

CAPITOLO I: IL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

SOMMARIO: Premessa. - 1. Origine ed evoluzione storica del diritto internazionale privato - 2. Fonti del diritto internazionale privato. - 3. La “comunitarizzazione” del diritto internazionale privato degli stati membri dell’Unione Europea. - 4. Sistema italiano di d.i.p. la legge 218/’95 e la residualità del suo ambito applicativo.

Premessa

Il globo terrestre è costituito da una moltitudine di Stati, ognuno dei quali indipendente e sovrano. Ciascuno Stato è un "ente *superiorem non recognoscens*" ossia è un ente che non riconosce quale giuridicamente valido il diritto prodotto da altri Stati. Da ciò scaturisce che, ciò che è giuridicamente valido in uno Stato, non lo è in un altro stato. Pertanto, maggiormente oggi, è sentita l'esigenza di assicurare la continuità delle situazioni giuridiche in capo ai soggetti da uno Stato all'altro. Sarebbe infatti impensabile che, esemplificativamente, un individuo, trasferendosi da uno Stato ad un altro non si veda garantito il suo status di proprietario di beni mobili che ha con sé, di coniuge ecc.

Gli Stati Moderni hanno, in tal senso, cercato di coordinarsi con gli altri stati per evitare la discontinuità delle situazioni giuridiche degli individui, pur battendosi per la propria sovranità. Al fine di perseguire questa finalità gli Stati Moderni hanno prodotto un

particolare ramo del diritto denominato "diritto internazionale privato".

Il diritto internazionale privato deve essere tenuto distinto dal diritto internazionale pubblico. Infatti, il diritto internazionale pubblico è internazionale in quanto è il prodotto di due o più Stati e disciplina rapporti, conferendo diritti ed obblighi, sostanzialmente tra Stati.

Mentre, il diritto internazionale privato è internazionale nel senso che regola rapporti tra individui privati che hanno collegamenti con due o più ordinamenti statali. Difatti, un contratto tra due italiani in Argentina è materia di diritto internazionale privato italiano, ma anche argentino poiché è collegato ad entrambi gli ordinamenti giuridici, appunto sia quello italiano che quello argentino. Quest'ultimo contratto si definisce quindi internazionale. In altre parole, il diritto internazionale privato è il ramo del diritto di ciascuno stato singolo che disciplina rapporti interindividuali di diritto privato che hanno uno o più elementi di internazionalità.

Sulla base di quanto poc'anzi detto, la finalità che il diritto internazionale si prefigge è di definire una disciplina di natura sia sostanziale che processuale per questi casi che per le loro caratteristiche sono elusi dal diritto civile e dal diritto processuale civile.

Inoltre, vi sono anche altri modi per identificare il "diritto internazionale privato". Generalmente è utilizzata la locuzione "norme di conflitto". In ambito anglo-americano, invece, si discorre di "norme sulla scelta di legge" (choice of law). Queste tre espressioni però si considerano improprie. La prima espressione, che deriva dal giurista J. Story, lascia intendere che il diritto internazionale privato rappresenti uno dei due rami in cui si suddividerebbe il diritto

internazionale, in quanto l'altra sarebbe rappresentata dal diritto Internazionale pubblico. In base però, all'opinione più stimata oggi-giorno, le due discipline non sono due species di un medesimo genus bensì due discipline poste su due piani differenziati.

La seconda locuzione fa presagire che le norme di diritto Internazionale privato siano tese a dirimere eventuali conflitti di legge di Stati differenti. Il dilemma è che, anche se le norme di diritto Internazionale privato hanno questa finalità, vi sono anche altre norme che effettuano funzioni differenti, come quelle relative al riconoscimento di decisioni straniere oppure quelle relative alla giurisdizione. La terza espressione soggiace, invece, alle stesse confutazioni della prima.

1. Origine ed evoluzione storica del diritto internazionale privato.

Per risalire alle origini del diritto internazionale privato occorre partire dal- lo jus gentium romanistico. Per jus gentium¹, si intendeva il diritto interno romano che si applicava generalmente ai rapporti tra stranieri e cittadini romani. Questo quindi era considerato "speciale" nei confronti dello jus civile² che era applicabile tra cittadini romani.

¹ Storicamente lo jus gentium, come elaborato da teologi e da giuristi nel XVII sec. e in seguito, si è evoluto in ius inter gentes e ha dato poi origine al diritto internazionale pubblico, cioè a qualcosa che non aveva più nulla a vedere con lo jus gentium come conosciuto nell'antica Roma.

