

## PROBLEMI E METODO DEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

### *Concetto del diritto internazionale privato*

Secondo la più comune nozione il d.i.pr. — disciplina giuridica e branca autonoma della legislazione statale — ha a che fare con problemi come stabilire il regime giuridico applicabile all'adozione posta in essere da uno straniero nei confronti di un italiano, al contratto concluso all'estero da un cittadino con uno straniero, alla successione di uno straniero aperta in Italia e simili.

Le norme del d.i.pr. — secondo il modo di vedere corrente — decidono in proposito utilizzando la tecnica della «scelta» di una determinata legge che viene dichiarata competente a regolare il rapporto in esse descritto. In tal modo, viene risolto dall'angolo visuale proprio dell'ordinamento cui appartengono quello che dal punto di vista dei soggetti interessati ai rapporti in questione, è un potenziale concorso (o "conflitto") di leggi: le leggi degli Stati che possono (o in futuro potranno) avere delle incidenze sulla disciplina giuridica del rapporto.

Questo concorso di leggi tuttavia non riguarda soltanto il giudice dello Stato (sia esso l'Italia o un altro paese) che viene chiamato ad applicare la legge per risolvere una controversia emanando una sentenza. Anche altri «pubblici ufficiali» possono trovarsi nella necessità di operare con le norme di conflitto: tra questi principalmente il notaio e l'ufficiale dello stato civile. Inoltre, la previsione circa la legge da applicare mediante le norme del d.i.pr. può coinvolgere anche soggetti privati che desiderano stabilire con esattezza gli obblighi giuridici ai quali sono (o saranno) soggetti.

Si può dire che la norma del d.i.pr. si caratterizza sia (a) per l'oggetto — o per meglio dire: per un carattere particolare di questo — sia (b) per il modo speciale con il quale essa opera (il richiamo di una legge straniera).

**a)** Esistono dei fatti e dei rapporti che pongono l'esigenza di una particolare disciplina a causa del **carattere di estraneità** che presentano rispetto alla vita dello Stato come è definita dal territorio e dalla popolazione.

Tenendo presenti tutte le vicende che possono caratterizzare un rapporto giuridico, o lasciarvi un'impronta, l'elenco dei fatti aventi elementi di estraneità può essere allungato a dismisura: accanto al contratto concluso fra stra-

nieri all'estero — qui l'elemento di estraneità è indiscutibile — occorrerebbe includervi, ad es., anche il contratto avente per oggetto merci che provengono dall'estero, ma negoziate in Italia tra italiani.

Dipende esclusivamente dal legislatore stabilire gli elementi rilevanti per escludere il regime «ordinario» dell'applicazione delle sue norme. In pratica, tutti i sistemi giuridici concordano nel considerare rilevanti soltanto fatti di particolare importanza sociale e definiti con riferimento alle grandi categorie del diritto (lo stato della persona, i diritti reali, il contratto).

Una volta risolto questo problema, il legislatore si trova nuovamente di fronte ad una scelta. La particolarità dei rapporti così individuati, potrebbe infatti indurlo a regolarli mediante un diritto sostanziale speciale, cioè mediante norme di tipo ordinario che però tengano conto delle esigenze che pongono i rapporti internazionali.

Un diritto sostanziale speciale si avrebbe, ad esempio, se per i contratti conclusi dagli stranieri fra di loro oppure con i cittadini fossero statuite delle norme particolari destinate a regolare gli elementi essenziali del contratto, la capacità dei contraenti etc. Sovente si portano come esempio di questo modo di procedere lo «*ius gentium*» dell'impero romano (che però aveva una portata limitata riguardando le relazioni commerciali fra i romani ed i cosiddetti *peregrini*) oppure i codici misti dell'Egitto prima della guerra: entrambi costituivano un diritto speciale da applicare alle relazioni fra persone appartenenti a diverse comunità nell'ambito dello stesso Stato.

**b)** Le norme del d.i.pr. sono fondate sul sistema della «**scelta di legge**». Si prenda, ad esempio, l'art. 20 della legge 218/1995 per il quale la capacità giuridica delle persone fisiche è regolata dalla loro legge nazionale: questa norma determina la legge da applicarsi sulla base di un *criterium individuationis* da essa indicato, comunemente chiamato **criterio di collegamento** (nel nostro caso la nazionalità del soggetto).

Schematizzando, si può dire che il ragionamento del legislatore è il seguente: una volta rinunciato ad applicare la propria legge ad un certo rapporto (a causa degli elementi di estraneità che presenta) viene ricercato il criterio ritenuto più idoneo per individuare la legge competente fra tutte quelle che possono venire in considerazione.

