

PREMESSA

In un contesto di crescente mobilità delle persone e di interconnessione globale dei sistemi economici nazionali, il diritto internazionale privato non è più materia “di nicchia” per specialisti, ma diventa di prevalente applicazione e, nello stesso tempo, vede crescere le sue norme.

L’incremento della disciplina non è solo quantitativo, ma anche qualitativo, in quanto si moltiplicano le fonti, si diversificano i metodi e le tecniche utilizzate per la disciplina delle fattispecie transnazionali, si creano interazioni con numerose tematiche di grande rilievo economico-sociale, quali la delocalizzazione delle imprese e dei lavoratori, la responsabilità delle società multinazionali, la determinazione dello *status* personale di stranieri ai fini dell’ingresso nel territorio. Il rilievo assunto nel diritto internazionale privato dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo contribuisce ulteriormente ad aggiungere una nuova dimensione alla disciplina.

Il manuale – frutto di una più che trentennale esperienza didattica e scientifica – intende rispondere all’esigenza di una esposizione della teoria generale del diritto internazionale privato che tenga conto di tali trasformazioni ed unisca in un quadro organico le novità disperse e frammentate in una pluralità di interventi normativi settoriali; ciò allo scopo di fornire – si spera – gli strumenti metodologici necessari per la comprensione e l’autonoma utilizzazione delle normative riguardanti specifiche materie.

A tal fine, costituiscono aspetti distintivi del presente lavoro una particolare attenzione al problema delle fonti e del loro coordinamento, con il richiamo di nozioni e istituti propri di altre discipline (diritto internazionale, diritto dell’Unione europea); un approccio olistico, volto ad evidenziare la reciproca correlazione e interdipendenza dei tre settori della materia (giurisdizione, disciplina delle fattispecie ed efficacia delle decisioni); la valorizzazione della *ratio* degli istituti, anche attraverso la ricostruzione della loro evoluzione a seguito delle trasformazioni sociali; la costante attenzione agli influssi che devono esercitare nella materia la Costituzione e la Convenzione europea dei diritti dell’uomo.

Per agevolare la comprensione, tenuto conto delle esigenze didattiche da cui trae origine l’elaborazione dell’opera, è stata studiata una suddivisione in para-

grafi e sottoparagrafi che “mettesse a nudo” i singoli passaggi in cui si articola il discorso e le nozioni fondamentali che ne rappresentano gli elementi di base costitutivi. Inoltre, sono state enfatizzate con opportuno rilievo grafico le principali argomentazioni, al fine di renderne immediatamente percepibili i contenuti. L’esigenza di sintesi connessa alla destinazione didattica, ha indotto invece ad escludere le citazioni della dottrina le cui opere principali sono riportate alla fine del volume; anche i riferimenti ai numerosi atti normativi sono semplificati per non ostacolare la lettura, ma in un elenco finale sono state riportate tutte le informazioni utili e nella pagina Internet dedicata al manuale è possibile accedere direttamente ai testi.

Destinato principalmente agli studenti dei corsi di diritto internazionale e diritto internazionale privato, il testo vuole essere anche uno strumento di ausilio per l’attività di tutti gli operatori giuridici – avvocati, magistrati, notai, consulenti d’impresa, ecc. – che, dovendo fare applicazione pratica della disciplina, vogliono conseguire un solido possesso dei fondamenti del sistema e di tutti gli istituti generali. Nel licenziarlo, la speranza è che la semina possa dare buoni frutti.

Bari, settembre 2018

Gabriella Carella

Capitolo Primo

NOZIONE, CARATTERI E SETTORI DEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

Sommario: 1. Le fattispecie privatistiche transnazionali e la loro disciplina nella società globalizzata. – 2. I settori del diritto internazionale privato.

1. Le fattispecie privatistiche transnazionali e la loro disciplina nella società globalizzata

1.1. Definizione del diritto internazionale privato. – 1.2. Nozione di fattispecie privatistica interna e transnazionale. – 1.3. Importanza e utilità del diritto internazionale privato. – 1.4. Differenziazione del diritto internazionale privato dal diritto internazionale pubblico. – 1.5. Importanza del diritto internazionale privato come diritto della globalizzazione. – 1.6. Diritto internazionale privato e migrazioni. – 1.7. Diritto internazionale privato e commercio internazionale. – 1.8. Differenziazione del diritto internazionale privato dal diritto del commercio internazionale. – 1.9. Diritto internazionale privato e informatizzazione.