² Lo Ius civile è quella parte del diritto romano derivato dai mores maiorum, dalle XII tavole e dalla loro interpretatio e sviluppatosi poi nel periodo preclassico per

In questo modo si superava il rigido formalismo dello ius civile appunto.

Infatti si conferiva validità ai contratti di compravendita stipulati tra stranieri o tra stranieri e romani oralmente, mentre tra romani si applicavano le formalità richieste tra cui quella che vedeva la presenza di cinque testimoni. E' da apprezzare lo sforzo del praetor peregrinus di "adeguare" il diritto civile romano ai vari usi degli stranieri nella speranza di trovare un denominatore comune tra i diversi popoli con cui si trovava a contatto Roma.

Questo tentativo versava nella direzione dell'odierno diritto internazionale privato al fine di eludere una discontinuità di situazioni giuridiche nello spazio.

Tuttavia, solo nel Medioevo nasce propriamente il diritto internazionale privato.

Il diritto medievale europeo era rappresentato dal diritto romano, quale jus commune quasi comune a tutti i popoli. Quest'ultimo si poneva in contrasto con lo ius proprium, ossia il diritto proprio di ciascuna comunità locale. Gli iura propria, invece, erano principalmente accessori al diritto romano ma poco alla volta prima i "regni" e poi le "civitates" cominciarono a definirsi indipendenti dall'Impero. In questo frangente, nacque una diafrasi tra jus commune e jus proprium in cui risaltò il secondo, infatti il diritto comune venne utilizzato solo con il permesso del Sovrano locale³.

Nei confronti della molteplicità dei centri locali di potere e delle legislazioni, nacque il problema della potenziale efficacia

opera soprattutto dei giuristi.

³ BOBBIO N., *Il positivismo giuridico*, Torino, 1996, pp. 20-21.

extraterritoriale degli statuti ossia delle norme locali. Gli statuti, non erano altro che atti normativi incompleti, non sistematici e parziali poiché prevedevano il collegamento con un ordinamento generale e superiore. Quest'ultimo era rappresentato dallo jus commune della Repubblica Christiana.

La problematica richiedeva una delimitazione dell'ambito applicativo degli statuti, ossia se fosse territoriale o extraterritoriale.

A tal proposito, Carlo di Tocco, giurista del XII sec., di origini beneventane, inserì vicino alla prima legge del codice di Giustiniano, la glossa nella quale, si discorreva del potenziale caso in un cui un modenese si trovasse in conflitto con un bolognese, precisando che in tal caso lo statuto bolognese non dovesse danneggiarlo. Ciò fu poi analizzato dal giurista bolognese Accursio e dai suoi seguaci definendo che, un bolognese dovesse essere giudicato a Modena in base alla legge Bolognese. Questo prevedeva, quindi che la legge bolognese avesse un'applicazione extraterritoriale.

Successivamente, Bartolo da Sassoferrato, insegnante di diritto presso l'Università di Perugia, considerò che la legge relativa alle successioni fosse quella personale degli eredi o quella del luogo in cui era collocato il bene. E che si dovesse scegliere tra l'una e l'altra a seconda se riguardasse maggiormente i beni o le persone. Vi erano però anche teorie differenti.

Gli organi dei differenti comuni utilizzavano gli statuti di altri comuni per omologarsi alla giustizia interna all'ordinamento generale e superiore⁴. D'altro canto, non erano passibili di applicazione tutti gli statuti, infatti, non lo erano nel caso in cui si trattava di c.d.

⁴ BARILE G., *Lezioni di diritto internazionale privato*, Padova, 1980, pp. 22-31.

“statuti odiosi”. La ratio era quella di tutelare in tal modo i principi fondamentali dell’ordinamento nei confronti di statuti “ingiusti” utilizzati in alcuni comuni.

Gli statuti “odiosi” risultano importanti in quanto è da questi che prende vita la c.d. clausola di “ordine pubblico internazionale” generalmente presente nei sistemi attuali di diritto Internazionale privato per eludere il fatto che siano applicate norme straniere contrarie ai principi cardine dell’ordinamento del foro, clausola che oggi tutela il singolo Stato.

Assume a tal proposito importanza, la figura dell’olandese U. Huber, il quale riteneva che bisognasse differenziare le necessità della giustizia da quelle della sovranità territoriale. Le prime, disponevano che un Sovrano potesse esigere il rispetto di leggi altrui all’interno del proprio territorio sul principio della “cortesia” internazionale. Le seconde, invece, prevedevano che una legge fosse efficace solo all’interno dello Stato poiché dettata dal Sovrano; esisteva, pertanto, un diritto naturale di carattere universale, per cui tutti i sovrani, sulla base dei medesimi principi di giustizia, davano applicazione a regole di diritto internazionale privato uguali raggiungendo quasi gli stessi risultati.