La praticità di questo metodo, che evita ogni fatica al legislatore (dato che può usare l'opera legislativa degli altri Stati) e gli consente anche di raggiungere risultati più soddisfacenti da un punto di vista sociologico (in quanto i criteri di collegamento solitamente usati come la cittadinanza di uno Stato straniero, il luogo di situazione di una cosa etc. tengono conto di una connesio-

ne particolarmente significativa fra il rapporto da valutare ed un determinato sistema sociale) lo ha fatto preferire nettamente a quello della creazione di norme sostanziali speciali.

La sua utilizzazione consente al legislatore anche di risparmiarsi la fatica di indicare analiticamente gli elementi di estraneità rilevanti per la disciplina che intende disporre: essi saranno quelli che risultano dal criterio di collegamento (per es. la cittadinanza straniera del *de cuius*).

Il metodo alternativo delle norme sostanziali speciali viene ancora oggi seguito in certi settori legislativi. L'espressione più forte di esso è tuttavia quella che si ritrova a livello di convenzioni internazionali. Tra queste ricorderemo la convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di merci chiamata a sostituire le diverse discipline nazionali, quando si tratta di contratti di vendita caratterizzati da certi elementi di «internazionalità» (v. *oltre, sub art. 57*), con un regime unitario stabilito da essa. Tale regime è costituito da norme le quali, anziché determinare l'ordinamento che stabilirà il regime dei vizi della cosa venduta, stabiliscono *direttamente*, per esempio, che il compratore decade dal diritto d'invocare un vizio della cosa nel termine di due anni dalla consegna.

Il sistema del d.i.pr. opera in modo del tutto analogo al diritto privato sostanziale (o materiale) facendo sorgere diritti soggettivi, obblighi ed altre situazioni rilevanti per l'ordinamento senza che sia necessario alcun intervento costitutivo dell'organizzazione giudiziaria: vi è soltanto la differenza data dal fatto che il d.i.pr. svolge la propria funzione con il metodo indiretto della scelta di una legge competente.

Si prenda ad esempio il diritto di porre in essere negozi ed atti giuridici: nei casi di cui abbiamo esperienza (il mio, quello di ciascuno di voi) questo diritto sorge automaticamente perché così dispone l'art. 2 del codice civile. Se, in ipotesi, si tratta di un soggetto avente la cittadinanza francese, questo diritto sorge ugualmente in maniera automatica, ma avrà la sua fonte nell'art. 488 del *code civil* francese richiamato dall'art. 23, n. 1 della legge 218/1995.

### **Conflitto di leggi e conflitto di giurisdizioni**

Si parla di conflitto di legge, come si è detto, con riferimento al possibile contrasto tra le leggi che astrattamente possono essere richiamate per la disciplina di un certo rapporto.

Vi è però anche un **conflitto di giurisdizioni**, oggetto di studio da parte del *diritto processuale civile internazionale*, che ha un significato profondamente diverso dal conflitto di leggi. Quest'ultimo è *virtuale* perché sorge all'inter-

no di uno Stato e viene comunque sempre risolto dallo Stato (con le norme di d.i.pr.) mentre il conflitto di giurisdizioni è effettivo e reale dal momento che la stessa controversia può essere portata di fronte al giudice di un paese A e al giudice di un paese B.

A seconda del foro prescelto, il processo verrà sottoposto ad un regime differente: ciò che ci interessa far notare, per il momento, è che il giudice di A e quello di B possono decidere il merito del caso applicando norme differenti (e si noti ancora che la diversità legislativa è il risultato del modo di operare delle norme di d.i.pr. applicate in ciascuno di essi).

Per evitare la disseminazione di processi destinati a concludersi in modo differente, da molto tempo gli Stati si sono impegnati nella elaborazione di convenzioni internazionali che stabiliscono delle norme uniformi di diritto internazionale privato da applicare ai casi aventi rilevanza internazionale. La soluzione concreta in questo modo potrà essere la stessa nei diversi paesi, sia pure percorrendo un *iter* processuale differente.

In astratto, sarebbe possibile anche un altro metodo più radicale consistente nello stabilire per ogni controversia un solo giudice competente. Esso risulta però impossibile all'atto pratico, salvo qualche modestissima eccezione, sia perché mancherebbero dei criteri soddisfacenti per selezionare le controversie giuridiche da attribuire alla competenza esclusiva del giudice di uno Stato, sia perché gli Stati non sono generalmente disposti a limitare, sia pure mediante una convenzione, il potere giurisdizionale dei loro magistrati.