1.1. Definizione del diritto internazionale privato. Il diritto internazionale privato è la disciplina che si occupa della regolamentazione di una particolare categoria di **fattispecie di diritto privato**, precisamente di quelle che possono definirsi **transnazionali o transfrontaliere**.

1.2. Nozione di fattispecie privatistica interna e transnazionale. Essenziale alla comprensione del funzionamento e della ragion d'essere del diritto internazionale privato è pertanto la definizione della nozione di **fattispecie transnazionale**: possono considerarsi tali tutte le **fattispecie rientranti nelle diverse categorie del diritto privato (contratti, matrimonio, successioni, donazioni, ecc.) che si contraddistinguono per il fatto di essere collegate a due o più ordinamenti giuridici statali**. Ad esse si contrappongono le **fattispecie che, pur rientrando nella stessa categoria del diritto privato, si definiscono interne perché collegate ad un solo ordinamento**.

Si pensi al caso del matrimonio tra un italiano ed una francese aventi residenza abituale in Germania, contrapposto al matrimonio celebrato in Italia tra due italiani residenti e domiciliati in Italia, oppure al contratto tra una impresa tedesca e un'altra statunitense che deve essere eseguito in Italia, rispetto al contratto concluso e da eseguirsi in Italia che coinvolge imprese tutte italiane.

1.3. *Importanza e utilità del diritto internazionale privato.* Perché la fattispecie privatistica transnazionale richiede di essere oggetto di una disciplina apposita costituita dal diritto internazionale privato? Per comprenderlo, bisogna partire dalla considerazione che solo la fattispecie transnazionale **per il fatto di essere collegata a più ordinamenti, rientra potenzialmente nella competenza e nell'ambito di applicazione di più giurisdizioni statali e di più leggi interne.** Questo potenziale convergere di differenti giurisdizioni e leggi su una stessa fattispecie può far nascere problemi.

Prendiamo nuovamente l'esempio, sopra riportato, del matrimonio tra un italiano ed una francese aventi residenza abituale in Germania, contrapposto al matrimonio celebrato in Italia tra due italiani residenti e domiciliati in Italia. Se i coniugi della seconda fattispecie, puramente interna, intendono divorziare, non vi è dubbio che dovranno rivolgersi al giudice italiano il quale applicherà la legge italiana, non essendovi altri ordinamenti che potrebbero essere interessati o competenti a disciplinare il caso. Con riguardo alla prima fattispecie, invece, la domanda di divorzio potrebbe essere presentata, in ipotesi, sia al giudice italiano che a quello francese o tedesco ed il divorzio potrebbe essere pronunciato applicando la legge italiana o quella francese o quella tedesca, a seconda del giudice adito. Se, in concreto, un coniuge adisse il giudice italiano e l'altro il giudice francese e i due giudici aditi applicassero, rispettivamente, la legge italiana e quella francese alla domanda di divorzio, potrebbe accadere che la domanda sia accolta in un ordinamento e respinta in un altro. I due soggetti si ritroverebbero, pertanto, ad essere ancora coniugati in un ordinamento e di stato libero in un altro, con gravi conseguenze per la loro vita personale. Se, ad esempio, si risposassero nell'ordinamento che li considera di stato libero non potrebbero recarsi o risiedere in quello che li considera coniugati perché potrebbero essere accusati di bigamia.

L'esempio fatto evidenzia che **la continuità e l'uniformità di trattamento da un ordinamento all'altro non sono assicurate per le fattispecie transnazionali se esse vengono sottoposte alla stessa disciplina di quelle puramente interne; si richiede a tal fine, invece, l'adozione di norme apposite che costituiscono, appunto, il diritto internazionale privato.**