Intorno alla seconda metà del XIX sec., si ebbe un aumento esorbitante di comunicazioni tra Stati e diventò sempre più evidente la percezione della dipendenza tra i diversi stati. Sorse, pertanto, la necessità di armonizzare internazionalmente le leggi di ciascuno stato, mediante l’utilizzo di trattati. Un ambito oggetto di armonizzazione fu il diritto internazionale privato, più specificamente il settore di procedura civile e familiare. Furono firmate la Convenzione sui conflitti di legge in materia di matrimonio, la Convenzione sui

conflitti di leggi e di giurisdizioni in materia di divorzio e separazione personale e la Convenzione sulla tutela dei minori e infine la convenzione dell'Aja del 17 luglio 1905⁵ sulla procedura civile.

Dal punto di vista teorico, nel XIX sec. furono ipotizzati da parte della dottrina due principali filoni di problemi del diritto internazionale privato, uno "universalista" e l'altro "particularista".

In base alla teoria universalista

ci sarebbe un ordinamento superiore ai singoli ordinamenti statali, che obbligasse gli stati non solo ad applicare il diritto straniero ma anche ad applicare una determinata legge in base al caso, e quindi una serie di principi comuni di diritto internazionale privato volti a garantire l'armonizzazione di regolamento giuridico nello spazio. Solitamente sono definiti "universalisti" F. Von Savigny e P.S. Mancini.

Savigny, il quale è noto per la sua importante opera *System des heutigen römischen Rechts*⁶, considerava che il diritto romano rappresentasse una "universale comunione di diritti" degli stati europei, raggruppati in una sola civiltà giuridica. Savigny, a differenza degli statuisti medioevali non si interessava alla problematica dei limiti di efficacia spaziale delle norme, ma si concentrava sull'individuazione della "sede" al quale il singolo rapporto giuridico soggiace. Da questa considerazione prende piede la convinzione che la norma di diritto internazionale privato sia di principio "neutra",

⁵ Approvata dall'Assemblea Federale il 17 marzo 1909, strumento di ratificazione depositato dalla Svizzera il 24 aprile 1909, entrata in vigore per la Svizzera il 27 aprile 1909.

⁶ SAVIGNY F., *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840 - 1849, vol. VIII; trad. It. Sistema del diritto romano attuale, Torino, 1898.

limitandosi ad individuare la legge competente.

A parere invece di Mancini, sarebbe il diritto internazionale pubblico ad obbligare agli Stati il diritto internazionale privato mediante l'utilizzo di tre principi. Tra questi, il principio di sovranità obbligherebbe gli stati ad applicare la legge territoriale, il principio di libertà imporrebbe agli Stati l'obbligo di applicare ai contratti senza limiti la legge scelta dalle parti ed il principio di nazionalità imporrebbe l'obbligo di sottoporre lo stato delle persone e della famiglia alla legge nazionale.

Sulla base delle concezioni "particolariste" ciascuno stato sancisce in maniera indipendente le norme di diritto internazionale privato. Anche nell'applicare norme di diritto internazionale privato, racchiuse in trattati internazionali, lo stato applicherebbe il proprio diritto non essendo rilevante che abbia ordine internazionale. Le norme pattizie di diritto internazionale privato, quindi, verrebbero utilizzate dato che lo approva il diritto interno. Le teorie "particolariste" adattano evidentemente i principi del giuspositivismo ottocentesco al diritto internazionale privato.

Successivamente, dalla seconda metà del XIX sec., l'impronta "particolarista" si è affermata sia nella prassi che nella dottrina, anche grazie al fenomeno di codificazione del diritto internazionale privato effettuata da parte dei legislatori nazionali come si evince dagli articoli 6-12 delle disposizioni preliminari al codice civile italiano del 1865, dalla legge svizzera sui conflitti intercantonali del 1891, dalle disposizioni introduttive al codice civile tedesco del 1896 ecc.

A partire dagli anni '60 del XX sec. si è avuto un nuovo getto

codificatorio in Europa, contemporaneamente alle nuove tesi di diritto internazionale privato presentate da parte della dottrina e giurisprudenza americane.

La più recente influenza del diritto internazionale privato è in fieri tra gli Stati appartenenti all'Unione Europea.

2. Fonti del diritto internazionale privato

Le fonti del diritto internazionale privato si classificano in fonti interne e fonti esterne. Sono considerate fonti interne: la legge, che nel nostro caso è la legge 218/1995⁷, gli articoli 5-14 delle preleggi al codice della navigazione e gli articoli 115 e 116 del codice civile.