Sono invece frequenti convenzioni che disciplinano il riconoscimento delle sentenze, che si chiamano **semplici**, in contrapposizione a quelle **doppie** che stabiliscono anche regole di competenza giurisdizionale. Generalmente, tuttavia, queste ultime non stabiliscono la competenza esclusiva di un solo Stato. Un'eccezione è la Convenzione di Bruxelles (convenzione «doppia»), divenuta poi reg. 44/2001, che per un numero limitato di liti giudiziarie stabilisce alcune competenze esclusive.

## LA NORMA DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

### ***Fattispecie e conseguenza***

Esaminandola dal punto di vista dello schema tipico della norma giuridica, che distingue tra la fattispecie e la conseguenza, la norma di d.i.pr. si caratterizza in modo sensibile rispetto alle altre norme perché in essa la conseguenza non è descritta in termini di diritti-doveri, né di comportamenti con-

creti dei soggetti. Conseguenza, nel d.i.pr., è sempre soltanto l'**applicabilità di una certa legge** disposta mediante il rinvio.

Fenomeni di rinvio prossimi a quelli del d.i.pr. possono essere rinvenuti in certe norme del diritto ecclesiastico o nell'adeguamento al diritto internazionale: le prime operano l'assunzione, nell'ordinamento dello Stato, di situazioni giuridiche e rapporti costituiti nell'ordinamento canonico (ad es. la personalità giuridica delle parrocchie e delle associazioni religiose); il secondo procedimento, come è configurato in Italia attraverso l'art. 10 della Costituzione, determina la creazione di norme interne di contenuto corrispondente — colle modifiche necessarie per le diversità che esistono fra i due sistemi — al rispettivo «modello» internazionale. Di adattamento non si può invece più parlare per il diritto dell'Unione europea dato il modo in cui la sentenza della Corte costituzionale comunemente denominata *Granital* (8-6-1984, n. 170) ha configurato l'efficacia in Italia della normativa comunitaria, cioè come l'esplicazione a titolo proprio di un potere indipendente da quello del nostro Stato (1).

Questi riferimenti sono comunque indirizzati ad ordinamenti giuridici dei quali il nostro Stato conosce modo di disporre, contenuto e categorie concettuali, laddove le norme di d.i.pr. sono poste senza nessuna precisa visione, in termini di contenuto, delle conseguenze alle quali possono condurre.

Il rinvio internazionalprivatistico ha quindi un carattere assolutamente originale.

### **Il criterio di collegamento**

1. Tra la fattispecie e la conseguenza della norma di d.i.pr. si situa un elemento caratteristico denominato "criterio di collegamento" o anche "momen-

(1) Poiché tuttavia l'ordinamento dell'Unione europea non dispone di una propria organizzazione completa ed autosufficiente, l'applicazione delle sue norme (sia in sede di amministrazione, sia nella funzione giurisdizionale) è affidata agli organi degli Stati membri. E spesso, in forma ancor più generale, l'attuazione dei «comandi» del diritto dell'Unione europea (ad esempio la decisione con la quale si ordina ad uno Stato di recuperare un aiuto di Stato — sovvenzioni, esoneri fiscali etc. — che altera la concorrenza) avviene in base alle regole del diritto interno dello Stato medesimo. Si veda BALLARINO, *Diritto dell'Unione europea*, 9<sup>a</sup> ediz. Padova 2010, p. 128 ss.

Anche nell'applicazione dell'art. 81 Tr. CE (ora art. 101 del Trattato del funzionamento dell'UE), che stabilisce la nullità «di pieno diritto» degli accordi e delle pratiche dichiarati incompatibili con il mercato interno, le conseguenze della nullità (restituzioni, responsabilità) sono a carico di un diritto nazionale.

to" o "circostanza" (di collegamento) (2), la cui funzione consiste nello scegliere l'ordinamento straniero competente a disciplinare la questione o il rapporto in considerazione. In sede di politica legislativa, il motivo della scelta risiede sempre in un **giudizio di estraneità** del rapporto al sistema delle norme materiali della *lex fori* e della sua particolare connessione con l'ordinamento chiamato a disciplinarlo (si parla anche, per indicare questa connessione, di "prossimità" dell'ordinamento prescelto al rapporto).

Esso è costituito da una **qualche circostanza** (espressa attraverso un concetto giuridico oppure di puro fatto), relativa ai soggetti del rapporto o al fatto storico che sta all'origine del rapporto, tipizzata ed inserita nella norma di d.i.pr.: la cittadinanza (o la residenza) di un soggetto come indice del legame che esiste fra un individuo ed uno Stato, la nazionalità della nave, il luogo di situazione della cosa che è l'oggetto del rapporto da localizzare etc. Anche la volontà delle parti (che serve a "scegliere" la legge regolatrice del contratto) altro non è se non un criterio di collegamento.

