di diritti sulle cose, partecipazione a società commerciali, navi di proprietà statale o utilizzate da Stati), troverà applicazione, in attesa dell'entrata in vigore internazionalmente della Convenzione, anche come espressione di diritto consuetudinario (Cass. s.u., ord. 18 aprile 2014, n. 9034, *RIPP*, 2015, 169; 18 settembre 2014, n. 19674, *RIPP*, 2015, 644). L'art. 3 della citata legge 2013/5 ha inoltre disposto l'esclusione della giurisdizione nei confronti di Stati esteri in ottemperanza a sentenze della Corte Internazionale di Giustizia delle NU che si siano pronunziate al riguardo. La norma, tuttavia, è stata colpita da incostituzionalità in quanto precluda l'esercizio della giurisdizione su atti di Stati esteri costituenti crimini di guerra o contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona (Corte costituzionale, sent. 22 ottobre 2014, n. 238, *RDIn*, 2015, 237; la sussistenza della giurisdizione italiana

in dette situazioni è stata confermata da Corte costituzionale, ord. 3 marzo 2015, n. 30, *RDIn*, 2015, 1020). Conseguentemente la giurisprudenza della Cassazione che, a seguito della sentenza emessa dalla Corte Internazionale di Giustizia il 3 febbraio 2012 nella controversia tra Germania e Italia a favore della immunità giurisdizionale dello Stato tedesco, aveva concluso, sulla base dell'art. 3 della legge 5/2013, per l'assenza di giurisdizione in una controversia per danni subiti da cittadini italiani a causa di deportazione in Germania durante il II conflitto mondiale (Cass. s.u., 21 gennaio 2014, n. 1136, *RIPP*, 2015, 577), ha mutato orientamento pronunciandosi a favore della giurisdizione del giudice italiano a conoscere domande risarcitorie per atti compiuti *jure imperii* nel corso del conflitto ma lesivi dei diritti fondamentali della persona o integranti crimini contro l'umanità (Cass. s.u., 21 luglio 2016, n. 15812, *RDIn*, 2016, 1276). Ha esclusivamente fondamento convenzionale l'esenzione di cui godono, di forza di accordi di sede o sulle immunità e i privilegi, le organizzazioni internazionali intergovernative e i loro funzionari.

Non costituisce un limite all'esercizio della giurisdizione la condizione di reciprocità, di cui all'art.16 disp. prel. al c.c., non abrogato, come forse sarebbe stato opportuno, dalla legge di riforma; la reciprocità escluderebbe l'esercizio del diritto d'azione per lo straniero cittadino di uno Stato ove l'analogo diritto non venisse riconosciuto al cittadino italiano, ma tale limite, eventualmente relativo al diritto azionato, non incide sulla giurisdizione (Cass., 11 febbraio 2010, n. 3098, *RIPP*, 2010, 748; Cass. s.u., 29 novembre 2007, n. 24814, *RIPP*, 2009, 182) e certamente non opera in presenza della norma di cui all'art. 24 Cost., conforme d'altronde a un principio internazionale richiamato all'art. 10, 2° co., Cost. relativo al trattamento dello straniero, che garantisce a tutti, persone fisiche o giuridiche, l'accesso alla giustizia.

L'esercizio della giurisdizione italiana e la rilevanza dell'esercizio di quella estera possono invece essere oggetto di coordinamento tra due o più Stati su base convenzionale, in modo da individuare per determinate materie, con criteri uniformi, il giudice competente tra quelli degli Stati contraenti e di dare conseguentemente pari efficacia alla decisione che ne derivi (convenzioni doppie). Talora dette convenzioni si completano con la previsione della legge applicabile da parte del giudice che risulta competente. Questo meccanismo è stato ampiamente ripreso e sviluppato nei regolamenti comunitari innanzi ricordati, in generale, nella materia civile e commerciale con il reg. 44/2001, modificato e integrato con il reg. 1215/2012, dopo esser stato oggetto della convenzione di Bruxelles del 1968 tra gli Stati membri, o con regolamenti per materie particolari, dando luogo a un sistema unificato di ripartizione di competenza e effi-

cacia dei giudicati e lasciando alle norme nazionali applicazione residuale al di fuori dei loro ambiti spaziale e materiale di applicazione.

## 2. I criteri di giurisdizione

Intesa come la competenza complessiva dei giudici dello Stato, la giurisdizione civile, distinguibile in contenziosa o volontaria, può risultare dalla somma delle attribuzioni di competenza interna attribuita dal diritto processuale dello Stato ai propri giudici, oppure può essere determinata, distintamente da quella interna, con apposite norme. In tal caso la questione della competenza interna resta distinta e successiva a quella della previa determinazione della giurisdizione. Per la non coincidenza tra le due nozioni e dei relativi criteri di determinazione, può darsi, seppure eccezionalmente, che la giurisdizione nazionale sussista senza che sia individuabile il giudice nel caso competente, problema da risolversi con la presunzione di competenza del giudice adito.

Il sistema italiano, tradizionalmente, ha sempre dato autonoma disciplina alla questione della giurisdizione, preliminare quindi a quella della competenza interna e del diritto applicabile, regolandola con apposite norme distinte da quelle sulla ripartizione di competenza interna, pur se la vigente legge segue un certo eclettismo, residualmente integrando, all'art. 3, 2° co. per la giurisdizione contenziosa e all'art. 9 per la giurisdizione volontaria, i criteri della prima con quelli per la competenza territoriale.

Al fine di determinare la giurisdizione, le norme a ciò destinate si avvalgono di connessioni che il legislatore reputa significative, in ragione dell'interesse pubblico o sociale di svolgere un giudizio in determinati casi o nei confronti di determinati soggetti. Pertanto dette connessioni possono riguardare le circostanze della lite o del provvedimento richiesto o la condizione soggettiva delle parti o di una parte. Gli elementi soggettivi o oggettivi della fattispecie processuale o di quella materiale sottostante, presi in considerazione dalla norma come rilevanti per fondare la giurisdizione, denominati criteri di giurisdizione, vanno apprezzati, trattandosi di interpretazione e applicazione di norme di diritto pubblico, quale appunto è il diritto processuale, secondo nozioni e categorie del foro, salvo siano previsti da convenzioni internazionali o regolamenti comunitari, la cui interpretazione è autonoma e uniforme e, nel caso dei regolamenti, pregiudizialmente effettuabile dalla Corte dell'UE. Generalmente la sussistenza delle circostanze che fondano la giurisdizione va accertata al momento della proposizione della domanda, e le successive