Mentre, per ciò che attiene al diritto non scritto, ossia la consuetudine, quest'ultima anche nel contesto del diritto internazionale privato, così come negli altri ambiti del diritto, ha una notevole rilevanza in quanto trattasi di un sistema di norme scritte molto evoluto. In alcuni paesi, come quelli improntati ai principi di common law, il sistema di diritto Internazionale privato è quasi totalmente basato su principi di natura consuetudinaria.

Le fonti esterne, invece, sono rappresentate dal diritto internazionale privato convenzionale. Quest'ultimo è costituito da regole uniformi prodotte mediante la stipulazione di un ingente numero di trattati internazionali. Queste regole, sono definite di

⁷ La legge di riforma abroga, all'art. 73, gli artt. 17-31 disp. prel. Cod. civ. Del 1942, gli artt. 2505 e 2509 cod. civ. e gli artt. 2, 3, 4, 37, 2° comma e 796-805 cod. proc. civ.

diritto speciale che quindi prevalgono su quelle comuni, poste indipendentemente dal singolo legislatore nazionale e che, pur con mezzi differenti, mirano al comune scopo di favorire l'armonia delle soluzioni e di diminuire il rischio del c.d. forum shopping. Appunto, con il fine di unificazione convenzionale del diritto internazionale privato degli stati, i vari paesi stipulano dei trattati internazionali per armonizzare, in uno specifico ambito, le norme di diritto internazionale privato degli stati che fanno parte di questi accordi. In tal modo, gli stessi si impegnano ad emanare, nel proprio ordinamento giuridico, le norme di d.i.p. precedentemente concordate. Per quanto riguarda il rapporto tra il diritto comunitario e il diritto convenzionale, perdura il principio della preminenza delle norme di diritto comunitario sia su quelle interne di d.i.p., sia su quelle convenzionali nei rapporti tra stati membri. Relativamente invece, ai rapporti tra le differenti convenzioni di d.i.p., è operante il coordinamento tra le medesime mediante "l'interpretazione sistematica dei vari strumenti convenzionali" che dovrebbero indirizzare operatori ed interpreti nella direzione di un sistema integrato.

Infine, tra le fonti esterne va citata anche la prassi, ossia regole di tipo consuetudinario ed in particolar modo la c.d. lex mercatoria.

La lex mercatoria, dunque, raggruppa un sistema di norme nate in maniera spontanea tra i soggetti che lavorano in vari ambiti commerciali, allo scopo che i rapporti caratterizzati da elementi di estraneità non vengano regolati dalle norme di diritto internazionale privato degli stati interessati oppure dalla normativa convenzionale. Queste norme hanno un ambito applicativo generale e servono a disciplinare rapporti contrattuali tra soggetti economici di stati diversi, con lo scopo di eliminare l'incapacità dei diritti interni.

I sistemi di diritto internazionale privato si caratterizzano per una matrice non statale, poiché la propria regolamentazione deriva dal continuo utilizzo e dalla volontaria osservanza delle norme da parte della molteplicità degli operatori economici in quello specifico settore⁸.

3. La “comunitarizzazione” del diritto internazionale privato degli stati membri dell’Unione Europea

L’omogeneità del diritto internazionale privato viene realizzata sia con l’assunzione di convenzioni internazionali, ma anche mediante l’attività di armonizzazione effettuata tramite l’approvazione di atti giuridici dell’Unione Europea.

In questo ambito, gli Stati Membri dell’Unione Europea hanno intrapreso comportamenti comuni fin dal 1992, data di adozione del Trattato di Maastricht, con cui la cooperazione giudiziaria in materia civile diviene una questione di comune interesse, nonostante inizialmente avesse carattere intergovernativo.

La comunitarizzazione⁹ del diritto internazionale privato si è avuta

⁸ BALLARINO, *Diritto internazionale privato italiano*, Padova, 2011

⁹ La dottrina ha evidenziato il fenomeno di “comunitarizzazione” del diritto internazionale privato e processuale. Si veda, in tal senso: S.BARIATTI, *Le competenze comunitarie in materia di diritto internazionale privato e processuale, in casi e materiali di diritto internazionale privato comunitario*, Giuffrè, 2003, p. 4 e ss. Sull’opportunità di un codice europeo di diritto internazionale privato cfr. i contributi di F. POCAR, F.MOSCONI, R.CLERICI, S.BARIATTI, A. MALATESTA, F.C. VILLATA, C. CAMPIGLIO, D. DAMASCELLI,