Nella norma di diritto internazionale privato il collegamento viene quasi sempre indicato mediante l'enunciazione della legge competente: ad esempio l'art. 20 dice che la "*capacità giuridica delle persone fisiche è regolata dalla loro legge nazionale*" (e non che "la cittadinanza è il criterio che serve ad indicare la legge competente per la capacità giuridica"). Le circostanze che servono come criterio di collegamento hanno la stessa natura di quelle che servono per fondare la giurisdizione dei tribunali del foro (nel nostro caso la giurisdizione italiana). Sovente, anzi, sono le stesse: la cittadinanza, il domicilio, la residenza, il luogo di compimento di un atto etc. Il loro metodo d'impiego è però differente perché i criteri di giurisdizione fungono da condizione di applicazione della sola legge processuale italiana – sono quindi «unilaterali» (*oltre, p. 21*) – mentre i criteri di collegamento delle norme di conflitto nel nostro sistema sono sempre bilaterali. Se in taluni, limitati casi dichiarano la preferenza per la legge italiana, ciò è dovuto a ragioni di carattere sostanziale (*oltre, p. 25*).

Il criterio di collegamento può essere **fisso** o **variabile**.

Fisso è il criterio del luogo di situazione della cosa (art. 51) o quello del luogo di redazione del testamento (art. 48), variabili sono la cittadinanza, il domicilio, la residenza (pure impiegati dall'art. 48) perché consistono in situazioni variabili. Per evitare incertezze il legislatore deve stabilire qual è

---

(2) Si veda MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato* (1946), 12° ediz., 1986, p. 41 ss.; BALLADORI PALLIERI, *Diritto internazionale privato italiano* (Tratt. CICU-MESSINEO; XLV), Milano 1974, p. 84 ss.

il momento temporale che ritiene decisivo: così avviene negli articoli 33 e 34 (mentre nell'art. 20 si può dire ovvio che il riferimento è fatto alla legge nazionale al momento del compimento di un atto o negozio giuridico). Quando il criterio di collegamento ha effettivamente subito una variazione (per es. il soggetto ha cambiato cittadinanza) si parla di conflitto **mobile**. Questa situazione deve essere distinta dal mutamento legislativo nell'ambito della legge competente: in questo caso i problemi che si pongono devono essere risolti alla luce delle norme di diritto intertemporale di quella legge.

I criteri di collegamento possono essere **semplici** o **concorrenti**: semplici quando ogni norma ne prevede uno e uno solo, concorrenti quando ne è previsto più di uno. Il concorso può essere **successivo**, come nel caso della legge regolatrice dei rapporti personali tra i coniugi (art. 29), dove vale in prima cura la legge nazionale comune dei coniugi e soltanto se questa non vi è, la legge dello Stato "nel quale la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata", oppure **alternativo**, quando uno qualunque dei collegamenti può essere utilizzato per scegliere la legge regolatrice (come nel caso citato dall'art. 48 dove la forma valida del testamento può essere data dalla legge nazionale, oppure da quella del domicilio o della residenza). Il criterio alternativo finisce per far prevalere la legge più favorevole (o meglio: una qualunque delle leggi purché sia favorevole; questa imprecisione è, per così dire, salvata perché la forma ha generalmente una funzione strumentale).

Si parla anche di un concorso **cumulativo**, allorché per la validità di un rapporto o di una situazione giuridica è richiesta l'osservanza di più leggi scelte in base ad un criterio di identica natura ma differenziato perché relativo a due soggetti. Così avviene nel matrimonio e in materia di società (fusione, trasferimento di sede).

Quanto al modo d'intendere le **espressioni tecnico-giuridiche** attraverso le quali sono indicate le circostanze di collegamento, è opinione pressoché indiscussa che, trattandosi dell'interpretazione di norme italiane, ogni questione debba essere risolta esclusivamente in base alla *lex fori*: dovrebbero quindi determinarsi in base ai principi ed alle norme nostre il luogo dove si è verificato l'evento da cui ha avuto origine l'obbligazione *ex delicto*, lo Stato in cui la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata, il luogo di manifestazione di una promessa unilaterale etc.