1.4. *Differenziazione del diritto internazionale privato dal diritto internazionale pubblico.* Dalla definizione del diritto internazionale privato si ricava age-

volmente che, contrariamente a ciò che potrebbe indurre a pensare la denominazione della materia, essa è ben **distinta dal diritto internazionale pubblico o diritto internazionale *tout court***. Quest'ultimo, infatti, è costituito dalle **norme che disciplinano i rapporti tra Stati** e formano un ordinamento, distinto dai singoli ordinamenti interni, che è espressione della comunità degli Stati. Il diritto internazionale privato è **invece un ramo del diritto interno che riguarda i rapporti tra privati**, ovvero tra privati e Stati nel caso in cui questi ultimi non si trovino in una posizione di supremazia rispetto al privato. La denominazione della materia, derivante da risalenti concezioni dottrinali relative alla sua funzione, dovrebbe essere, più correttamente, "diritto privato transnazionale o transfrontaliero"; tuttavia, essendo ormai da lungo tempo invalsa nell'uso la denominazione attuale, non appare opportuno modificarla.

1.5. Importanza del diritto internazionale privato come diritto della globalizzazione. Poiché il diritto internazionale privato ha per oggetto specifico le fattispecie privatistiche transnazionali, esso appare **strettamente collegato ai fenomeni, oggi particolarmente accentuati, della mobilità delle persone, della internazionalizzazione dei rapporti economici e della informatizzazione della società** (società 4.0).

1.6. Diritto internazionale privato e migrazioni. Quanto al primo aspetto, i rapporti di famiglia transnazionali (matrimoni, divorzi, filiazioni, successioni) si sono notevolmente incrementati, sia per effetto delle migrazioni, sia come conseguenza della libertà di circolazione garantita nell'Unione europea ai cittadini degli Stati membri. Provvedendo alla disciplina di tali rapporti, il diritto internazionale privato può rivestire **una importante funzione nei processi di integrazione o di salvaguardia del pluralismo culturale degli individui e dei gruppi familiari stranieri** presenti sul territorio. Inoltre, la disciplina in esame riveste oggi un **ruolo importante nella regolamentazione dei flussi migratori** in quanto è ad essa che bisogna rivolgersi per stabilire se un soggetto abbia lo *status* di figlio, coniuge, genitore o parente stretto che giustifica il ricongiungimento familiare e l'ingresso nel territorio dello Stato.

1.7. Diritto internazionale privato e commercio internazionale. Quanto ai rapporti economici internazionali, **lo scambio di beni e di servizi tra differenti Stati si svolge per il tramite di quella fattispecie privatistica transnazionale per eccellenza costituita dal c.d. contratto internazionale**, stipulato tra soggetti di diversa nazionalità e/o per lo svolgimento di attività all'estero. Anche la disciplina dei soggetti del commercio internazionale, persone fisiche o società, **inclusi taluni aspetti delle imprese multinazionali**, è rimessa alle norme di diritto internazionale privato che disciplinano altresì le procedure di insolvenza di tali soggetti, i c.d. fallimenti internazionali.

1.8. Differenziazione del diritto internazionale privato dal diritto del commercio internazionale. Va operata peraltro **una distinzione tra il diritto internazionale privato**, che si occupa dei **rapporti economici transnazionali tra privati** – o tra privati e Stati *iure privatorum* – e **il diritto del commercio internazionale** (o, con denominazione più ampia, diritto internazionale dell'economia) che ha ad oggetto pur sempre i rapporti economici internazionali, però considerandoli **dal punto di vista degli Stati** e degli obblighi internazionali che essi incontrano nella disciplina di tali rapporti. **Il diritto del commercio (o dell'economia) internazionale è pertanto un settore del diritto internazionale pubblico** nel quale rientrano, ad esempio, gli **obblighi internazionali in materia di dazi e altre misure restrittive del commercio internazionale posti dagli accordi dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC)** e dai trattati di integrazione economica, ovvero gli **obblighi internazionali in materia di investimenti stranieri**, derivanti da numerosi trattati bilaterali, nonché quelli in materia di **rapporti finanziari internazionali**, derivanti, ad esempio, dalla partecipazione al Fondo monetario internazionale (FMI) o alla Banca Mondiale.