2. Una rilevante eccezione rispetto alla regola generale da ultimo enunciata è però costituita dalla **cittadinanza**. Entro la norma di d.i.pr. (che generalmente parla di "legge nazionale") questo concetto serve infatti ad indicare soltanto la figura astratta della relazione giuridica fra una persona ed



uno Stato; il giudizio circa l'esistenza di questa dev'essere formulato in base alle norme dell'ordinamento straniero che conferisce la cittadinanza. Mentre, dunque, si stabilisce in base a concetti propri dell'ordinamento italiano se un illecito si è verificato sul territorio dello Stato A piuttosto che in B, non si potrà stabilire in base ai concetti giuridici italiani qual è la cittadinanza di cui un dato soggetto – in relazione a certe circostanze personali come il luogo di nascita, etc. – può essere investito: occorrerà vedere quale Stato straniero lo consideri proprio cittadino.

La ragione di ciò è da scorgersi nell'importanza del rapporto di cittadinanza, il quale non esaurisce la propria rilevanza nella sfera dei rapporti privati ma solleva delicati problemi pertinenti al diritto internazionale pubblico. Uno Stato può arbitrarsi di stabilire che la legge regolatrice di una successione sarà quella dello Stato A, piuttosto che di B (legge nazionale del *de cuius*), perché in A si trovano i beni oggetto della successione, ma non potrebbe, senza commettere un'illecita ingerenza negli affari interni degli altri Stati, stabilire che la cittadinanza delle persone fisiche (per quelle giuridiche valgono considerazioni in parte diverse, dovute alla loro natura di soggetti strumentali) è quella del paese in cui sono nate, oppure sono residenti da un certo numero di anni.

Nonostante ciò, talvolta la *lex fori* può imporre un proprio criterio per la determinazione della cittadinanza ai fini del collegamento (così nell'ipotesi di concorso di più cittadinanze).

La legge di riforma ha codificato i criteri già prevalenti in passato.

L'art. 19 dispone infatti nel comma 2:

*«Se la persona ha più cittadinanze, si applica la legge di quello tra gli Stati di appartenenza con il quale essa ha il collegamento più stretto. Se tra le cittadinanze vi è quella italiana, questa prevale».*

La prima delle due regole contenute in questo paragrafo può dirsi consolidata. Essa ha ricevuto l'avallo della Corte internazionale di giustizia nel famoso caso *Nottebohm* (3).

La seconda regola corrisponde alla tradizione ma si presta a qualche critica in tutti i casi, prevalenti in passato, di concessione pressoché automatica della cittadinanza italiana (soprattutto per matrimonio). In questo modo la donna straniera che sposava un italiano diventava italiana anche senza saperlo: per di più il suo statuto personale era disciplinato, in Italia, dalla legge italiana. La riforma della cittadinanza del 1992 ha fatto venir meno l'automatismo della concessione della nostra cittadinanza.

---

(3) Cour internationale de Justice 6.4.1955, CIJ, *Recueil*, 1955, p. 22 ss.



### **Le norme unilaterali**

Secondo il concetto che abbiamo fatto nostro fin dalle prime pagine, la funzione delle norme di d.i.pr. è di rendere applicabile un sistema giuridico straniero (o più sistemi stranieri, variamente coordinati: eventualmente anche in concorso con la *lex fori*) mediante norme che sogliono dirsi «complete».

Contrasta con esso la teoria che assegna alle norme di d.i.pr. la funzione di delimitare l'ordinamento precisando i limiti di applicazione delle norme che ne fanno parte: una funzione che per questo motivo viene comunemente detta «unilaterale».

L'opportunità di avvalersi di questo metodo venne segnalata già nel secolo scorso da alcuni scrittori tedeschi: costoro criticavano il metodo consacrato da SAVIGNY delle norme complete perché queste, delimitando indirettamente il campo di applicazione delle leggi straniere, potevano ledere la sovranità di uno Stato straniero. Uno Stato, essi dicevano, come non può fissare i confini degli altri Stati, neppure può disporre, una volta che ha rinunciato all'applicazione delle proprie leggi, quale legge straniera abbia potere su di una persona o un soggetto giuridico.

Si prenda ad esempio la norma, tradizionale in Italia ed in altri paesi del continente europeo, per cui la capacità delle persone è sottoposta alla legge dello Stato di cui hanno la cittadinanza: essa è giustificata in quanto stabilisce che la legge italiana è applicabile agli italiani (nei casi che presentano qualche elemento di estraneità; come la residenza all'estero); non lo è in quanto chiama la legge di altri Stati a disciplinare la capacità dei loro cittadini, ignorando che questi Stati possono scegliere il criterio del domicilio.

Ad avviso degli unilateralisti il legislatore nazionale doveva preoccuparsi soltanto di definire la sfera di applicazione delle norme interne: nei casi che non vi rientravano (e sui quali il giudice nazionale si trovava a dover decidere), si doveva ricercare la legge che pretendeva legittimamente di essere applicata (in realtà, nella pratica tedesca, le norme unilaterali dell'EBGB — vedi *sotto* — vennero puramente e semplicemente «bilateralizzate», trasformando il criterio di applicazione della legge interna in criterio di scelta, o di «collegamento» con gli ordinamenti stranieri).

La teoria unilateralistica ha influenzato il sistema di d.i.pr. della legge introduttiva (EG = *Einführungsgesetz*) al codice civile tedesco (BGB) pubblicato nel 1896 ed entrato in vigore il 1° gennaio 1900. Alcune di esse — non tutte, però — erano unilaterali.

Una successiva riforma (1986/1999) le ha comunque abbandonate e nessuna delle altre codificazioni recenti ha fatto ricorso sistematicamente ad esse.

L'insuccesso delle norme unilaterali come metodo generale di soluzione dei conflitti di legge non ci esonera comunque dal prendere in considerazione le disposizioni di questo tipo dal momento che certune ancora esistono nella legislazione di molti paesi. Tali si possono considerare l'art. 49 della legge 218/1995 che prevede l'acquisto da parte dello Stato dei beni ereditari siti in Italia e l'art. 12 per cui «*Il processo civile che si svolge in Italia è regolato dalla legge italiana*».

### ***Le norme di applicazione necessaria***

Si tratta di una categoria del d.i.pr. di scoperta recente, la quale presenta zone di sovrapposizione con altre figure.

Le codificazioni del d.i.pr. ne hanno consacrato l'esistenza. Così in particolare l'art. 17 della legge 218/1995 che dispone:

*È fatta salva la prevalenza sulle disposizioni che seguono delle norme italiane che, in considerazione del loro oggetto e del loro scopo, debbono essere applicate nonostante il richiamo della legge straniera.*

Già prima della legge di riforma anche la giurisprudenza italiana aveva ammesso l'esistenza di norme aventi l'effetto descritto: tali le norme valutarie (obbligo dell'autorizzazione ministeriale per tutti i rapporti economici con soggetti non residenti in Italia che non fossero semplici compravendite commerciali e qualunque fosse la legge regolatrice del contratto), certe norme in tema di lavoro, altre norme di spiccata impronta sociale come l'art. 333 c.c. in tema di condotta del genitore pregiudizievole ai figli. Con il passare del tempo la legislazione italiana si è dotata di norme che dichiaratamente escludono l'applicazione del sistema di diritto internazionale privato: tali l'art. 3, n. 2, lett. e) della legge sul divorzio (che istituisce una causa di scioglimento di matrimonio senza porsi il problema della legge che dovrebbe essere applicata) oppure le norme sull'adozione internazionale della legge 184/1983 le quali, a loro volta, prescindono da ogni ricerca relativamente alla legge che dovrebbe essere applicata alla costituzione del rapporto di adozione.

Non tutte le disposizioni ascritte alla categoria delle norme di applicazione necessaria sono esplicite nel dichiarare la loro volontà di applicazione. In certi casi bisogna desumerla da motivazioni di carattere sociale (così l'art. 333 c.c. sopra citato relativo all'allontanamento dalla residenza familiare e, oggi, le disposizioni della legge del 4 aprile 2001, n. 154, *Misure contro la*

*violenza nelle relazioni familiari*, che vanno ad integrare sia il codice civile che il codice di procedura penale, dando al giudice il potere di allontanare dalla casa familiare chi è dedito alla violenza).

Delle norme di applicazione necessaria è stato detto che si distinguono da quelle appartenenti all'**ordine pubblico internazionale** perché costituiscono un limite «preventivo» al funzionamento del sistema di diritto internazionale privato mentre l'ordine pubblico rappresenta un limite successivo (in realtà anche le norme di applicazione necessaria generano una incompatibilità in sede di applicazione del diritto straniero, che viene accertata *a posteriori*).

Un compito più difficile è invece la caratterizzazione delle norme di applicazione necessaria rispetto alle norme di conflitto unilaterali: a quelle poche appartenenti a questa categoria che la nostra legislazione conosce. (Rispetto alle norme unilaterali «classiche» la distinzione era invece ben netta perché, ad esempio, allorquando la vecchia regola del d.i.pr. tedesco disponeva che i rapporti patrimoniali tra coniugi venissero sottoposti alla legge tedesca se il marito era tedesco al momento del matrimonio, essa creava l'esigenza di stabilire come questi rapporti dovessero essere disciplinati quando il marito non era tedesco: il problema veniva risolto «bilateralizzando» la norma, cioè determinando che i rapporti patrimoniali dovevano essere regolati dalla legge nazionale del marito al tempo del matrimonio, qualunque fosse la cittadinanza).