1.9. Diritto internazionale privato e informatizzazione. Per finire, la **crescente informatizzazione** delle società più sviluppate, che investe ormai i rapporti tra persone, i processi produttivi ed ogni aspetto della vita sociale, ha enormemente incrementato il numero dei rapporti privatistici che non possono considerarsi completamente interni ad un ordinamento statale. A differenza dei settori tradizionali precedentemente considerati, però, in quest'ambito si assiste al fenomeno di rapporti che non possono definirsi interni, nel senso sopra detto, non perché siano collegati a più ordinamenti statali, ma perché **completamente denazionalizzati**, cioè non collegabili facilmente ad alcun particolare ordinamento. Sebbene il diritto internazionale privato appaia oggi il principale strumento esistente per la disciplina – almeno in via analogica – di tali rapporti, tuttavia le peculiarità che essi presentano determinano una inadeguatezza della materia nel suo attuale stadio di sviluppo e la necessità di pervenire a nuove soluzioni. In mancanza, però, è al diritto internazionale privato che, ancora una volta, bisogna rivolgersi per regolare non solo l'*e-commerce*, ma anche, ad esempio, le azioni civili di responsabilità per diffamazioni tramite *facebook* o blog, oppure per la gestione di *Big Data*.

2. I settori del diritto internazionale privato

1.10. I tre settori del diritto internazionale privato. – **1.11.** Le norme sulla giurisdizione internazionale. – **1.12.** Giurisdizione internazionale e competenza interna. – **1.13.** Le

norme per la disciplina di fattispecie transnazionali. – 1.14. Le norme materiali di diritto internazionale privato. – 1.15. Le norme sulla legge applicabile o norme di conflitto. – 1.16. Le norme sull'efficacia di decisioni e atti stranieri. – 1.17. Unità tra diritto internazionale privato processuale e diritto internazionale privato in senso stretto. – 1.18. Esclusione delle norme sulla cooperazione giudiziaria civile dal diritto internazionale privato. – 1.19. Diritto internazionale privato e diritti umani. – 1.20. Rilievo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

1.10. I tre settori del diritto internazionale privato. Le norme di diritto internazionale privato non sono omogenee, ma differiscono per contenuto e funzione raggruppandosi in **tre settori** a seconda che riguardino: 1) la **giurisdizione** rispetto a fattispecie transnazionali (giurisdizione internazionale), 2) la **disciplina** di tali fattispecie, 3) **l'efficacia delle decisioni e degli atti pubblici adottati in un altro Stato** (decisioni e atti stranieri) con riguardo ad esse.

Il ricorso all'uno o all'altro settore, nell'applicazione pratica, dipende dal modo in cui è impostata la domanda di accertamento del diritto rispetto alla fattispecie privatistica transnazionale e alla relativa controversia. Si danno **due possibilità**: a) che al giudice dello Stato X **sia rivolta direttamente una domanda** relativa ad una fattispecie privatistica transnazionale, ad esempio la domanda di annullamento di un contratto tra una impresa dello Stato X e una impresa dello Stato Y, oppure una domanda di divorzio tra un cittadino di X e un cittadino di Y. In tal caso **troveranno applicazione le norme sulla giurisdizione internazionale e quelle relative al modo in cui procedere alla disciplina della fattispecie**; b) che al giudice dello Stato X venga chiesto **non di decidere direttamente, ma di riconoscere quanto nello Stato Y risulta già deciso con sentenza**, o accertato con atto pubblico, relativamente ad una fattispecie transnazionale. In tal caso **troveranno applicazione le norme sull'efficacia di decisioni e atti pubblici stranieri**.

1.11. Le norme sulla giurisdizione internazionale. La prima domanda che il giudice deve porsi con riferimento ad una controversia transnazionale di cui sia investito è se sussista la **giurisdizione dello Stato del foro** (Stato in cui è presentata la domanda giudiziale, Stato del giudice) **rispetto alla fattispecie**. Difatti, se è pacifico che l'autorità giurisdizionale di uno Stato si esercita rispetto alle fattispecie interne, lo stesso non può dirsi per le fattispecie transnazionali. Di norma, gli Stati **non impegnano i propri tribunali nell'esame di controversie assolutamente prive di un collegamento con il proprio ordinamento**: si pensi, per fare un esempio, ad una domanda di divorzio presentata al giudice italiano da due cileni residenti e domiciliati in Cile ove hanno pure concluso il loro matrimonio ed avuto dei figli. Rispetto a tale domanda non vi sarebbe alcun interesse dell'ordinamento italiano ad esercitare la giurisdizione sia per **ragioni di economicità** – cioè per non impegnare risorse giudiziarie in casi che interessano

maggiormente altri Stati –, sia per una **più efficace tutela giurisdizionale**, dato che su una fattispecie interamente straniera sarebbero più difficili la raccolta di prove e l'accertamento dei fatti. Pertanto, in tutti gli ordinamenti statali si trovano norme – appunto le **norme sulla giurisdizione internazionale** – che **stabiliscono le condizioni per l'esercizio della giurisdizione rispetto a fattispecie che non sono interne** all'ordinamento stesso.