Recenti tendenze giurisprudenziali e anche il diritto positivo (art. 19 legge svizzera sul d.i.pr. del 1987; art. 7 Convenzione di Roma del 1980: *oltre*, p. 220) vogliono che si tenga conto delle **norme di applicazione necessaria** esistenti in un ordinamento "**terzo**", cioè diverso dalla *lex fori* e non chiamato a regolare il rapporto.

### ***Norme di diritto internazionale privato materiale***

Un'altra categoria «contigua» è quella delle norme di **diritto internazionale privato materiale**.

In essa si raccolgono norme di carattere differente, accomunate dallo scopo di disciplinare rapporti con elementi di internazionalità senza l'impiego del metodo delle norme di d.i.pr. bilaterali e neutrali, e cioè:

- norme che stabiliscono una disciplina specifica per le fattispecie con elementi di estraneità rinunciando, in tutto o in parte, al metodo della scelta di legge;

— norme che scelgono tra varie leggi astrattamente competenti, quella che favorisce un certo risultato oppure l'applicazione di una determinata legge.

Un esempio del **primo tipo** è costituito dalle norme del *ius gentium* dei romani e dalla *lex mercatoria*, termine che indicava nel Medioevo le norme formatesi spontaneamente nella comunità dei mercanti, per regolare i rapporti nascenti dal traffico marittimo (il diritto commerciale è nato spontaneamente, in questa maniera, e solo all'epoca del mercantilismo è stato statizzato).

Con la grande espansione del commercio mondiale caratteristica della seconda metà del sec. XIX, questa forma di creazione spontanea del diritto è ripresa, dando origine ad una nuova «law merchant», rappresentata da tutto il complesso di clausole, condizioni generali, contratti-tipo, pratiche uniformi (che però solitamente non danno luogo a vere e proprie consuetudini) in uso nel commercio internazionale.

Le clausole riguardano sia la consegna sia il pagamento delle merci. Le prime (clausole *fob*, *cif* etc.) sono molto brevi e rinviano, per l'esatta determinazione del loro significato, a ciò che normalmente si pratica all'interno del rispettivo settore di traffico. Fra le clausole di pagamento dominano quelle «documenti contro pagamento» e simili, che si ricollegano all'istituto del c.d. credito documentario, regolato dalle «norme ed usi uniformi» elaborati dalla «Camera di commercio internazionale» — un'organizzazione internazionale non governativa avente sede a Parigi in cui si raccolgono federazioni nazionali di imprese per lo più private (banche, armatori etc.) — alle quali, nell'edizione 1962, hanno aderito, si può dire, tutti i paesi del mondo (non si tratta comunque di una convenzione internazionale: gli Stati vi aderiscono attraverso le loro associazioni bancarie).

All'attività della Camera di commercio internazionale si deve pure la redazione degli «Incoterms» (parola creata dall'unione delle prime sillabe di «international», «commercial» e dell'inglese «terms»), un prontuario delle pratiche standard dei contratti di vendita: l'ultima edizione espone nove grandi tipi di vendita internazionale classificati in relazione a quattro gruppi di questioni (consegna delle merci, trasferimento dei rischi, ripartizione delle spese fra venditore ed acquirente, responsabilità in ordine al pagamento dei diritti di dogana).

Si può poi ricordare la standardizzazione completa — fino nei minimi particolari: la durata del biglietto, le condizioni per ottenere il rimborso, il peso dei bagagli al seguito — delle condizioni di trasporto aereo (persone e merci) realizzata, appoggiandosi alla Convenzione di Vienna del 1929, dalla IATA, una libera associazione di trasportatori aerei internazionali rivestita di una forma legale associativa in Canada.

Di significato anche più esteso sono i «Principi relativi ai contratti del commercio internazionale», raccolti dall'«Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato» (UNIDROIT), un'organizzazione internazionale che ha sede a Roma, che danno conto delle varie normative statali e delle pratiche esistenti nella materia.

Un esempio del **secondo tipo** è dato dall'art. 33, n. 3 ultima parte, della legge 218/1995: «*Lo stato di figlio legittimo, acquisito in base alla legge nazionale di uno dei genitori, non può essere contestato che alla stregua di tale legge*», oppure dall'art. 31, n. 2: «*La separazione personale e lo scioglimento del matrimonio, qualora non siano previsti dalla legge straniera applicabile, sono regolati dalla legge italiana*» .

In quest'ultima norma il risultato «materiale» è la preferenza per la legge italiana ritenuta migliore perché assicura la possibilità di ottenere il divorzio o la separazione, mentre nella prima è il «favore» per lo stato di figlio legittimo che viene «assicurato» contro l'applicazione di una legge differente.

Fra le norme di d.i.pr. materiale sono annoverate anche quelle che prevedono una pluralità di collegamenti in concorso tra di loro senza disporre nessun ordine di priorità e quindi, di fatto, facendo prevalere la legge più favorevole.

A questa categoria appartengono le norme dettate in quasi tutti i sistemi giuridici per la disciplina della forma degli atti giuridici — in modo particolare del testamento — che istituiscono più criteri di collegamento alternativi determinando l'applicazione di una legge le cui norme sulla forma ritengono l'atto valido (quello che lo ritengono invalido vengono, per così dire, «scartate»). L'obiettivo di questa norma è favorire la validità del testamento.

### **Distinzione fra le varie categorie**

Appare chiaro dunque che mentre le norme di applicazione necessaria si propongono di assicurare la prevalenza delle valutazioni del foro prevenendo un eventuale «eccesso d'internazionalismo» del sistema ordinario di d.i.pr., le norme di diritto internazionale privato materiale hanno per scopo di prevenire l'eventualità che le norme di d.i.pr., funzionando secondo schemi astratti, portino a risultati materialmente non adeguati al carattere internazionale del rapporto: mirano — potrebbe dirsi — a correggere un'eventuale «insufficienza d'internazionalismo» del d.i.pr. ordinario.

Più difficile è la distinzione tra norme di applicazione necessaria e norme unilaterali dal momento che entrambe si propongono di delimitare la sfera di applicazione di una parte dell'ordinamento interno o di alcune norme di esso.

Mentre in passato si poteva dire che le norme unilaterali erano norme di conflitto *minus quam perfectae* e che il loro destino era di essere bilateralizzate, quelle di oggi (come l'art. 33, n. 2 o l'art. 31, n. 2 della legge 218/1995) hanno una finalità decisamente settoriale e non si prestano ad essere bilateralizzate.

Posto che le norme di entrambi i tipi comportano l'applicazione delle norme sostanziali italiane, la sola differenza che può essere ravvisata sta nella formulazione che ricevono: le norme unilaterali sono formulate espressamente e riguardano istituti o normative di una certa ampiezza, mentre le norme di applicazione necessaria possono non avere una fattispecie di conflitto (non contemplare cioè rapporti con elementi di estraneità) e spesso la loro applicabilità non è disposta espressamente ma si evince da considerazioni di carattere generale.

### **Funzione del d.i.pr. rispetto al sistema giuridico**

Relativamente a questo problema si individuano tre posizioni:

- **Duplici funzione.** Secondo questa opinione, la norma di d.i.pr. si riferisce tanto all'ordinamento italiano (determinando l'ambito di applicazione delle sue norme sostanzive) quanto agli ordinamenti stranieri. Ad esempio: l'art. 20, oltre a regolare le materie che contempla relativamente a persone che non hanno la cittadinanza italiana, rende applicabile il diritto italiano a tutte le questioni di stato e capacità che interessano gli italiani.
- **Funzione unitaria.** Secondo i sostenitori di questa posizione, l'applicazione del diritto sostanziale della *lex fori* non ha bisogno di essere giustificata, ma ha luogo *in via originaria*, per una sorta di necessità normativa. Di conseguenza, la funzione della norma di d.i.pr. si restringe alla disciplina delle fattispecie le quali presentano elementi di estraneità rispetto al sistema del foro, una disciplina consistente nel collegarle con un ordinamento straniero dal quale si trarrà la norma regolatrice. Questa teoria viene talvolta definita «**unilaterale estroversa**» (estroversa, per distinguerla da quella unilaterale già esaminata la quale restringe il compito del d.i.pr. alla delimitazione del campo di applicazione delle norme sostanzive interne, e perciò può essere definita «**introversa**»).
- **Duplici funzione limitatamente alle fattispecie con elementi di estraneità.** Questa opinione concorda con quella appena esposta nel ritenere che l'applicabilità del diritto sostanziale interno non ha bisogno di giustificazione. Tuttavia, essa precisa, ciò vale soltanto in ordine alle fattispecie che non hanno alcun collegamento con ordinamenti stranieri. Se sussistono de-