1.12. Giurisdizione internazionale e competenza interna. Va precisato che, quando si parla di giurisdizione internazionale, si fa riferimento alla potestà di accertamento da parte dell'**autorità giurisdizionale di quello Stato complessivamente e unitariamente considerata**, prescindendo dalla individuazione del singolo giudice competente (per territorio, materia, valore); solo una volta accertata, eventualmente, la giurisdizione internazionale dello Stato, si potrà passare a considerare la questione della competenza interna, da risolversi in base al diritto processuale. Talvolta, si usa l'espressione “competenza” come sinonimo di giurisdizione, ma solo perché si tratta della abbreviazione della locuzione “competenza giurisdizionale” derivante dal francese.

1.13. Le norme per la disciplina di fattispecie transnazionali. Una volta applicate le disposizioni sulla giurisdizione internazionale, se il giudice ritenga che non sussista la giurisdizione del suo Stato, respinge la domanda. In caso contrario, egli procede ad accertare quale sia la disciplina alla luce della quale risolvere la controversia. In tale fase, viene in considerazione il **secondo settore del diritto internazionale privato costituito dalle norme per la disciplina di fattispecie transnazionali**. Difatti, a tali fattispecie **non si applica automaticamente la legge dell'ordinamento del giudice (*lex fori*)** perché ciò precluderebbe la continuità di *status* e di diritti da un ordinamento all'altro (**armonia internazionale delle soluzioni**): come già accennato, se nei vari ordinamenti collegati alla fattispecie ogni giudice applica il proprio diritto, si può pervenire a soluzioni diverse, ad esempio al risultato che un contratto sia considerato valido in un ordinamento e invalido in un altro. Per cercare di evitare tali inconvenienti e pervenire all'armonia internazionale delle soluzioni tutti gli Stati hanno norme specifiche per la disciplina di fattispecie transnazionali.

1.14. Le norme materiali di diritto internazionale privato. Con riguardo a tale settore di norme del diritto internazionale privato si manifesta una radicale differenza tra la materia in esame e tutti gli altri rami del diritto. Difatti, mentre in questi ultimi la disciplina di fattispecie è realizzata quasi esclusivamente da norme materiali, **nel diritto internazionale privato il ricorso a norme materiali è meno rilevante**. Non mancano **disposizioni che pongono una disciplina materiale differenziata per le sole fattispecie privatistiche transnazionali**, ad esempio disciplinando le condizioni di validità applicabili ai soli matrimo-

ni degli stranieri o le modalità di perfezionamento del solo contratto transnazionale. Vi sono poi **norme materiali espressamente dettate sia per le fattispecie interne che per quelle transnazionali.**

1.15. Le norme sulla legge applicabile o norme di conflitto. La principale e **dominante tipologia** di norme di diritto internazionale privato per la disciplina di fattispecie transnazionali è costituita però dalle c.d. **norme sulla legge applicabile o norme di conflitto.** Si tratta di una tecnica di regolamentazione **specifica** del diritto internazionale privato. Come vedremo meglio, la caratteristica di tali norme è che esse **non dettano la disciplina materiale della fattispecie, ma si limitano ad indicare quale diritto, tra quelli cui la fattispecie transnazionale può essere collegata, deve dettare tale disciplina.** In pratica, la norma di conflitto in materia di divorzio non elenca le cause ammissibili di divorzio, ma stabilisce se, per la determinazione di tali cause, si debba applicare la legge nazionale o quella dello Stato di residenza dei coniugi o, ancora, quella della celebrazione del matrimonio; sarà poi la legge che la norma di conflitto indica come applicabile a dettare la disciplina materiale.

La prevalenza numerica delle norme di conflitto nei sistemi di diritto internazionale privato è tale che generalmente solo su di esse si concentra l'attenzione della dottrina nell'esame delle tecniche di regolamentazione delle fattispecie transnazionali, quasi omettendo dall'ambito del diritto internazionale privato le norme materiali dettate specificamente per fattispecie collegate a più ordinamenti. Anche queste ultime però, dato il loro oggetto e la loro funzione, rientrano logicamente nell'ambito della materia.

1.16. Le norme sull'efficacia di decisioni e atti stranieri. Per ragioni di semplicità ed economia processuale, se una controversia transnazionale è già stata giudicata in uno Stato straniero, si evita normalmente di ripetere il giudizio di merito in altro Stato collegato alla fattispecie, limitandosi ad attribuire effetti alla sentenza straniera come se fosse interna. Tuttavia, tale attribuzione di efficacia alla decisione o all'atto pubblico stranieri è subordinata al possesso, da parte di questi ultimi, di taluni requisiti posti dalle **norme sull'efficacia delle sentenze e atti pubblici stranieri** che costituiscono il terzo settore della materia di cui ogni ordinamento si dota.

Come si desume da quanto sin qui detto, le norme di diritto internazionale privato sulla giurisdizione e sulla legge applicabile si applicano insieme nei giudizi di merito relativi a fattispecie transnazionali, mentre le norme sul riconoscimento di decisioni e atti stranieri si applicano da sole in giudizi particolari detti di *exequatur* (in passato, delibazione) perché volti ad equiparare l'atto straniero a quello interno.

1.17. Unità tra diritto internazionale privato processuale e diritto interna-

zionale privato in senso stretto. Inoltre, le norme che appartengono al primo e al terzo gruppo hanno carattere processuale e pertanto si distingue un **diritto internazionale privato processuale** dal **diritto internazionale privato in senso stretto** che include solo le norme sulla disciplina della fattispecie transnazionale (norme materiali di diritto internazionale privato e norme di conflitto). Talvolta anzi la locuzione ‘diritto internazionale privato’ è usata con significato restrittivo per riferirsi al solo diritto internazionale privato in senso stretto, con esclusione del diritto internazionale privato processuale. Tale nozione ristretta era prevalente nel nostro ordinamento prima dell’adozione della vigente legge di diritto internazionale privato ed è tuttora diffusa in alcuni Stati, ad esempio nella tradizione giuridica tedesca. Oggi, tuttavia, essa può ritenersi superata sulla base del diritto positivo vigente a livello sia nazionale che europeo. Difatti, come vedremo, da un lato, **la ripartizione del diritto internazionale privato in tre settori trova riscontro normativo nella legge italiana** sulla materia, dall’altro, **a livello internazionale e di Unione europea numerosi atti contengono insieme norme dei tre settori della materia**, evidenziando la convinzione della loro interdipendenza ed appartenenza all’unico ambito del diritto internazionale privato.

1.18. Esclusione delle norme sulla cooperazione giudiziaria civile dal diritto internazionale privato. Se non può accogliersi la nozione ristretta del diritto internazionale privato, neppure appare metodologicamente opportuno estenderne troppo i confini fino ad includervi le norme sulla cooperazione giudiziaria civile. Si tratta di norme che hanno una autonoma funzione e che solo indirettamente possono ritenersi funzionali alla disciplina di fattispecie transnazionali riguardando piuttosto i rapporti tra autorità giurisdizionali di Stati diversi (notifiche all’estero, assunzione di prove all’estero, ecc.). Non si farà pertanto riferimento ad esse nella trattazione che segue.

1.19. Diritto internazionale privato e diritti umani. Negli ultimi anni del Novecento e verso i primi del Duemila si determina **l’irruzione nel diritto internazionale privato delle problematiche della tutela dei diritti umani** cui la nostra disciplina era apparsa fino a quel momento del tutto refrattaria. In pratica, si afferma una **considerazione della funzione e dei contenuti della materia alla luce delle esigenze di garanzia di diritti tutelati** non solo nelle Costituzioni interne, ma anche dal diritto internazionale generale e da convenzioni internazionali.

In ognuno dei tre settori del diritto internazionale privato, pertanto, le relative norme cominciano ad essere interpretate e valutate alla luce delle disposizioni a tutela di diritti umani. Tale analisi è oggi diventata imprescindibile nella esposizione della materia e difatti formerà oggetto della trattazione che segue.